

# Responsabilidad de las entidades financieras en eventos de fraudes electrónicos

Paula Natalia Guarnizo Muñoz<sup>\*</sup>  
María Camila Segura Contreras<sup>\*\*</sup>

## Resumen

Este artículo fue desarrollado con el ánimo de analizar la responsabilidad de las entidades bancarias en eventos de fraudes electrónicos desde los tópicos de la responsabilidad subjetiva y objetiva, para luego determinar cuál es la más adecuada. Desde este último, fue necesario abordar el ámbito de las teorías del riesgo para comprobar si la responsabilidad de las entidades en estos eventos se ajustaría o no a ellas. Además de ello, para cumplir con el objetivo planteado, el ejercicio del estudio está dado en la comprensión de la labor encargada a la Superintendencia Financiera respecto de la protección a los consumidores financieros, y por otro lado, el de su entendimiento de que esta actividad se reputa de interés general.

Todo esto para llegar a la conclusión que en relación a los casos de fraudes electrónicos la responsabilidad por parte de las entidades financieras es objetiva.

*Palabras clave:* Fraude electrónico, responsabilidad objetiva y subjetiva, consumidor financiero, entidades bancarias, actividad financiera, riesgos electrónicos.

## Abstract

This article was developed with the purpose of analyzing the responsibility of banking entities in electronic fraud events from the topics of subjective and objective responsibility, to later determine most appropriate. From the latter, it was necessary to address the scope of risk theories to verify whether or not the responsibility of the entities in these events conforms to them. In addition, in order to meet the stated objective, the exercise of the study is given in the understanding of the work in charge the Financial Superintendence regarding the provisions of financial consumer, on the other hand, the one of its understanding that this activity is considered of general interest this to arrive at the conclusion that in relation to the cases of electronic fraud the responsibility on the part of the financial entities is objective.

*Key words:* Electronic fraud, objective and subjective responsibility, financial consumer, banking entities, financial activity, electronic risks.

---

<sup>\*</sup> Estudiante de Derecho de la Universidad Libre, sede Bogotá. Integrante del semillero en Derecho Procesal Eduardo J. Couture, Centro de Investigaciones de la Universidad Libre.  
[paula.guarnizo@hotmail.com](mailto:paula.guarnizo@hotmail.com)

<sup>\*\*</sup> Estudiante de Derecho de la Universidad Libre, sede Bogotá. [maca9521@hotmail.com](mailto:maca9521@hotmail.com)

## 1. Introducción

Sobre la labor ejecutada por las entidades bancarias es necesario reconocer que por valerse de sistemas informáticos y de redes para la ejecución de sus servicios surgen algunos inconvenientes como los fraudes electrónicos, situación que debe ser observada en aras de determinar el llamado a responder por los perjuicios ocasionados, toda vez que se provocan daños patrimoniales.

El objetivo del trabajo está dado a responder el problema jurídico: si las entidades bancarias son responsables por los daños patrimoniales sufridos por los usuarios como consecuencia de fraudes electrónicos y si estos podrán reclamar ante la entidad bancaria, en el entendido de que los usuarios han actuado de forma diligente en el cuidado de sus claves y transacciones.

El análisis se desprende desde los ámbitos de cuidado y responsabilidad que se deban advertir tanto de la entidad como del usuario, pues el objetivo es determinar los momentos en los que se debe exigir a uno o a otro, de tal forma que se pueda reconocer con mayor facilidad la carga de responsabilidad de cada una de las partes.

Con lo descrito, se propone desarrollar la labor así: conocer el desarrollo de la empresa bancaria en Colombia, para

que se puedan distinguir con mayor facilidad cuáles son los contratos bancarios en el país. Una vez aprendido lo anterior, será posible abordar los fraudes electrónicos más comunes, de tal forma que, se pueda dar lugar a la propuesta de en qué momentos se vislumbra la responsabilidad y cómo podría operar.

## 2. Sistema Bancario en Colombia

Luego del establecimiento de la Constitución de 1991 se apeló por un sistema financiero con el mínimo de intervención estatal, por lo que los criterios de injerencia fueron la desregulación y la autorregulación (Álvarez Didyme-dòme, 2012.).

Sobre el primero, se explica que la influencia del Estado se disminuye en intensidad pero, se mantiene en eficiencia por su interés de controlar las variables esenciales para mantener la estabilidad del sistema. El objetivo no es otro que la racionalización de la intervención. De la autorregulación, se determina que cada entidad financiera se hace cargo de su propia labor gerencial, esto es, que el control interno es asumido por ellos mismos, en consecuencia, se hacen cargo de los mecanismos de control de riesgos por conocer la dimensión y naturaleza de su labor.

La función del Banco Central no está dado en la atención al trabajo de las entidades financieras sino en el control de los mecanismos de mercado. Así, la supervisión y regulación de las mismas estará en cabeza de la Superintendencia Financiera y del Viceministro Técnico de Hacienda, respectivamente.

Corolario, los resultados que devengan de las actividades desplegadas por cada entidad solo serán responsables ellas y no el Estado, toda vez que, están dotadas de autonomía y la ejecución de sus funciones están arregladas conforme como la administración de cada empresa lo disponga.

### 3. Algunos de los principales contratos bancarios

#### 3.1 Contrato de depósito

Es admisible decir que la mayoría de los recursos externos de una entidad bancaria son los depósitos. Sobre ellos se pueden destacar dos clases: los depósitos regulares y los irregulares.

Es un contrato por el cual una persona entrega una cosa mueble a otra para que esta la conserve en su poder y se la restituya cuando el depositante así lo requiera; se caracteriza por ser real,

pues se perfecciona con la entrega de la cosa. La obligación del depositario consiste en conservar y custodiar lo que ha recibido y devolverlo cuando lo requiera el depositante.

En el depósito regular, el banco no adquiere la propiedad de los bienes, sino que, solo se compromete a custodiarlos, lo que no constituye recurso para la entidad.

Al surgir la necesidad de regular aquellos depósitos en los que se entrega un bien fungible pero que se puede restituir por uno equivalente, se les dio el nombre de depósitos irregulares. Su característica principal es de la que pueden disponer libremente de los bienes muebles que estén allí. Ahora bien, en cuanto a la administración de dineros, para las entidades financieras el depósito con mayor relevancia es el depósito irregular de dineros (Rodríguez, 2009).

Los depósitos irregulares, son la principal fuente de recursos de los banco. Se componen de una doble disponibilidad, es decir, tienen un efecto multiplicador como el que se da en el depósito de cuenta corriente, pues el depositante puede disponer del saldo disponible. Se dice que es multiplicador porque del depósito de un cliente el banco le otorga un crédito a un segundo, por lo cual la suma inicial se multiplica de los cuales

los clientes podrán disponer. Como consecuencia del depósito irregular de dinero surgen ciertas obligaciones a cargo del banco como:

- a. **Devolución de la suma recibida:** es la de rembolsar al depositante la suma entregada o una parte de acuerdo de lo convenido. Dicha oportunidad depende de si el depósito es a la vista o a plazo.
- b. **Custodia de los dineros depositados:** el banco tiene la obligación genérica de custodia que surge de la responsabilidad individual y de la organización legal y de control.
- c. **Pago de intereses:** corresponde en principio a los depósitos a plazo. En este caso habrá una remuneración del banco a favor de su cliente por la guarda de un monto determinado. Porque la actividad lucrativa que ejerce el banco debe también representarle una ganancia a su cliente.

