

Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia



Universidad del Rosario

**Responsabilidad civil en casos de fraude bancario electrónico desde una perspectiva
jurisprudencial**

Trabajo de investigación para optar por el título profesional de Abogado

Germán Medina Ortiz

Daniel Henao Morales

Asesor

Clara Carolina Cardozo Roa

Bogotá D.C – Colombia

Mayo de 2024

**RESPONSABILIDAD BANCARIA EN CASOS DE FRAUDE BANCARIO
ELECTRÓNICO DESDE UNA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL**

Contenido

INTRODUCCIÓN	3
RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD BANCARIO EN CASOS DE FRAUDE BANCARIO ELECTRÓNICO.....	6
1. RESPONSABILIDAD CIVIL EN TÉRMINOS GENERALES	6
1.1. Responsabilidad Subjetiva	11
1.2. Responsabilidad Objetiva.....	12
2. RESPONSABILIDAD BANCARIA POR FRAUDE ELECTRÓNICO	14
2.1. Phishing.....	18
2.2. Pharming	19
3. MARCO NORMATIVO APLICABLE A LAS ENTIDADES BANCARIAS EN CASOS DE FRAUDE ELECTRÓNICO	21
4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL JURISDICCIÓN ORDINARIA EN CASOS DE RESPONSABILIDAD BANCARIA POR FRAUDE ELECTRÓNICO.....	26
5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SUPERFINANCIERA EN CASOS DE RESPONSABILIDAD BANCARIA POR FRAUDE ELECTRÓNICO.....	32
CONCLUSIONES	38
BIBLIOGRAFÍA	40

INTRODUCCIÓN

Desde inicios de los años 90 del siglo pasado, Colombia ha sido testigo de los fuertes impactos de la revolución tecnológica y sus consecuencias, las nuevas tecnologías, las nuevas formas de comunicación y la aparición del internet transformaron la forma como nos relacionamos, como nos comunicamos y como nos informamos. En ese mismo sentido, las entidades financieras, entre ellas los bancos, se adaptaron a los desarrollos tecnológicos de la época e introdujeron avances significativos para facilitar y darle celeridad a la relación financiera y a los canales de interacción entre consumidor y entidad.

Sin embargo, la implementación de estos nuevos mecanismos de interacción trajo consigo riesgos que pueden llegar afectar al consumidor, por lo cual el derecho ha tenido que adaptarse y evolucionar para darle solución a las posibles controversias que surgen de la afectación de esta relación financiera.

Basándose en lo anterior, el legislador no ha pasado por desapercibida esta situación y ha intentado regular las relaciones financieras de forma que brinde garantías esenciales al consumidor, no obstante, la aparición de las nuevas modalidades de fraude bancario electrónico ha dificultado la tarea.

La doctrina y jurisprudencia han buscado darles solución a los vacíos legislativos de la última década, bajo el entendido de la necesidad de desarrollar a fondo el régimen de responsabilidad que debe regir las relaciones financieras.

La Corte Suprema de Justicia ha mantenido una línea jurisprudencial de responsabilidad objetiva frente a fraudes electrónicos, argumentando que es el banco quien posee todas las herramientas para prevenir el fraude, y, por lo tanto, esta carga no debería recaer en el titular de la cuenta. En otras palabras, el usuario financiero no custodia el dinero depositado, no participa en las decisiones operativas del banco, no tiene acceso a la información para afrontar los riesgos y tampoco le resulta económicamente razonable afrontarlos. Esta situación difiere notablemente para el banco, que sí posee todos los elementos mencionados (CSJ-5176-2020).

Simultáneamente, la Superintendencia Financiera de Colombia, en uso de sus facultades jurisdiccionales, ha seguido una línea argumentativa muy similar a la de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, en sus pronunciamientos ha sido más rígida en cuanto a los deberes de los consumidores y alude a la culpa compartida cuando se presenta un incumplimiento de dichos deberes, trasladando parte del riesgo al consumidor. Esto es evidente al afirmar que:

“Aunque es lo cierto que la responsabilidad que se predica de las entidades financieras, se analiza bajo la perspectiva de la diligencia y profesionalismo que se impone a aquellas en el ejercicio de su actividad, no lo es menos que ésta puede desaparecer o verse menguada atendiendo a la participación excluyente o concurrente del consumidor financiero en la causación del daño cuya indemnización se persigue.”
(Superintendencia Financiera de Colombia, 2012)

Siendo esto así, es menester un estudio exhaustivo de la jurisprudencia contemporánea para esclarecer la aplicación y alcance de la responsabilidad bancaria en Colombia actualmente.

Con base a lo anterior, el presente trabajo busca responder: ¿Cuál es el régimen de responsabilidad aplicable en Colombia a las entidades bancarias en temas de fraude electrónico? Edificando de esta forma la evolución del régimen de responsabilidad bancaria en Colombia desde una perspectiva jurisprudencial

Para lograr el objetivo general de esta investigación, esto es, establecer el régimen de responsabilidad aplicable en Colombia a las entidades bancarias en casos de fraude electrónico, se desarrollaron los siguientes objetivos específicos:

- Establecer el marco normativo aplicable a las entidades bancarias en casos de fraude bancario electrónico
- Identificar y describir los antecedentes y evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia aplicable en casos de fraude bancario electrónico.
- Distinguir la evolución del régimen de responsabilidad objetiva en Colombia en la jurisprudencia colombiana en casos de fraude bancario electrónico

- Analizar las posiciones jurídicas de la jurisdicción ordinaria y de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia respecto a la responsabilidad bancaria en casos de fraude bancario electrónico.

La metodología de investigación que implementamos en este trabajo fue revisión documental. Por un lado, hicimos uso de varios estudios doctrinales e investigaciones relacionadas con la responsabilidad bancaria con el fin de establecer el alcance y tipos de la misma. Por otro lado, recopilaciones jurisprudenciales de la Jurisdicción Ordinaria y de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales, Superintendencia Financiera de Colombia que abordan casos reales de fraude bancario electrónico y la responsabilidad de los bancos en estos casos, lo cual fue de utilidad para conocer la posición, evolución e interpretación de los jueces en torno a la responsabilidad bancaria.

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD BANCARIO EN CASOS DE FRAUDE BANCARIO ELECTRÓNICO.

El propósito del presente escrito es establecer cuál es el régimen aplicable en la responsabilidad bancaria en temas de fraude bancario electrónico, para posteriormente analizar el tipo de responsabilidad manejado dentro de la jurisprudencia. Sin embargo, antes de abordar las posturas por las que ha optado la Corte Suprema de Justicia frente a la responsabilidad de las entidades bancarias es necesario entrar a definir el concepto de responsabilidad civil y, más adelante, la responsabilidad bancaria por fraude electrónico.

1. RESPONSABILIDAD CIVIL EN TÉRMINOS GENERALES

En el ámbito jurídico, se reconocen dos principales fuentes de obligaciones según la doctrina contemporánea: los actos jurídicos y los hechos jurídicos. Los actos jurídicos se refieren a la manifestación de la voluntad con el propósito de producir efectos jurídicos, ya sea de forma unilateral, como en el caso de un testamento, o de manera bilateral, como en contratos. Por otro lado, los hechos jurídicos comprenden el comportamiento humano que no tiene como objetivo directo la producción de efectos jurídicos, es decir, una alteración de la realidad causada por el hombre que no constituye un acto jurídico específico (Tamayo, 2010).

Asimismo, los hechos jurídicos se dividen en hechos jurídicos lícitos y hechos jurídicos ilícitos. Un hecho jurídico es considerado lícito cuando el comportamiento humano, ya sea voluntario o no, genera efectos jurídicos sin infringir ninguna norma contemplada en nuestro ordenamiento. Por el contrario, un hecho jurídico se considera ilícito cuando la acción u omisión de una persona vulnera el orden jurídico. (Tamayo, 2010).

Ahora bien, la responsabilidad civil “integra todos los comportamientos ilícitos que generan un daño y hacen recaer en cabeza de quien los causó, la obligación de indemnizar.” (Tamayo, 2010. P.9) Por lo cual, la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica del comportamiento ilícito dañino a un tercero y en virtud de la cual se debe indemnizar los daños sufridos (Visintini, 2015).

La responsabilidad civil que se le atribuye a una persona natural o jurídica tiene como finalidad principal el resarcimiento del daño ocasionado por su conducta. La doctrina se refiere a esta:

“como el deber de reparar las consecuencias de un hecho dañoso por parte del causante, bien porque dicho hecho sea consecuencia de la violación de deberes entre el agente

dañoso y la víctima al mediar una relación jurídica previa entre ambos, bien porque el daño acaezca sin que exista ninguna relación jurídica previa entre agente y víctima” (López, 2012, pág. 406)

El Código Civil colombiano estipula en su articulado dos tipos de responsabilidad generales, la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. La responsabilidad contractual se fundamenta en el principio “*pacta sunt servanda*” o los pactos deben cumplirse, y tiene su origen en el daño que surge del incumplimiento de las obligaciones contractuales, por tanto, un incumplimiento de dicho pacto genera el nacimiento de la responsabilidad contractual. (CSJ SC 380-2018)

La Corte Suprema de Justicia ha reiterado los supuestos para acreditar y que pueda prosperar la acción de responsabilidad contractual, los cuales son:

“i) que exista un vínculo concreto entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquél que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato); ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposo), iii) y en fin, que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación tantas veces mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño)” (CSJ SC 380-2018, como se citó en CSJ SC 5170-2018)

Por otro lado, el artículo 2341 del Código Civil estipula la responsabilidad extracontractual como “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (Código Civil, 1873). Teniendo en cuenta esta definición, es claro que se aparta del factor contractual porque no requiere un vínculo jurídico directo entre el eventual demandante y su contraparte, y, principalmente, se refiere al daño injustificado generado como consecuencia de un hecho antijurídico. En este sentido, los presupuestos de viabilidad para que prospere la acción de responsabilidad extracontractual son: la comisión de un hecho dañino, la culpa del sujeto agente y la existencia de la relación de causalidad entre uno y otra. (CSJ SC5170-2018)

De esta manera, vemos que en términos generales la responsabilidad posee tres elementos esenciales e inherentes:

(I) un hecho, referente al accionar que tiene cada persona, el cual genera consecuencias jurídicas. En materia de responsabilidad se requiere que el accionar genere un daño injustificado para poder existir, ya que, si existe una justificación, no podríamos traer a colación la responsabilidad. En responsabilidad civil contractual el hecho se refiere a un vínculo jurídico entre las partes (contrato), mientras que en la responsabilidad civil extracontractual hace referencia a un hecho antijurídico distinto a los que surgen de la relación contractual.

