

Responsabilidad subjetiva contractual en la modalidad de culpa presunta de las entidades bancarias y sus consecuencias en el contrato de cuenta corriente

Subjective contractual liability in the form of presumed fault of the banking entities and its consequences in the current account contract

Nicolás Fabián Meneses Suta¹

Resumen

En este artículo se pretende, a través de un estudio al ordenamiento jurídico colombiano, establecer qué tipo de responsabilidad debe ser aplicada a las entidades bancarias con sus respectivas consecuencias, en virtud del contrato de cuenta corriente. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha optado por un régimen de responsabilidad extracontractual objetivo; posición que el autor de este escrito no comparte y argumenta la aplicabilidad de un régimen de responsabilidad contractual subjetivo en la modalidad de culpa presunta. Lo anterior, a partir de estudiar los argumentos de la Corte, definir si la naturaleza del vínculo que ata las partes es contractual o extracontractual, brindar argumentos a favor de la subjetividad, establecer, entonces, qué grado de culpa es el exigido y en qué modalidad, y, por último, determinar qué eximentes de responsabilidad son excepcionables. Por medio de una metodología normativa y descriptiva, se propondrá que, al fraude en el contrato de cuenta corriente, se debe aplicar un régimen de responsabilidad

Cómo citar este artículo: Meneses, N. F. (2021). Responsabilidad subjetiva contractual en la modalidad de culpa presunta de las entidades bancarias y sus consecuencias en el contrato de cuenta corriente. *Revista Nueva Época*, 58, 175-200. <https://doi.org/10.18041/0124-0013/nuevaepoca.57.2021.9109>



Open Access

¹ Estudiante de Derecho (in aeternum), apasionado por el derecho privado, monitor, investigador, concursante y ponente del área mencionada. Abogado estudiante de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad Libre. Correo electrónico: nicolasf-meneses@unilibre.edu.co.

subjetivo contractual en la modalidad de culpa presunta con sus respectivas consecuencias jurídicas.

Palabras clave: contrato de cuenta corriente, responsabilidad contractual, responsabilidad subjetiva, grado de culpa, modalidad de culpa, eximentes de responsabilidad

Abstract

This article intends, through a study of the Colombian legal system, to establish what type of liability should be applied to banking entities with their respective consequences, by virtue of the current account contract. In this regard, the Colombian Supreme Court of Justice has opted for a regime of objective liability; a position that the author of this paper does not share and argues the applicability of a regime of subjective contractual liability in the modality of presumed fault. This is based on studying the arguments of the Court, defining whether the nature of the link between the parties is contractual or non-contractual, providing arguments in favor of subjectivity, establishing, then, what degree of fault is required and in what modality, and finally, determining which exonerations of liability are acceptable. By means of a normative and descriptive methodology, it will be proposed that, to the fraud in the current account contract, a regime of contractual subjective liability should be applied in the modality of presumed fault with its respective legal consequences.

Keywords: checking account contract, contractual liability, subjective liability, degree of fault, fault modality, disclaimers of liability

Introducción

Ante la pérdida del dinero entregado a un banco, en virtud de un contrato de cuenta bancaria, para poder hacer precisiones sobre la existencia de un incumplimiento, es obligatorio preguntarse qué régimen de respon-

sabilidad es el aplicable y cuáles son sus consecuencias.

Los contratos bancarios son aquellos en los que el acuerdo de voluntades recae sobre el ejercicio de operaciones bancarias; entendidas estas como operaciones de captación y coloca-

ción de recursos. Visto lo anterior, el objeto del presente escrito será la responsabilidad financiera de las entidades bancarias en los contratos que permiten la captación de recursos; como lo es, su fuente principal, el contrato de cuenta corriente.

De este contrato surge una obligación para la entidad bancaria de tener a disposición y restituir dicha suma al cuentahabiente cuando este último lo desee; cuyo incumplimiento provoca una responsabilidad que motiva el planteamiento del presente escrito, que será desarrollado a través de la siguiente estructura compuesta por cuatro (4) partes: primero, se realizarán precisiones teórico-prácticas sobre el contrato de cuenta corriente necesarias para el estudio de responsabilidad, que permitirán, en un segundo momento, debatir entre la responsabilidad extracontractual objetiva, a través de los argumentos de la Corte Suprema de Justicia y la responsabilidad contractual subjetiva a través de los argumentos del autor.

Lo que, en tercer lugar, permitirá puntualizar sobre *la culpa* en el contrato de cuenta para concluir que el grado exigible es uno intermedio entre culpa leve y levísima, y que la modalidad aplicable es la culpa presunta. De esa manera, se puede establecer qué eximentes de responsabilidad podrá

excepcionar la entidad bancaria y cuáles son sus requisitos.

Con lo anterior, más que poner de manifiesto los errores que ha cometido la Corte Suprema de Justicia, es necesario recobrar el importante papel de la culpa en el estudio de la responsabilidad en el presente tema y hacer una propuesta para los futuros procesos que se adelanten al respecto; como lo es analizar el fraude a la luz de un régimen de responsabilidad subjetivo contractual en la modalidad de culpa presunta.

Todo lo anterior, por medio de una metodología normativa, por fundamentar la tesis en el análisis e interpretación de las características teórico-prácticas de la relación jurídica y de las figuras que surgen de ella; proponiendo una apreciación particular, por lo cual, a su vez, la metodología es descriptiva.

1. Sobre el contrato de cuenta corriente

Se debe tener en cuenta que el presente escrito plantea el siguiente problema y pregunta de investigación: cuando un tercero, no autorizado ni consentido por el cliente, accede, de manera defraudatoria, a los fondos de los que este es acreedor, ¿qué régimen de responsabilidad debe ser aplicado y cuáles son sus consecuencias? En pri-

mer lugar, cabe precisar, de la manera más sencilla posible, en qué consiste el contrato de cuenta corriente.

A través del contrato de cuenta corriente, una persona (a la que se le denomina *cliente* o *cuentahabiente*) entrega una suma de dinero (precítese que el término *entregar*, por pretender la transferencia de propiedad, hace referencia al modo de adquirir denominado *tradición*) a otra parte denominada *banco*. Desde ese momento, el contrato nace a la vida jurídica y produce, en términos generales, una obligación en hombros del banco, que consiste en restituir dicha suma al cuentahabiente cuando este último lo desee.

Ahora bien, haciendo referencia a la naturaleza del contrato de cuenta corriente, se comparte la teoría de Boada Morales (2019, pp. 171-203), cuando sostiene que este no puede calificarse como un *contrato de depósito irregular* y, a su vez, se comparte también la teoría de Rodríguez Azuero (2005, pp. 289-295), cuando afirma que tampoco puede cobijarse dentro de un *contrato de mutuo*. Por lo tanto, pese a tomar prestados varios aspectos de dichos contratos, se considera que el contrato de cuenta corriente es *autónomo*.