El contrato bancario de depósito tiene una variedad de modalidades, como:

### 3.2 Contrato de depósito cuenta corriente

Corresponde a un contrato específico, es aquel en el que los titulares están facultados para hacer depósitos y retiros de dinero. La ejecución es

mediante el título-valor denominado cheque.

La opción de utilizar este típico instrumento a cargo de los bancos y el de permitirle al cuentacorrista mantener las ventajas del depósito custodiado por un banco y al mismo tiempo contar con la disponibilidad sin reservas de su dinero, es que se está haciendo alusión al contrato de cuenta corriente bancaria (Rodríguez, 2009).

Los artículos 1382 y el 1179 del Código de Comercio, definen este contrato como uno irregular, a través de este el banco adquiere la propiedad de los dineros depositados comprometiéndose a devolver la misma cantidad de dinero.

#### Obligaciones de las partes

- a. **El Depositante:** pagar las tarifas de retribución, gastos y costos de conservación, los perjuicios.
- b. **Banco:** recibir los bienes fungibles depositados, restituirlos y Custodiarlos.

### 3.3. Contrato de Depósito de Ahorro

Se le considera también un depósito irregular, por las razones contempladas en los artículos 1396 y siguientes

del código de comercio y los artículos 125 a 128 del Estatuto Orgánico del Consumidor.

### 3.4 Contrato de Depósito en garantía

Es un contrato accesorio. Es el contrato por medio del cual una persona, depositante, entrega una suma de dinero en garantía de cumplimiento de una obligación a otra, denominada depositario, para que la guarde y custodie.

El depositario está obligado a restituir el exceso del depósito sobre aquello que el deudor debe pagar en relación con el crédito.

Es un contrato oneroso y real porque requiere la entrega del bien. Hoy por hoy, se pueden celebrar estos contratos sin entrega de dinero sino, mediante transferencias electrónicas. También se caracteriza por ser unilateral y a veces de adhesión (Rodríguez, 2009).

## 4. Sobre los fraudes electrónicos

### 4.1. Generalidades

Los doctrinantes Cubillos Velandia y Rincón Cárdenas para definir co-

mercio electrónico se asientan de la definición planteada por Antonio Mille (Cubillos Velandia, 2002), al tratar de determinar que debe entenderse por esta actividad como un conjunto de actividades mercantiles que se valen de sistemas de procesamiento de datos y de comunicaciones para hacer efectivos la oferta de un bien o servicio y la demanda de los mismos. Los doctrinantes, con base en ello, dan cuenta que no solo se trata de ventas y adquisiciones, sino también, que dentro del término debe tenerse en cuenta todo el entramado del negocio, siempre que se realicen a través de la red, esto es, actividades que influyan en el comportamiento de los consumidores.

En principio, se considera que las empresas que despliegan sus actividades a través de la red lo hacen conforme a los postulados de seguridad y certeza, porque se tiene de evidente que cuentan con la tecnología necesaria para ejecutar un comercio seguro y sólido (2002). Sin embargo, por el elemento global, propio de la naturaleza de internet, es que es necesario el uso de mecanismos para la seguridad de las personas que participen de los actos mercantiles, considerado, por otro lado, el elemento agregado del anonimato.

Sobre la sensibilidad de la ejecución de este tipo de actividades, vale destacar

el tipo de comercio electrónico *business to consumer* (B2C) o empresa-consumidor. En esta modalidad la compañía ofrece determinados servicios y productos que son obtenidos por el consumidor de manera directa, situación que en su gran mayoría es dada en las punto com. Como es tan extenso el servicio y a su vez la demanda, por la publicidad, es que la persona adquirente del producto o servicio no puede conocer las condiciones específicas del oferente, de tal forma que, resulta estar en la ubicación de desventaja, por lo que solamente es conducido por las condiciones propuestas por quien expone el producto<sup>1</sup>.

Empero, el cuidado no solamente debe considerarse al momento de adquirir el producto o el servicio sino de la forma en la que es prestado y los riesgos que de la actividad electrónica se desprenden.

---

<sup>1</sup> El punto de estudio de esta nueva rama (Derecho del consumo) se concreta en la relación empresario – consumidor, reconociendo la entrada de existencia de un extremo débil de la materia de protección inmediata: hacemos referencia indiscutiblemente al consumidor quien decide adquirir bienes y servicios con fundamento en una apariencia publicitaria, como fenómeno normal para penetrar en un mercado con un producto. Es así como el consumidor cree y confía casi que ciegamente que determinado producto cumplirá su función determinante de compra, bajo principios de idoneidad, seguridad, garantía y calidad de vida (Taborda León , 2016, pág. 77).

Para dar inicio al proceso de oferta y demanda de productos enmarcados en el torrente informático debe considerarse el artículo 78 constitucional, al demandar que se deben regular el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos a la comunidad. “Lo anterior, por cuanto para el constituyente el defender a la comunidad del abuso del empresario es procurar alcanzar un mejor nivel de vida” (Cubillos Velandia).

Aunado a ello, es dable considerar el Decreto 3466 de 1982 al hacer referencia en el artículo 1, literal e, respecto de la idoneidad de un bien o servicio prestado. Entendida esta como la aptitud para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido, así como las condiciones bajo las cuales se debe utilizar en orden a la norma y adecuada satisfacción de la necesidad o necesidades para las cuales está destinado.

## 4.2 Delitos informáticos

Carlos Parker ( 1987 ) puntualiza delitos informáticos como: “*todo acto intencional asociado de una manera u otra a los computadores; en los cuales la víctima ha o habría podido sufrir una pérdida; y cuyo autor ha o habría podido obtener un beneficio*”.

Sobre abuso informático se describe la definición adoptada por el mercado de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) en la Recomendación número R (81) 12 del Consejo de Europa, entendiendo abuso informático como: *“todo comportamiento ilegal o contrario a la ética o no autorizado que concierne a un tratamiento automático de datos y/o transmisión de datos”*.

Fue mediante la Ley 1273 (05 de enero de 2009) que en Colombia se adiciona en el acervo penal un nuevo bien jurídico tutelado determinado como *“de la protección de la información y de los datos”*, considerándose entonces las amenazas contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y de los sistemas informáticos, como también los atentados informáticos y otras infracciones que se deriven de estos, como el hurto por medios informáticos y semejantes y la transferencia no consentida de activos.

De lo descrito se despliega este opúsculo, como ya se ha especificado, con el ánimo de determinar si las entidades financieras son responsables por los atentados sufridos por los usuarios en su patrimonio confiado a la entidad, una vez considerado que estas deben surtir y ejecutar todos los medios necesarios para garantizar la protección y manejo de los datos que mantengan.

### 4.3 Fraudes electrónicos

Como consecuencia del desarrollo tecnológico han mutado las formas de interacción entre los usuarios del sistema financiero y las entidades que lo integran, de tal forma que éstas han ofrecido con el tiempo mayores beneficios a los usuarios, sin embargo, conlleva ello también, a múltiples riesgos a los que las entidades deben hacerles frente y en efecto brindar mayores niveles de cuidado y seguridad a quienes acuden a ellas por sus servicios.

Para dar inicio con la exposición del tema de la responsabilidad bancaria frente a los fraudes electrónicos es necesario definir el término *“fraude electrónico”*. Para ello se hace referencia a los medios de pagos, a las transferencias mediante los sitio web o páginas electrónicas.

