

SIN DOLO Y SIN CULPA: UN PARADIGMA JURISPRUDENCIAL PARA LA RESPONSABILIDAD BANCARIA

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad bancaria en Colombia ha experimentado una transformación profunda en los últimos años. Lo que alguna vez se consideró un régimen basado en la *culpa* con altos estándares de diligencia del banco, hoy se enfrenta a un paradigma que teóricamente prescinde de este elemento tradicional de la responsabilidad.

En efecto, la sentencia del 18 de diciembre de 2020 de la Corte Suprema de Justicia marcó un punto de inflexión en la materia al consolidar y ratificar la responsabilidad objetiva en casos de fraude bancario.

Este tránsito definitivo hacia la responsabilidad objetiva, basado en la teoría del riesgo creado, implica que los bancos deben, por regla, asumir la materialización de los riesgos propios de su actividad e indemnizar los daños que esta genere, sin que su diligencia sea un eximente de responsabilidad.

Sin embargo, a pesar de que esta tendencia responde a la necesidad de proteger a los consumidores financieros, no está exenta de cuestionamientos. Uno de los principales es que, pese al carácter objetivo de la responsabilidad, jueces especiales como la Superintendencia Financiera de Colombia siguen evaluando la conducta de la entidad bancaria bajo un estándar altísimo de diligencia.

En consecuencia, aunque en el plano teórico el régimen aplicable a los fraudes bancarios es de responsabilidad objetiva, en la práctica, la valoración de la diligencia del banco continúa siendo un factor decisivo. Esto genera una paradoja: el análisis de la responsabilidad por fraude bancario ha demostrado incluir un juicio sobre la conducta del banco, lo que pone en duda la efectividad del tránsito hacia la responsabilidad objetiva.

El presente análisis aborda la evolución de la responsabilidad bancaria en Colombia que desembocó en su objetivación, así como sus implicaciones prácticas en distintos escenarios de relación entre las entidades financieras y los consumidores. En particular, se explorará cómo la consolidación de la objetividad en la responsabilidad bancaria impacta la seguridad del sistema financiero, la asignación de riesgos, el deber de información, el deber de custodia y administración del ahorro privado, las obligaciones contractuales de diversa índole, entre otros.

II. GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

En el ordenamiento jurídico colombiano impera, como principio general, el *neminem laedere*. En virtud de este principio, toda persona tiene el deber de evitar dañar a otras y, en caso de perjudicar antijurídicamente a un tercero, tiene el deber de reparar el daño causado. Así, el principio del *neminem laedere*, consagrado, según la posición mayoritaria, en el

artículo 2341 del Código Civil colombiano, da lugar a un débito de dos facetas: (i) el deber de no dañar y (ii) el deber de reparar los perjuicios que, en incumplimiento del primero de los débitos, fueron causadosⁱ.

De acuerdo con la fuente de los perjuicios de donde se derive el deber de indemnizar, en el derecho nacional —siguiendo una tendencia propia de las codificaciones del derecho continental en general, particularmente del Código Civil francés de 1804— se distingue entre dos grandes modalidades de la responsabilidad: la civil contractual, que es la que se ocupa de la reparación de los perjuicios derivados del incumplimiento de una o varias relaciones obligatorias preexistentes, singulares y concretas, provengan o no de un contrato; y la extracontractual, que, de contera, tiene por objeto el estudio de las indemnizaciones cuya fuente no sea el incumplimiento de una o varias obligaciones singulares y concretasⁱⁱ. Así, por ejemplo, la situación de cumplimiento imperfecto de una obligación, como la obligación de información —provenga o no de un contrato—, si dicho incumplimiento generó un daño, se encauza por la vía de la responsabilidad civil contractual (existe una obligación previa, singular y concreta). Por el contrario, la situación de un accidente de tránsito que involucra sujetos que no comparten lazo obligacional alguno, se encamina por la vía de la responsabilidad civil extracontractual.

Ahora bien, en forma simultánea a la anterior clasificación, la ley, la jurisprudencia y la doctrina también han reconocido carta de ciudadanía a otra diferenciación, según la cual hay que distinguir entre responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetivaⁱⁱⁱ.

La primera, en general, es aquella en la que el débito indemnizatorio surge a raíz de una actuación dolosa o culposa del agente, de tal manera que la constatación de la corrección del comportamiento juega un papel estructural en la imputación de la responsabilidad.

La segunda, por su parte, es aquella en la que dicha responsabilidad se compromete sin necesidad de que medie una actuación culposa o dolosa, sino simplemente en consideración al daño, la actuación o el riesgo.

Así, mientras que el protagonismo en la responsabilidad subjetiva es propio de la culpa, en la responsabilidad objetiva ese protagonismo se desplaza hacia factores de atribución objetivos, desapareciendo la culpa, la diligencia o el cuidado del panorama de análisis^{iv}.

En efecto, en las definiciones de la objetivación se suele decir, de manera rigurosa, que en esta desaparece toda consideración culpabilística, perdiendo cualquier importancia las reflexiones subjetivas que, en el otro régimen, tendrían lugar.

Puesto en otros términos, los teóricos de la objetivación han llevado el régimen a tal punto que, para caracterizarlo, sostienen que su principal rasgo es que allí pierde sentido el estudio de la culpa y, en general, de los factores subjetivos de atribución de responsabilidad, los cuales desaparecen del análisis dogmático y jurídico: **la responsabilidad objetiva se compromete aún a pesar de que el eventual responsable haya obrado con la mayor prudencia, pericia y diligencia, en la medida en que en esta modalidad de responsabilidad es indiferente la corrección o incorrección del comportamiento del agente.**

No en vano, profesores como Javier Tamayo Jaramillo explican que la responsabilidad civil objetiva supone “(...) que el elemento subjetivo de la culpa carece de incidencia en la responsabilidad y que debería bastar el daño y la imputabilidad causal del agente para que este comprometiese su responsabilidad (...)” (subrayado por fuera del texto original)^v.

Mariano Yzquierdo Tolsada sigue también esta orientación y explica que en los sistemas de responsabilidad objetiva se prescinde de factores de atribución subjetivos y, concretamente, de la culpa como elemento que justifica la imputación de responsabilidad^{vi}.

Enrique Barros Bourie, por su parte, afirma que en la responsabilidad objetiva no se requiere “juicio de valor alguno respecto de la conducta del demandado, sin perjuicio de los demás requisitos que señale el estatuto legal aplicable (...)”^{vii}.

Nótese cómo el criterio de estos y de otros doctrinantes de vieja data, como Luis Díez-Picazo y Ricardo de Ángel Yáguez^{viii}, es radical en cuanto al alcance de la responsabilidad objetiva: afirman, en general, **que esta prescinde por completo de la culpa, que en ella carece de relevancia el examen subjetivo de la conducta del sujeto y que el juez no tiene que mirar rasgos de pericia o diligencia.**

Idéntica posición ha sido adoptada por la jurisprudencia. Solamente a manera de ejemplo, es ilustrativo el pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 24 de agosto del 2009, en el que se afirmó que en la responsabilidad objetiva:

“la culpa, no estructura esta responsabilidad, tampoco su ausencia demostrada la excluye ni exime del deber de reparar el daño, esto es, no es que el legislador la presuma, sino que carece de relevancia para estructurarla o excluirla, en cuanto, el deber resarcitorio surge aun sin culpa y por el solo daño causado en ejercicio de una actividad peligrosa en consideración a esta, a los riesgos y peligros que comporta, a la lesión inferida y a pesar de la diligencia empleada (...) el criterio de la culpa carece de toda relevancia para su existencia, o sea, para el surgimiento del deber de reparar el daño y, también, para [la] exoneración, siendo oportuno verificar sus exigencias normativas (...)”^{ix}.

Esta misma corporación, en sentencia del 20 de septiembre de 2019, señaló de manera concomitante lo siguiente:

“La culpa no es elemento necesario para estructurar la responsabilidad por actividades peligrosas ni para su exoneración; no es menester su demostración, ni tampoco se presume; el damnificado tiene la carga probatoria exclusivamente de la actividad peligrosa, el daño y la relación de causalidad; y, el autor de la lesión, la del elemento extraño, o sea, la fuerza mayor o caso fortuito, la participación de un tercero o de la víctima que al actuar como causa única o exclusiva del quebranto, desde luego, rompe el nexo causal y determina que no le es causalmente atribuible, esto es, que no es autor”^x.

Así, en la jurisprudencia se impone también el criterio de prescindencia *absoluta y radical de la culpa en el marco de la responsabilidad objetiva*, en el sentido de indicar que cuando se está ante este particular régimen no tiene relevancia alguna el examen culpabilista.