(II) Un nexo de causalidad, es el elemento que relaciona un hecho con el daño, no es posible atribuir responsabilidad sin poder demostrar que el daño ocasionado es la consecuencia de la conducta realizada por una persona. La Corte Suprema de Justicia adopta la “causalidad adecuada” para explicar la atribución de un daño a las conductas de una persona o personas en específico. Además, plantea que esta debe ser entendida como una “causa jurídica” más que como un nexo de causalidad natural. La “causa jurídica” o imputación la define como:

“[...] el razonamiento por medio del cual se atribuye el resultado dañoso a un agente a partir de un marco de sentido jurídico. Mediante la imputación del hecho se elabora un juicio que permite considerar a alguien como artífice de una acción (u omisión), sin hacer aún ningún juicio de reproche. A través de un acto semejante se considera al agente como autor del efecto, y éste, junto con la acción misma, pueden imputársele, cuando se conoce previamente la ley en virtud de la cual pesa sobre ellos una obligación.” (CSJ SC13925-2016)

(III) un daño, aquí nos referimos específicamente a las consecuencias del hecho, la Corte Suprema de justicia se ha referido a este elemento en términos generales de la siguiente manera:

“El daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio” (CSJ SC10297-2014)

Ahora bien, los daños ocasionados pueden ser de dos tipos: patrimoniales y extrapatrimoniales. Los perjuicios patrimoniales buscan proteger toda aquella vulneración a los bienes de carácter económico radicados en cabeza del usuario. Con lo cual, con la indemnización por daños materiales, se logra el resarcimiento por la pérdida patrimonial sufrida.

Dentro de nuestra normativa, los daños patrimoniales se encuentran regulados en el artículo 1614 del Código Civil:

“Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.” (Código Civil, 1887)

En síntesis, los perjuicios materiales o patrimoniales se subdividen en daño emergente y lucro cesante, entendiéndose que el “daño emergente supone un menoscabo sufrido al patrimonio de la víctima. Y por su parte, el lucro cesante hace referencia a la ganancia que deja de percibirse, o la expectativa cierta económica de beneficio o provecho que no se realizó como consecuencia del daño.” (CDE Sentencia 00526 de 2016)

A su turno, encontramos los daños extrapatrimoniales, subdivididos en morales, daño en la vida relación y vulneración a los derechos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad. Sobre estos últimos, la Corte Suprema de Justicia afirma que:

“el perjuicio extrapatrimonial no se reduce al tradicional menoscabo moral, pues dentro del conjunto de bienes e intereses jurídicos no patrimoniales que pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa se encuentran comprendidos aquéllos distintos a la aflicción, el dolor, el sufrimiento o la tristeza que padece la víctima. En este contexto, son especies de perjuicio no patrimonial –además del daño moral– el daño a la salud, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales.” (CSJ SC10297-2014)

Cabe añadir que, estas subdivisiones son independientes y autónomas, es decir, si bien se puede exigir conjuntamente varias de ellas, también es posible hacerlo de manera separada. Esto es claro cuando la Corte Suprema de Justicia expone que:

“Estas subespecies del daño extrapatrimonial no pueden confundirse entre sí, pues cada una de ellas posee su propia fisonomía y peculiaridades que las distinguen de las demás y las hacen merecedoras de tutela jurídica; aunque a menudo suele acontecer que confluyan en un mismo daño por obra de un único hecho lesivo.” (CSJ SC10297-2014)

Sin embargo, para la atribución de responsabilidad civil es necesario que se configure la imputabilidad, que se configura como otro elemento esencial. Cubides Camacho (2012), la define como “la posibilidad de atribuir un hecho a alguien por culpa, dolo o riesgo. Esto quiere decir que el factor de atribución de responsabilidad puede darse en un hecho culposo o doloso, o en un hecho que genera un riesgo.” (p. 265)

En términos generales, la responsabilidad civil requiere la concurrencia de tres elementos que deben acreditarse de manera simultánea para que una persona pueda ser considerada responsable: daño, hecho y un nexo causal. “Aunque, dependiendo del tipo de responsabilidad en el que se este, los requisitos para que esta surja pueden variar, salvo contadas excepciones, el régimen colombiano incluye la culpa como un elemento esencial. En otras palabras, en la gran mayoría de los casos, el hecho debe ser culposo o doloso para que exista responsabilidad civil.” (Acosta, 2014. p. 10)

Para Luis Ustáriz, la culpa es un elemento fundamental de la responsabilidad, “no puede existir responsabilidad si no hay culpa”, la culpa de quien produce el daño legitima el ejercicio de la acción del perjudicado para su resarcimiento, y solo el que obra con culpa puede ser condenado a resarcir el daño (Ustáriz, 2022. p.125)

No obstante, existe pluralidad de posturas frente a este criterio de la culpa y su recepción no es unánime, para Jaramillo Tamayo aunque la culpa sea considerada como el pilar fundamental de la responsabilidad, la noción de la responsabilidad objetiva va ganando terreno, “el elemento subjetivo de la culpa carece de incidencia en la responsabilidad y debería ser el daño y la imputabilidad causal del agente los elementos que comprometiese su responsabilidad ” (Tamayo, 2010, p. 229).

1.1. Responsabilidad Subjetiva

La responsabilidad civil subjetiva surge de un hecho ilícito, culposo o doloso, que resulta en un daño que debe ser reparado. La naturaleza subjetiva de esta responsabilidad se fundamenta en la culpabilidad del autor, lo que implica que para establecer la atribución de responsabilidad y, por ende, la obligación de reparar, debe haber una conducta intencional o negligente que esté directamente relacionada con el daño causado.

En este orden de ideas, el factor de atribución en la responsabilidad subjetiva es la culpa, entendida como “un juicio de valor sobre la conducta del sujeto (deudor, victimario, infractor, o autor del hecho dañoso) donde se la compara con un modelo abstracto como el buen padre de familia o una persona diligente en las mismas circunstancias” (Castro, 2010. p. 13).

De esta forma, en la responsabilidad subjetiva, la culpa es el elemento determinante para la imputabilidad de la responsabilidad, por ello será necesario un análisis de la conducta del autor y así determinar el grado de culpa en el que incurrió. El código civil colombiano distingue tres clases de culpa (Art. 63):

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado”. (Código Civil, 1887)

A su vez Marcela Castro (2010) afirma que;

“La culpa supone la realización de un juicio de valor sobre la conducta del sujeto (deudor, victimario, infractor, o autor del hecho dañoso) donde se la compara con un modelo abstracto como el buen padre de familia o una persona diligente en las mismas circunstancias. Si al apreciar dicha conducta, quien emite el juicio encuentra que ella merece reproche por no haberse cumplido el estándar esperado, al no emplearse la diligencia y prudencia que la situación exigía, al autor puede imputarse culpa.” (p 35)

Añadido a lo anterior, Juan Gamboa (2010) establece que:

“la reprochabilidad puede revestir múltiples modalidades que el juez identificará en cada caso. Por ejemplo: 1) negligencia, cuando omitió cuidados necesarios; 2) imprudencia, cuando se confía en poder evitar los efectos lesivos; 3) impericia, cuando acomete la actividad sin estar calificado; 4) ignorancia, cuando cree equivocadamente estar autorizado o legitimado para el hecho.” (p. 99)

En conclusión, para poder atribuir este tipo de responsabilidad es necesario y fundamental que se configure la culpa del sujeto dentro de su conducta. En este sentido, el análisis para la atribución de responsabilidad recae sobre los elementos de diligencia, prudencia, pericia y conocimiento que configuraron la acción o la omisión de dicho sujeto.

1.2. Responsabilidad Objetiva

En el régimen de responsabilidad objetiva el factor de atribución de responsabilidad se fija en la creación de un riesgo por la actividad de un sujeto y si el daño fue ocasionado como consecuencia de dicho riesgo generado.

Mercedes Campo (2000) denomina la responsabilidad por riesgo creado o responsabilidad objetiva como la responsabilidad que delimita su análisis a un “elemento ajeno a la conducta, la utilización de un objeto que por si mismo genera un peligro o un riesgo”. (pp. 49).

Para Antonio Hernández Gil, la responsabilidad objetiva surge como respuesta frente a la insuficiencia del antiguo modelo de responsabilidad, en ese sentido radica su tesis en que la creación de un riesgo incorpora la responsabilidad civil de quien lo crea, elaborando un

concepto más amplio de responsabilidad, dando cabida ya no a una presunción de culpa, sino a una presunción de responsabilidad o causalidad invirtiendo de esta forma la carga de la prueba. (Hernandez,1988. Pp. 260)

En este mismo sentido, Galgano sostiene que este régimen de responsabilidad civil y su expansión es atribuible

“a los caracteres de la moderna civilización industrial, basada en la utilización de medios de producción y de vida que son por sí mismos fuente de peligro para las personas y para las cosas (...), peligro que es socialmente aceptado como un componente central de nuestra civilización.” (Galgano,1999. p. 241)

De manera que, es razonable que la innovación tecnológica lleve a la sociedad a emprender acciones que se han convertido en imprescindibles para el diario vivir, pero que en retrospectiva un mayor riesgo y, por tanto, requieren de medidas de responsabilidad mucho más rigurosas. En este orden de ideas, “quien utiliza, en las actividades productivas o en la vida privada, medios que son per se fuentes de peligro acepta, por eso mismo, la eventualidad de causar un daño a otros; debe, en consecuencia, asumir el riesgo de resarcir” (Galgano,1999. p 241)

Con base en lo anterior, al crearse un riesgo, se presume que los daños causados son responsabilidad del generador del mismo. Sin embargo, el generador del riesgo puede exonerarse de responsabilidad “en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elemento extraño.” (CSJ SC2111-2021). Pues lo anterior, “rompería el nexo causal existente entre la conducta del responsable y el daño causado, de donde se derivaría que su conducta no generó el daño, lo que a su vez implicaría que el resarcimiento de dicho perjuicio no le resulta endilgable.” (Rodríguez, 2016, p. 5).