Se distancia, entonces, del contrato de depósito, por cuanto, en virtud de este, se *da* un bien, sin intención

de transferir la propiedad; bien cuya naturaleza es corporal. En cambio, en el contrato de cuenta bancaria, el dinero termina adquiriendo una naturaleza incorporeal; recuérdese que tal diferenciación, teóricamente, se fundamenta en que ocupen o no un lugar físico en la naturaleza, y sean perceptibles por los sentidos (CC, 1873, art. 653). Lo anterior si se tiene en cuenta que el dinero puede ser entregado a través de transferencia y que este resulta siendo entradas y salidas electrónicas, es decir, activos y pasivos en un sistema contable (Boada Morales, 2019 p. 174).

Ello sumado a que los derechos reales que subsisten tras la *dación* en el contrato de depósito, en el contrato de cuenta corriente no lo hacen; pues, tras la entrega, surgen derechos personales, en virtud de los cuales la entidad bancaria (*deudor*) resulta obligada para con el cliente (*acreedor*) en una obligación de dar, entregar una suma de dinero (CC, 1873, art. 666). Por lo cual, cuando, posteriormente, el dinero es objeto de transacciones, más que haber transferencia de un bien mueble, lo que hay es “un proceso mediante el cual la deuda a cargo del banco y a favor del cliente originador se reemplaza por una nueva deuda a favor del beneficiario y a cargo de su banco” (Boada Morales, 2019, pp. 193-194).

Tampoco es posible reducir el contrato de cuenta corriente al mutuo por dos motivos: difieren en la causa de celebración del contrato; pues, en el contrato de mutuo, es el mutuuario quien, por encontrarse en una necesidad económica que no puede solventar con su propio patrimonio, está interesado en obtener una suma de dinero que el mutuante le solventa. En cambio, en el contrato de cuenta corriente, el consumidor tiene interés en poder conservar su dinero y la entidad en explotarlo por un tiempo determinado (Rodríguez Azuero, 2005 p. 295). De igual forma, discrepan en que la discrecionalidad del acreedor de obtener el dinero cuando guste no encaja en la teoría del mutuo.

2. Debate sobre qué régimen de responsabilidad debe aplicarse al contrato de cuenta corriente

Habiendo dicho lo anterior, vale la pena preguntarse qué régimen de responsabilidad debe ser aplicado. Pregunta que ya ha sido resuelta por la Corte Suprema de Justicia de Colombia en varias oportunidades, especialmente, a través de las Sentencias SC18614 del 19 de diciembre de 2016 y SC5176 del 18 de diciembre de 2020, siendo esta la última a la realización de este escrito, en términos de López Medina (2002, p. 169), la sentencia punto arquimédico,

inclinándose este honorable tribunal por el régimen objetivo. No obstante, desde ahora, este autor manifiesta que discrepa de tal preferencia y procederá a manifestar por qué.

2.1. Motivos por los que se ha aplicado un régimen de responsabilidad objetivo

En últimas, los motivos han sido dos, fundamentados en varios elementos:

2.1.1. *Aplicación del régimen aplicable al pago de cheques falsos, en virtud de la analogía*

Por un lado, la Sentencia SC18614-2016 (CSJ) dejó claro, a grandes rasgos, que, cuando la entidad bancaria paga un cheque adulterado o falseado, a la luz de la primera parte de los artículos 1391 y 732 del Código de Comercio (1971), el régimen de responsabilidad aplicable es el objetivo; por tanto, sin analizar el comportamiento de la entidad, esta será responsable por los daños causados. Sin embargo, se le permite eximirse de responsabilidad, con fundamento en la segunda parte de los mismos artículos, cuando la falsedad o alteración se deba a culpa del cliente, en aplicación de un eximente llamado culpa exclusiva de la víctima.

Por otro lado, teniendo en cuenta que no se habían contemplado fraudes

cometidos con instrumentos diferentes de los cheques, “tal circunstancia, (...), no conlleva la inaplicabilidad del régimen de responsabilidad reconocido por ellas a otra clase de defraudaciones (...)” (CSJ, Sentencia SC18614/2016).

Salta así a la vista que la Corte, en ese momento, acudió a la *analogía legis*, figura de desarrollo jurisprudencial que surge del artículo 8 de la Ley 153 de 1887. Ello teniendo en cuenta que, tanto en los eventos de fraude con cheque como en los que se utilizan instrumentos distintos, existen aspectos semejantes, que permitieron la aplicación extensiva de las normas mencionadas, aspectos sobre los cuales se hablará a continuación.

2.1.2. Teorías de distribución del riesgo

La Corte resultó escogiendo la aplicación del régimen objetivo en los casos de fraude a través de cheque en virtud de las teorías del riesgo, surgidas a finales del siglo XIX (CSJ, Sentencia SC18614/2016). Fundamentadas en la equidad, estas teorías han permitido responsabilizar y, por consiguiente, han obligado a indemnizar los perjuicios a quien:

1) Cree el riesgo (*teoría del riesgo creado*) siendo justo responsabilizar a quien, en desarrollo y control de una actividad,

genere o introduzca un riesgo en la cotidianidad. Posteriormente, 2) se le incluyó el beneficio como elemento importante de la teoría del *riesgo provecho*, siendo equitativo responsabilizar a quien se lucre o reciba utilidad de la actividad, “ahí donde está la ventaja debe estar la carga” (*ubi emolumentum, ibi onus*). Y, por último, 3) se habló de la *teoría del riesgo profesional*, responsabilizando a aquel que, además de crear y aprovecharse de este, tiene una preparación y experiencia para el desarrollo de la actividad; por eso, siempre el *dominio* es un factor determinante.

Factores (creación, provecho y profesionalidad) con los que cuentan las entidades bancarias, por lo cual dichas teorías han sido aplicadas a los casos en que se ven implicadas, tal como sucedió en la última oportunidad (CSJ, Sentencia SC5176/2020). Estos han sido los argumentos por los cuales la Corte Suprema de Justicia ha aplicado el régimen de responsabilidad objetiva a los casos de pérdida del dinero entregado en cuenta corriente.

Aun así, seguramente una pregunta asalta la mente del lector en este momento, ¿no es importante también determinar si las obligaciones son de medios o de resultados? Al respecto, se considera que de tal diferenciación no depende la clasificación entre responsabilidad subjetiva u objetiva;

pues, si bien es cierto (como se dirá más adelante) que el incumplir una obligación de resultado permite una presunción de culpa por parte del deudor, ello es bien distinto a prescindir del todo o excluir completamente el factor culpa del análisis, aspecto sobre el cual se puntualizará cuando sea pertinente.

2.2. El régimen de responsabilidad aplicable es contractual

Antes de llevar a cabo cualquier análisis de responsabilidad, debe determinarse si el problema jurídico encaja dentro del régimen de responsabilidad contractual o extracontractual. De allí debe partir cualquier análisis de responsabilidad. Aunque pueda resultar obvio, el que la honorable Corte Suprema de Justicia olvidara por completo tal dualidad, en este caso específico, obliga a que este artículo se pronuncie al respecto.