De ahí lo gravosa que resulta la responsabilidad cuyo factor de atribución es objetivo: en la medida en que la culpa no desempeña ningún rol en la imputación de responsabilidad, el agente puede resultar condenado por el solo hecho de incurrir en la hipótesis fáctica prevista en la norma, aun a pesar de que sus acciones hayan observado la más estricta diligencia y cuidado.

III. LA TEORÍA DEL RIESGO CREADO Y SU RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD BANCARIA

Desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva, mucho se ha debatido sobre la teoría del riesgo creado como uno de los pilares fundamentales de la responsabilidad bancaria.

La teoría del riesgo creado asigna la carga de indemnizar los daños producidos por una actividad potencialmente riesgosa a quien la desarrolla, sin calificar la diligencia de su comportamiento. De hecho, al Corte Suprema Justicia describió la teoría del riesgo creado como aquella en virtud de la cual:

“[q]uien en desarrollo de una actividad genere un peligro o contingencia, debe indemnizar los perjuicios que de aquel deriven para terceros, con independencia de si ha actuado de manera diligente o culposa, o de si ha obtenido o un provecho”^{xi}.

En otras latitudes, la doctrina ha descrito la teoría del riesgo creado como aquella en la cual, cualquier daño causado con ocasión de una actividad riesgosa debe ser imputado y reparado por quien desarrolla dicha actividad, ya que toda cuestión de responsabilidad civil se basa en un análisis de causalidad. Así lo planteo Georges Ripert en su obra *“La règle morale dans les obligations civiles”*, en la que señaló que el concepto de exculpabilidad no existe, pues basta con que el hecho se produzca y que exista una relación de causalidad para que surja la responsabilidad^{xii}.

Según señala la Corte Suprema de Justicia, el esquema de la teoría del riesgo se ha adaptado a la actividad bancaria en Colombia, conforme a dos variantes principales: (i) como sustento de una interpretación del artículo 2356 del Código Civil, según la cual allí se establecería un supuesto de responsabilidad objetiva; y (ii) como justificación para el régimen objetivo de responsabilidad por el pago de cheques falsos o adulterados derivado del artículo 1391 del Código de Comercio. En relación con estas disposiciones, la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 19 de diciembre de 2016, señaló:

“Conforme a esta disposición, la responsabilidad de los bancos por el pago de cheques falsificados o cuyo importe había sido incrementado, era casi absoluta, pues su exoneración estaba supeditada a que el cuentacorrentista dejara pasar el término allí previsto sin darle aviso de la falsedad del título o del incremento de su valor, de modo que el régimen se caracterizaba por ser manifiestamente protector de los clientes.

La jurisprudencia de esta Sala entendió que dicho precepto deducía la responsabilidad del Banco bajo la teoría del riesgo creado.^{xiii}

Desde luego, la aplicación de la teoría del riesgo se deriva;

“del poder que tenía el responsable de evitar el daño. O para decirlo de otra manera por vía de una expresión a la cual nosotros nos adherimos y que empleamos usualmente, en su dominio; dominio que él tenía o, al menos, habría debido normalmente tener, de su actividad, así como de los hombres o de las cosas por las que el responde”^{xiv}.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 15 de diciembre de 2006, determinó que:

“Siendo la bancaria y la de intermediación financiera, actividades en las que -como atrás se dijo existe un interés público y son realizadas por expertos que asumen un deber de custodia de dineros ajenos, siéndole exigibles, (...) unos altos y especiales cargas o cumplimiento de estándares de seguridad, diligencia, implementación de mecanismos de control y verificación de las transacciones e incluso de seguridad de la confiabilidad de la información y preservación de la confiabilidad, es natural que la asunción de tales riesgos no les corresponda a los clientes que han encomendado el cuidado de parte de su patrimonio a tales profesionales, de ahí que sea ellos quienes deban asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos”^{xv}.

Cuando el ente bancario capta dinero de los ahorradores, asume la custodia el dinero ajeno y se obliga posteriormente a restituirlo con la rentabilidad pactada, la jurisprudencia ha reconocido de manera preponderante, que el incumplimiento de esas prestaciones a cargo del banco compromete, en principio, su responsabilidad civil. Así lo planteó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia precitada:

“es natural que la asunción de tales riesgos no les corresponda a los clientes que han encomendado el cuidado de parte de su patrimonio a tales profesionales, de ahí que sea ellos quienes deban asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos”^{xvi}.

En esta línea, la Corte Suprema de Justicia ha destacado que la profesión bancaria envuelve una actividad en la cual el cliente entrega a la entidad bancaria una suma de dinero, y esta se obliga a custodiarla y a asegurar la disponibilidad de los saldos de forma permanente o durante un plazo. De hecho, los artículos 1382 y 1398 del Código de Comercio, relacionados con los contratos de cuenta corriente y depósito a término, incorporan la obligación de mantener los dineros depositados regularmente para entregarlos en la medida que el cuentacorrentista o depositante haga disposición de ellos. De esta manera, el incumplimiento de estas prestaciones a cargo del banco compromete su responsabilidad civil, a menos que pruebe la existencia de una causa extraña, pues en palabras de la Corte Suprema de Justicia: *“[d]e ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elemento extraño”*^{xvii}.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, y considerando la naturaleza de la actividad bancaria, el establecimiento bancario será responsable a partir de la relación de causalidad que se produce entre la actividad bancaria y el daño, a menos que este logre demostrar la existencia de una causa extraña que le impida ser civilmente responsable.

IV. FUNDAMENTO Y EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD BANCARIA EN GENERAL

La responsabilidad civil en general ha sido tradicionalmente regulada bajo un esquema de imputación subjetiva, en el cual la culpa del agente juega un papel determinante para establecer su responsabilidad. Sin embargo, la evolución normativa y jurisprudencial ha permitido la incorporación de excepciones a esta regla, adoptando un régimen de responsabilidad objetiva.

En el caso colombiano, por la interpretación que se ha hecho del artículo 88 de la Constitución Política colombiana, la jurisprudencia tiene establecido con relativa claridad que la regla general en materia de imputación es la culpa. Así, solo cuando una norma consagra la objetividad —esto es, la prescindencia de la culpa como criterio de atribución de la responsabilidad— es viable que el juez condene al agente dañador a pagar la indemnización sin considerar su nivel de diligencia, cuidado o pericia.

Esto es especialmente relevante en el ámbito de la responsabilidad contractual en general.

En este escenario, el Código Civil colombiano estableció, como regla general, la imputación de responsabilidad por culpa.

No en vano, el artículo 1604 de la mencionada codificación estructura la responsabilidad del deudor a partir de los criterios de culpa grave, leve y levísima, según el beneficio que el vínculo jurídico le genere a las partes^{xviii}. En consecuencia, la valoración subjetiva de la conducta se erige como el criterio general de atribución en materia de responsabilidad contractual, como es la que se predica, por regla general, de la relación que sostienen las entidades bancarias con sus clientes y usuarios.

Sin embargo, la jurisprudencia ha abierto una excepción a esta regla general. Desde la década de los treinta del siglo pasado, los fallos de los jueces han venido aplicando diferentes interpretaciones que le han abierto un espacio destacado a la responsabilidad objetiva en materia contractual^{xix}. Espacio que se ha ensanchado exponencialmente en los últimos años, en los que se han reconocido cada vez más excepciones a la regla general de la culpa.

La actividad de las entidades bancarias es una de aquellas en las que, de manera progresiva^{xx}, se ha empezado a reconocer cada vez más hipótesis de responsabilidad objetiva, esto es, casos en los que la entidad es obligada a indemnizar aun a pesar de su diligencia.

En efecto, se ha justificado la aplicación de sistemas objetivos a la actividad de los bancos con base en razones de diversa índole como, por ejemplo, (i) la confianza que se deposita en la actividad financiera; (ii) el interés público derivado de la captación masiva de recursos; (iii) los beneficios económicos que perciben del ejercicio de su actividad; (iv) el postulado según el cual las entidades financieras deben responder por los riesgos que crean con independencia de si tales riesgos se materializan o no por la culpa de la entidad creadora, particularmente, cuando es la entidad quien pone a disposición del consumidor financiero múltiples canales digitales que incrementan los riesgos de ocurrencia de hechos ilícitos^{xxi}; (v) se ha justificado también en la condición de profesional que tiene el banco y su personal, calidad que le imprime una carga de responsabilidad mayor frente a la sociedad, comoquiera que es la entidad quien conoce y puede administrar profesionalmente los riesgos asociados a su entorno; y, en fin, (vi) se ha acudido al aforismo *ubi emolumentum, ibi incomoda*, según el cual es la entidad financiera quien debe soportar los riesgos asociados al desarrollo de su actividad, dado que es ella la que obtiene el provecho de los mismos.