A pesar de las clasificaciones generales anteriores, La responsabilidad civil presenta una variedad de ramificaciones dentro de nuestro sistema jurídico, como, por ejemplo, los diversos tipos de responsabilidad civil profesional, por el hecho propio o el ajeno, por productos defectuosos, entre otras. Con todo, en el presente trabajo, nos centraremos en la responsabilidad civil bancaria.

2. RESPONSABILIDAD BANCARIA POR FRAUDE ELECTRÓNICO

La actividad bancaria y financiera está sujeta a un extenso y variado régimen normativo de responsabilidad. Con el objetivo de resguardar los intereses del consumidor financiero que podrían verse afectados por la revolución tecnológica, el legislador ha introducido diversas modificaciones en nuestro ordenamiento jurídico. Es crucial realizar un análisis detallado de la actividad bancaria también en el contexto constitucional. Este examen permitirá comprender cómo se integra la operación de las entidades financieras dentro de los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Asimismo, explorar la relación entre la actividad bancaria y los preceptos constitucionales proporcionará una visión integral de la responsabilidad y los límites que la Constitución impone a estas entidades en su interacción con los consumidores financieros y la sociedad en general.

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) se constituye como el compilado normativo “más importante en materia financiera en Colombia, toda vez que reúne la mayor parte de normas aplicables a ese sector” (Rojas, 2016. p.13) Como instrumento normativo, establece la columna vertebral del sistema financiero, incluyendo órganos, funciones y la operatividad del sistema. Además, el legislador previó en su contenido la regulación del sistema, contemplando límites de reserva, estándares de información, de capital, régimen de inhabilidades, así como operaciones y requisitos. De igual forma este mismo decreto es el encargado de crear y regular a la superintendencia financiera como ente regulador del mercado (Rojas, 2016)

Así mismo, el decreto 663 de 1993 señala como integrantes del sistema financiero los establecimientos de crédito, dentro de los cuales hacen parte los establecimientos bancarios, que los define en su artículo 2 como “instituciones financieras que tienen por función principal la captación de recursos en cuenta corriente bancaria, así como también la captación de otros depósitos a la vista o a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito”.

Bajo la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, el mercado financiero de establecimientos bancarios se define como “la intermediación entre los ahorradores y los prestatarios potenciales, los primeros en pos de resguardar su capital y obtener una rentabilidad, y los otros con el fin de conseguir recursos para atender proyectos que retornarán aumentados con intereses” (CSJ SC18614-2016).

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia resalta que la importancia de tal actividad en el orden social y económico,

“justifica el establecimiento de controles y políticas restrictivas en su desarrollo, amén de llevar ínsita la exigencia para las instituciones financieras de un mayor grado de diligencia y profesionalismo, 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. (CSJ SC18614-2016).

Las entidades bancarias poseen múltiples funciones, una de ellas es la captación del dinero de los particulares para su custodia y entrega cuando sea solicitada, esta relación puede ser a partir de un contrato de cuenta corriente, un contrato de cuenta de ahorros o cualquier otro que requiera la custodia del dinero de una persona. Entonces, la relación aquí expuesta se ve afectada en el momento que el dinero depositado en la entidad sufre un detrimento debido a las conductas ilícitas de la entidad y/o terceros. Así, la responsabilidad bancaria es una responsabilidad de tipo contractual que nace de la relación existente entre las entidades y el consumidor financiero, es decir, su alcance está delimitado por los deberes y obligaciones de las partes que deberán responder por los perjuicios ocasionados ante su incumplimiento contractual. (Ustáriz, 2022)

Jorge Padilla y Málory Zafra describen la relación entre la entidad bancario y el usuario de la siguiente forma:

“entre las entidades financieras y los consumidores financieros existe una relación de naturaleza y características particulares que lleva consigo la aplicación de estándares o parámetros más exigentes con respecto al nivel de diligencia que aquellas deben observar normalmente en la prestación de sus productos y servicios” (Padilla-Zafra,2017. P. 387)

De esta forma, es necesario enfatizar en el rol profesional que cumple la entidad financiera para determinar su debida diligencia frente al consumidor, esto quiere decir que debe seguir

parámetros aun mas exigentes y estrictos en el cumplimiento de las obligaciones frente al consumidor .

En conclusión, “toda institución financiera realiza una actividad especializada que requiere de una mayor prudencia, de acuerdo con el conocimiento de su actividad, razón por la cual su conducta debe medirse con base en parámetros más severos que aquellos de los particulares (Padilla-Zafra,2020. P 389)

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que:

“...las entidades financieras son sujetos calificados encargados de realizar una actividad de interés público, lo cual implica la exigencia de un deber de diligencia más demandante. En efecto, las entidades financieras, de manera profesional, ponen a disposición de sus clientes productos y servicios financieros por los cuales reciben un beneficio económico, razón por la cual su diligencia debe observarse dentro del marco de la naturaleza de las actividades que desarrollan” (CSJ SC18614-2016)

Ahora bien, teniendo en cuenta los fuertes impactos de los desarrollos tecnológicos en el sector financiero en la actualidad, es necesario entrar a evaluar la responsabilidad que pueden tener las entidades derivadas de la utilización de los canales de comunicación con los usuarios cuando se ven involucrados en fraude bancario electrónico.

A lo largo del tiempo, los marcos normativos han buscado adaptarse a los avances tecnológicos y a las nuevas formas de interacción entre las entidades financieras y sus clientes. En sus inicios, la responsabilidad bancaria estaba mayormente centrada en transacciones físicas y la relación cara a cara con los clientes. Sin embargo, con la irrupción de las tecnologías de la información y las transacciones electrónicas, se han gestado nuevas complejidades y desafíos. La normativa ha tenido que ajustarse para abordar cuestiones específicas relacionadas con la seguridad en línea, la protección de datos y la responsabilidad en casos de fraude bancario electrónico.

Antes de adentrarnos en la discusión jurisprudencial sobre el régimen de responsabilidad de las entidades financieras en casos de fraude electrónico es pertinente definir aspectos esenciales del comercio electrónico y del fraude electrónico. Para Hernández Botero el pilar del comercio electrónico es el principio de la “Equivalencia Funcional de los Actos Electrónicos”. Acorde a

este principio la instrumentación electrónica cumple la misma función jurídica que la instrumentación escrita (Hernández 2020. P 14)

Al igual que la actividad bancaria tradicional, la actividad bancaria electrónica no está exenta de riesgos. Desde un punto de vista genérico y empresarial, “el riesgo es la oportunidad de que suceda algo que tendrá impacto en los objetivos, probabilidad que debe ser gestionada, valorada y analizada dentro de los procesos de gestión de riesgos que las empresas en forma organizada emprendan” (Anaya, 2012, p 309).

Frente a la actividad bancaria concretamente, Rincón Cárdenas en su Manual de Comercio Electrónico, señala tres tipos de riesgos de la actividad bancaria: a. riesgos de operación, b. riesgos de reputación y c. riesgos legales.

Los riesgos operacionales se refieren a la posibilidad de acceso que tienen los usuarios para ingresar a sus cuentas; los riesgos reputacionales se refieren a los perjuicios que sufre la entidad cuando sus sistemas no son confiables; riesgos legales, están vinculados al “análisis de las reglamentaciones de las operaciones electrónicas y los problemas de interpretación normativa en cuanto a los alcances de los derechos y obligaciones de los consumidores financieros que acceden a la contratación virtual” (Hernandez,2020, p. 17)

Ahora bien, con el avance tecnológico de los canales de comunicación, los riesgos sobre las relaciones comerciales entre las entidades financieras y los consumidores se incrementan, por lo cual es necesario entrar a analizar quien asume las pérdidas cuando se produce un daño por fraude electrónico

El fraude electrónico se refiere a prácticas engañosas llevadas a cabo a través de medios electrónicos con el propósito de obtener beneficios ilícitos, afectando directamente a las transacciones financieras. Este fenómeno ha generado desafíos significativos en el ámbito legal y financiero, exigiendo una adaptación constante de las regulaciones para abordar las nuevas formas de delitos cibernéticos y fraudes electrónicos.

Los mecanismos utilizados para defraudar a los consumidores financieros por medio del uso de las nuevas tecnologías son amplios y variados, por lo cual la jurisprudencia y la doctrina han diferenciado las distintas formas o modalidades de lo que conocemos como fraude electrónico.

Hoy en día, los canales de comunicación que brindan las entidades financieras con los consumidores han tenido una avanzada transformación, razón por la cual, es necesario entrar a revisar las distintas formas que pueden presentarse de fraude electrónico en las entidades financieras. Lo anterior atiende a los diferentes mecanismos empleados para obtener información de los consumidores financieros. (Ustáriz 2022).