Recuérdese que esta no surge de manera simple del incumplimiento de una obligación pactada contractualmente, sino que va más allá. Por ende, no basta con afirmar, como lo hace Tamayo Jaramillo (2019), que existiría en cambio un vínculo extracontractual “si con ella se pone en riesgo el patrimonio de los terceros ajenos a un contrato; como cuando una entidad financiera, alegando la libertad de mercado, desata una

peligrosa especulación accionaria que arruina a todo el universo inversionista”. Pues, véase la tesis de Castronovo (2012, p. 57) con la que se coincide, cuando afirma que debe abandonarse la rígida y bimilenaria tesis de que sólo pueden entenderse las obligaciones si se vinculan exclusivamente con su objeto, las prestaciones de dar, hacer o no hacer, pactadas en virtud de las formalidades de un contrato.

Para, en cambio, comprender que “lo fundamental no es la plenitud del contenido, sino la dimensión formal, en la cual las partes se encuentran la una frente a la otra”, lo que permite entonces percibir que “la verdadera esencia de la obligación, (...) consiste (...) en el carácter relacional como matriz de cualificación de la posición recíproca de los sujetos uno frente al otro y en contemplación del otro” (p. 57); consintiendo vincular y extender el régimen de responsabilidad contractual, al incumplimiento de los deberes que se desprenden *ex lege* de una relación producto del contacto social, cuando exista un acto de voluntad que la genere.

Por ende, no sólo se considera que el vínculo que liga al cliente y al banco es lo pactado expresamente en el contrato, sino que, además, se permiten analizar los deberes incumplidos a la luz de la relación que el contacto social les produce.

Dicho lo anterior, se procede a afirmar lo siguiente:

2.3. Motivos por los que debería aplicarse un régimen de responsabilidad subjetivo

Este autor cuestiona el prescindir absolutamente del reproche de conducta de las entidades bancarias; es decir, del elemento subjetivo en el análisis de la responsabilidad, posición que se fundamenta en dos argumentos.

2.3.1. *Las teorías de distribución del riesgo no tienen aplicación y, aunque la tuvieran, la actividad bancaria no es una actividad peligrosa*

Aunque estas teorías se siguen teniendo en cuenta, recuérdese que fundamentan un régimen de responsabilidad extracontractual, llamado *actividad peligrosa*, por lo que, al denominar una relación contractual como *actividad peligrosa*, se están confundiendo ambos regímenes de responsabilidad, así que ni siquiera debería analizarse si la actividad bancaria encaja o no dentro de la teoría de actividad peligrosa.

Sin embargo, si, en gracia de discusión se realiza tal análisis, no se considera que esta esté inmersa dentro de tal régimen o, por lo menos, no totalmen-

te. Lo anterior se debe a que, por un lado, la actividad bancaria no es una actividad insólita que fue introducida en la cotidianidad de la sociedad; pues se fundamenta en figuras que siempre han existido y son propias del espíritu social del ser humano, como lo son los contratos de depósito y el mutuo.

Ello sumado a que, con su existencia no se potencializa la ocurrencia de un riesgo como la pérdida del dinero, ya que este siempre ha existido. Distinto es que, a través de este contrato, dicho riesgo se traslada a las entidades bancarias. A lo que se suma lo mencionado por Tamayo Jaramillo (2019) en el escrito referido:

El argumento del riesgo social que esgrime la Corte es un juego de palabras, pues, si así fuera, la responsabilidad de los médicos siempre sería objetiva, dado que no hay nada más riesgoso para la sociedad que el ejercicio de la medicina (...).

Por lo cual esta nunca podría ser el fundamento para prescindir del elemento culpa.

2.3.2. *La ley relacionada aclama el régimen subjetivo*

Sobre todo, no puede obviarse que, según el ordenamiento jurídico colombiano, y, por norma general, la culpa

es la columna vertebral sobre la que se fundamenta la responsabilidad, bien sea contractual o extracontractual, por lo cual este autor considera que la Corte Suprema de Justicia ha interpretado de manera errónea los fundamentos normativos utilizados.

No sólo porque en materia de fraude mediante cheque la Corte fundamenta un régimen de responsabilidad objetiva en los artículos 732 y 1391 del Código de Comercio (1971), que contienen elementos subjetivos, pues ambos contemplan como elemento integrador la culpa; “si la falsedad o alteración se debiere a culpa del librador, el banco quedará exonerado de responsabilidad” y “salvo que el cuentacorrentista haya dado lugar a ello por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes”.

Vale la pena fijarse en que la Corte acudió a la Ley, en relación con la naturaleza de la actividad, la calidad de las partes y sus consecuencias, para concluir erróneamente que el régimen de responsabilidad aplicable es objetivo.

2.3.2.1. *La calidad de las partes y sus consecuencias jurídicas en virtud de la ley*

Sobre las partes, más que tener claro que estas son dos, entidades bancarias y consumidores financieros,

debe entenderse que tales calidades implican unas consecuencias jurídicas que serán abordadas, a continuación, para luego integrarlas al análisis de responsabilidad.

2.3.2.1.1. *La entidad bancaria como profesional, debida diligencia y lealtad*

El hecho de que el objeto del contrato sea que la entidad bancaria restituya el dinero entregado al cuentahabiente, cuando este último lo desee, provoca que la calidad del deudor de tal obligación sea parte fundamental del contrato; pues, en caso de que esta no se cumpla, no sólo el consumidor financiero sufre un perjuicio económico en su derecho fundamental a la propiedad (CP, 1991, art. 58), sino que también se ve afectada la economía.

Por tal manejo del ahorro público y su incidencia directa en la estabilidad y crecimiento de la economía es que la Constitución Política, en el artículo 335, considera que el ejercicio de la actividad financiera es de *interés público*. Ello sumado a que, por ser esta necesaria para la calidad de vida de los ciudadanos, se califica también como un servicio público (CC, Sentencia C-793/14).

Tal importancia constitucional y patrimonial exige y hace necesaria que la institución bancaria tenga la calidad

de profesional; aspecto que se satisface si se tienen en cuenta las razones por las que las entidades bancarias se consideran como tal. Como lo son 1) que teniendo libertad de escoger en qué oficio se desempeñaría, escogieron el mercado bancario como negocio propio (objeto social); 2) Ejercen en un área para la cual se requiere de una preparación especial (conocimiento y experiencia); 3) La ejercen de manera masiva o colectiva.

La profesionalidad produce en las entidades bancarias obligaciones jurídicas especiales, como lo es la *debida diligencia* (Ley 1328 de 2009, art. 3, literal a), calificada como un *principio*; por lo cual, al ser esta un *mandato de optimización* (Alexy, 1997, p. 85), su búsqueda debe ser el inicio y fin de su actuar.

Por ser de difícil explicación, se optó por acudir al *Diccionario panhispánico del español jurídico* (RAE, 2020), que define la debida diligencia como “conjunto de precauciones que la ley o el buen sentido aconsejan adoptar en el desarrollo de una actividad para evitar daños previsibles”; la cual, sin considerarse precisa, sí hace referencia a elementos como la previsión y la resistencia de eventuales riesgos.

De lo que, a su vez, se desprende el principio de la *lealtad*. Ello, teniendo en cuenta que el literal mencionado

hace referencia a que la relación jurídica debe propender “(...) hacia la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas (...)”; lo cual potencia la confianza y las expectativas legítimas del consumidor de que no existe en la entidad una intención oculta de incumplimiento.