Con ocasión de lo anterior, los fallos de los jueces en un principio empezaron a aludir a una prescindencia de las consideraciones de culpa y aplicar implícitamente un régimen objetivo en virtud del cual, en teoría, el solo acaecimiento de un hecho generador de daño comprometía la obligación de indemnizar a cargo de la entidad respectiva.

En efecto, en diversas ocasiones, la ley y la jurisprudencia reconocieron situaciones en las que, al menos en un plano argumentativo, el análisis de responsabilidad no debe tener en cuenta la culpa, la diligencia o la pericia de la entidad bancaria que la perpetúa, consagrando así un sistema de responsabilidad objetiva, como tradicionalmente ha sucedido en los casos de infracciones al régimen cambiario y el pago de cheques falsos o adulterados.

Vale la pena aclarar que, en un principio, la Corte no esclareció puntualmente que se trataba de casos de responsabilidad objetiva y que se estaba realizando un “análisis” bajo este régimen. Sin embargo, desde la perspectiva de fondo, era claro que en tales eventos el sentenciador terminó por prescindir de lleno de todo análisis culpabilista, lo que permitió concluir que su régimen de partida fue el de la responsabilidad objetiva.

Así ha sucedido, por ejemplo, en relación con el fraude electrónico, en el que la Corte, aun cuando no con claridad meridiana, terminó aplicando un sistema evidentemente objetivo a la responsabilidad predicable de la entidad bancaria por el reembolso de dineros que un usuario había perdido como consecuencia de un proceder delincuenciales a través de canales electrónicos.

No fue sino hasta el 19 de diciembre de 2016 que la Corte Suprema de Justicia, en un caso de fraude electrónico, determinó expresamente que la responsabilidad bancaria es objetiva por la vía de la teoría del riesgo creado.

En tal fallo, a la hora de analizar la conducta de una entidad bancaria tras la comisión de un fraude electrónico contra uno de sus usuarios, la corporación se abstuvo de realizar un juicio relativo a la intención o la diligencia de la entidad demandada. Por el contrario, la Corte terminó haciendo una imputación de responsabilidad objetiva, esto es, una imputación con

prescindencia del examen de cuidado y diligencia que sería propio de un sistema de responsabilidad subjetiva.

En dicha oportunidad, los hechos relataban que la sociedad Tax Individual S.A. fue víctima de la modalidad de fraude electrónico de *phishing*, al hacer uso de la plataforma electrónica del Banco Comercial AV Villas S.A., por medio de la cual se realizaron transferencias superiores a COP\$124.000.000 de su cuenta de ahorros a otras cuentas bancarias.

Pues bien, al descender al análisis jurídico del asunto, la Corte Suprema de Justicia:

— Reafirmó que las entidades financieras deben responder por la materialización de los riesgos inherentes a la prestación de sus servicios, independientemente de su diligencia. De hecho, la Corte prescindió del análisis de la culpa e hizo alusión a la responsabilidad objetiva:

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

*“(…) La jurisprudencia de esta Sala entendió que dicho precepto deducía la responsabilidad del Banco bajo la teoría del riesgo creado (CSJ SC, 9 Dic. 1936, G.J. T. XLIV, 405, reiterada en CSJ SC, 15 Jul. 1938, G. J. T. XLVII, 68, y CSJ SC, 11 Mar. 1943, G. J. T. LV, 48). En el esquema de la mencionada formulación, **se prescinde del análisis de la culpa como elemento para atribuir aquella y siendo una manifestación de responsabilidad objetiva**, algunos consideran que se basa en la «inobservancia de normas de cautela, antes que en una valoración del actuar de la persona y de sus perfiles subjetivos”, **de ahí que no se recurra a la culpabilidad como criterio de imputación**”^{xxii} (subrayado y negrilla por fuera del texto original).*

— Ante la falta de regulación expresa sobre fraudes electrónicos, la Corte aplicó una analogía con la normativa sobre cheques falsos, concluyendo que el riesgo creado por la implementación de canales digitales debe ser asumido por los bancos, que además se benefician económicamente de estos servicios. En consecuencia, la Corte extendió la teoría del riesgo, propia del sistema objetivo de responsabilidad por el pago de cheques falsos y adulterados, a los eventos generales de infracción a la seguridad de la información y preservación de la confiabilidad.

— De hecho, la Corporación precisó expresamente que la exoneración de dicha responsabilidad sobrevendrá cuando el banco demuestre que la defraudación fue el resultado del actuar negligente del cuentahabiente, sin que se contemple como causal de exoneración la propia diligencia de la entidad bancaria:

“Desde luego que consumada la defraudación, el banco para exonerarse de responsabilidad, debe probar que esta ocurrió por culpa del cuentahabiente o de sus dependientes, que con su actuar dieron lugar al retiro de dinero de la cuenta, transferencias u otras operaciones que comprometieron sus recursos, pues amén de que es este quien tiene el control del mecanismo que le permiten hacer seguimiento informático a las operaciones a través de controles implantados en los software especializados con los que cuentan, la culpa incumbe demostrarla a quien la alegue (C. Co., art. 835), pues se presume la buena fe ‘aun la exenta de culpa’^{xxxiii}.

— En suma, para la Corte Suprema de Justicia, en su pronunciamiento del 2016, los diferentes casos de fraude que pueden tener lugar en el marco de la actividad bancaria no tienen una naturaleza diferente a la que le corresponde a la falsificación de cheques, por lo cual se concluye que es predicable, en general, el mismo régimen de responsabilidad para el caso de fraude electrónico y para el evento de falsificación de cheques, el cual es la responsabilidad por el riesgo creado y el riesgo provecho o, puesto en otros términos, la responsabilidad objetiva: la entidad financiera deberá responder cuandoquiera que se perpetúe una pérdida tras un fraude electrónico, con independencia de si ha obrado o no con diligencia en la prevención de dicho fraude.

La conclusión es entonces clara: desde el fallo del 2016, la Corte Suprema de Justicia acogió un sistema de responsabilidad objetiva para el evento de fraude electrónico, asimilable al que se emplea en los casos de pagos de cheques falsos o adulterados. Este sistema de responsabilidad objetiva se caracteriza por el hecho de que el banco habrá de responder en el evento de que se materialice el riesgo de fraude electrónico, aun a pesar de que haya obrado con prudencia y diligencia en la prevención de dicho fraude.

Para exonerarse solo podrá, como es natural, desvirtuar el daño reclamado o demostrar que el proceder fraudulento sobrevino como consecuencia de la culpa del cliente o usuario, carga de la prueba que, en todo caso, le corresponde al banco.

Ahora bien, la postura que la Corte definió en su sentencia de diciembre de 2016 tuvo una aparente distorsión con un fallo posterior de mayo de 2019.

En sentencia del 14 de mayo de 2019, la Corte sostuvo que la responsabilidad bancaria implicaba un deber de diligencia y cuidado, lo que derivaba en una *presunción de culpa* en lugar de una responsabilidad estrictamente objetiva. Asimismo, la Corte determinó que la responsabilidad bancaria no podía considerarse objetiva, ya que resultaba necesario examinar la conducta de la entidad financiera y la posible concurrencia de causas con el cliente o usuario antes de imputar alguna responsabilidad. Explicó la Corte en aquel fallo:

*“la profesión bancaria envuelve una actividad riesgosa, motivo por el cual a quienes la ejercen se les exige la diligencia y cuidado necesarios para este tipo de actividades, lo que genera **una presunción de culpa en su contra**.*

“(…) Empero, de manera correlativa ha señalado que esa responsabilidad que se predica de las entidades bancarias no puede establecerse con un carácter objetivo, siendo necesario examinar, en cada caso, tanto la conducta de la entidad bancaria

como la del girador, para evaluar la eventual concurrencia de causas (...)^{xxiv}
(subrayado y negrilla por fuera del texto original).

Esta distorsión reflejó una aparente reincorporación del elemento culpa en las decisiones de la Corte. Sin embargo, en la práctica, una postura de esta naturaleza, en la que la culpa se presume en una presunción que no se puede desvirtuar, hace que el sistema linde con la objetividad, en la medida en que la culpa deja de desempeñar un rol a la hora de imputar la responsabilidad (ya que se presume) o de exonerarla (toda vez que la simple diligencia no libera a la entidad).