Mariño Lopez (2003.) define fraude electrónico como el escenario en el que *“un tercero se apropia de los datos de identificación de la tarjeta de crédito o de cualquier medio electrónico de pago individual y de su titular, empleando los mismos, celebra contratos a distancia por medios electrónicos, telefónicos o telemáticos”*. Según esta definición, fraude electrónico es cualquier acción que no es verificable personalmente, por tanto permite: la interceptación de los datos del medio de pago del usuario y

la extracción de los datos bancarios de cuentas corrientes o de ahorros, tarjetas de crédito, entre otros.

#### 4.4 Algunos mecanismos de fraudes informáticos

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

Se vale de los correos electrónicos de los usuarios de la supuesta entidad bancaria. Estas páginas imitan el logo y el diseño del sitio web de la entidad y mediante un enlace descargan la base de datos más importantes para la extracción del dinero, estos enlaces son sitios falsos o conocidos como “sitios poof” que desaparecen rápidamente.

*Pharming.* Este mecanismo consiste en que las páginas visitadas por los usuarios no son las reales, es decir, que cuando el sujeto entra al “supuesto” sitio web de la entidad bancaria y digita su información personal se almacena en una cuenta falsa. Todo este proceso se hace mediante los DNS o sistemas de nombres de dominio de una red de ordenadores haciendo que la URL (las direcciones www) apunte hacia un servidor diferente

del original de modo que si la DNS se encuentra corrompida apuntará a otra página que será una copia casi exacta de la fidedigna y que al usuario le es difícil distinguir, por lo que inmediatamente después de registrados los datos se proyecta un error al usuario y es así que en ese preciso momento el delincuente cibernético ha cometido su objetivo.

*Vishing.* A través de mensajes de texto, mensajes de voz o correos electrónicos se propaga supuesta información de los bancos en la que se requieren datos personales. En algunas ocasiones los mismos defraudadores se hacen pasar por funcionarios de la entidad para extraerle del usuario información para posteriormente llevar a cabo el fraude.

Frente a los mensajes de datos que se abren en el ordenador del usuario se instala en mismo un *MALWARE* a través del cual se implementa un *KEYLOGGER* encargado de registrar las pulsaciones del teclado, de tal forma que se crea un fichero que es en enviado por internet permitiéndole al defraudador acceder a contraseñas, número de cuentas, entre otros (Sentencia de casación, 2016).

Las anteriores modalidades, descritas de forma general, son solo algunas de las más comunes. Corolario a lo visto, es dable advertir que el usuario debe

siempre mantener una debida diligencia y cuidado con las herramientas que las entidades financieras le brindan, empero, ello no es suficiente para exonerar de responsabilidad a las entidades financieras. Pues, como primer argumento, la entidad goza de una posición dominante por su conocimiento y manejo de los recursos que oferta y, en segundo lugar, su actividad per se genera un riesgo. Estos son argumentos que se desarrollan en este opúsculo.

## 5. Aplicación de los regímenes de responsabilidad civil en el fraude electrónico

### 5.1 Régimen de responsabilidad contractual o subjetiva

La responsabilidad contractual o subjetiva parte del elemento culpa, entendida esta como el grado de impericia o negligencia que genera el daño.

Conforme lo evocado y lo que diferentes doctrinantes han manifestado sobre la responsabilidad subjetiva para determinar la responsabilidad del causante, este debe demostrar el debido cuidado y diligencia, según el artículo 1604 del Código Civil que dispone: *“le corresponde a la entidad bancaria probar la culpa del contracorrentista”*.

Lo que sucede allí es que la carga de la prueba se traslada a la entidad quien es la que alega culpa del cuenta corrientista por su negligencia o falta de cuidado.

En este sentido es difícil acreditar la obligación de la entidad financiera de mantener y brindar la mayor seguridad respecto a los movimientos o actos electrónicos que, es admisible decir, se infieren del contrato (adhesión) que se ha suscrito por la entidad emisora y el usuario, así la entidad financiera lo que le asegura al cliente es un sistema de seguridad.

Del contrato que se entiende suscrito por el cuentacorrentista y la entidad, el Código de Comercio en el artículo 1382, determina que:

*“Por el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco.*

*Todo depósito constituido a la vista se entenderá entregado en cuenta corriente bancaria, salvo convenio en contrario”.*

De allí se infiere una serie de obligaciones para ambas partes tanto para la entidad bancaria como para el usuario. Respecto del segundo es frente al dinero y a las transacciones, el debido cuidado y diligencia en el momento de realizar transacciones y, de la entidad, frente a la guarda de los dineros de sus cuentacorrientes, la protección de los depósitos y que al momento que el usuario quiera disponer de los mismos ella se lo permita.

De lo que es posible a vilumbrar frente a la responsabilidad contractual de las entidades, es dable concluir que el fraude electrónico sobrepasa la barrera de la obligación de la entidad de suministrar un sistema de seguridad al usuario, pues su obligación se dirige más allá de un simple sistema, por lo que la entidad no puede resguardarse en la teoría de que su responsabilidad merma desde el momento en que le oferta un sistema seguro y que le informa al usuario sobre los riesgos que podría asumir al usar plataformas electrónicas que exijan el uso de internet.

## 5.. Régimen de la responsabilidad objetiva y extracontractual

En este punto cabe preguntarse hasta dónde es posible referirse al ámbito

de responsabilidad de la entidad bancaria si esta al brindar sus servicios y desarrollarlos conforme a los postulados de seguridad ha cumplido con sus obligaciones no incurre en incumplimiento del contrato.

Frente al espectro de la responsabilidad objetiva, la entidad no se exime de responsabilidad con solo probar la debida diligencia o cuidado con su sistema de seguridad sino que, debe, además, garantizarle al usuario que su dinero se encuentre a salvo, esto es, se le exige un resultado. Esta responsabilidad se sustenta en el campo extracontractual con la teoría del riesgo creado que se despliega de la actividad que desarrolla la entidad bancaria.

Respecto del tipo de responsabilidad profesional, conforme lo establece la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, mediante sentencia SC-186142016 del 19 de diciembre de 2016, el riesgo se materializa cuando la entidad ofrece a sus clientes una plataforma tecnológica para realizar cualquier transacción en línea que puede ser violentada por delincuentes cibernéticos. El que esta actividad sea una de riesgo se encuadra en una responsabilidad de tipo objetivo, en este evento no se busca el elemento culpa sino proteger a los perjudicados por aquellas actividades que implican un nivel de inseguridad aunque no

haya influencia culposa del actor, en consecuencia, la pretensión será la indemnización de los daños causados por efecto de valerse de este tipo de actividades, siendo así, que cobra mayor importancia indemnizar a los perjudicados que buscar culpables de los daños que se les ocasionaron.

### 5.2.1. Teoría del riesgo

La teoría del riesgo creado sustenta que no solo se es responsable de sus propios actos sino de terceros que están bajo su cuidado. Disposiciones como esta se encuentran en otros conjuntos normativos como la obra civil argentina:

*Art. 1113.* La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. (Párrafo agregado por la Ley 17.711) En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, solo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Atendiendo a lo anterior, la teoría del riesgo se desarrolla en tres vertientes (Universidad Externado, 2003):

1. El riesgo creado por quien en desarrollo de una actividad genera un riesgo. No se tiene en cuenta si el agente genera o no el riesgo, lo que se toma en consideración es que se haya creado un riesgo.
2. La segunda vertiente es el riesgo provecho, se basa en el agente que genera un riesgo y que de ella saca una utilidad, como lo destaca su propia denominación, un provecho.
3. El riesgo profesional, aquel que tiene su origen en las actividades profesionales, tal como ocurre en la actividad financiera.