2.3.2.1.2. Consumidor financiero como parte débil y derechos a la seguridad y calidad

Por otro lado, el cliente adquiere la calidad de consumidor financiero, en virtud de la Ley 1328 de 2009 (art. 2, literal d), quien es considerado la parte débil de la relación contractual, desde el punto de vista de este autor, por tres motivos:

Si el objeto entregado se pierde, es el consumidor quien sufre las consecuencias patrimoniales más graves; si se compara con que la entidad bancaria pierda un cliente, ello no es tan relevante por ser su patrimonio más robusto. Además, por no ser ese su oficio y por no contar con el conocimiento ni experiencia al respecto, a diferencia de la entidad bancaria, el consumidor no es profesional. Y, más importante aún, su participación al celebrar el contrato se limita a adherirse

o rechazar el contrato tipo propuesto por la entidad bancaria.

Por tal calidad, la Ley consagra derechos especiales a su favor que, por estar consagrados en normas impositivas, son elementos de la naturaleza de los contratos bancarios, aunque las partes no acuerden al respecto o lo hagan en contrario, que, más importante aún, implican correlativamente una carga para las entidades bancarias.

Entre otros, se encuentra en específico el derecho a recibir productos y servicios financieros acordes con los estándares de seguridad y calidad; que resulta muy importante en esta discusión. Empezando por que la ley hace depender de ella la estimación sobre si los productos y servicios contratados fueron entregados o prestados debidamente (Ley 1328 de 2009, art. 7, literal b); lo cual, en últimas, es la obligación principal de las entidades bancarias.

Tal derecho se traduce, en términos generales, en que, si el banco crea, controla y pone a disposición del consumidor una estructura (página web, aplicaciones móviles, cajeros automáticos, etc.) para el disfrute de los productos y servicios contratados, así mismo, esta estructura debe gozar de medidas de precaución dispuestas por las entidades bancarias para salvaguardar la ocurrencia de cualquier

riesgo, como la pérdida del dinero entregado.

2.4. Los argumentos legales apuntan hacia una responsabilidad subjetiva

Obsérvese que los argumentos legales mencionados fueron que el ejercicio de la actividad financiera es de *interés público*, que se exige y se satisface una profesionalidad por parte de las entidades, lo que implica una debida diligencia y una lealtad, y que el consumidor es el extremo débil de la relación, por lo cual se le reconoce el derecho a la seguridad; argumentos que, en ningún momento, implican o llevan a aplicar un régimen objetivo.

Son, pues, los deberes que se desprenden de la relación social que los vincula y alimentan uno de los principios más importantes en el ordenamiento jurídico, como lo es la buena fe contractual, que les exige un comportamiento (pre, durante y postcontractual) íntegro, direccionado a cumplir con estos deberes.

Es más, tales elementos dejan ver que el consumidor financiero contrata, basado por completo en la confianza y en que su crédito queda a merced de la entidad bancaria; lo que lleva a que no le baste a la entidad con comportarse, según la simple diligencia,

decoro y honestidad comúnmente requeridos a otros contratantes, sino que estos deben exigirse en un mayor grado, es decir, se considera que, en virtud de la Ley, la buena fe exigida a las entidades bancarias es calificada o ubérrima.

Argumentos y conclusión que, en lugar de fundamentar las teorías de distribución de riesgos, a todas luces tienen un fundamento subjetivo y exigen a gritos la aplicación de tal régimen, lo cual lleva a concluir, entonces, que ello obliga la aplicación de un régimen de responsabilidad contractual subjetivo.

3. Grado de culpa intermedio entre leve y levisima

La responsabilidad contractual se fundamenta en la *culpa*, por lo que, bajo este régimen, se exige que el incumplimiento haya sido producido por *culpa*, palabra cuyo significado, tras acudir al artículo 63 del CC (1873), se comprende como una medida o una escala del grado de cuidado y diligencia que debe ser empleado en el manejo de las obligaciones.

Lo anterior, en últimas, se traduce en qué tanta previsibilidad y resistencia debió tener el obligado ante las circunstancias que provocaron un incumplimiento; por lo cual, cuando se exige un grado de culpa *grave*, se

considera que debe responder por no haber evitado las circunstancias altamente previsibles y muy fáciles de resistir; uno *leve*, cuando estas tienen una proporción mediana; y *levisima*, cuando debe responder por las que difícilmente lo son.

Es allí cuando los elementos resultantes del vínculo que ata a las partes, hasta aquí estudiados, adquieren importancia; pues, por ser las entidades bancarias profesionales (poseen el conocimiento y la experiencia), por dedicarse exclusivamente a ese negocio, por exigírseles debida diligencia, lealtad y medidas de seguridad y calidad en la estructura creada, controlada y puesta a disposición de los consumidores, se cierra el espectro o se limita la cantidad de sucesos que no les son o deberían ser previsibles y resistibles.

Por ello, a las entidades bancarias se les exige responder por las circunstancias que produjeron el incumplimiento, incluso cuando su configuración es de difícil previsión y resistencia, es decir, que deben responder hasta por *culpa levisima*.

En este análisis sobre qué grado de culpa es el exigido a las entidades bancarias, no se puede continuar, sin tener en cuenta el artículo 1604 del CC (1873), según el cual qué tan alto es el grado de culpa exigido a

una parte depende directamente de si se beneficia del contrato. Es decir, cuando a la parte deudora el contrato no le resulta útil, responderá tan sólo de culpa *grave*; cuando ambas partes reciben un beneficio recíproco, responderá de culpa *leve*; y, cuando es el único que se beneficia de este, responderá de la *levísima*.

Previamente se ha manifestado que el grado de culpa exigido a la entidad bancaria es el de culpa *levísima*; ello podrá serlo, en la medida en que exclusivamente ella se beneficie del contrato, por lo que habrá que analizar qué beneficio produce este para las partes.

Precisamente, ese es el inconveniente de la teoría propuesta por el Código Civil; pues tan sólo concibe la posibilidad de que los contratos sean gratuitos, que una parte reciba un beneficio y, en cambio, la otra asuma la carga, o que sean onerosos, que ambas partes se beneficien y perjudiquen, respectivamente, omitiendo la existencia de contratos en los que el beneficio, a pesar de ser recíproco, no lo es en igual proporción, tal es el caso del contrato de cuenta corriente.

Para entenderlo, recuérdese *grosso modo* que el negocio detrás del contrato se fundamenta en la intermediación. El hecho de que el cuentahabiente transfiera la propiedad sobre el di-

nero, a favor de la entidad financiera, permite a esta última disponer de él por un tiempo determinado. Por tanto, el consumidor, por un lado, renuncia a administrar su dinero, pero, en cambio, cuando desee recuperarlo, lo hará recibiendo un provecho; si fue dejado a un término específico, a su finalización recibirá los intereses de plazo acordados y, aunque irrespete el término, recibirá la misma cantidad de dinero entregado, sin sufrir la pérdida de su valor adquisitivo.