No obstante, ante esta ambivalencia —si se quiere, teórica— de la jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de diciembre de 2020 clarificó el asunto y concluyó de manera definitiva que la responsabilidad bancaria en casos de fraude bancario es **eminentemente objetiva**.

Este pronunciamiento se erigió como un hito en la consolidación de la doctrina jurisprudencial en la materia, pues reafirmó el criterio según el cual la banca debe asumir los riesgos inherentes a la actividad financiera, sin que la diligencia ordinaria o reforzada que emplee en la prevención del fraude pueda servirle como eximente de responsabilidad.

V. LA SENTENCIA DEL 18 DE DICIEMBRE DE 2020 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y SUS IMPLICACIONES.

5.1. Generalidades y conclusiones de la Sentencia del 18 de diciembre de 2020

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de diciembre de 2020, estudió el recurso extraordinario de casación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. (“BBVA”), en calidad de demandado, y la llamada en garantía Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación (“Caja Agraria”), dentro del proceso declarativo promovido por Financiera de Desarrollo Territorial S.A. (“Findeter”).

El litigio tuvo origen en un contrato de administración de depósitos de cuenta corriente, suscrito entre BBVA y Findeter el 1 de junio de 1995, que tenía por objeto la gestión y dispensa de recursos públicos conforme a las instrucciones de Findeter, con el propósito de proveer liquidez a proyectos de infraestructura regional adelantados por entidades territoriales. Para tal efecto, Findeter debía remitir una solicitud de transferencia, constatando el monto y el destinatario de la asignación y, con base en ello, BBVA giraría los fondos a favor del beneficiario, a través de sus sucursales u otros establecimientos bancarios con presencia en el municipio de destino.

En cumplimiento de sus prestaciones contractuales, el 1 de octubre de 1997, Findeter radicó dos órdenes de transferencia que, estando bajo la custodia de BBVA, fueron falsificadas y sustituidas ante la ausencia de protocolos de seguridad para el recibo de correspondencia por parte de BBVA. Como resultado, se causó la desviación de COP\$1.080.000.000 a una cuenta bancaria en Caja Agraria, cuyo titular era el municipio de Malambo. Ante la ocurrencia de estos hechos, Findeter demandó a BBVA, quien, a su turno, llamó en garantía a Caja Agraria,

argumentando el incumplimiento de sus deberes contractuales de diligencia, custodia y verificación en la administración de los recursos públicos depositados en la cuenta corriente.

Una vez estudiado el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la Corte Suprema de Justicia (i) ratificó la responsabilidad de BBVA en la desviación de los fondos públicos, al considerar que la exoneración de la entidad financiera requería de “la acreditación de un nuevo curso de acontecimientos, posterior a la consumación de la transferencia espuria, e **imputable exclusivamente a Findeter**, que evidenciara que fue su conducta la que facilitó que el perjuicio no pudiera mitigarse” (subrayado y negrilla por fuera del texto original), aplicando así, sin ambigüedades, un análisis fundado en la responsabilidad objetiva; y, en consecuencia, (ii) condenó a la demandada y a Caja Agraria a pagar la respectiva indemnización de perjuicios.

En esta oportunidad, al estudiar la responsabilidad que cobija a los establecimientos bancarios como intermediarios del sistema financiero, la Corte concluyó que, en la medida en que el litigio recaía sobre la defraudación de los canales de autenticación puestos a disposición del banco, **la responsabilidad era objetiva**.

Para llegar a esta conclusión, la Corte aplicó por analogía el régimen de responsabilidad objetiva establecido para el cobro de cheques adulterados y, en los siguientes términos, ratificó que la responsabilidad por fraude bancario es objetiva:

*“Si se miran bien las cosas, **el cheque incluye mecanismos de autenticación**, como las características del papel en el que está preimpreso, el número de serie y, por su puesto, la firme del librador. En consecuencia (...) cuando se cobra un cheque falsificado o adulterado ha de admitirse que esas herramientas no cumplieron su propósito, lo cual constituye una infracción contractual del banco, que permite imputarle el menoscabo patrimonial sufrido por el cuentacorrentista.*

*“**Esa misma estructura puede replicarse en los demás supuestos de fraude bancario, pues realmente solo difieren en el canal transaccional utilizado para perpetrar la apropiación ilícita** (y de los mecanismos de autenticación vulnerados). Por ende, **también se justifica aplicar analógicamente el régimen de responsabilidad consagrado**, de manera general en el [artículo 1391 del Código Civil], **que es de naturaleza objetiva** (...)”^{xxv} (subrayado y negrilla por fuera del texto original).*

Ahora bien, la Corte, adoptando una postura conservadora, aclaró que la responsabilidad objetiva no puede aplicarse de manera omnímoda y automática a las instituciones financieras, toda vez que, la responsabilidad contractual es, por regla general, subjetiva, por lo que el estudio y acreditación de la culpa resultaban imprescindibles para su configuración.

En palabras de la Corte:

*“la actividad bancaria no puede calificarse de forma totalizadora como 'peligrosa', y por lo mismo, **no resulta procedente construir una teoría general de la responsabilidad de las entidades financieras**, valiéndose de sus similitudes, pero*

perdiendo de vista las divergencias fundamentales que pueden presentarse entre las tantas relaciones jurídicas que aquellas entablan con sus clientes y con terceros”

*(...) Por idéntico sendero, tampoco es apropiado sostener que siempre que se juzgue la responsabilidad de las entidades financieras **debe prescindirse del juicio de reproche de su conducta**, puesto que las actividades que estas desarrollan no admiten una cualificación común, **no existe un marco legal o jurisprudencial que permita sustraerlas por completo del régimen de responsabilidad por culpa**, que constituye principio general de nuestro ordenamiento”^{xxvi} (subrayado y negrilla por fuera del texto original).*

La Corte, entonces, señaló que no es dable establecer una teoría general de responsabilidad objetiva para las entidades bancarias, ya que estas mantienen múltiples relaciones jurídicas con clientes y terceros; relaciones jurídicas que, al ser de naturaleza contractual, se rigen por la regla general que es la responsabilidad subjetiva. Sin embargo, cuando el perjuicio se origina particularmente en fraudes bancarios por la vulneración de los mecanismos de autenticación que el banco pone a disposición de sus clientes, como ocurre en el fraude electrónico, la responsabilidad que recae sobre la entidad es objetiva.

Ahora bien, sin perjuicio de que los efectos dañosos de la concreción del riesgo los asuma la entidad financiera bajo el régimen de responsabilidad objetiva, ésta podrá exonerarse de responsabilidad o, en su defecto, reducir su participación en la indemnización de perjuicios, ante la presencia de la “culpa de la víctima”^{xxvii}. En este sentido, y dado que es el establecimiento bancario quien debe demostrar la incidencia del consumidor en la causación del daño (según se explica en la Sección 5.2), recae sobre la entidad la carga de probar que el consumidor financiero adoptó una conducta culposa u omisiva que, de forma directa o indirecta, contribuyó total o parcialmente a la concreción del riesgo^{xxviii}.

5.2. Sobre el análisis de causalidad

Bien es sabido que todo análisis de causalidad envuelve dos etapas fundamentales y sucesivas: “la verificación fáctica del nexo causalidad de hecho y, una vez determinado el conjunto de causas fácticas, seleccionar aquella o aquellas que resulten relevantes (causalidad de derecho)”^{xxix}.

La causalidad de hecho, que debe analizarse conforme al test *sine qua non* (el cual permite determinar la existencia de una relación causa-efecto entre un hecho y un daño), se caracteriza por un enfoque general y estructurado de los acontecimientos que pueden ser considerados como causa del daño. En esta etapa, el operador jurídico, con o sin base en los argumentos presentados por las partes del litigio, realizará una selección preliminar de todos los hechos que pudieron haber incidido en la producción del perjuicio, estableciendo un marco para un análisis a la luz de la causalidad de derecho.

Por su parte, la causalidad de derecho, también conocida como la teoría de la imputación objetiva, “supone un análisis bifronte que consiste en la verificación de que el daño es tanto fáctica (*imputatio facti*) como jurídicamente (*imputatio iure*) imputable”. En otras palabras:

*“(…) la **imputación fáctica** – y con ella la imputación objetiva del daño – consiste en un estudio retrospectivo que recae sobre la acción y omisión del sujeto, mientras que la **imputación jurídica** supone la realización de un análisis prospectivo y netamente normativo dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el deber jurídico – subjetivo u objetivo – de resarcir el perjuicio”^{xxx}* (subrayado y negrilla por fuera del texto original).