Luis Ustáriz (2022) proporciona una categorización integral de las diversas modalidades de fraude electrónico, agrupándolas bajo el término más amplio de esta conducta: el *Scam*. Es esencial entender que el *Scam* engloba prácticas fraudulentas realizadas a través de medios electrónicos con el objetivo de obtener beneficios ilícitos. Entre las modalidades más frecuentes de este tipo de fraude, Ustáriz destaca el *phishing* y el *pharming*, como las más utilizadas para llevar a cabo disposiciones o retiros ilícitos de los fondos depositados en cuentas bancarias. (p.333)

2.1. *Phishing*

“El *phishing* es una forma de fraude por medio de la cual, una persona denominada como *phisher*, buscar obtener de manera no autorizada información confidencial de otro individuo, simulando ser una organización de confianza, en la mayoría de los casos simulando ser la entidad financiera a la cual la víctima se encuentra vinculada. En términos generales, en este tipo de fraude el atacante busca suplantar a la entidad de confianza del consumidor con el fin de obtener información personal, bancaria, detalles de sus cuentas de ahorro, cuentas corrientes, cuentas de crédito, detalles de sus tarjetas, claves y credenciales”. (Ustáriz, 2020. p 334).

En palabras de la Corte Suprema de Justicia el *phishing* “es una forma de fraude electrónico caracterizada por intentos de adquirir datos personales de diversos tipos: contraseñas, datos financieros como el número de las tarjetas de crédito y otros datos personales” (CSJ SC18614-2016).

Su implementación data a mediados de 1995, cuando los estafadores usaban correos electrónicos para atraer o pescar información personal de los usuarios de forma masiva y automatizada. En este caso, la estrategia de los atacantes consistía en elaborar clones del sitio web con el mismo código de programación y enviando enlaces para que los usuarios financieros ingresaran a los portales falsos y así revelaran información (Ustariz, 2022).

Actualmente el *phishing* se realiza por actos masivos de comunicación electrónica o por la implementación de virus informáticos que se apoderan de las claves de acceso y contraseñas de seguridad de usuarios. “Lo que hace más peligroso esta modalidad de fraude, es su apariencia legítima e inocua que hace confiar a las víctimas, al punto de no ser conscientes del ataque que se esta concretando (Ustariz, 2020. P 335)

2.2. *Pharming*

“Este tipo de ataque busca dirigir a la víctima a un servidor impostor en donde se encuentra un clon del sitio web al cual está intentando ingresar. En esta modalidad de fraude, el ataque se encuentra orientado a dirigir a las víctimas de forma masiva a un sitio web impostor, de modo que los usuarios revelen información personal.” (Ustariz, 2020. P 342)

La característica principal de este ataque es que la dirección web a la cual entra la victima corresponde al sitio legítimo al cual intenta ingresar, pero un archivo alterado en su computadora personal redirige al usuario a un sitio web impostor. (Ustariz, 2020)

Ante la magnitud del peligro que representan estas formas de fraude electrónico, las entidades del sector financiero han empezado a implementar medidas con el fin de prevenir y atacar estos fraudes, entre ellas, la distribución de programas informáticos y el desarrollo de aplicaciones para navegadores de internet que permiten implementar un control seguro para ingresar información a sus páginas web. Sin embargo que cada entidad financiera es independiente de adoptar los mecanismos y medidas de seguridad que considere necesarios para evitar los riesgos en las operaciones que pongan en peligro la información de los consumidores. (Ustáriz, 2022)

En ese mismo sentido, la superintendencia financiera ha venido impartiendo instrucciones de obligatorio cumplimiento para garantizar la seguridad y calidad de la información de los consumidores financieros en desarrollo de sus operaciones. Así, cuando se trate de defraudaciones electrónicas, las entidades tienen un rol preponderante en la protección al consumidor financiero, que se encuentra definido y delimitado por las instrucciones emitidas por la Superintendencia Financiera.

Ahora bien, para Rodríguez Zarate frente a la responsabilidad bancaria por fraudes electrónicos, como en los esbozados anteriormente, no es clara la aplicación del régimen de

responsabilidad objetivo o subjetivo pues el ordenamiento jurídico colombiano no lo plantea de manera expresa. Sin embargo, menciona que, aunque parte de la jurisprudencia y doctrina si establecen que el régimen aplicable debe ser el de la responsabilidad objetiva, no está de acuerdo con esta posición porque podría traer consecuencias “como el aumento del precio en los servicios financieros, con la consecuente disminución de las cantidades demandadas, o eventualmente la decisión de algunos oferentes, en este caso entidades financieras, de dejar de prestar el servicio” (Rodríguez, 2014,p 311).

De esta forma, concluye que “la solución más eficiente es mantener el régimen subjetivo de responsabilidad contractual bajo la culpa presunta, que genera algunos desincentivos a conductas constitutivas de riesgo moral y, en todo caso, distribuye de mejor manera los riesgos.” (Rodríguez, 2014. P 311)

Por otro lado, Paiva Murcia plantea que la responsabilidad bancaria en los eventos de fraude electrónico corresponde su solución bajo los parámetros de las obligaciones de resultado.

“la responsabilidad bancaria por los eventos de fraude electrónico, perpetrados a través de medios virtuales deben ser vistos desde el panorama general de la relación contractual. De esta relación surgen obligaciones para las partes, quienes han dispuesto con su firma en los contratos de cuenta corriente y ahorro su voluntad de someterse a lo pactado entre ellas y lo que no quedó regulado, será tratado por medio de la legislación aplicable. La obligación que sale a relucir como consecuencia del proceder delincinencial a través de los canales electrónicos será la obligación de resultado en cabeza de la entidad bancaria. No se debe perder vista que en los contratos de depósito irregular el banco satisface su obligación devolviendo los dineros recibidos por el cuentahabiente en el momento que éste se lo solicite, salvo demuestre causa extraña para sustraerse de su cumplimiento” (Paiva, 2021, p. 101).

De igual forma, Paz (2018) en su artículo, “La culpa del consumidor en la responsabilidad financiera y su proyección causal en el daño por fraude electrónico”, enfoca su investigación en la jurisprudencia de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia dentro del ámbito de responsabilidad financiera por fraude electrónico. El artículo buscó evaluar las problemáticas que pueden surgir a partir de la jurisprudencia de la Superintendencia Financiera al establecer dentro de sus decisiones la culpa de la víctima como un eximente de responsabilidad general sin considerar su incidencia causal en los casos

en concreto. Paz concluye que la Delegatura alude a que la responsabilidad financiera no es absoluta, porque vale la prueba de la culpa del consumidor para eximir total o parcialmente a la entidad de su responsabilidad. Sin embargo, con base en su análisis jurisprudencial realizado, afirma que:

“Se encontraron fallos de la Delegatura en los que esta ha decretado concurrencia de culpas sin un correcto estudio causal del incumplimiento del consumidor financiero, avalando de esta forma el traslado censurable de la responsabilidad al consumidor, la violación de su derecho a recibir productos y servicios con estándares de seguridad y calidad, y el desconocimiento de los postulados de buena fe y equidad que han de guiar sus decisiones.” (Paz,2018, p. 286)

Por último, Corredor & Ríos (2021) realizan un análisis cronológico de la actividad bancaria, desde la época de Mesopotamia hasta los esquemas digitales actuales, haciendo énfasis en la responsabilidad civil de estas instituciones. Por lo cual, su investigación se divide en dos partes, en primer lugar, hace hincapié en el origen y desarrollo de la responsabilidad civil bancaria desde diferentes ópticas y en segundo lugar en el impacto de la culpa dentro del régimen de la responsabilidad por actividad financiera.

En conclusión, es notoria la falta de uniformidad que existe en la doctrina frente a cuál régimen es el aplicable para las entidades financieras por defraudaciones electrónicas, por lo cual se entrará a examinar a detalle, primero, las modalidades de fraude bancario electrónico más comunes; Segundo, cuáles son las normas aplicables en estos casos y, tercero, las posturas por las que ha optado la jurisprudencia.

3. MARCO NORMATIVO APLICABLE A LAS ENTIDADES BANCARIAS EN CASOS DE FRAUDE ELECTRÓNICO

Acorde a lo anterior, **la ley 1328 de 2009** surge como una de las manifestaciones de garantía al consumidor financiero más fuertes de nuestro ordenamiento. Mediante esta ley se regulan los sistemas de información y desarrollo de los usuarios del mercado financiero, con el propósito de establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Su contenido normativo se resume:

“(I) obligación de los bancos de informar al consumidor, (II) información detallada sobre el costo de los servicios ofrecidos, (III) derecho del deudor para decidir el destino de sus pagos, es decir, a intereses o a capital, (IV) prohibición de contratos en los cuales los consumidores renuncian a derechos, (V) obligatoriedad de crear un Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC) y designar un Defensor del Consumidor Financiero con el objeto de canalizar y resolver los reclamos de los consumidores.”
(Rojas, 2016, p 13)

Dentro de su compilado, se delimitaron los principios de las relaciones entre los consumidores y las entidades, su **artículo 3** enmarca algunos de los principios orientadores que van a delimitar esas relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.

La Debida Diligencia es el primer principio dentro del régimen de protección al consumidor financiero, acorde al cual:

“Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas.”

El artículo 5 de la ley 1328 en su literal a, desarrolla de forma más amplia la materialización del principio a la *debida diligencia*, según el cual los consumidores financieros tendrán el “derecho 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 las entidades vigiladas.”

Por su lado, **el artículo 7 de la ley 1328** consagra las obligaciones especiales de las entidades, su literal b establece que la entidad vigilada está obligada a “entregar el producto o prestar el servicio debidamente, es decir, en las condiciones informadas, ofrecidas o pactadas con el consumidor financiero, y emplear adecuados estándares de seguridad y calidad en el suministro

de los mismos.” De igual manera las entidades estarán supeditadas a guardar la reserva de la información suministrada por el consumidor financiero y que tenga carácter de reservada .

Como consecuencia de lo anterior, es menester para las entidades financieras seguir las instrucciones en materia de seguridad y calidad que brinda la Superintendencia Financiera, contenidas en la Circular Externa 029 de 2014 que modificó la Circular Externa 052 de 2007, la cual, postula en su Parte I, Título II, Capítulo I que:

“Las entidades vigiladas deben incluir en sus políticas y procedimientos relativos a la administración de la información, las siguientes definiciones, criterios y requerimientos mínimos relativos a seguridad y calidad de la información que se maneja a través de canales e instrumentos para la realización de operaciones. [...] 2.2. Definiciones aplicables: Vulnerabilidad informática: Ausencia o deficiencia de los controles informáticos que permiten el acceso no autorizado a los canales de distribución o a los sistemas informáticos de la entidad. [...] Autenticación: Conjunto de técnicas y procedimientos utilizados para verificar la identidad de un cliente, entidad o usuario. Los factores de autenticación son: algo que se sabe, algo que se tiene, algo que se es.”