Por otro lado, el hecho de que el banco tenga la posibilidad de disponer del dinero le permite ponerlo a disposición de otra persona, a través del otorgamiento de créditos, de los cuales pueda obtener un mayor lucro del que debe pagar a quien solía ser el propietario; por ejemplo, préstamos hipotecarios o de consumo. Es decir, la ganancia de las entidades bancarias se encuentra en “el margen de intermediación como la diferencia (*spread*) entre la tasa de interés que los bancos pagan al cuentahabiente por recibir su dinero y la que cobran a los prestatarios subsiguientes de un crédito o mutuo” (Mishkin, como se citó en Boada Morales, pp. 174 y 175); operación que se realiza de manera masiva.

Así las cosas, como se venía diciendo, si bien existe un provecho recíproco, no se puede obviar el hecho de que

el beneficio del banco, en virtud de los intereses de crédito, es mucho mayor que el que recibe el cuenta-habiente.

De esta manera, tal beneficio recíproco no permite calificar la culpa como levísima; pero tampoco como leve, por los elementos subjetivos arriba mencionados. Entonces, la desproporción en el beneficio a favor de la entidad permite que el grado de culpa que se le exige sea uno intermedio entre culpa leve y levísima.

4. Modalidad de culpa presunta

Ahora bien, cabe precisar si la modalidad de culpa aplicable al régimen de responsabilidad debe ser probada o presunta; esto a partir de dos argumentos:

4.1. Implicaciones probatorias

Todo lo anterior debe ser observado a la luz de un proceso declarativo en el cual se falle sobre la responsabilidad de una entidad bancaria. No puede hablarse del tema, sin considerar el aspecto probatorio; pues, si bien ya se estableció qué grado de culpa es el exigido, se debe puntualizar sobre quién está obligado a probar su ocurrencia.

4.1.1. No aplicabilidad de la carga tradicional de la prueba

Al respecto, por la regla de la *carga tradicional de la prueba*, si el demandante pretende un efecto jurídico, como la declaración de responsabilidad, es su obligación probar el supuesto de hecho de las normas en las que se cobija, es decir, los tres elementos de la responsabilidad contractual; dentro de ellos el incumplimiento provocado con culpa.

Téngase en cuenta que el suceso por el que se predica el incumplimiento es la intervención no autorizada ni consentida de un tercero ajeno al consumidor que provoca la pérdida del dinero. Ello puede ocurrir por cualquier modalidad de fraude, dentro de las que se encuentran las que pretenden la obtención de información privada que le permita hacerse pasar por el cuentahabiente. Entre estas modalidades se encuentran las siguientes:

1) El *phishing*, que acude a medios como correos electrónicos y mensajes sugestivos; 2) el *pharming*, que redirecciona al consumidor a direcciones electrónicas impostoras; 3) el *malware*, que pretende su obtención, a través de la instalación de *software* malicioso en los dispositivos. (CSJ, Sentencia SC18614/2016)

Tal incumplimiento, según Rodríguez (como se citó en Rincón, 2015, p. 262), es la materialización del *riesgo de la operación*, que se divide en tres: 1) el riesgo de *suplantación*, que se materializa cuando quien da la orden es un tercero; 2) el riesgo de *alteración*, por el que se intervienen los mensajes tanto de envío y recepción; y 3) el riesgo de *ausencia de confidencialidad*.

Con la intención de evitar que ello ocurra, la Ley (Circular Básica Jurídica 29 de 2014) obliga a la entidad bancaria a brindar y poner a disposición del cliente protocolos de autenticación; como “algo que se sabe, algo que se tiene y algo que se es”, para establecer con certeza el origen de cada orden impartida, es decir, la verificación de su identidad, como lo son la *biometría* (2.2.6.1, 2.2.13, 2.2.14 y 2.2.15), entendida como mecanismos que permiten identificar la biología de cada persona, por ejemplo, la huella; la *tokenización* (2.2.12), mediante la cual se reemplazan y se hacen públicos datos confidenciales; los *pagos sin contacto* (2.2.17), entre otros.

Es necesario también que el cliente observe las instrucciones y recomendaciones de manejo y cuidado (Ley 1328 de 2009, art. 6, literal c). Por tanto, si un tercero burló esos mecanismos, ello pudo haber ocurrido por las siguientes razones: 1) por no

haber cuidado de ellos el consumidor, lo que podría abrir el debate sobre un eximente de responsabilidad llamado *culpa de la víctima* (del que se hablará más adelante) o 2) porque las medidas preventivas en materia de seguridad, creadas por la entidad bancaria, no fueron suficientes, lo que, en cambio, configuraría su incumplimiento provocado por culpa, que pretende el consumidor demandante.

Si el consumidor, más allá de utilizar los protocolos, no conoce aspectos técnicos sobre su funcionamiento, como su inclusión en aplicaciones o páginas web, o algoritmos por los que operan sistemas de emparejamiento o de creación aleatoria de caracteres, mucho menos va a saber qué técnica fue la utilizada por el tercero ni consecuentemente qué hizo falta o qué no funcionó de los mecanismos electrónicos de prevención dispuestos por la entidad bancaria para impedir infiltraciones; más aún cuando él no participa en las decisiones operativas del banco.

Obligarle a probar que la intrusión no autorizada le era previsible a la entidad bancaria (a través de sistemas como el *firewall*) y, además, susceptible de haber sido resistida si sus mecanismos de prevención hubieran sido idóneos, acabaría dejando en hombros del consumidor una carga casi que imposible o, al menos, muy difícil y costosa de

satisfacer, que terminaría por obstaculizar su acceso a la justicia.

En cambio, él no podrá hacer más que realizar una *afirmación indefinida* (CGP, 2012, art. 167) que consiste en que observó debidamente las instrucciones y recomendaciones otorgadas por la entidad bancaria.

4.1.2. *Deber-obligación de aportación de pruebas*

De otro modo, se acabaría yendo en contra del espíritu del ordenamiento jurídico, considerando que, según la CP (1991, art. 228) y el CGP (2012, art. 11), los procedimientos y requisitos formales tan sólo tienen por objeto la efectividad de los derechos sustanciales; pues las normas procesales son el medio para garantizar la justicia.

Por lo anterior, se ha comprendido que el fin institucional del proceso es la averiguación de la verdad, requisito para permitir la materialización de los efectos jurídicos de las normas en las que las partes pretenden cobijarse. Sin embargo, tal verdad nunca podrá materializarse en un proceso sin pruebas, ello en desarrollo del *principio de necesidad de la prueba* (CGP 2012, art. 164).

Lo anterior, de continuar aplicando la regla de la *carga tradicional de la*

prueba, no podría conseguirse cuando una de las partes se encuentra en desventaja probatoria, tal como es el caso del consumidor financiero por las razones ya mencionadas. Así que, por razones de justicia, equidad, lealtad procesal, buena fe, cooperación, solidaridad y consecución de la verdad material, surge la necesidad de regular la actividad probatoria de las partes a través de la figura del *deber-obligación de suministración o aportación de pruebas* (CSJ, Sentencia SC19193/2017).

Esta figura se entiende como una orden coercitiva impuesta por el juez a la parte que está en mejores condiciones; en este caso, la entidad bancaria, para que aporte los medios probatorios necesarios con el fin de encontrar la veracidad de los supuestos de hecho de la norma sobre la que versará el proceso (CGP, 2012, art. 167); teniendo en cuenta que quien sufrirá la ausencia de prueba y de verdad es la parte obstaculizada probatoriamente (CSJ, Sentencia SC19193/2017).