Para estos efectos, la imputación objetiva, como mecanismo de atribución de responsabilidad, se apoya, entre otros criterios, en: (i) la previsibilidad del resultado, en tanto solo se atribuyen aquellos efectos que razonablemente podían anticiparse al momento de la conducta^{xxxi}; (ii) el riesgo asociado al proceder, es decir, se imputan los resultados que constituyen una manifestación del riesgo creado o intensificado por la acción^{xxxii}; y (iii) el ámbito de protección de la norma, lo que implica que únicamente se asigna responsabilidad por aquellos resultados que el ordenamiento buscaba salvaguardar^{xxxiii}.

En cualquier caso, y considerando la especialidad del régimen de responsabilidad aplicable a las entidades financieras, no es procedente trasladar la responsabilidad que recae sobre el establecimiento bancario alegando la culpa del consumidor financiero cuando este último, en términos de causalidad adecuada, no tiene la potencialidad para generar el daño. Lo anterior, por cuanto:

“El no ejercicio de las prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros no implica la pérdida o desconocimiento de los derechos que le son propios ante las entidades vigiladas y las autoridades competentes. De igual manera, no exime a las entidades vigiladas de las obligaciones especiales consagradas en la presente ley respecto de los consumidores financieros”^{xxxiv} (subrayado y negrilla por fuera del texto original).

Así las cosas, si bien la causal eximente de responsabilidad por culpa de la víctima tiene como propósito balancear la inequidad que se daría si se obligara al virtualmente responsable a reparar efectos a los que no ha dado lugar, esta no constituye una exoneración irrestricta, pues no desconoce las obligaciones y deberes que les son atribuibles a las instituciones financieras.

Ahora bien, no podemos pasar por alto la figura de la concausalidad en la ocurrencia del daño, la cual se configura cuando la conducta del consumidor financiero no solo es negligente desde un punto de vista fáctico (causalidad de hecho), sino que, además, tiene una incidencia jurídicamente relevante en la concreción del perjuicio (causalidad de derecho). En este contexto, dependiendo del grado de influencia del consumidor en la cadena causal que antecede el resultado lesivo^{xxxv}, el banco podrá exonerarse de toda responsabilidad o, en su defecto, “graduarla” en función de la participación de la víctima, aplicando la reducción cuantitativa de la indemnización prevista en el artículo 2357 del Código Civil. Cabe señalar que a esta figura se le ha denominado también como “compensación de culpas”. Sin embargo, como acertadamente lo aclaró la Corte en la sentencia del 18 de diciembre de 2020, esta no está vinculada al fenómeno de la culpabilidad sino a la atribución causal.

Se trata, entonces, de una teoría que responde a dos principios de la lógica jurídica, en virtud de los cuales “cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a

provocarlo, y nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro”^{xxxvi}.

5.3. Un nuevo reto a partir de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia: el riesgo moral en la responsabilidad objetiva de las instituciones financieras

La consolidación del régimen objetivo en la responsabilidad de las instituciones financieras introduce un problema significativo de la teoría económica aplicable en un primer momento a los contratos de seguro: el **riesgo moral**.

En el contexto de los seguros, el riesgo moral surge como una teoría que explica y permite abordar la conducta del asegurado cuando, al saber que está protegido contra ciertos riesgos, modifica su comportamiento y actúa con menor diligencia, aumentando la probabilidad de que ocurra el evento asegurado. Dicho fenómeno tiene como fundamento la asimetría de información entre asegurador y asegurado, pues el primero no puede observar ni controlar completamente las acciones del segundo, lo que genera incentivos para comportamientos oportunistas o negligentes.

Sin embargo, esta teoría no se ha limitado únicamente a la relación entre el asegurado y el asegurador, toda vez que, economistas como Rothschild, M., Stiglitz, J. y Diamond, D., han extendido su aplicación a otras relaciones en las que la asimetría de información y la redistribución del riesgo pueden generar incentivos distorsionados.

En estos términos, como se ha señalado en la literatura económica, el riesgo moral, en sentido estricto, se produce cuando una de las partes incurre en mayores riesgos al conocer que está protegida y que, a su vez, la otra parte asumirá los costos derivados de un resultado adverso^{xxxvii}. La causa subyacente del riesgo moral es la asimetría de la información, pues quien toma el riesgo en una transacción (el consumidor financiero) posee más información que la parte responsable de las consecuencias derivadas de la concreción de dicho riesgo (el banco).

Ahora bien, en la relación jurídica entre el consumidor y el establecimiento bancario, el riesgo moral resulta inevitable, especialmente cuando la Corte Suprema de Justicia y la Superintendencia Financiera de Colombia han declarado abiertamente que el régimen de responsabilidad aplicable a las instituciones financieras en casos de fraude bancario es de carácter objetivo. Lo anterior supone, entonces, un cambio en los incentivos de los consumidores financieros, quienes, al saber que en principio el juzgador fallará a su favor y que, por lo tanto, el banco deberá asumir las consecuencias derivadas de la materialización del daño, pueden adoptar conductas negligentes en el uso de sus productos y servicios financieros.

En todo caso, el riesgo moral no solo desincentiva el cumplimiento de las prácticas de protección propia previstas en el artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, junto con otros deberes atribuibles a los consumidores financieros, sino que, además, pone de presente las dificultades que enfrenta el banco al argumentar la culpa de la víctima. Esta dificultad radica en que el consumidor financiero es el único que cuenta con una recolección fidedigna de los hechos que antecedieron el fraude y, con el propósito de obtener provecho de esta situación,

podría presentar una narrativa que oculte su propia negligencia o incluso distorsione los hechos en favor de su reclamación.

Por lo tanto, el riesgo moral distorsiona los incentivos dentro de las relaciones entre los consumidores financieros y los bancos, y, a su vez, pone en jaque el equilibrio entre la protección al consumidor, y las operaciones y contingencias de los establecimientos bancarios. En ese sentido, si la responsabilidad objetiva se convierte en un escudo que encubre conductas negligentes u oportunistas, la confianza en el sistema se verá comprometida y, con ello, la estabilidad de estas relaciones. Por ello, resulta imperativo repensar los mecanismos de asignación de riesgos para evitar que la protección legítima se transforme en un incentivo perverso que erosione la seguridad del mercado financiero.

VI. LA PARADOJA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR FRAUDE BANCARIO: EL ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DEL BANCO.

A partir de la sentencia del 18 de diciembre de 2020 de la Corte Suprema de Justicia, la Superintendencia Financiera ha adoptado y aplicado formalmente un criterio de responsabilidad objetiva en sus decisiones al tratarse de fraudes que involucran a establecimientos bancarios.

Sin embargo, pese a citar expresamente la sentencia de la Corte y a sostener categóricamente que la responsabilidad por fraude bancario es objetiva, los fallos de la Superintendencia han seguido una lógica que contradice la naturaleza propia del régimen objetivo al evaluar la conducta de la entidad bancaria haciendo un recuento detallado sobre el cumplimiento de sus deberes de seguridad y prevención. Para ello, los fallos de esa entidad se apoyan en un amplio y diverso acervo legal que incluye, entre otros, lo siguiente:

— El principio de buena fe propio de las relaciones comerciales, previsto en el artículo 871 del Código de Comercio. Este principio se hace relevante para la materia porque es aquel que fundamenta los deberes y las obligaciones que le asisten a cada una de las partes en el marco de su relación comercial más allá de lo simplemente dispuesto en el contrato, de modo tal que impone un contenido tácito o ínsito en los vínculos jurídicos, a partir del cual los jueces encontraron cierta obligación de seguridad y garantía por parte de la entidad bancaria frente al acaecimiento de fraude bancario.

— Asimismo, se tuvieron en cuenta los deberes que le asisten a la entidad financiera frente al contrato de depósito que tiene con su cliente, lo cual convierte a tal entidad en depositario y, de contera, en custodio del dinero. Para los casos de los contratos tanto de cuenta corriente como de depósito de ahorro —C. Co., arts. 1382 a 1392 y 1396 a 1398, respectivamente—, existe un deber de custodia del dinero y de seguridad de las operaciones a cargo de la entidad financiera. Estos deberes se hacen particularmente importantes a la hora de analizar la responsabilidad que les asiste a las entidades frente al fraude electrónico y otros tipos de fraude, en la medida en que tienen una obligación de cuidado y custodia frente al dinero que administran y los mecanismos que ponen al servicio del consumidor, a la par que una obligación de resultado en lo concerniente a la restitución de dicho dinero.