Cuando se hace referencia a la responsabilidad objetiva, no se pretende determinar que frente a esta no existe ninguna causal eximente de responsabilidad, luego, se consideran la fuerza mayor y el caso fortuito, que son las más comunes.

En consecuencia, bajo cualquiera de las dos responsabilidades la carga de la prueba recae en la entidad emisora así se refiera de una extrema diligencia en el ámbito contractual o de la fuerza mayor o caso fortuito en el extracontractual, entendido que las bases teóricas son las mismas.

La Corte Suprema de Justicia, mediante providencia con radicado N° 05001-31-03-001-2008-00312-01, Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez, ha manifestado que en eventos de responsabilidad endilgados a los entes bancarios en lo concerniente a fraudes electrónicos, la banca y las entidades calificadas de intermediarios financieros son de interés público y que se encuentran bajo la protección de expertos que custodian los dineros, por lo que estos deben contar con unos estándares de seguridad, diligencia y capacidad para implementar mecanismos de control y de verificación de las transacciones. Así las cosas, los riesgos no deben ser asumidos por los clientes, pues estos encomiendan su dinero a una entidad que les ofrece medios de protección por ser depositantes.

Al presente, los cuentacorrientes suscriben un contrato con su entidad financiera para el control y custodia de su patrimonio donde están las obligaciones que deben tener cada una de las partes en la relación contractual. Para el desarrollo de esta relación la entidad financiera debe contar con algunos principios rectores que son la estructura de la actividad bursátil: el principio de la responsabilidad de empresa, donde esta asume una prestación de garantía y responde por los riesgos inherentes a su actividad y a

la ejecución del servicio y; el principio de la buena fe.

Es cierto también que, el cliente debe cumplir con una serie de obligaciones que en contadas ocasiones la Superintendencia ha señalado como el deber de seguir las instrucciones y recomendaciones de las entidades financieras y demás autoridades que trabajan en el fortalecimiento de la calidad y seguridad de las operaciones financieras y, además, observar las instrucciones y recomendaciones impartidas por la entidad para el manejo seguro de los productos o servicios.

No se deja a un lado la relación configurada entre banco—usuario, y en la que cada uno de ellos debe responder con unas obligaciones que se establecen conforme la posición que estos asuman. En los casos de relación contractual la posición dominante está en cabeza del banco, este es un comercialista por excelencia que conoce o que debe conocer en su totalidad sobre la actividad financiera, por lo que dentro sus obligaciones debe obrar de manera cuidadosa, prudente, diligente, en el que haga uso de todo su profesionalismo con el fin de velar por la seguridad de sus cuentahabientes.

### 5.3. Actividad bancaria

Según el artículo 1382 del Código de Comercio, que define cuenta corriente

bancaria, por el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria se destaca que el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco.

Todo depósito constituido a la vista se entenderá entregado en cuenta corriente bancaria, salvo convenio en contrario. De allí sobrevienen una serie de obligaciones para el banco como lo es mantener los dineros para su entrega cuando el cuentacorrentista los requiera, se sustraen entonces los compromisos que tiene el banco con el cliente y que debe mantener con las pautas y seguimientos necesarios para que el ejercicio de custodia de dineros ajenos confiados a él creyendo en su diligencia. Es por lo anterior, que nace la necesidad por parte de la entidad bancaria de actuar conforme al debido cuidado y diligencia, ya que cualquier descuido o desviación genera un incumplimiento del contrato. Es de este modo entonces que, en cualquier transacción o transferencia que no haya realizado el cuentacorrentista que genere un reclamo por parte de este puede generar responsabilidad del banco y este solo se podrá exonerar si logra acreditar que contó con la autorización del cliente.

En este punto es menester aclarar que, frente a la responsabilidad del banco no se puede exonerar ni atenuarse e incluso excluirse en virtud de culpa atribuible al titular de la cuenta.

Internet es una red abierta con un sin número de peligros, lo que la caracteriza por la inherente inequidad, pero, ello no es suficiente para tratar de justificar que por su nivel de peligrosidad las entidades bancarias no estén llamadas a responder, pues debe tenerse presente que se trata de riesgos propios de la actividad asumida por ellas mismas lo que determina que la entidad bancaria puede soportar mayores cargas y por el provecho económico que obtienen de las operaciones que realiza.

El ejercicio de estas entidades está definido en la custodia de dineros ajenos por lo que se cataloga en una actividad de interés general, derivado esto en la necesidad de exigir de sus operaciones mantener las precauciones, diligencias y cuidados indispensables en aras de procurar que los movimientos de los dineros sean en completa normalidad.

La actividad bancaria se caracteriza por ser un ejercicio profesional, habitual y derivado de un provecho económico, del que acechan peligros que deben afrontarse, por lo que se tratan de riesgos propios de la labor.

Es por esta razón que se reclama de las entidades el cuidado y atenciones debidas para afrontar situaciones de amenaza. La exoneración de su responsabilidad por alguna anormalidad solo puede acomodarse en su deber y capacidad de demostrar que contó con la autorización del cuentacorrentista, tal como ya se ha anotado anteriormente.

Frente a la materialización del riesgo (Sentencia de casación, 2016), está dada en el simple trabajo de oferta respecto del uso de la plataforma tecnológica considerando que los sistemas electrónicos son vulnerables, es por ello, que se demanda el manejo de mecanismos de protección y reducción de ese riesgo. Es así que es en este punto en donde se evidencia que son las mismas entidades las que son sujetos de la creación de un riesgo de fraude porque es quien pone a disposición de los ofertados el uso de esa plataforma y de otros recursos tecnológicos. Se trata de un mecanismo particular de responsabilidad.

En consonancia con lo anterior, se endilgan mayores exigencias, cargas y deberes a las instituciones bancarias porque hay una confianza depositada en ellas, por el evidente interés general que se desprende y por la naturaleza de la función que despliegan. Existe un provecho de

las operaciones, son dueñas de las actividades y quien controla debe establecer los medios de seguridad, control y diligencia de la actividad (Sentencia de casación, 2016). Se reconoce al comerciante como el experto en intermediación financiera y por eso en él se deposita la confianza colectiva.

Cada institución bancaria debe proponer el enfoque organizacional para la valoración del riesgo, por lo que es menester la proposición y desarrollo de un procedimiento para la identificación de riesgos como lo puede ser el señalamiento de los activos en el alcance de los sistemas de seguridad propuestos por las normas técnicas definidas para ello; determinar las amenazas de los activos; observar la vulnerabilidad que podrían ser aprovechadas por las amenazas; identificar los impactos sobre las pérdidas de los activos tales como la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los mismos; analizar y evaluar riesgos en el impacto de los negocios y las consecuencias de sus pérdidas, considerando la posibilidad de la ocurrencia de una falla, la existencia de amenazas, vulnerabilidades, impactos sobre los activos y los controles activos implementados y; finalmente, la identificación y evaluación sobre las opciones con capacidad para afrontar los riesgos.

#### 5.4. Tratamiento de los riesgos por parte de las entidades bancarias

El tratamiento de los riesgos (2016) se reconoce en la aplicación de controles apropiados; en la aceptación de la existencia de riesgos de forma objetiva, siempre que lo que se procure satisfacer sea la política y criterios de organización para esa aceptación; en evitar riesgos y; en transferir a otros los riesgos asociados con esos negocios.