De esta herramienta debe hacer uso el juez cuando se debate la responsabilidad de una entidad bancaria y que, sumada al tema que se menciona a continuación, tienen implicaciones en la determinación de la modalidad de culpa aplicable al tema en cuestión.

4.2. Las obligaciones de las entidades bancarias son de resultado

Tal dualidad depende de si las entidades bancarias se comprometen en “emplear al servicio del acreedor los medios de que dispone y observar especial cuidado y diligencia con miras a alcanzar un fin”, *obligaciones de medios*, o, en cambio, a “producir un resultado en favor del acreedor”, *obligaciones de resultado* (Tamayo Lombana, 2009, p. 38). Ello claramente depende de las obligaciones que surgen del contrato, por lo cual habrá que ver qué opina su regulación propia y la forma en que las partes pactan al respecto.

Por un lado, el artículo 1382 del Código de Comercio (1971) establece que el contrato de cuenta corriente permite al cuentacorrentista consignar sumas y “disponer, total o parcialmente, de sus saldos” y, por otro lado, tras observar los contratos modelo, en específico, el objeto y las obligaciones contractuales de los bancos, saltan a la vista verbos como “restituir las sumas”, “entregar ante solicitud”, “prestar los servicios” y “tener a disposición”, entre otros, pero no “poner a disposición del cliente todo el conocimiento, experiencia y herramientas en la procura de...”.

Por ser obligaciones determinadas o específicas que consisten en el pago de una suma de dinero, las obligacio-

nes de las entidades bancarias son de resultado, determinación que trae consigo consecuencias en términos del derecho probatorio, pues responde a dos preguntas básicas: quién debe probar y qué pasa si no lo hace.

Lo que se complementa con que, como se venía diciendo, el obligar al consumidor financiero a probar el incumplimiento con culpa de la entidad bancaria lo acabaría restringiendo a una prueba negativa indefinida; por lo tanto, se concluyó que, en cambio, el juez debía reglar la actividad probatoria y ordenar a la entidad bancaria cumplir con su *deber-obligación de suministración o aportación de pruebas*, con el fin de conocer la verdad y determinar si en efecto ocurrió o no culpa de su parte.

Con suficientes argumentos teórico-prácticos, se puede, entonces, determinar que, ante un posible incumplimiento de la entidad bancaria en contratos de cuenta corriente, el tipo de responsabilidad aplicable es una responsabilidad contractual subjetiva en la modalidad de culpa presunta.

5. Eximentes contractuales de responsabilidad

Ahora bien, resta, entonces, hacer referencia a las formas en las que

le sería posible a una entidad bancaria eximirse de responsabilidad; momento en que resulta importante haber puntualizado que el vínculo que ata a las partes es contractual y no extracontractual.

Tal diferenciación ha sido olvidada por la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias sobre el tema; dado que la calidad de contratante le permite acudir a acciones especiales, distintas a las causas extrañas como eximentes de responsabilidad aplicables en la responsabilidad extracontractual.

5.1. Imposibilidad de ejecutar el objeto de la obligación

Acudiendo a la tradicional teoría general de las obligaciones, cabe recordar que el objeto de estas son las prestaciones y estas, a su vez, se dividen en prestación de dar, hacer y no hacer. Por ende, si la obligación es restituir una suma de dinero, encaja dentro de las reglas de la prestación de dar y, por consiguiente, de la pérdida de la cosa debida (CC, 1873, arts. 1729-1739). Esta pérdida que, si bien es cierto extingue la obligación, (CC, 1873, art. 1729), tiene como requisito que esta no haya ocurrido por culpa del deudor (CC, 1873, art. 1731); que, como se mencionó, hace referencia al grado de previsión y resistibilidad exigido.

Por eso, es exigible, en este caso, una intermedia entre culpa leve y levísima; el grado de previsión y resistibilidad es alto, pero no definitivo, así que podrá probar que el suceso le era difícil o absolutamente imprevisible e irresistible, figura a la que se le denomina *caso fortuito-fuerza mayor*, del artículo 64 del CC (1873). Este argumento encaja con todo lo dicho, pues el artículo 1733 (CC, 1873) menciona que “el deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega”.

Obsérvese, entonces, que sí debe la entidad bancaria acudir al *caso fortuito-fuerza mayor*, pero no como una causa extraña, sino como requisito para configurar la *imposibilidad de ejecutar el objeto de la obligación por pérdida de la cosa debida*. No está de más mencionar que la misma figura, en contratos de compraventa internacionales, se denomina *exoneración* y exige requisitos ligeramente distintos (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2010, art. 79).

Así mismo, a la entidad bancaria, en su calidad de demandada, le es posible acudir también a la *excepción de contrato no cumplido* (CC, 1873, art. 1609), figura que también ha sido confundida por la Corte; pues, en cambio, ha dado lugar a la eximente de responsabilidad llamada *culpa exclusiva de la víctima*, a la cual se hará referencia a continuación.

5.2. Dificultades de procedencia de la excepción de contrato no cumplido

Para que esta figura sea procedente, deberá argumentarse que, teniendo en cuenta que el contrato de cuenta corriente es bilateral, es decir, que genera obligaciones recíprocas para ambas partes, la entidad bancaria ni está en mora ni le será exigible la ejecución de sus obligaciones (restituir la suma de dinero), en la medida en que la contraparte tampoco ha cumplido con las suyas.

Esta bilateralidad e incumplimiento podría fundamentarse en la inobservancia del consumidor, de una de las prácticas de protección pactadas contractualmente y establecidas en la Ley (Ley 1328 de 2009, art. 6) como lo es el desuso de las instrucciones y recomendaciones de manejo y cuidado. Más aún, cuando tal incumplimiento provocó el no pago de la suma de dinero, y configuró, a su vez, un comportamiento contrario a la buena fe contractual de parte del consumidor, por pretender aprovecharse de su propia culpa; evento en el cual deberá argumentar un nexo de causalidad entre el incumplimiento y la intervención del tercero defraudador.

Sin embargo, este autor contempla motivos por los que la presente

excepción es de difícil procedencia:

Primero, no puede obviarse la importancia que les dio el legislador a los derechos del consumidor financiero, cuando, en la Ley 1328 de 2009 (art. 6, párr. 1), mencionó que el no ejercicio de las prácticas “(...) no implica la pérdida o desconocimiento (...)” de sus derechos, como lo son la exigencia de la debida diligencia, la seguridad y la calidad.

Segundo, no basta con que las recomendaciones e instrucciones estén contenidas en el contrato, pues, en virtud del derecho a ser educado (Ley 1328 de 2009 art. 5, literal d y art. 7, literales c y t), estas debieron ser bien enseñadas al consumidor financiero. Es más, al caracterizarse el mercado por ser complejo, tal educación debe incluir también la naturaleza del mercado y sus riesgos, de forma que este pueda entender y asumir conscientemente la importancia de las recomendaciones y sus consecuencias.