— En fin, se consideró el desbalance en la relación comercial que existe entre los bancos y sus depositantes, desarrollado por la jurisprudencia y por el estatuto de protección al consumidor financiero —L. 1328/2009— que, en conjunto con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica) de la Superintendencia Financiera de Colombia, consagra una serie de salvaguardas, deberes y requerimientos mínimos de seguridad a cargo de las entidades, en su mayoría, de resultado, orientados a mitigar los efectos que tal desequilibrio en la relación podría generar^{xxxviii}.

El inconveniente que se presenta con este común denominador de las sentencias de la Superintendencia es que, en este variado grupo de fundamentos, el rol de la culpa y de la responsabilidad objetiva no es del todo claro.

La inclusión de deberes tales como la diligencia, la custodia, la seguridad y la protección a cargo de las entidades financieras contenidas en las normas precitadas, dificultan una clara interpretación acerca de la responsabilidad que le asiste a las mismas.

En efecto, aunque la actividad financiera es una actividad especial, de carácter empresarial y profesional en la que se crean riesgos profesionales para provecho de estas entidades, y que teóricamente les asiste una responsabilidad objetiva, varias normas hablan de un deber de **diligencia** a su cargo; deber que es ratificado y evaluado al unísono por la Superintendencia Financiera en sus fallos judiciales.

El que se aluda a una prestación de **diligencia**, abre la posibilidad de analizar la responsabilidad de entidades financieras en sede de la responsabilidad subjetiva, con una estricta valoración de la culpa o la diligencia en la que incurrirán estas.

En este orden de ideas, la posición de la Superintendencia se ha estructurado en resaltar que la responsabilidad por fraude bancario es objetiva. Sin embargo, de forma paralela, impone a los bancos deberes de **diligencia** muy altos que los hacen responder hasta por culpa levisima. Esta dualidad genera una notoria ambivalencia en el régimen aplicable.

En este contexto, y con fundamento en el régimen de protección del consumidor financiero y los deberes probatorios a cargo de los establecimientos bancarios, la Superintendencia ha establecido un estándar considerablemente alto en el análisis de la diligencia esperada de las instituciones financieras, arreciando las exigencias de prudencia, pericia y diligencia, de modo que requiere de los bancos un comportamiento sumamente cuidadoso a la hora de evitar la perpetración de fraudes bancarios.

Dicho tratamiento por parte de la Superintendencia se caracteriza, además, por varios rasgos.

En primer lugar, por considerar que las entidades bancarias deben garantizar unos grados altos de seguridad y **diligencia**, entre otros, en relación con la idoneidad de los medios de transacción para proteger las operaciones de los depositantes y su información confidencial^{xxxix}. En este sentido, la Superintendencia afirma que le asiste responsabilidad a los bancos cuando estos no cumplan con unos altos estándares de cuidado que permitan proteger a sus clientes en la utilización de los servicios financieros^{xl}, denegando incluso, en

algunos casos aislados, la posibilidad de exoneración del banco con la prueba de la culpa del cliente o usuario^{xli}.

Así las cosas, la Superintendencia ha concluido en sus fallos judiciales que se deben aplicar unos estándares altos en cuanto a los deberes de seguridad y prevención de las entidades financieras. De hecho, en un amplio número de sentencias de la Superintendencia Financiera se ha considerado que es una conducta jurídicamente reprochable del Banco el solo hecho de que:

— No se informe adecuadamente al consumidor de los riesgos asociados al uso de canales electrónicos o al fraude general, recorriendo exhaustivamente las modalidades de fraude que se pueden presentar.

— No se le instruya a dicho consumidor acerca de los mecanismos que puede adoptar para evitar tales riesgos (v. gr. cambio periódico de las claves, uso del portal transaccional solo a través de equipos de confianza, no revelación de la información financiera a terceros, etc.).

— No se implementen medidas que, con independencia de la diligencia del consumidor, eviten el fraude electrónico o bancario en general, tales como el cambio forzoso de la clave en los productos.

— No se articule ni se ejecute un sistema adecuado de respuesta frente a la ocurrencia de transacciones sospechosas como alertas en tiempo real, mensajes de texto o correos electrónicos de confirmación, bloqueos preventivos o llamadas de verificación que permitan al consumidor o a la entidad financiera tomar medidas de seguridad inmediatas.

— No se adopten mecanismos de autenticación suficientemente exigentes que permitan evitar la perpetuación de conductas constitutivas de fraude.

— O, en fin, no se identifiquen operaciones que no se adecúen al perfil transaccional del cliente^{xlii}. Es decir, la Superintendencia ha considerado que debe endilgarse un cierto grado de responsabilidad a las entidades cuando estas han incumplido el deber de diligencia que les asiste al no advertir que las operaciones se salen de la bitácora transaccional normal, regular o usual del cliente en materia de montos, número de operaciones, modalidad de la transacción, canal, hora, lugar, entre otros.

En definitiva, toda esta posición de la Superintendencia puede apreciarse, entre muchas otras, en una sentencia del 20 de abril de 2021, por medio de la cual dicha entidad, haciendo alusión a la sentencia de la Corte de diciembre de 2020, determinó que los bancos tienen una responsabilidad objetiva tratándose del fraude bancario:

“Para señalar como regla general que en estos casos de responsabilidad objetiva y con lo explicado anteriormente y dada la naturaleza de este tipo de operaciones, está inobservancia compromete la responsabilidad civil del banco salvo que demuestre que acaeció una causa extraña, que impida que el daño puede imputársele jurídicamente, es decir, la institución Financiera no puede exonerarse del deber de indemnizar, con la simple prueba de haber obrado de manera diligente, o en palabras

de esta Delegatura, estos contratos imponen y con ocasión a la actividad peligrosa, que los bancos tienen una responsabilidad objetiva^{’xliii} (subrayado y negrilla por fuera del texto original).

No obstante, en la misma sentencia, la Superintendencia curiosamente estudió la conducta del Banco, y le reprochó no haber realizado un bloqueo oportuno a la cuenta bancaria de la demandante:

*“[E]l hecho incluso de perder la tarjeta y la clave como en el caso que expuso la jurisprudencia, no puede colegir la exoneración de responsabilidad de la Financiera, ya que esto solamente ocurre cuando existan mecanismos de control a su resorte que impidan el curso de las operaciones cuestionadas, para el caso, **olvida la pasiva que en su condición de experto en mercado tiene dos cargas adicionales: (i) autenticación del cliente y (ii) observancia del perfil transaccional.***

*“(…) Sobre este contexto, se tiene que no hubo bloqueo oportuno pese a que las operaciones en su mayoría salían del perfilamiento de cliente en las cantidades de utilidades incluso desde el primer día que comenzaron a producirse (...) **evento que debió generar un alertamiento y bloqueo oportuno ante la no autenticación del cliente** (...)”*^{’xliiv} (negrilla por fuera del texto original).

En otra sentencia de 2021, la Superintendencia también echó de menos el cumplimiento de los deberes mínimos de seguridad del Banco al no generar un alertamiento sobre unas operaciones sospechosas que, en su conjunto, superaban el tope máximo de transacciones del consumidor financiero:

*“Para cuando se intenta esta operación [el banco] **debió generar el alertamiento respectivo que conforme a lo dicho por la representante legal debió conllevar inmediatamente a ser contactado el cliente.** Ello por cuanto la sumatoria de (...) sumaban los 20 millones de pesos de parametrización general del Banco. Situación que en este caso no está probado que haya sucedido. **De ahí que esté claro el incumplimiento respecto de la entidad financiera demandada en tanto que existía una situación que ameritaba que procediera conforme a los requerimientos mínimos de seguridad y calidad; que en este caso era hasta el bloqueo conforme se puso de presente, y más allá de eso ni siquiera se cumplió con lo que la entidad tenía previsto que era confirmar si quiera con el cliente que se estaban realizando las operaciones.***

*“(…) Atendiendo (...) que la entidad demandada no logró demostrar la responsabilidad del demandante frente a la pérdida de sus elementos transaccionales, y por el contrario, **está demostrado que la entidad financiera sí incumplió sus obligaciones atendiendo los requerimientos mínimos de seguridad y calidad, las excepciones que la entidad financiera denominó (...) no están llamadas a prosperar, motivo por el cual se accederá a las pretensiones de la demanda**”*^{’xliiv} (negrilla por fuera del texto original).

Del mismo modo, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del 16 de junio de 2021, confirmó un fallo de la Superintendencia Financiera que había condenado a una entidad bancaria por incumplir sus deberes legales de autenticación al momento en que ocurrieron una serie de transacciones fraudulentas. En ese sentido, el Tribunal hizo mención

expresamente a que el banco desatendió su deber de diligencia y cuidado en los siguientes términos:

“es evidente que la persona jurídica que integra la pasiva desatendió su deber de diligencia y cuidado ya que las transferencias cuestionadas cursaron de manera satisfactoria a pesar que en algunos casos se excedió o bien el número de transacciones por día o el monto previsto para tal fin.