Sobre el reconocimiento de que las instituciones financieras y bancarias acaten medidas para la seguridad de la información que contienen se destacan: el Decreto 663 de 1993, referido al Estatuto Orgánico Financiero; la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995; la Circular Básica Jurídica 007 de 1996; todos demostrando las cargas altas y especiales de cumplimiento en los ámbitos de seguridad, diligencia y uso de mecanismos de control y certificación de transacciones; se agrega también, la Circular Externa 052 de 2007, referida a los requerimientos mínimos de seguridad y calidad en el manejo de información a través de medios y canales de distribución de productos y servicios para clientes y usuarios.

Aunado a lo anterior, hoy se evoca la Norma –ISO-IEC 27001 Tecnolo-

gía de la Información: Técnicas de seguridad. Sistemas de gestión de seguridad de la información (SGSI), se trata de una norma técnica que sirve como referente internacional para la seguridad de la información, por lo que no es obligatoria ni tampoco sirve como medio de prueba. Con ella solamente se trata de fijar un estándar de lo que debería tenerse en cuenta de un sistema de gestión de seguridad.

Seguridad de información, en términos generales, implica la necesidad de invertir todos los esfuerzos necesarios para la preservación de la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de la información, considerando también, los criterios de autenticidad, tratabilidad y fiabilidad (NTC-ISO/IEC, 2006).

Hasta aquí lo descrito, es permitido concluir que la actividad bancaria es una actividad de riesgo y que en cuanto a la forma en la que se desarrolla ofrece la posibilidad de que sus usuarios hagan uso de plataformas electrónicas, convirtiéndose en un espacio de vulnerabilidad para todos aquellos usuarios que hagan uso de dicha herramienta, y que el hecho de posibilitar el uso de estas herramientas tecnológicas se convierten ellos en creadores del riesgo. Es posible que por esta última premisa, las entidades del sistema financiero estén llamadas

a responder no excluyéndose la obligación de los cuentacorrentistas, pero sí, exigiéndose una mayor carga a las entidades emisoras, pues no se le puede permitir a la entidad que descuide a su usuario desde el momento que cree este que le está suministrando una plataforma segura.

La entidad bancaria por su posición dominante y por el principio de responsabilidad empresarial debe asumir la carga de la prueba cuando quiera demostrar que el responsable es el cuentacorrentista, al mismo tiempo que debe probar su debida diligencia y cuidado.

## 6. Los derechos del consumidor financiero y la responsabilidad de las entidades bancarias

El Derecho del Consumidor surge como contrapeso de las cargas desiguales entre las partes, por lo que su objetivo es la protección del sujeto débil de las relaciones que se producen<sup>2</sup>.

Su interés recae sobre el destinatario final o quien adquiere los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades, esto es, explora más allá de las regulaciones comerciales contenidas en el acervo normativo de ese ámbito y del civil. Por no acoplarse estrictamente al campo privado, porque limita su aplicación, esto es, que sus intereses están dirigidos a un sujeto en especial, el consumidor, porque si fuera limitado al campo civil “éste no sería objeto de protección especial” (Taborda León, 2016, pág. 79) y, por tampoco acomodarse a la esfera de lo público, por destinarse a particulares, aun cuando quien actúa es una entidad estatal, surge la pregunta de a cuál terreno pertenece entonces.

*“Con esta fisionomía y características, es evidente que no hace parte ni del Derecho Público ni del Derecho Privado, pues sus normas, aunque giran en torno de la relación del consumo propiamente dicha, no son disponibles, tienden a prevalecer sobre el Derecho Común, a más de que el Estado es garante principal de que se cumplan los derechos y obligaciones que contienen, tanto en la regulación puntual de los mercados y los procesos productivos, informativos y publicitarios de la producción, como en la atención*

*fundamento en una apariencia publicitaria, como fenómeno normal para penetrar en un mercado con un producto.*

<sup>2</sup> Cfr. El profesor Taborda León (2016, pág. 77) expone por qué se hace referencia a una parte débil en la relación de consumo así: el punto de estudio de esta nueva rama del Derecho se concreta en la relación empresario-consumidor, reconociendo de entrada la existencia de un extremo débil materia de protección inmediata; hacemos referencia indiscutiblemente al consumidor quien decide adquirir bienes y servicios con

de los conflictos que se susciten en su desarrollo” (Correa Henao, 2013, pág. 84).

Además de lo anterior, es necesario destacar que, el Estatuto del Consumidor al ser expedido por una ley ordinaria<sup>3</sup>, la 1480 de 2011, sirve como medio para hacer efectivos los mandatos constitucionales. Esta idea se justifica con el establecimiento del Estado de Derecho, cuya dogmática es la supremacía de la Constitución<sup>4</sup>. El argumento para evocar lo descrito, es el artículo 78<sup>5</sup> Superior, del cual se

sustraer la protección constitucional del consumidor.

En este punto, es acertado hacer referencia, en palabras de Ferrajoli<sup>6</sup>, al garantismo constitucional, al incursionar en la congruencia entre las disposiciones normativas y los hechos controlados por ellas. Por lo que se destaca de esta forma entonces, la competencia, el procedimiento y el ámbito de aplicación, en caso de incumplimiento de las obligaciones.

Para ello se repasa la Ley 1328 de 2009<sup>7</sup>, con la que se consagra, en el capítulo II, los derechos y obligaciones de los consumidores financieros y de las entidades financieras. Se destacan, *grosso modo*: i) sobre los derechos de los consumidores, tienen el derecho de recibir por parte de la entidad financiera productos y servicios con estándares de seguridad y calidad, exigir la debida diligencia en la práctica de los servicios y, recibir

<sup>3</sup> Cfr. Correa Henao (2013, pág. 95) explica que: esta categoría (estatuto) no es un concepto del todo nítido ni en el lenguaje común, ni para el Derecho. En efecto, dentro del sistema de fuentes del Derecho colombiano, los estatutos no tienen entidad propia, pues por lo común son leyes ordinarias. Así ocurre con el Estatuto del Consumidor, el cual podría ser modificado por otra ley ordinaria que no se califique de Estatuto.

<sup>4</sup> Resalta Velásquez Turbay (2004, pág. 63) que: la eficacia de la Norma Constitucional en relación con el ordenamiento jurídico tiene como punto de partida la circunstancia que sitúa la Norma Superior como condicionante de todas las manifestaciones jurídicas de rango inferior.

<sup>5</sup> Cfr. Artículo 78 (1991) La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de

las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

<sup>6</sup> Cfr. En la teoría del garantismo penal, pero, cuyas generalidades conceptuales son susceptibles de ser aplicadas a otros campos del Derecho, por tratarse de una formulación filosófica en la interpretación del *garantismo*. (Ferrajoli, 1995).

<sup>7</sup> Ley 1328 del 15 de julio de 2009, por el cual se determinan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Congreso de la República de Colombia.

información sobre el debido funcionamiento en las diversas modalidades de actividades bancarias; ii) por otro lado, una de las obligaciones especiales de las entidades financieras es disponer de los medios electrónicos y controles idóneos para brindar eficiente seguridad a las transacciones, a la información confidencial de los consumidores financieros y a las redes que la contengan.

Respecto al régimen de protección al consumidor financiero, de manera extensible, se protege al consumidor a quien se le reconoce una posición débil frente a la entidad financiera, por lo que se le ofrece una serie de derechos que le brinden protección con ocasión a su condición<sup>8</sup>. En consecuencia, el ejercicio mercantil, al destacarse de interés general, debe reconocérsele el derecho a toda persona de acceder a ciertos servicios esenciales, adherida la obligación de los proveedores de prestar estos servicios en condiciones precisas, con cobertura territorial completa y a un precio asequible.