Tercero, debe estudiarse la cláusula contractual, a través de la que se mencionaron las instrucciones y recomendaciones; puesto que esta puede ser calificada como *abusiva* y ello implicaría consecuencias jurídicas que se aclaran a continuación:

5.2.1. Cláusulas de instrucciones y recomendaciones como abusivas

Por brindar el servicio de forma masiva, las entidades acuden a contratos tipo, que relegan al consumidor a elegir entre adherirse a las condiciones establecidas o a rechazar el contrato en su totalidad; por lo que la relación contractual bancaria en su formación es de adhesión.

Ante la abundante forma de contratar, la utilización de contratos tipo resulta obligatoria; ello sumado a que colabora con que las negociaciones resulten más eficientes y brinden condiciones de igualdad a todos los clientes (Rodríguez Azuero, 2005, p. 187). Esto no es considerado un problema, sino cuando la entidad bancaria ejerce abusivamente su posición dominante en la relación, e incluye cláusulas abusivas en el contrato.

Visto que el ejercicio de la actividad financiera es de *interés público*, en virtud del artículo 335 de la CP (1991), tal condición provoca también que la actividad deba sujetarse a los límites que traza el Estado por vía de intervención (Corte Constitucional, Sentencia C-793/14); motivo por el cual, con la intención de restablecer el equilibrio perdido, las cláusulas abusivas son prohibidas a través de

la Constitución y normas especiales imperativas.

Por lo anterior, es importante mencionar que la cláusula abusiva es definida por la Directiva Europea de 1993 como aquella que “causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes”, lo que concuerda con el Estatuto del Consumidor (2011, art. 42), que agrega que estas afectan “el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos”, normativa aplicable, en virtud de un concepto de la Superintendencia Financiera (Concepto 2013008465-008 de 2013, p. 5).

La Ley 1328 de 2009 hace una lista no taxativa de tipos de cláusulas y prácticas abusivas, dentro de las que se encuentra: “d). Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonerare, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero” (art. 11, literal d).

Habiendo observado que ello resulta importante para la Ley, a través de tan preciso artículo (cuya explicación sobra), y habiendo visto también que son obligaciones de las entidades la debida diligencia y la lealtad, y que los consumidores financieros tienen

derechos especiales, resultan cuestionables las cláusulas que, más que crear prácticas de protección exigibles al consumidor, le trasladan a este último obligaciones propias de la entidad bancaria relacionadas con la seguridad (Paz Sefair, 2018, pp. 266-267).

Por ende, el efecto jurídico que se desprende (Ley 1328 de 2009, art. 11) es que tales cláusulas se tengan “por no escritas o sin efectos para el consumidor financiero”; y estas cláusulas son un ejemplo de la ineficacia liminar o de pleno derecho del artículo 897 del C. Com. (1971), por lo que tal efecto no requiere de declaración judicial.

En últimas, lo anterior demuestra que, aunque la *excepción de contrato no cumplido* es susceptible de ser opuesta, los deberes que se desprenden del vínculo relacional dificultan su procedencia.

No está de más, a modo de conclusión sobre eximentes contractuales de responsabilidad, mencionar que la entidad bancaria deberá argumentar que ha cumplido o que siempre ha estado dispuesta a cumplir con sus obligaciones, demostrando de su parte una *debida diligencia*.

Conclusiones

Para este escrito, se planteó un problema jurídico que ha sido objeto de

múltiples sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, y que responde al siguiente interrogante: cuando un tercero, no autorizado ni consentido por el cliente, accede de manera defraudatoria a los fondos de los que este es acreedor, ¿qué régimen de responsabilidad debe ser aplicado y cuáles son sus consecuencias?

Por lo tanto, se inició por precisiones teóricas sobre el contrato de cuenta corriente y se concluye que este es un contrato en virtud del cual un cuentahabiente entrega una suma de dinero, transfiere la propiedad, a una entidad bancaria, con la intención de que este lo tenga a disposición y lo restituya al cuentahabiente cuando este último lo desee; y, con respecto a su naturaleza, se concluyó que este contrato es autónomo, por ser distinto a los contratos de depósito irregular y al de mutuo.

Habiendo dicho lo anterior, el análisis de responsabilidad inició por ver los argumentos por los cuales la Corte Suprema de Justicia determinó aplicar un régimen de responsabilidad objetiva que estudió la responsabilidad en los casos en que el fraude fue cometido a través de cheques y por analogía *legis* no vio ningún problema en aplicar el mismo régimen a los fraudes cometidos mediante otros mecanismos.

Casos en los cuales dio aplicación a los artículos 1391 y 732 del C.Com

(1971), y a las teorías de distribución del riesgo, como lo son las del riesgo creado, provecho y profesional, dentro de las que considero que encajan las entidades bancarias por generar o introducir un riesgo en la cotidianidad, lucrarse de él y tener una preparación especial para ella; argumentos en los que motivó la responsabilidad extracontractual objetiva que permitió la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad, a la luz de la segunda parte de los mismos artículos del Código de Comercio ya mencionados.

Sin embargo, como ya se dijo, este artículo pretende proponer y defender una postura distinta. Lo que realizó en cuatro momentos, primero, ante la dualidad entre aplicar un régimen extracontractual o contractual, se considera que el régimen aplicable es contractual no sólo porque entre el cliente y la entidad hay un contrato, sino porque, en virtud del contacto social y de su voluntad, existe un vínculo que los ata, con deberes que se desprenden de tal relación, más que del contrato escrito.

Una vez determinado que el régimen es contractual, se argumenta a favor de la subjetividad en dos momentos: primero, se cuestiona la aplicación de teorías que fundamentan regímenes extracontractuales en un vínculo puramente contractual; pues, de hacerlo,

se estarían confundiendo ambos regímenes. Por lo tanto, no se considera viable aplicar las teorías de distribución de riesgos que fundamentan las actividades peligrosas, sumado a que tampoco se considera que la actividad bancaria sea peligrosa.

Segundo, se considera que la normativa que se relaciona con el tema, en lugar de fundamentar las teorías de distribución mencionadas y el régimen objetivo, fundamentan, en cambio, uno subjetivo; dado que se analiza que existe un interés público en la actividad financiera, que implica que quien se encargue de ella sea profesional, lo cual, a su vez, le genera obligaciones especiales a la entidad bancaria como la debida diligencia y, por otro lado, el que el consumidor sea considerado el extremo débil de la relación y que eso le genere también derechos especiales como la seguridad y la calidad de los servicios; son argumentos que exigen subjetividad!

Estos argumentos no solamente provocan que se les exija a las entidades financieras un comportamiento adecuado a la buena fe, sino, además una buena fe cualificada o ubérrima. Este estudio no puede realizarse sino a la luz de un análisis subjetivo. Habiendo puntualizado que el régimen de responsabilidad aplicable es uno contractual subjetivo, en un tercer momento procede analizar el elemento

culpa, que exige dos apreciaciones:

La primera: ¿por qué grado de culpa responden entonces las entidades bancarias? Al respecto, se considera que el que se exija de las entidades una buena fe cualificada implica, directamente, que el espectro de circunstancias por las que el dinero parece se cierre, es decir, se limitan la cantidad de sucesos que no les son o deberían ser previsibles y resistibles, lo cual, con ello, provoca que las entidades bancarias respondan por el mayor grado de culpa, esto es, levísima.