“(…) Sumado a la circunstancia que tal como lo afirmó el delegado para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, la demandada inobservó o incumplió su deber legal de verificar oportunamente la legitimidad de las operaciones, conforme se lo exige la Circular Básica Jurídica 029 de 3 de octubre de 2014, -numerales 2.3.3.1.1210 y 2.3.3.1.1311, no solamente porque intentó establecer comunicación con unos datos errados, como ya se advirtió, sino que debió apersonarse de la situación y bloquear los canales, más no actuar de forma pasiva, conducta esta que no se acompasa con su condición de profesional en la materia”^{xlvi} (subrayado y negrilla por fuera del texto original).

En otro caso, el Tribunal Superior de Bogotá también evaluó exhaustivamente la conducta del banco al punto de concluir que obró de manera diligente y que la causa del daño había sido exclusivamente la conducta del demandante:

“En el caso particular, [el banco] obró de forma diligente al establecer comunicación con Biojó Tenorio, al ser la persona registrada como administradora de la cuenta (...) para informarle que los equipos empleados en las transacciones del municipio no presentan el sistema de seguridad adecuado requerido por el banco.

“(…) Es evidente que sí se puso en marcha el procedimiento para hacer el bloqueo preventivo del canal, y se ejecutó al poner en conocimiento de la demandante la situación de amenaza que se presentó en virtud de que los equipos en que se hacían las operaciones no contaban con los estándares técnicos para tal fin.

“(…) En síntesis, de haber acatado el Municipio consumidor los parámetros a que se comprometió conforme al reglamento de uso de la plataforma empresarial, los recursos no hubiesen sido sustraídos de la forma en que ocurrió; por tanto, fue exclusivamente su falta de diligencia la que llevó a que se produjera esa consecuencia, sin que el obrar del ente financiero haya tenido influencia en ello”^{xlvii} (subrayado y negrilla por fuera del texto original).

En un fallo reciente, proferido el 23 de agosto de 2024, la Superintendencia Financiera declaró civilmente responsable a un establecimiento bancario por incumplir estándares mínimos de seguridad y calidad en la prestación de sus servicios financieros. Lo anterior, toda vez que, según la Superintendencia, la entidad financiera no generó un alertamiento en los sistemas de seguridad al consumarse una operación disímil con los hábitos transaccionales del consumidor financiero.

Para establecer si la entidad demandada era responsable por las transacciones impugnadas, la Delegatura evaluó las pruebas recabadas y las actuaciones realizadas por la demandada,

con lo cual es notorio el análisis de conducta del banco. Al respecto, la Superintendencia Financiera determinó que:

“El alertamiento indicado, debió conducir a la gestión de la entidad para verificar la identidad de quien estaba realizando la compra, y de no poder corroborar que era su consumidor quien la estaba realizando, bloquear la operación, el canal e incluso el producto como lo ha señalado la disposición contenida en la circular básica jurídica de esta Superintendencia Financiera.

Sin embargo, este despacho no encuentra que el banco hubiera desplegado gestión alguna para proteger el producto financiero de su cliente, aprobando las compras que posteriormente fueron objeto de reclamación.

Por lo anterior, el banco incumplió su deber de comunicarse con el demandante consumidor, con el fin de verificación, lo cual potencialmente hubiera evitado el daño, por lo que se encuentra acreditada la responsabilidad de la entidad financiera”^{xlviii} (subrayado y negrilla por fuera del texto original).

Esta postura ha sido ratificada al unísono por la Superintendencia Financiera en diversos fallos^{xlix}.

El Tribunal Superior de Bogotá también ha arribado a la misma conclusión en las sentencias precitadas. Más aún, en una sentencia reciente del 7 de mayo de 2025, emitida en un caso de fraude bancario por un monto cercano a los 400 millones de pesos, el Tribunal confirmó una decisión de la Superintendencia Financiera que había condenado a la entidad bancaria. En dicha providencia, el Tribunal analizó con detenimiento el comportamiento del banco y concluyó que este incurrió en una conducta “*culposa*” debido a fallas en sus sistemas de alertamiento y control frente a operaciones inusuales realizadas a través de canales virtuales:

“Así, a partir de lo previsto en el mentado reglamento y en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, le correspondía a la entidad demandada efectuar el bloqueo del producto financiero de titularidad de la actora ante: (i) la alerta arrojada por su sistema de monitoreo y (ii) la falta de confirmación por parte del cliente de estas.

*Ello, si en cuenta se tiene que dentro de las comunicaciones cruzadas entre los empleados del Banco Caja Social S.A. se pone de presente la importancia de contactar al cliente a fin de confirmar las operaciones “inusuales,” so pena de bloquear la cuenta. Sin embargo, ante la falta de respuesta de la actora, la entidad financiera no se allanó a ello. En esas condiciones, no le quedaba otro camino al ente encartado que efectuar el bloqueo de la cuenta bancaria n°. **6829 de titularidad de la actora.*

De ahí se puede concluir que el banco sí incurrió en un comportamiento culposos que le abre paso a las pretensiones de la demanda; pues la falla en el trámite correspondiente a las alertas de seguridad ante los movimientos cuestionados fue determinante para que se consumara la defraudación, riesgo latente en el uso de canales bancarios por internet”^l. (subrayado y negrilla por fuera del texto original).

Estos fallos judiciales ratifican lo que hemos sostenido a lo largo de este capítulo: en la práctica judicial la valoración de la conducta y la diligencia del Banco es un criterio crucial para determinar su responsabilidad.

6.1. La carga de la prueba.

Uno de los aspectos más desafiantes en el régimen de responsabilidad bancaria por fraude es, sin duda, el relativo a la carga de la prueba. Al tratarse de un régimen de responsabilidad objetiva, el banco solo puede exonerarse probando la causa extraña, particularmente que el daño fue ocasionado por el hecho de la víctima.

Sin embargo, esta exigencia probatoria se enfrenta a una dificultad estructural: el riesgo moral. Según se estableció anteriormente, en la mayoría de los casos, el consumidor financiero es el único que conoce a ciencia cierta los hechos y las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon el fraude bancario. Piénsese, por ejemplo, en que solo el consumidor tiene una recolección fidedigna de si entregó o no la clave a un tercero, si perdió o entregó su tarjeta de crédito, si ingresó a un dispositivo desconocido para realizar una transacción electrónica, o permitió que un familiar o tercero ingresara a la banca virtual.

Estos eventos, que resultan fundamentales para determinar si existió una actuación negligente del consumidor, solo pueden ser conocidos con precisión por este, quien naturalmente tiene un incentivo en omitirlos o modularlos, con el propósito de encubrir su contribución causal en la ocurrencia del fraude y, así, favorecer una decisión judicial que traslade íntegramente al banco las consecuencias del daño sufrido.

Ante esta notable asimetría de información, el banco se encuentra en una posición compleja, pues, en últimas, sin perjuicio de la libertad probatoria y las circunstancias particulares del caso, se ve compelido en cualquier evento a probar que cumplió estrictamente con todos deberes de seguridad, custodia y monitoreo de las operaciones, de tal forma que no tenía manera de detectar el fraude. Esto se traduce en que la entidad bancaria, a pesar de encontrarse en un régimen objetivo, siempre tiene la carga de probar su propia diligencia.

Esta posición relativa a la carga probatoria del deber de diligencia la ha fundamentado la Superintendencia en que (i) se considera como una práctica abusiva el que se imponga la carga de probar la culpa al consumidor financiero, desconocedor del sistema y el funcionamiento de los protocolos de autenticación; y (ii) en que una interpretación a favor del consumidor (interpretación *pro consumatore*) impone aliviar las tareas que este último debe agotar para hacer valer los derechos que le corresponden frente al sector financiero.

Nótese entonces cómo, de acuerdo con la postura que ha sentado la Superintendencia y el Tribunal Superior de Bogotá en sus fallos judiciales, la defensa de la entidad bancaria incluso en un régimen de responsabilidad objetiva pasa por la prueba de su propia diligencia. Pero no cualquier diligencia, pues la entidad bancaria debe actuar con el más alto grado de prudencia y pericia, de tal forma que cumpla celosamente con los requerimientos mínimos de seguridad contemplados Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Circular Externa 029 de 2014.