En resumen, por un lado, la ausencia o deficiencia de controles informáticos de la entidad puede derivar en la filtración de información personal del cliente en los sistemas informáticos que desembocan en la violación de derechos constitucionales como el *habeas data*, la violación de los derechos de los consumidores e, incluso, la comisión de delitos informáticos.

Frente al *habeas data* financiero, es importante considerar la relevancia del tema en relación con la responsabilidad civil de los bancos. Si el *habeas data* está directamente relacionado con la indemnización de perjuicios por violación de este derecho y se vincula de manera significativa con la responsabilidad bancaria en casos de fraude electrónico, podría ser pertinente incluirlo para ofrecer una visión más completa del marco legal y las posibles consecuencias legales para las entidades financieras.

En cuanto a la mención de la Ley 1266 de 2008, esta referencia es válida y proporciona la base legal para la regulación del *habeas data* en Colombia. Sin embargo, es fundamental analizar en qué medida la ley se relaciona con la responsabilidad civil de los bancos en casos de fraude electrónico. Si la ley establece disposiciones específicas sobre la responsabilidad de las entidades financieras en la gestión y protección de los datos personales de los usuarios, sería relevante resaltar estas conexiones para fortalecer el análisis en el contexto de la investigación.

Además, la Corte Constitucional en sentencia T-360-2022 definió el núcleo esencial de habeas data en cuatro partes: “1) el derecho a acceder a la información que se encuentra recogida en bases de datos; 2) el derecho a incluir datos nuevos, para que exista una imagen completa del titular; 3) el derecho a actualizar la información; 4) el derecho a corregir la información contenida en una base de datos; y 5) el derecho a excluir una información que se encuentra contenida en una base de datos” (Corte Constitucional, T-360-2022)

En conclusión, esta garantía tiene como finalidad “preservar los intereses del titular de la información ante el potencial abuso del poder informático, que para el caso particular ejercen las centrales de información financiera, destinada al cálculo del riesgo crediticio” (Corte Constitucional, T-360-2022)

Por otro lado, la vulnerabilidad informática en la que pueden incurrir las entidades financieras puede derivar en la comisión de conductas ilícitas en contra de la protección de información y de los datos. Por lo cual, cualquier filtración de datos o información personal de un usuario del sistema financiero constituye una violación a sus datos personales, conducta que es castigada penalmente en el artículo 269 del Código Penal colombiano.

Retomando el punto de partida de las instrucciones de seguridad brindadas por la Superintendencia financiera derivadas de las obligaciones especiales de las entidades, es necesario mencionar que la autenticación constituye un elemento esencial de la protección del usuario financiero y debe cumplir a plenitud con los 3 factores a los que alude la norma (algo que se sabe, algo que se tiene y algo que se es), en caso de no cumplir con estos factores, la entidad estaría incumpliendo su obligación de verificar la identidad de su cliente.

La misma Circular externa 029 de 2014, expone los criterios relativos a la seguridad y calidad, en los cuales, encontramos los artículos 2.3.1, 2.3.1.1 donde se expone lo siguiente respectivamente:

“2.3. Criterios: 2.3.1. Respecto de la seguridad de la información. 2.3.1.1. Confidencialidad: Hace referencia a la protección de información cuya divulgación no está autorizada”

De esta manera, es obligación de la entidad evitar posibles filtraciones de la información de sus clientes por medio de sistemas de seguridad sofisticados, ya que, esta información debe ser de conocimiento exclusivo de la entidad y del cliente.

Por último, los artículos 2.3.3.1.13 y 2.3.3.1.27 de la misma circular, establece otros criterios de seguridad para evitar la ocurrencia de fraude bancario, donde se debe:

“2.3.3.1.13. 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. [...] 2.3.3.1.27. Establecer mecanismos fuertes de autenticación para las operaciones que, de acuerdo con el análisis de riesgo de cada entidad, generen mayor exposición al riesgo de fraude o suplantación. El análisis debe estar documentado y a disposición de la SFC. Igualmente, este análisis debe tener en cuenta aspectos como el perfil transaccional del cliente, monto de operaciones, tipo de producto, canal, etc.”

Siendo esto así, la circular plantea que las entidades financieras deben verificar completamente la identidad del usuario para prevenir el riesgo de exposición a fraude. Por lo cual, en función de la autenticación, se debe crear un perfil transaccional del cliente que incluya los elementos que dispone el artículo, y aquellos requeridos por la especialización y riesgo generado del sector.

Con respecto a lo anterior, El Tribunal Superior de Bogotá (Sala de Decisión Civil), en fallo del 27 de octubre de 2017, indicó lo siguiente al referirse al perfil transaccional:

“El perfil transaccional no es una noción puramente formal, una especie de conocimiento que no requiere ningún tipo de investigación, sino que es el resultado del análisis de experiencias a cuya reiteración en el tiempo el ordenamiento quiso darle efectos propios. Así en línea de principio, el titular de un producto bancario no asume pérdidas por las operaciones que no ha realizado, incluso cuando culposamente ha facilitado a terceros las realicen, cuando las mismas se separen de sus costumbres transaccionales. Podría decirse, con recurso a la figura, que el perfil transaccional es a las operaciones bancarias lo que la huella dactilar es a cada individuo; es aquel aspecto cuya singularidad permite establecer –por encima de la apariencia que se produce en los eventos en los que terceros superan o se hacen a los mecanismos tradicionales de autenticación (firma, clave personal, token, etc.)– la identidad de quien realiza una operación que prima facie podría imputarse al cliente.”

En conclusión, la Superintendencia Financiera, en ejercicio de sus funciones administrativas, no se limitó en esbozar los criterios generales bajo los cuales se debe proteger la información

del consumidor financiero, sino que estableció en sus circulares requisitos específicos de carácter tecnológico y operativo de obligatorio cumplimiento para garantizar la protección al usuario del mercado financiero. Lo anterior, sin perjuicio de las prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros establecidas en el artículo 6 de la ley 1328 de 2009 como lo son informarse sobre los productos o servicios que piensa adquirir, observar instrucciones y recomendaciones que imparta la entidad vigilada, revisar los términos y condiciones, etc.

4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL JURISDICCIÓN ORDINARIA EN CASOS DE RESPONSABILIDAD BANCARIA POR FRAUDE ELECTRÓNICO

El surgimiento y la expansión del fraude electrónico bancario ha planteado nuevos desafíos legales y jurisprudenciales en el ámbito del derecho colombiano. Antes de la irrupción de este fenómeno, la Corte Suprema de Justicia se enfrentaba principalmente a casos relacionados con la responsabilidad de las entidades financieras en situaciones como el fraude con cheques falsificados. Por una parte, dicho título valor cuenta con una regulación en el ordenamiento jurídico colombiano desde 1916 con la ley 75 del mismo año que:

“reguló el cheque como una orden de pago escrita que permitía al girador retirar en provecho propio o de un tercero los fondos que este tenía en poder del girado. En esta misma norma se dispuso que, salvo norma especial en contrario respecto del endoso, solidaridad, aval, pago, protesto por falta de pago, extravío, intervención y prescripción, le eran aplicables las normas del Código de comercio relativas a las letras de cambio.” (Cardozo, 2015, p. 24)

Por otra parte, la honorable Corte Suprema de Justicia ha podido analizar profundamente la materia y establecer parámetros de aplicabilidad de responsabilidad sobre la misma, pues desde 1936 la Corte Suprema de Justicia “señaló la primera relación jurisprudencial en cuanto a la teoría del riesgo, fundamentada en que los banqueros son expertos en su actividad y por ende han creado los riesgos en su provecho” (Ustariz, 2022, p. 130).

En este orden de ideas, es evidente el amplio análisis jurídico respecto a la aplicabilidad de responsabilidad en casos de controversias originadas por cheques, pues este se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico y es estudiado por los magistrados de las altas cortes

desde inicios del siglo XX. Por el contrario, el fraude electrónico no es una materia regulada expresamente en el ordenamiento jurídico colombiano, y la jurisprudencia de las altas cortes en comparación a la del cheque es reciente. No fue hasta 1994 donde la Corte Suprema de Justicia abordó por primera vez la responsabilidad de las entidades financieras en casos de fraude electrónico bancario, en dicha sentencia la Corte trasladó el concepto de responsabilidad de cheques falsos al fraude electrónico derivando su responsabilidad del ejercicio que reporta su especializada actividad financiera. (Sentencia 4311 de octubre 24 de 1994 como se citó en SC-5176-2020).

En 2001, con la sentencia del Magistrado Silvio Fernando Trejos, la Corte Suprema de Justicia, aunque no realizó un análisis exhaustivo sobre el régimen aplicable, acogió un estándar de responsabilidad objetiva en casos de fraude bancario. En dicha sentencia, la Corte Suprema de Justicia determina que la responsabilidad de los establecimientos bancarios por incumplimiento:

“deriva del ejercicio y del beneficio que reporta de su especializada actividad financiera, como así lo tiene definido la jurisprudencia cuando asevera que una entidad crediticia es una empresa comercial que dado el movimiento masivo de operaciones, asume los riesgos inherentes a la organización y ejecución del servicio de caja (Cas. Civil octubre 24 de 1994 como se citó en CSJ S-123-2001).

En sentencia del 16 de noviembre de 2016, la corte abordó los nuevos canales de comunicación con los consumidores, destacando los deberes de seguridad o protección en los elementos tecnológicos idóneos para llevar a cabo transacciones:

“[T]oda esta nueva manera de perfeccionamiento y desarrollo de la actividad bancaria supone un contacto del cliente con medios en buena medida desconocidos, [que] lo distancia de la atención personalizada y lo expone a situaciones nuevas que, por un lado, lo benefician y, por otro, pueden generarle dificultades relevantes, al absorber riesgos sin tomar cabal conciencia de ello.