Sin embargo, el beneficio recíproco que el contrato genera para las partes provoca que el grado de culpa sea, en cambio, una culpa leve. Ante tal confrontación hacia ambos grados, se comprende que, si bien el contrato produce una utilidad recíproca, una de las partes se beneficia más que la otra y, siendo esta la entidad bancaria, es ajustado a la teoría y a los argumentos mencionados exigírseles un grado intermedio entre culpa leve y levísima.

La segunda apreciación relacionada con la culpa es la siguiente: ¿qué modalidad de culpa debe ser aplicada, probada o presunta? A la respuesta se llegó con dos argumentos: por un lado, ante la complejidad de las técnicas utilizadas por los terceros defraudadores y de las formas en que las entidades bancarias los prevén y

evitan aplicar la carga tradicional de la prueba implicaría que el consumidor se enfrentara a una prueba diabólica; por lo cual el juez, en cambio, debe regular la actividad probatoria y recostar en hombros de la entidad bancaria el deber de aportación de pruebas para que en el proceso quede probada la verdad.

Lo que se suma a que, por ser las obligaciones de las entidades bancarias, determinadas o específicas consistentes en el pago de una suma de dinero, se califican tales obligaciones como de resultado; ambos argumentos implican que la modalidad de culpa en la responsabilidad contractual subjetiva sea presunta.

Y, por último, se analizaron las eximentes contractuales, que les son susceptibles de ser excepcionados a las entidades bancarias. Al respecto, el vínculo contractual, una vez más, permite criticar lo fallado por la Corte Suprema de Justicia; pues, en cambio, estudió eximentes propias de la responsabilidad extracontractual como lo son las causas extrañas.

En cambio, la entidad bancaria puede acudir a la imposibilidad de ejecutar el objeto de la obligación por pérdida de la cosa debida, figura que exige que se cumplan los requisitos del caso fortuito-fuerza mayor, distinto a estudiar esta figura a la luz de las causas

extrañas. Y puede también acudir a la excepción de contrato no cumplido, excusado en la inobservancia por parte del consumidor de las instrucciones y recomendaciones de manejo y cuidado pactadas contractualmente, y establecidas en la Ley, excepción que difiere de la causa extraña llamada culpa exclusiva de la víctima.

Esta excepción se encuentra frente a tres problemas de procedencia: primero, según la Ley, su inobservancia no puede justificar el incumplimiento de su contraparte. Segundo, no basta con que hayan sido incluidas dentro del contrato, pues deberá demostrar la entidad bancaria que le fueron enseñadas debidamente al consumidor financiero. Y, tercero, la cláusula, a través de la cual se hace el compromiso de observar las recomendaciones e instrucciones en materia de seguridad, no puede limitar al consumidor este mismo derecho, trasladando la responsabilidad y los deberes que legalmente recaen sobre los hombros de las entidades bancarias; dado que serían entonces calificadas como abusivas y, por consiguiente, como no escritas.

De esta forma, se ha dejado por sentado que el fraude en el contrato de cuenta corriente debe ser estudiado a la luz de un régimen de responsabilidad subjetivo contractual en la modalidad de culpa presunta.

Referencias

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales* (E. Garzón Valdés, trad.). Centro de Estudios Constitucionales.
- Anaya Saade, C. (2020). Protección del consumidor financiero en Colombia en el uso de canales electrónicos bancarios. *Revista Universitas*, 69, 1-12. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/30215/24935>
- Boada Morales, S. (2019), La naturaleza jurídica de la cuenta bancaria, *Revista de Derecho Privado*, 36, 171-203. https://app-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#/search/jurisdiction:CO+content_type:4/responsabilidad+bancaria/p3/WW/vid/763943733
- Castronovo, C. (2012). La relación como categoría esencial de la obligación y de la responsabilidad contractual. *Revista de Derecho Privado*, 23, 35-52 (C. Moreno More, trad.). <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3302/3449>.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (febrero de 2010). *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, EE. UU.
- Concepto 2013008465-008 de 2013. (2013, 8 de julio). Superintendencia Financiera. Disposiciones de la Ley 1480 de 2011 Estatuto del Consumidor.

- Constitución Política [CP]. (1991, 7 de julio). GJ núm. 116. arts. 58 y 335.
- Decreto 410 de 1971. (1971, 16 de junio). Código de Comercio. DO núm. 33.339. arts. 732, 897, 1382 y 1391.
- Hernández Botero, J. (2020). *La responsabilidad de las entidades financieras por fraudes electrónicos* [Magíster en Derecho, Universidad Pontificia Bolivariana]. <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/6161/La%20responsabilidad%20de%20las%20entidades%20financieras%20por%20fraudes%20electr%C3%B3nicos.pdf?sequence=1>
- Ley 84 de 1873. (1873, 31 de mayo). Código Civil colombiano. DO núm. 2.867. arts. 64, 653, 666, 1064, 1609, 1729-1739 y 2356.
- Ley 153 de 1887. (1887, 28 de agosto). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. DO núm. 7.151 y 7.152. art. 8.
- Ley 1328 de 2009. (2009, 15 de julio). Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. DO núm. 47.411. arts. 3, 5, 6 y 7.
- Ley 1480 de 2011. (2012, 12 de abril). Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. DO núm. 48.220. art. 42.
- Ley 1564 de 2012. (2012, 12 de julio). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. DO núm. 48.489.
- López Medina. (2002). *El derecho de los jueces*. Legis
- Paz Sefair, A. (2018). La culpa del consumidor en la responsabilidad financiera y su proyección causal en el daño por fraude electrónico. *Revista de Derecho Privado*, 35, 261-289. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5536>
- Real Academia Española. (2020). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/diligencia-debida>
- Rincón Cárdenas, E. (2020). *Derecho del comercio electrónico y de Internet*. Legis.
- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Contratos bancarios, su significación en América Latina* (1.ª ed.). Legis. 169-185, 289-298.
- Rodríguez Puentes, M. (2015). *Responsabilidad bancaria frente al phishing* [Magíster en Derecho, Universidad Nacional]. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/57088>
- Sentencia SC18614-2016. (2016, 19 de diciembre). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (A. S. Ramírez, M. P.).
- Sentencia SC9193-2017. (2017, 29 de marzo). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (A. S. Ramírez, M. P.).

- Sentencia SC5176-2020. (2020, 18 diciembre). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (L. A. Rico, M. P.).
- Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Básica Jurídica 029 de 2014. Parte I, título II, capítulo I, capítulo III, numeral 2.2.5.
- Tamayo Jaramillo, J. (2019). La responsabilidad contractual bancaria no se basa en la teoría de las actividades peligrosas o riesgosas, *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/administrativo-ycontratacion/la-responsabilidad-contractual-bancaria>
- Tamayo Lombana, A. (2009). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Ediciones Doctrina y Ley.
- Zárate Rodríguez, A. (2014). Análisis económico de la responsabilidad bancaria frente a los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional. *Revista Vniversitas*, 128, 285-315. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/10176>