Característico de esta Norma, es que propone un sistema especial de regulación, esto es, el Sistema de atención al Consumidor Financiero, mediante el cual se formulan algunas herramientas que le permiten al usuario efectuar con mayor seguridad las diligencias crediticias. Además de ello, destina un capítulo referido a las sanciones, particularidad encomendada a evaluación de la Superintendencia Financiera. En esta parte se hallan una serie de criterios como: la reiteración, la gravedad, el debido cuidado y la diligencia, que sirven de recurso para establecer el tipo de sanción que afecta el despliegue de la actividad.

El Estatuto del consumidor, Ley 1480 de 2011, en lo atinente a las relaciones generadas entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, se configura un régimen especial de aplicación preferente, esto es, la Ley 1328 de 2009. De ahí que la regulación general resulta ser el Estatuto del Consumidor, por lo que su remisión es de condición supletoria o residual para eventos en los que la normativa especial sea insuficiente.

Es importante conocer que, de acuerdo a la información que debe suministrar el productor a sus consumidores,

<sup>8</sup> Cfr. Artículo 3 (Ley 1480, 2011): Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

de acuerdo al artículo 23<sup>9</sup> del Estatuto, este dispone que debe ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y determina que serán responsables por el daño que se cause por la información inadecuada.

En lo referido a los fraudes en el sistema financiero, caso que ocupa en este artículo, los artículos 11<sup>10</sup>

y 12<sup>11</sup> de la Ley 1328 establecen que las cláusulas que busquen invertir la carga de la prueba que perjudiquen al consumidor financiero se encuentran prohibidas. Para la Superintendencia Financiera las entidades bancarias responden por los riesgos que ellas mismas crean, salvo cuando se trate por culpa del cliente.

---

<sup>9</sup> Cfr. Artículo 23 (Ley 1480, 2011): *Información mínima y responsabilidad*. Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima debe estar en castellano. (...)

<sup>10</sup> Cfr. Artículo 11 (Ley 1328, 2009): *Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos*. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

- a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.
- b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.
- c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.
- d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.

---

e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

Parágrafo. Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.

<sup>11</sup> Cfr. Artículo 12 (Ley 1328, 2009): *Prácticas abusivas*. Se consideran prácticas abusivas por parte de las entidades vigiladas las siguientes:

- a) El condicionamiento al consumidor financiero por parte de la entidad vigilada de que este acceda a la adquisición de uno o más productos o servicios que presta directamente o por medio de otras instituciones vigiladas a través de su red de oficinas, o realice inversiones o similares, para el otorgamiento de otros u otros de sus productos y servicios, y que no son necesarias para su natural prestación.

- b) El iniciar o renovar un servicio sin solicitud o autorización expresa del consumidor.

- c) La inversión de la carga de la prueba en caso de fraudes en contra de consumidor financiero.

- d) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

Parágrafo. Las prácticas abusivas están prohibidas a partir de la entrada en vigencia de la presente norma y serán sancionables conforme lo dispone la Superintendencia Financiera de Colombia y la ley.

De la anterior exposición y análisis de la reglamentación de la actividad bancaria desde la óptica del consumidor y sus derechos, es posible detallar que en Colombia en cuanto a sanciones frente a la jurisdicción ordinaria se refiere la normativa no está estrictamente determinada, por lo que, el ejercicio desplegado por la Superintendencia Financiera es interpretativo del conjunto normativo existente, esto es que, no existe regulación exacta frente a una eventual responsabilidad de la entidad cuando se presente un detrimento en el patrimonio de los usuarios como efecto del mal manejo y custodia de los dineros. Los pronunciamientos del ente de control son acomodados conforme al caso en específico y de acuerdo al haber probatorio aportado para la evaluación.

Desde el punto de vista en el Derecho comparado, legislaciones como la argentina<sup>12</sup>, disponen de normatividad específica frente a la responsabilidad de las entidades bancarias con la que se busca mantener solución a las situaciones en las que se pueda endilgar carga. En otras latitudes, como en España, mediante el Real Decreto 231 del

15 de febrero de 2008, se regula el Sistema Arbitral de consumo, cuya finalidad es resolver las reclamaciones presentadas por consumidores y usuarios<sup>13</sup>. Sobre el referido, Pita Ponte (2012, pág. 25), secretario de la Xunta Arbitral de Consumo de Galicia, expone que:

*“(...) parece evidente que nos encontramos ante lo que se ha llamado un sistema unidireccional, es decir, que solo a través del mismo se pueden resolver las reclamaciones de los consumidores y usuarios, a lo que sensu contrario, lleva a que este sistema esté vedado para resolver las reclamaciones de los empresarios frente a los consumidores.*

*Sin embargo, la realidad de la regulación del Real Decreto es que a través del mismo se puedan llegar a resolver las reclamaciones de los empresarios frente a los consumidores”.*

Esta situación permite reconocer entonces que, al igual que Colombia, se busca la optimización de los

<sup>12</sup> Cfr. Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, Ley 24.240 del 22 de septiembre de 1993, defensa del consumidor, normas de protección y defensa de los consumidores, autoridad de aplicación, procedimiento y sanciones, disposiciones finales.

<sup>13</sup> Cfr. Art 57 (Real Decreto Legislativo 1, 2007): El Sistema Arbitral de Consumo es el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios. (...).

mandatos constitucionales<sup>14</sup> respecto de la defensa de los consumidores y usuarios, a través de procedimientos eficaces y en los que se pueda cumplir con las exigencias del afectado y las demandas del sistema. La particularidad de la propuesta española se evidencia en que:

*“(…) no es un procedimiento eficaz aquel que primero establece un procedimiento extrajudicial para la resolución de un conflicto, y cuando se quiebra la finalidad pretendida por el procedimiento, se obligue al consumidor a ir a la vía jurisdiccional, sin ninguna consecuencia que, al menos, desde un punto de vista disuasorio, impida que esta situación pueda darse”.*  
(Pita Ponte, 2012, pág. 24)

En el caso colombiano, el control de la regulación de las sanciones no está determinado por un ente independiente como el arbitral en España, como se acaba de demostrar, sino que, se establecen funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de la República<sup>15</sup>, esta delegatoria

implica las facultades para obligar al sancionado en el cumplimiento de las cargas imputadas.

Empero, antes del acceso a la delegatoria jurisdiccional de la Superintendencia los usuarios o consumidores deberán agotar la vía administrativa, esto es, presentar una queja para que dentro de los 180 días siguientes el ente emita respuesta de su consideración y determine la parte responsable. Las decisiones expedidas por este conducto, no son obligatorias pero surten como recomendaciones que las entidades y usuarios deben acatar.

En casos donde existan negativas al obedecer a las indicaciones, el usuario puede insistir dirigiéndose a la vía jurisdiccional, de tal forma que, será la misma entidad pero desde un área independiente a las demás encargadas de la supervisión e instrucción, tal como se determina en parágrafo del

---

la Superintendencia (...) podrán a su elección someter a conocimiento de esa autoridad, los asuntos contenciosos que se susciten entre ellos y las entidades vigiladas (...) para que sean fallados en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez. El desarrollo de la facultad jurisdiccional (...), la Superintendencia podrá conocer de las controversias que surjan entre 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 al público.