Así, en ese nuevo contexto, aparecen riesgos severos: las estafas cibernéticas, el lavado de dinero, el fraude documental, el fraude con cheques falsificados o con tarjetas de crédito, la falsificación de transacciones, etcétera.

En el proceso de adaptación tecnológica, sin duda, los beneficios son recíprocos; sin embargo, el riesgo profesional no puede ni debe ser transferido hacia los usuarios, sobre todo si no están suficientemente advertidos” (CSJ SC16496-2016).

Añadido a lo anterior, la misma sentencia hace referencia a los deberes de los consumidores, que de ser incumplidos liberan al banco de cualquier responsabilidad sin importar que el criterio de responsabilidad sea de naturaleza objetivo, lo cual configura la culpa exclusiva de la víctima, un eximente bajo la teoría del riesgo creado. En la sentencia mencionada, el señor Caicedo demandó al banco Ganadero S.A. por una supuesta defraudación cometida por medio de la utilización de su tarjeta de débito contra su cuenta corriente, la cual no fue bloqueada por la entidad después de haberle comunicado que las transacciones realizadas no correspondían al cuentacorrentista.

Las transacciones se llevaron a cabo cuando el demandante se encontraba por fuera del país, sin embargo, el tribunal corroboró que las transacciones se realizaron mediante el uso de la tarjeta plástica y clave personal del señor Caicedo, lo que llevó a la conclusión del tribunal del incumplimiento del deber de cuidado y custodia. De esta forma, sobre la entidad financiera no recae responsabilidad sobre las transacciones fraudulentas realizadas:

“Empero, esa exigencia (el deber de seguridad y protección), no solo aplica a la entidad bancaria; el cuentacorrentista, en lo que a él corresponde, asume, por igual, el compromiso de sujetar su conducta a los mínimos de seguridad que le dejen a salvo, sea a él o a la entidad, de cualquier ilícito, vr. gr., custodiar debidamente los elementos recibidos del banco (chequera, tarjetas, etc.), para el retiro de los bienes depositados y, en especial, los dineros consignados o proveer la información necesaria para neutralizar cualquier intento de fraude”. (CSJ SC16496-2016).

Sin embargo, no fue sino hasta el 19 de diciembre de 2016, que la Corte Suprema en sentencia de Ariel Salazar Ramírez, entró con rigurosidad a analizar la importancia de la actividad financiera, la profesionalidad del servicio, los estándares de seguridad y calidad que deben contar las entidades en la realización de sus funciones. La Corte Suprema de Justicia en esta sentencia utilizó la teoría del riesgo creado como sustento de la responsabilidad de la entidad

frente al fraude del que fue víctima su cliente. “La actividad financiera es de carácter profesional, habitual y de la cual deriva un provecho económico inherente a la multiplicidad de riesgos y peligros, entre ellos los derivados de las operaciones propias de la actividad financiera, que puedan afectar los intereses de los cuentahabientes”, es decir, extiende la aplicación de la teoría de riesgos de carácter objetivo a cualquier actividad financiera que involucre los recursos provenientes del ahorro privado (CSJ SC18614-2016).

Por otra parte, profundiza el análisis alrededor de las relaciones de las nuevas tecnologías y el riesgo de la actividad financiera, de manera que a la par de los esquemas de seguridad y protección que deben implementar las entidades financieras en relación con la información del cuentahabiente, “la utilización del internet esté caracterizada por una inherente inseguridad, pues eventualmente cualquier transferencia de datos puede ser monitoreada por terceros, lo que incrementa la potencialidad de pérdidas y defraudaciones” (CSJ SC18614-2016). Añadido a lo anterior, la Corte resalta que no es posible ignorar que se trata de riesgos que son propios de la actividad asumida por las entidades y corporaciones, entre ellas los Bancos, de la cual obtienen grandes beneficios económicos “lo que determina una serie de mayores exigencias, cargas y deberes que dichas entidades deben cumplir con todo el rigor; por el provecho que obtiene de las operaciones que realiza; por ser la dueña de la actividad” rescatando las obligaciones de seguridad de las entidades financieras bajo la aplicación de los conceptos señalados en la circular 052 de 2007 y decreto 2269 de 1973. (CSJ SC18614-2016)

Paralelamente, la Corte añade a lo mencionado anteriormente que las obligaciones de seguridad y confianza se convierten en obligaciones de resultado verbigracia de que la satisfacción del interés del acreedor es plenamente exigible, de tal manera que, si el deudor no logra satisfacer el interés primario, se produce el incumplimiento de la obligación (Ustáriz, 2022).

Ahora bien, teniendo en cuenta los portales virtuales de los que hacen uso de las entidades financieras, queda claro que los riesgos de defraudación electrónica son inherentes a la actividad bancaria y financiera, por lo cual para la Corte “resulta ineludible la obligación de garantizar la seguridad de las transacciones que autorizan las entidades financieras por cualquiera de los medios ofrecidos al público y con independencia de si los dineros sustraídos provienen de cuentas de ahorro o de cuentas corrientes”.(CSJ SC18614-2016)

Finalmente, la providencia concluye que:

“atendiendo la naturaleza de la actividad y de los riesgos que involucra o genera su ejercicio y el funcionamiento de los servicios que ofrece; el interés público que en ella existe; el profesionalismo exigido a la entidad y el provecho que de sus operaciones obtiene, los riesgos de pérdida por transacciones electrónicas corren por su cuenta, y por lo tanto, deben asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos a través de reparar los perjuicios causados, y no los usuarios que han confiado en la seguridad que les ofrecen los establecimientos bancarios en la custodia de sus dineros, cuya obligación es apenas la de mantener en reserva sus claves de acceso al portal transaccional”(CSJ SC18614-2016)

Siendo esto así, la Corte Suprema de Justicia planteó que en casos donde dineros son sustraídos de manera fraudulenta por personas distintas a los titulares de las cuentas, es fácilmente deducible que el banco es quien está incumpliendo su obligación contractual de custodia, por tanto, le es atribuible responsabilidad civil, a excepción de que se pruebe una causa extraña. Vale decir que, la responsabilidad que nace en esta situación es consecuencia de la teoría de los riesgos, la Corte expone que la actividad realizada por la entidad genera un riesgo y este puede generar un daño al titular. Esto significa que, se prescinde del elemento culpa porque, en caso de fraude, se vería que “*el banco inobservó las normas de cautela, antes que en una valoración del actuar de la persona y de sus perfiles subjetivos*” (CSJ SC18614-2016)

En 2018, La Corte Suprema de Justicia hace énfasis en las cargas y deberes especiales de diligencia y prudencia que tiene las entidades financieras, dentro de los cuales menciona el ejercicio de controles y adopción de mecanismos de seguridad dirigidos a la completa identificación de sus clientes. Por tal razón, cuando estas instituciones no cumplen con estas cargas especiales comprometen su responsabilidad.

“Así entonces, como el servicio público prestado por los bancos, es de interés público e implica riesgo social, dada la intermediación financiera que realiza -de gran importancia para el desarrollo económico-, su desempeño impone una indiscutible profesionalidad, idoneidad y experiencia”

“Precisamente, por ese riesgo social que su ejercicio lleva implícito, las entidades bancarias se hallan obligadas a observar reglas fundamentales de prudencia, control y adecuada organización, tendientes a obviar el surgimiento de daños para sí y su clientela. Cuando no proceden de tal forma, su responsabilidad se compromete, pero

puede desvirtuarse o aminorarse, si se demuestra una causa extraña, tipificada en el caso fortuito o la fuerza mayor, el hecho de un tercero o de la víctima, cuando los mismos han determinado el resultado lesivo y tienen la connotación de imprevisibles e irresistibles” (CSJ SC1230-2018)

De esta manera, vemos que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (2018) plantea una mayor rigurosidad en comparación a otras relaciones comerciales, ya que, la especialidad de la entidad hace que esta deba estar preparada para precaver, evitar o controlar el daño proveniente de su labor.

En 2020 la Corte mantiene su postura y plantea un régimen de responsabilidad objetivo en estos casos al exponer que: “Tratándose de la inobservancia de sus obligaciones como depositario (o como administrador sucedáneo de esos depósitos), [...], se justifica plenamente la aplicación de un régimen de responsabilidad objetivo en contra del ente bancario” (CSJ SC-5176-2020)

Por consiguiente, es el banco quien tiene la todas las herramientas para evitar el fraude, de manera que, esta carga no puede recaer sobre el titular de la cuenta. Es decir, el cuentahabiente no custodia el dinero depositado, no participa de las decisiones operativas del banco, no tiene acceso a la información para afrontar peligros y tampoco le es razonable económicamente afrontarlos. Situación que, es totalmente diferente para el banco quien sí posee todo lo expuesto” (CSJ-5176-2020)

Es menester hacer referencia a los elementos de autenticación de la circular básica jurídica donde se verifica la identidad del cliente, entidad o usuario mediante “algo que se sabe [como las claves personales], algo que se tiene [como los *tokens*], algo que se es [la biometría]” (Circular Básica Jurídica, Parte I, Título II, Capítulo I, numeral 2.2.5.) Entonces, si alguien burla estos elementos, es claro que la entidad bancaria incumplió con su obligación. No obstante, la Corte Suprema de Justicia aclara la relevancia del nexo de causalidad, no se puede atribuir responsabilidad por un daño que no surge de la inobservancia de las cargas de la entidad y surge a partir de un hecho externo. Tal y como puede ser el caso donde el cuentahabiente pierde su tarjeta y en ella está la clave de acceso. (CSJ-5176-2020)

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia resalta el gran interés social de la actividad bancaria y por el cual debe exigirse una mayor rigurosidad:

“La referida labor de administración del ahorro del público tiene gran relevancia social, lo que explica que, de un lado, el Estado regule y vigile la actividad bancaria, y de otro, que se le exija a quienes la ejercen un profesionalismo, probidad y diligencia muy superiores a los estándares ordinarios.” (CSJ SC-5176-2020)

En síntesis, lo expuesto por la jurisprudencia nos plantea que, en casos de fraude bancario sobre contratos de depósito, la responsabilidad recae de manera objetiva sobre la entidad debido a su especialización y cargas de protección, de manera que, una sustracción fraudulenta de dinero supone que la entidad inobservó sus normas de cautela, lo cual, generó el daño.

5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SUPERFINANCIERA EN CASOS DE RESPONSABILIDAD BANCARIA POR FRAUDE ELECTRÓNICO

La Ley 1480 de 2011 instituyó como parte del Estatuto Del Consumidor la acción judicial de protección al consumidor financiero, y en desarrollo de lo consagrado en el art 116 de la constitución, confirió a la Superintendencia Financiera facultades jurisdiccionales para conocer controversias relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales (Superintendencia financiera,2019)

En síntesis, el legislador abrió la posibilidad a los consumidores financieros para someter asuntos contenciosos entre ellos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

“En aplicación del artículo 116 de la Constitución Política, los consumidores financieros de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia podrán a su elección someter a conocimiento de esa autoridad, los asuntos contenciosos que se susciten entre ellos y las entidades vigiladas sobre las materias a que se refiere el presente artículo para que sean fallados en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez.”(Código General del Proceso, 2012)

Por su parte, el código general del proceso en su art 24 confiere el ejercicio de facultados jurisdiccionales a la Súper Intendencia Financiera de Colombia:

“ARTÍCULO 24. EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. Las autoridades administrativas a que se

refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas:

[...]

2. 2. La Superintendencia Financiera de Colombia conocerá de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

[...]

PARÁGRAFO 1o. Las funciones jurisdiccionales a que se refiere este artículo, generan competencia a prevención y, por ende, no excluyen la competencia otorgada por la ley a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas en estos determinados asuntos.”

Es de anotar, el parágrafo 3 del mismo artículo 24 atribuye competencia a entidades administrativas como la superintendencia financiera de Colombia a título de juez de primera instancia.

“PARÁGRAFO 3o. Las autoridades administrativas tramitarán los procesos a través de las mismas vías procesales previstas en la ley para los jueces.

[...]

Las apelaciones de providencias proferidas por las autoridades administrativas en primera instancia en ejercicio de funciones jurisdiccionales se resolverán por la autoridad judicial superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable.”

En armonía con lo anterior, la Superintendencia Financiera tendrá competencia a lo largo del territorio nacional para adelantar procesos verbales referentes a la acción de protección al consumidor financiero. Aunque opera como si fuese un juez de primera instancia en procesos jurídicos, difiere en su enfoque de responsabilidad en comparación con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

En numerosos fallos, la Superintendencia ha adoptado un régimen más riguroso que la Corte en lo respectivo a la concurrencia de culpas, imponiendo al consumidor financiero una porción de la indemnización, incluso en situaciones donde la conducta del consumidor no fue la causa del riesgo. Estos casos plantean interrogantes sobre el criterio de imputación de responsabilidad y si la Superintendencia considera aspectos adicionales al evaluar la participación del consumidor y las entidades financieras en los casos de fraude electrónico. Algunos ejemplos de esto son:

El fallo 2012085236 de febrero 22 de 2013 – Rad: 2012-0092

“Con fundamento en el acervo probatorio allegado al plenario, ambas partes incumplieron sus obligaciones contractuales, como la responsabilidad de las partes no se torna equivalente, se vio menguada frente a la entidad financiera, ordenando el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente a favor de la demandante, por el 80 por ciento de total del valor de los débitos realizados con cargo a su cuenta de ahorros.”

Esta conclusión de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera nace de que la demandante no cambió mensualmente su clave, hecho que no tendría suficiente importancia para la Corte Suprema de Justicia y el régimen de responsabilidad planteado en su jurisprudencia. Además, resulta contradictorio que la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales argumente en este fallo que, aunque la conducta de la demandante no fue el hecho generador del riesgo y tampoco era su obligación prevenirlo, la obligue a soportar parte del daño con base en la concurrencia de culpas.

El fallo 2012094202 de mayo 16 de 2013 - Radicado: 2012-0117

“Dentro de las actuaciones surtidas por las partes, se evidenció que el demandante desplegó conductas que originaron el incremento de los riesgos propios del uso de los canales transaccionales virtuales. Tal actuación consistió en el uso de un café internet para consultar el estado de su cuenta, conducta se encuentra catalogada en el sitio página web de la entidad demandada, como una conducta riesgosa, sin embargo, pese a tal instrucción el demandante acudió a dicho establecimiento de comercio para hacer uso del portal virtual de la entidad financiera. Pese a lo anterior, la entidad demandada no se encuentra eximida de culpa toda vez que la cuenta de ahorros del demandante, para la fecha de las transacciones, presentó una serie de operaciones no monetarias que

no se acompañaban con el perfil transaccional de la demandante, siendo las más llamativas los cambios en los montos mínimos de transacciones, situaciones que pese a generar alerta en los sistemas de seguridad del BANCO, la reacción de la entidad financiera fue tardía, permitiendo el curso de tales transacciones”

En este caso también se planteó la culpa compartida, pero el hecho acá fue que se ingresó a la plataforma por medio de un café internet. Conducta que tampoco sería un hecho relevante para el régimen planteado por la Corte Suprema de Justicia. Además, Paz (2018) considera que:

“adolece de precariedad este razonamiento de la Delegatura, porque conduce al resultado equivocado de mengua de la responsabilidad del banco. Porque, adicional a que el incumplimiento del consumidor no es causa del daño, sí se constató un incumplimiento del banco, que sí tiene una relación causal determinante con el fraude, la cual es la de no haber atendido el hecho de que se estuvieran realizando, varios días antes del fraude, operaciones que no se encuadraban en el hábito transaccional del demandante, y que condujeron a la concreción del daño.”

El fallo 2012050156 de agosto 16 de 2012 - Radicado: 2012-0020

En el presente fallo, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, se pronunció sobre un caso donde la demandante presentó su inconformidad frente a una transacción vía internet con cargo a su cuenta de ahorros. Pago que afirmó no haber realizado ni autorizado.

Para resolver el caso en específico, la Delegatura para Asuntos jurisdiccionales trajo a colación el literal c del artículo 6 de la ley 1328 de 2009 donde:

“ARTÍCULO 6o. PRÁCTICAS DE PROTECCIÓN PROPIA POR PARTE DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS. Las siguientes constituyen buenas prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros:

c) Observar las instrucciones y recomendaciones que imparta la entidad vigilada sobre el manejo de productos o servicios financieros.”

Añadido a lo anterior, con la finalidad de esclarecer las razones por las que comúnmente plantean la concurrencia de culpas, afirman que:

“La figura de la concurrencia de culpas, tiene su fundamento legal en el artículo 2357 del Código Civil, que establece: “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.

La Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales concluye que una de las obligaciones que le correspondía a la demandante y ésta incumplió, fue la de asignar sus claves de acceso y modificarlas por lo menos una vez al mes. Añadido a lo anterior, como la demandante ya había sido víctima de este tipo de ataques electrónicos, la Delegatura le atribuyó un grado mayor de responsabilidad a esta última por no modificar la clave. Por tanto, la Superintendencia Financiera afirmó que:

“ambas partes incumplieron sus obligaciones contractuales y legales, toda vez que la demandante actuó negligentemente al no cambiar sus claves poniendo en riesgo la seguridad de sus canales transaccionales, al tiempo de que el BANCO XXXX omitió atender sus deberes consagrados en la Ley 1328 de 2009 y las Circulares 052 de 2007 y 022 de 2010 de la Superintendencia Financiera de Colombia como se explicó, circunstancias que determinan la existencia de una “concurrencia de culpas”, habida cuenta que el “error de conducta” en que incurrieron las partes, contribuyeron a que se incrementara la probabilidad de la “producción del daño”, pues la conducta descrita de ambas partes coadyuvó a que se efectuara la transacción con cargo a la cuenta de ahorros de la demandante”

Finalmente, la Delegatura para Asunto Jurisdiccionales resolvió condenar a la entidad bancaria al pago del cuarenta (40%) del dinero debitado. De manera que, la demandante tuvo que soportar mayor grado del perjuicio por no cambiar su clave de acceso, mientras que la entidad bancaria soportó un menor grado por incumplir las condiciones de seguridad.

El fallo 2017034137 del 14 de marzo de 2018, radicado: 2017-0528

En el presente fallo la delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia resolvió la controversia entre una cooperativa y la entidad financiera Banco de Occidente S.A., donde la primera tuvo varias sustracciones en su cuenta de ahorros a través de medios electrónicos sin su autorización. La Superintendencia Financiera afirmó que:

“En el caso particular, se acreditó que en los términos y condiciones para la utilización del portal empresarial de Internet, estaba a cargo del consumidor, mantener los equipos utilizados para transar, libre de virus informáticos y con instalación de antivirus, no obstante, del análisis efectuado al computador del consumidor, se determinó que el mismo no cumplía con tales exigencias, lo que permitió que fuera infectado con malware malicioso, con lo que se acreditó que el consumidor, incumplió sus obligaciones contractuales y facilitó con ello el conocimiento por parte de terceros de la información transaccional, dado que el malware permitió manipular la información de las operaciones”(Superfinanciera, 2019)

De manera que, la Superintendencia desestimó las pretensiones de la demanda al atribuirle culpa a la parte demandante por no cumplir con el requisito de contar con un antivirus. No obstante, en el mismo fallo indican que las transacciones no eran acordes al perfil transaccional de la cooperativa, tanto así que el Banco de Occidente realizó una llamada de confirmación a dicha cooperativa, pero la persona encargada no se encontraba presente. Entonces, aunque notaron las inconsistencias y no recibieron autorización expresa, continuaron con la transacción.