---

<sup>14</sup> Cfr. Artículo 51, N° 1 (Constitución Española, 1978): *defensa de los consumidores*. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

<sup>15</sup> Cfr. Artículo 57 (Ley 1480, 2011): *Atribución de facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia* (...) los consumidores financieros de las entidades vigiladas por

artículo 57 del Estatuto del Consumidor, quien estudiará el caso y emitirá decisiones vinculantes.

Sobre la regulación de las sanciones que se deben imponer a las entidades vigiladas por la Superintendencia, estas están determinadas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663, 1993), bajo el título Régimen Sancionatorio, capítulo I, reglas generales, artículo 208. Del particular es menester comentar que, no se establecen formas eximentes de responsabilidad sino que, se trata de atenuantes o modulaciones de la carga.

Permite comprender entonces la lectura juiciosa del texto legal, que la responsabilidad es objetiva por lo que, no le interesa considerar a la Superintendencia el título de culpa de la entidad financiera.

Como complemento de lo descrito, es dable añadir que los entes bancarios deben acatar normativas técnicas en aras de cumplir con las garantías de la defensa del consumidor en el momento en que goza de sus servicios, así, puede destacarse entonces la Circular Básica Contable y Financiera (Circular 100, 1995) en lo concerniente a las reglas relativas a la administración del riesgo operativo<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Cfr. Conforme al capítulo XXIII, reglas relativas a la administración del riesgo operativo (RO), debe entenderse por este como:

*“En el desarrollo de sus operaciones, las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia se exponen al riesgo operativo (RO).*

*Por tal razón, dichas entidades deben desarrollar, establecer, implementar y mantener un Sistema de Administración de Riesgo Operativo (SARO), acorde con su estructura, tamaño, objeto social y actividades de apoyo, estas últimas realizadas directamente o a través de terceros, que les permita identificar, medir, controlar y monitorear eficazmente este riesgo.*

*Dicho sistema está compuesto por elementos mínimos (políticas, procedimientos, documentación, estructura organizacional, el registro de eventos de riesgo operativo, órganos de control, plataforma tecnológica, divulgación de información y capacitación) mediante los cuales se busca obtener una efectiva administración del riesgo operativo” (Superintendencia Financiera de Colombia, 1995)*

Así las cosas, esta apreciación, permite declarar que las entidades están sujetas a normas técnicas para la

*“posibilidad de incurrir en pérdida por deficiencias, fallas o adecuaciones, en el recurso humano, los procesos, la tecnología, la infraestructura o por la ocurrencia de acontecimientos externos” (Circular 100, 1995).*

ejecución de sus actividades una vez han asumido la existencia de un riesgo en su labor. Corolario, la situación implica entender que deben cumplir con estos requerimientos con independencia de cualquier caso que puedan sufrir que les impida desempeñarlas a cabalidad.

La Superintendencia cuando ejecuta sus funciones en el control y supervisión se limita a cerciorarse que las entidades desempeñen estas obligaciones, en caso de no hacerlo, emite recomendaciones y mantiene control sobre ellas, así, en los eventos donde de cuenta de su reincidencia y que sus fallas sean reiterativas, aplica las sanciones determinadas por la ley.

La inspección que se mantiene no se limita a la revisión constante que realiza la Superfinanciera sino en el récord de quejas y reclamaciones presentadas por los usuarios.

### 6.1. La actividad financiera como interés público

El artículo 335 de la Constitución Política propone la actividad financiera como una de interés público porque con ella se manipula, invierte, y captan dineros del público, por lo que necesita de una autorización previa por parte del Estado.

Mediante providencia de la Corte Constitucional, la Corporación señaló que:

*“La actividad financiera, bursátil y aseguradora es, pues, una actividad esencial para el desarrollo económico; constituye principal mecanismo de administración del ahorro del público y de financiación de la inversión pública y privada y está fundada en un pacto intangible de confianza. Se trata de la confianza por parte de los usuarios en que las obligaciones derivadas de la respectiva obligación serán rutinariamente satisfechas. Y esa confianza está a su vez cimentada en una regulación adecuada y en la convicción pública de que las entidades que hacen parte del sistema están vigiladas técnica y profesionalmente”* (Sentencia , 2010).

Por lo anterior, la conducta de los establecimientos bancarios se debe valorar teniendo en cuenta su calidad de comerciante y que se trata de un experto en los asuntos e intermediación financiera. Es por esto que, se le exige una debida diligencia encaminada al cuidado del nivel de un profesional que tiene un provecho económico.

De esta actividad se deriva un régimen de responsabilidad civil especial frente a los daños que puedan sufrir los clientes o usuarios de los servicios

que preste la entidad, lo que reclama que a su cargo tenga deberes de diligencia, que en las operaciones de captación de dineros como los contratos de depósito irregular donde el banco se vuelve titular de dichos recursos, asumiendo así obligaciones de resultado, administrando diversos riesgos inherentes a la actividad en los diferentes canales: internet, banca móvil, cajero automático, que se pone al servicio de sus clientes. De esta manera le corresponde al banco acreditar la culpa del demandante que ha sido negligente, descuidado y ha desatendido sus obligaciones contractuales, por desatender las recomendaciones de seguridad para el manejo de los diferentes canales transaccionales. Lo anterior, no pretende significar que la entidad financiera no pueda ejercer su derecho a la defensa, pues es escuchada desde la vía administrativa, de la que ya se hizo mención, y en la jurisdiccional, pudiendo entonces tener la opción de hacer el uso de la reconvencción.

Todas aquellas medidas de seguridad deben ir de la mano o adheridas al contrato suscrito por las partes, también es necesario resaltar que el consumidor financiero tiene una serie de obligaciones como lo es, según la Ley 1328 de 2009, observar las instrucciones que le brinden la entidad para el manejo de sus productos y servicios, pero que, su quebrantamiento

no exime a las entidades financieras de sus obligaciones solamente sirve a para modular o atenuar la sanción que se debe imponer.

De lo anteriormente analizado se puede concluir en este capítulo, que las entidades financieras y la actividad por estas ejecutadas se encuentra vigilada por la Superintendencia Financiera por la naturaleza de su labor, por lo que por el mismo cauce, se agregan disposiciones legales que protegen al consumidor financiero, que permiten, v. gr., en casos de fraudes electrónicos endilgar o no con mayor brevedad la responsabilidad de la entidad.

## 7. Conclusiones

Hoy por hoy, con los avances tecnológicos y la consecuente capacidad para generar mayor cobertura para el acceso a bienes y servicios, es que las entidades financieras han tomado la iniciativa de acoger plataformas tecnológicas que les permitan avanzar en tiempo y cobertura en el servicio a los usuarios. Sin embargo, por tratarse del uso de una red abierta y pública es menester atender a mecanismos de protección de la información porque es inherente la inseguridad, por lo que solo depende de ellas mismas asumir los riesgos por la actividad asumida.

Su ejercicio está definido en la custodia de dineros ajenos por lo que se cataloga en una de interés general, derivando esto en la necesidad de exigir de sus operaciones mantener las precauciones, diligencias y cuidados indispensables en aras de procurar que los movimientos de los dineros sean en completa normalidad. Un desajuste de la operación permite reconocer la inobservancia del contrato.

La materialización del riesgo está dada en el simple trabajo de oferta respecto del uso de la plataforma tecnológica considerando que los sistemas electrónicos son vulnerables, es por ello, que se demanda el manejo de mecanismos de protección y reducción de ese riesgo. Es aquí en donde se evidencia que son las mismas entidades las que son sujetos de la creación de un riesgo de fraude porque es quien pone a disposición de los ofertados el uso de esa plataforma y de otros recursos tecnológicos.

En consonancia con lo anterior se endilgan mayores exigencias, cargas y deberes a las instituciones bancarias porque hay una confianza depositada en ellas, es evidente el interés general y por la naturaleza de la función que despliegan; existe un provecho de las operaciones, son dueñas de las actividades y quien controla debe establecer los medios de seguridad, control y diligencia de la actividad.

El tratamiento de los riesgos se reconoce en la aplicación de controles apropiados; en la aceptación de la existencia de riesgos de forma objetiva, siempre que lo que se procure satisfacer sea la política y criterios de organización para esa aceptación, en evitar riesgos y, en transferir a otros los riesgos asociados con esos negocios.

El tipo de responsabilidad que se le pueda imputar a una entidad financiera por un fraude electrónico deriva del tipo de actividad que despliega, es decir, como se trata de una labor que conlleva un riesgo en sí misma, su simple ejercicio exige que no solamente deban atenderse a mecanismos de control y seguridad, sino que implica responder casi que de forma inexcusable de todas las amenazas y vulneraciones que se puedan llegar a presentar con los usuarios y sus respectivas cuentas. Esto puede traducirse en una responsabilidad objetiva, es la entidad quien debe responder en razón de la naturaleza de las funciones que ejecuta y no presumirse de esta que por utilizar los medios de seguridad disminuye sus obligaciones y responsabilidades frente a los usuarios.

## 8. Glosario

A modo de ilustración pueden acogerse las definiciones propuestas por el

Convenio sobre la Ciberdelincuencia (2001), términos que son necesarios tener claros para el desarrollo del presente escrito.

*Sistema informático.* Todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, cuya función, o la de alguno de sus elementos, sea el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa.

*Datos informáticos.* Como “toda representación de hechos, información o conceptos expresados de cualquier forma que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para que un sistema informático ejecute una función.

*Proveedor de servicios.* Dentro del Convenio se entiende como toda entidad pública o privada que ofrezca a los usuarios de sus servicios la posibilidad de comunicar a través de un sistema informático, y cualquier otra entidad que procese o almacene datos informáticos para dicho servicio de comunicación o para los usuarios del mismo.

Para el caso colombiano se atiende a la Ley 1581 (2012) reglamentada por el Decreto 1377 del 27 de junio de 2012, creada con el objetivo de

proteger y garantizar los derechos constitucionales referidos a la protección de datos personales en el país. De esta norma, como se ha comenzado a desarrollar, es admisible evocar algunos términos que permiten contextualizar la situación en estudio y crear la capacidad de determinar el ámbito de la responsabilidad de quienes tengan acceso a la información de las personas que se ostenta como usuarios. Se consideran relevantes los siguientes:

*Aviso de privacidad.* Comunicación sobre el tratamiento de los datos personales por el responsable respecto de políticas de manejo de la información, el acceso, finalidades y lo que se pretende con su conocimiento.

*Transferencia.* Se refiere al momento en que el responsable y/o encargado del tratamiento de datos personales envía esa información a un receptor, quien a su vez es responsable del manejo de esos datos.

*Transmisión.* Referido al tratamiento de datos personales dentro y fuera de la circunscripción nacional cuando teng a por objeto la realización de un tratamiento por el encargado por cuenta del responsable (Decreto Nacional 1377, 2013).

## Bibliografía

- Álvarez Didyme-dòme, M. J. ( 2012.). *Contratos mercantiles*. Bogota : Pro-Quest ebrary.
- Andrés Mariño López. (2003 ). *Responsabilidad Contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito. Responsabilidad Contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito*. Barcelona, España: Universidad de Barcelona.
- Arias, A. ( 2014.). *Las estafas digitales*. IT Campus Academy.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C.
- Civil, c. (s.f.). *art 167*.
- Colombia, s. f. (1996). *SUPERINTENDENCIAIAF*. Obtenido de [http://biblio.superfinanciera.gov.co/ABCD/superfinanciera/php/buscar\\_integrada.php?base=juris&Opcion=libre&Expresion=\\$&prefijo](http://biblio.superfinanciera.gov.co/ABCD/superfinanciera/php/buscar_integrada.php?base=juris&Opcion=libre&Expresion=$&prefijo)
- Congreso de la República. (05 de enero de 2009). *LEY 1273*. Bogotá D.C., Colombia.
- Congreso de la República. (12 de octubre de 2011). *Ley 1480 . Por medio del cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (15 de julio de 2009). *Ley 1328. Por la cual sde dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia.
- Correa Henao, M. (2013). El Estatuto del Consumidor: aspectos generles sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas. En C. L. Valderrama Rojas, *Perspectivas del Derecho del Consumo* (págs. 77-158). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Cubillos Velandia, R. y. (2002). *Introducción jurídica al comercio electrónico*. Bogotá D.C.: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Estados miembro del Consejo de Europa y los demás Estados signatarios del Convenio (23 de noviembre de 2001). *Convenio sobre la Ciberdelincuencia*. Budapest.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Gobierno de España (16 de noviembre de 2007). *Real Decreto Legislativo 1. Por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complmentarias*. España.
- Las Cortes (1978). *Constitución Española*. Madrid.
- Ley Estatutaria 1581 del 17 de octubre de 2012, 1581 de 2012 (Congreso 17 de octubre de 2012).
- NTC-ISO/IEC. (2006). *Recopila los requisitos exigidos para la implementación,*

- revisión, mantenimiento y mejora del sistema de gestión de la seguridad de la información. BOGOTÁ: NTC-ISO/IEC 27001.
- Parker, D. C. ( 1987 ). *Poder informático y seguridad jurídica: la función tutelar del derecho penal ante las nuevas tecnologías de la informática*. Madrid: FUNDESCO .
- Pita Ponte, J. M. (2012). La implementación del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. En E. González Pillado, *Arbitraje y mediación en materia de consumo* (págs. 17-43). Madrid: Tecnos.
- Presidente de la República (27 de junio de 2013). Decreto Nacional 1377. *Por el cual se reglamente parcialmente la Ley Estatutaria 1581 de 2012*. Bogotá D.C., Colombia.
- Presidente de la República de Colombia. (2 de abril de 1993). Decreto 663. *Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y enumeración*. Bogotá D.C., Colombia.
- República de Colombia (5 de enero de 2009). *Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado denominado “de la protección de la información y de los datos” y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías*. Bogotá, Colombia.
- Rodríguez, S. (2009). *Contratos bancarios*. Bogotá: Legis.
- Sentencia C-640 (Corte Constitucional 18 de agosto de 2010).
- Sentencia de casación, 18614 (Corte Suprema de Justicia 19 de Diciembre de 2016).
- Superintendencia Financiera de Colombia. (1995). Circular 100. *Circular Básica Contable y Financiera*. Bogotá D.C., Colombia.
- Taborda León , I. D. (2016). La responsabilidad civil derivada de la relación de consumo. En L. P. Pérez Quimbaya, *Escritos de Derecho Privado colombiano* (págs. 76-101). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre.
- Universidad Externado. (2003). *La teoría del riesgo y la responsabilidad civil, en Estudios de responsabilidad civil*. Bogotá D.C.: Universidad Externado.
- Velásquez Turbay, C. (2004). *Derecho Constitucional*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.