En síntesis, si bien la Superintendencia Financiera tiene presente el análisis jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y, en cierta medida, aplica el mismo régimen, esta tiende a ser más rigurosa con las actuaciones del consumidor con lo que este soporta parcial o totalmente el perjuicio ocasionado.

CONCLUSIONES

En conclusión, la relación financiera entre consumidor y entidad bancaria ha evolucionado como consecuencia del impacto e implementación de las nuevas tecnologías lo que ha facilitado los canales de comunicación entre todas las relaciones financieras. A su vez, estos avances han incrementado el riesgo de dichas relaciones con el surgimiento de nuevas modalidades de fraude bancario, como lo es el fraude electrónico.

Como consecuencia de lo anterior, la regulación normativa colombiana de la responsabilidad bancaria requirió actualizaciones en su alcance para resolver las controversias generadas por estos conflictos contemporáneos y brindar garantías al consumidor financiero.

Si bien el legislador ha buscado prevenir y salvaguardar las relaciones entre entidades bancarias y consumidor financieras como podemos observar en el estatuto del consumidor financiero, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en las circulares externas expedidas por Superintendencia Financiera, etc. La jurisprudencia es la que se ha encargado de desarrollar a fondo la aplicación de un régimen específico de responsabilidad en casos de fraude bancario electrónico.

La Corte Suprema de Justicia ha jugado un papel crucial para definir un régimen de responsabilidad objetiva en casos de fraude bancario electrónico sentando precedentes significativos que resguardan los intereses de los usuarios bancarios. Estas providencias han contribuido a establecer estándares claros en cuanto al comportamiento esperado de las entidades financieras reconociendo su deber de protección hacia los usuarios y la necesidad de implementar medidas de seguridad adecuadas.

Lo anterior, deriva del ejercicio de la especializada actividad financiera, en razón a que una entidad crediticia es una empresa comercial que dado el movimiento masivo de operaciones, asume los riesgos inherentes a la organización y ejecución del servicio, pues es dicha entidad quien debe prevenir los daños ocasionados al poseer las herramientas fruto de su actividad profesional y especializada.

En síntesis, la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al manifestar que en modalidades de fraude electrónico como el *phishing* o el *pharming* es la entidad

bancaria quien tiene la responsabilidad de asumir los perjuicios ocasionados en razón a su carga de protección y especialidad, siempre y cuando no se demuestre fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero y/o culpa exclusiva de la víctima

Por su parte, la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales otorgadas por la Constitución Política y el Código General del proceso como un juez de primera instancia, enfatiza la protección del consumidor financiero y vela por el cumplimiento de las obligaciones de las entidades financieras y, aunque mantiene el régimen de responsabilidad objetiva expuesto por la Corte Suprema de Justicia, cabe destacar que esta tiende a establecer parámetros más rigurosos respecto a los deberes de los consumidores financieros pues les atribuye carga del perjuicio con fundamento en la concurrencia de culpas en casos para los que la Corte no consideraría que el incumplimiento del deber fue sustancial para la creación del riesgo.

El análisis de la evolución normativa y jurisprudencial en torno a la responsabilidad bancaria frente al fraude electrónico no solo revela la complejidad del sistema financiero moderno, sino también plantea interrogantes cruciales para el futuro de la protección al consumidor. A medida que las entidades bancarias y las autoridades reguladoras ajustan sus estrategias de protección, el legislador intenta establecer marcos legales y los magistrados de las altas cortes expiden providencias para regular y mitigar los riesgos asociados con la digitalización, surgen cuestiones urgentes: ¿serán suficientes estas medidas para enfrentar las nuevas amenazas emergentes en un entorno financiero en constante cambio? ¿Cómo evolucionará el marco legal para enfrentar amenazas futuras que aún desconocemos? Esta reflexión invita a profundizar en el estudio de la eficacia de las políticas actuales y a anticipar los desafíos que el avance tecnológico traerá consigo, abriendo la puerta a futuras investigaciones sobre la estabilidad del sistema financiero ante los fraudes del futuro.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- Acosta, S.(2014) Responsabilidad objetiva: propuesta de modernización legislativa al régimen de la responsabilidad civil por actividades peligrosas. Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes, Facultad de derecho. Recuperado de: <https://repositorio.uniandes.edu.co/entities/publication/d4529988-39e3-41a7-826c-9f8e791ae8c1>
- Anaya C. P. (2012). Riesgos en las transacciones electrónicas bancarias. Una carga que debe ser asumida por la banca. Revista Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3206>
- Campo, M. (2000). La responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones Jurídicas. Recuperado de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3496-la-responsabilidad-civil-por-danos-al-medio-ambiente-el-caso-del-agua-en-mexico>
- Castro, M.(2010) *La responsabilidad civil objetiva. Componente indispensable para la modernización del derecho de los daños*. Editorial Temis. Bogotá
- Corredor , J. A., & Ríos, D. (2021). Análisis histórico de la responsabilidad civil de la actividad bancaria y su impacto en Colombia. Recuperado de <https://doi.org/10.18359/prole.4865>
- Cubides, J. (2012). *Obligaciones*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá.
- Galgano, F. (1999) *Derecho Comercial. El Empresario*. Editorial Temis. Bogotá.
- Gamboa, J. (2010) *Elemento subjetivo: la culpa y el dolo en la responsabilidad civil*. En: M,Castro. Derecho de las Obligaciones. Bogotá: Temis S.A., 2010. T. II, V. 1, p. 165-169.
- Hernández. A. (1988). Derecho de las obligaciones. Madrid. España. Pp 260 y ss

- Hernández, J. (2020). La Responsabilidad De Las Entidades Financieras Por Fraudes Electrónicos [Tesis de maestría]. Universidad Pontificia Bolivariana. Recuperado de <https://repository.upb.edu.co/handle/20.500.11912/6161>
- Jaramillo, J. T. (2010). Tratado de Responsabilidad Civil. Legis Editoriales. Bogotá.
- López, A (2012) *Fundamento del derecho civil*. Editorial Tirant lo blanch, Valencia
- Padilla, J.A. y Zafra, M. (2017). Responsabilidad de los establecimientos bancarios por el pago de cheques falsos o alterados en Colombia. Revista de derecho Privado. Recuperado de: <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.13>.
- Paiva, R. (2021). El Paradigma Objetivo En La Responsabilidad De Las Entidades Bancarias Por Fraude Electrónico: Una Mirada Desde Las Obligaciones De Resultado. Universidad nacional de Colombia. Recuperado de <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/80691>
- Paz, A,(2018). La culpa del consumidor en la responsabilidad financiera y su proyección causal en el daño por fraude electrónico. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://doi.org/10.18601/01234366.n35.10>.
- Rodríguez. A.(2014) Análisis Económico De La Responsabilidad Bancaria Frente A Los Fraudes Electrónicos: El Riesgo Provecho, El Riesgo Creado Y El Riesgo Profesional. Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/10176/8357>
- Rodríguez, M. (2016). Concepto y alcance de responsabilidad objetiva. Revista de derecho privado. Universidad de los Andes. Recuperado de: <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/47218/concepto-alcance-responsabilidad-objetiva.pdf?sequence=1>
- Rojas, J. C. (2016). Sistema financiero: un análisis del mercado desde la perspectiva del derecho económico. Revista de derecho privado. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360055998012.pdf>
- Uztáriz, L,H. (2022) Responsabilidad Bancaria. Editorial Ibañez. Bogotá
- Vistini, G. (2015) ¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual. Universidad Externado.

NORMATIVA

Constitución Política de Colombia [C.P]. Art. 116. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Código de Comercio [CCo]. Decreto 410 de 1972. 16 de junio de 1971(Colombia)

Código Civil [CC]. Ley 84 de 1873. 31 de mayo de 1973 (Colombia)

Código general del proceso. [CGP]. Ley 1564 de 2010. 12 de julio de 2012. (Colombia)

Ley 1480 de 2011. Estatuto del Consumidor. 12 de octubre de 2011. Diario Oficial No. 48.220

Ley 1328 de 2009. Régimen de protección al consumidor financiero. 15 de julio de 2009. Diario Oficial No. 47.411

Decreto 2555 de 2010. [Presidencia de la Republica] *Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.* 15 de julio de 2010

Circular Básica Jurídica 029 de 2014 [Superintendencia Financiera de Colombia]. Parte I, Instrucciones generales aplicables a las entidades vigiladas. Noviembre de 2019

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (18 de diciembre de 2020) Sentencia SC-5176-2020 [MP LUIS ALONSO RICO PUERTA]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (11 de julio de 2001) Sentencia S-123-2001 [MP SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (25 de abril de 2018) Sentencia SC 1230-2018 [MP LUIS ALONSO RICO PUERTA]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (19 diciembre 2016) sentencia SC18614-2016 [MP ARIEL SALAZAR RAMIREZ]

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (14 de mayo 2019). Sentencia SC1697-2019. [MP MARGARITA CABELLO BLANCO]

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (5 de agosto de 2014). Sentencia SC10297-2014. [MP ARIEL SALAZAR RAMÍREZ]

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (3 de diciembre de 2018). Sentencia SC5170-2018. [M.P. MARGARITA CABELLO BLANCO]

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (30 de septiembre de 2016). Sentencia SC13925-2016. [M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ]

Corte Constitucional. Sala plena.(16 de octubre de 2018) Sentencia C-1101 de 2008. . [M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO]

Corte Constitucional. Sala plena. (14 de octubre de 2022) Sentencia T-8.727.419. [M.P. HERNÁN CORREA CARDOZO]

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Sentencia 00526 de 2016. [C.P WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ]

Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia del 27 de octubre de 2016. Expediente: 11001319900120150020601

Superintendencia financiera, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales (22 de febrero de 2013) Radicado 2012085236

Superintendencia financiera, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales (16 de mayo de 2013) Radicado 2012094202

Superintendencia financiera, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales (26 de septiembre de 2017) Radicado 2016118159

Superintendencia financiera, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales (16 de agosto de 2012) Radicado 2012-0020