Esto significa que, para exonerarse de responsabilidad, el Banco no solo debe probar la participación causal de la víctima en la ocurrencia del daño (que de por sí es difícil de probar por la asimetría de la información), sino que, además, se ve compelido a acreditar su propia diligencia. Esta exigencia probatoria que ha impuesto la Superintendencia y el Tribunal de Bogotá desdibuja el verdadero alcance de la responsabilidad objetiva en esta materia.

Lo anterior se ve reflejado con meridiana claridad en los fallos judiciales analizados en el acápite anterior. Por traer a colación solo uno de ellos, la Superintendencia en un fallo del 20 de agosto de 2024 analizó la responsabilidad de una entidad financiera por una serie de transacciones desconocidas que fueron realizadas con cargo al cupo de la tarjeta de crédito del cliente de la entidad.

En orden de determinar si a la entidad le asiste responsabilidad por las transacciones objetadas, la Delegatura analizó los siguientes factores:

“si (i) de un lado, la entidad dio cumplimiento a las obligaciones contractuales y legales asumidas y (ii) si en cabeza del demandante –consumidor financiero– se desplegó una conducta culposa u omisiva que de manera directa o indirecta diera lugar a la realización de la operación”^{li}.

Pues bien, la Delegatura encontró que la entidad incumplió los requerimientos mínimos de seguridad y calidad en la prestación de servicios financieros, contenidos en el Capítulo I del Título II de la Parte I de la Circular Básica Jurídica, con los cuales se busca mitigar los riesgos naturales y propios de la actividad de financiamiento. Tratándose de una transacción que no era habitual para el tarjetahabiente, el Despacho determinó:

“Esta situación por fuera del perfil transaccional de la demandante, debió generar un alertamiento en el sistema de seguridad, con el fin de verificar si quien estaba realizando la operación inusual, era la consumidora financiera y en consecuencia dar curso o bloquear la operación, el canal y producto que podían ser objeto de un fraude.

Sin embargo, este despacho no encuentra que el banco hubiera desplegado gestión alguna para proteger el producto financiero de su cliente, aprobando las compras que posteriormente fueron objeto de reclamación.

Por lo anterior, el banco incumplió su deber de comunicarse con el demandante consumidor, con el fin de verificación, lo cual potencialmente hubiera evitado el daño, por lo que se encuentra acreditada la responsabilidad de la entidad financiera”^{lii}.

Por otro lado, la Delegatura analizó la conducta del demandante y encontró comprometida su responsabilidad por cuanto esta compartió con terceras personas los mecanismos de autenticación con los cuales se hicieron operaciones con cargo al producto financiero de su titularidad. Al respecto el Despacho señaló:

“Ahora bien, como quiera que esta clave fue remitida al número que indicó la demandante era de su titularidad, la pérdida de dicho mecanismo de autenticación, compromete la responsabilidad de quien presentó la acción de protección al

consumidor, ya que sin dicho elemento, nadie podría realizar operaciones con cargo al producto financiero de su titularidad”^{lii}.

Con base en lo anterior, la Superintendencia concluyó que se encuentra acreditada la responsabilidad tanto de la entidad financiera como del consumidor, hallando así, una concurrencia de causas en la cual cada una de las partes deberá asumir el 50% del valor reclamado por el demandante.

Nótese que el despliegue de la entidad financiera, como el descrito en el fallo de referencia, resulta insuficiente para eximirse de responsabilidad. Aunque la entidad pretendió acreditar su diligencia con el envío de mecanismos de autenticación para la aprobación de la transacción a cargo del cliente, y que el demandante incumplió con el deber de custodia de la información confidencial de su producto, la entidad resultó parcialmente responsable. Esto denota el verdadero estándar de diligencia calificado que se espera de las entidades financieras, el cual es constantemente examinado por la Superintendencia Financiera, a pesar del supuesto régimen de responsabilidad objetiva aplicable en esta materia.

VII. OTROS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD BANCARIA

Dado que la sentencia del 18 de diciembre de 2020 de la Corte Suprema de Justicia ratificó la postura jurisprudencial en virtud de la cual la responsabilidad bancaria en casos de fraude bancario es objetiva, resulta pertinente analizar otros supuestos en los que las entidades bancarias pueden verse involucradas. Este ejercicio permitirá concluir que, más allá del fraude bancario, la responsabilidad bancaria en general tiende a ser objetiva por la existencia de obligaciones de resultado.

7.1. El deber de información

Mediante un fallo de año 2017, la Corte Suprema de Justicia abrió las puertas para las imputaciones de responsabilidad objetiva frente a las entidades financieras en el evento de incumplimientos al deber de información^{liv}.

En esta providencia, proferida con base en el artículo 21 de la Ley 546 de 1999 —dado que la época de los hechos impedía la aplicación de la regulación actualmente vigente, prevista en la Ley 1328 de 2009—, la Corte Suprema de Justicia fue enfática en afirmar que, en materia de información, la banca tiene una obligación de resultado en virtud de la cual debe:

“[S]uministrar información cierta, suficiente, oportuna y de fácil comprensión para el público y para los deudores respecto de las condiciones de sus créditos, en los términos que determine la Superintendencia Bancaria [(hoy Superintendencia Financiera)]. Durante el primer mes de cada año calendario, los establecimientos de crédito enviarán a todos sus deudores de créditos individuales hipotecarios para vivienda una información en las condiciones del presente artículo”^{lv}.

Lo relevante de la providencia, en cualquier caso, es que al calificar la obligación de información como una de aquellas que se considera de resultado, introdujo, aunque no

expresamente, parámetros objetivos de atribución asociados a la valoración de la responsabilidad derivada de la omisión de información.

En efecto, aunque en el fallo referido anteriormente la Corte nunca hace mención explícita de la responsabilidad objetiva o de la aplicación de este régimen a la hora de analizar la obligación de indemnización en cabeza de la entidad financiera frente a la infracción del deber de información, la forma en la que realiza el análisis corresponde, a no dudarlo, a este régimen de responsabilidad.

Ciertamente, en sus consideraciones, la Corte afirma que, tratándose de la obligación de información, **la mera transgresión de la prestación consistente en suministrar datos relevantes para el consumidor es, *per se*, constitutivo de culpa.**

Así las cosas, el elemento culpa se entiende configurado por el solo hecho de que no se provea toda la información que la banca está en la obligación de proveer, sin que sea necesaria ninguna consideración relativa a la pericia, la prudencia o la diligencia observada por la entidad a la hora de suministrar dicha información.

Esto conduce a que, aun cuando formalmente se hable de culpa —lo que acercaría el régimen a la responsabilidad subjetiva—, materialmente se esté, en realidad, frente a un sistema de responsabilidad objetiva.

Y es que, bien analizado el fallo, se observa evidentemente que en el mismo no se valora, de ninguna manera, la prudencia, diligencia, pericia o el cuidado con el que la entidad bancaria procedió a suministrar la información. Simplemente se afirma que el hecho de no entregar algunos datos es, *per se*, configurador de la culpa. En otras palabras, se homologa el elemento culpa con el mero incumplimiento, es decir, la **conducta objetiva de no suministrar la información, sin un típico análisis de diligencia.**

Como es natural, una postura en este sentido corresponde, en realidad, a la prescindencia del análisis de culpa en el juicio de responsabilidad: en la medida en que la atención se fija simplemente en el elemento objetivo del incumplimiento, sin ninguna valoración de pericia o diligencia, la Corte, aun cuando de forma velada, está aplicando en realidad un juicio de responsabilidad objetiva, con la implicación connatural de que las posibilidades de exoneración de la entidad involucrada son más limitadas.

Ahora bien, para efectos de claridad, vale la pena mencionar que aun cuando la Corte realiza este análisis, en el fallo decide no imputarle responsabilidad a la entidad financiera por considerar que (i) el daño que se busca probar no es un daño cierto, sino que es un daño hipotético; y (ii) que la omisión de la entidad financiera no fue determinante desde el punto de vista causal frente al caso. En este sentido, considera la Corte que no se acreditaron los elementos de la responsabilidad civil y termina por exonerar a la entidad financiera de responsabilidad por el caso. Sin embargo, la exoneración no sobreviene por la diligencia, como sucedería en un típico sistema de responsabilidad subjetivo: para la Corte, el análisis de la prudencia y la pericia deja de tener una relevancia especial en la atribución de responsabilidad en la medida en que se entiende configurada la culpa con la trasgresión del contenido obligaciones.

Esto representa un claro cambio frente a las actuaciones previas de la Corte, las cuales, por lo menos hasta el año 2015, habían considerado que para acreditarse la responsabilidad civil frente a las entidades financieras por omisiones al deber de información debía probarse la actuación dolosa o culposa por parte de dicha entidad^{lvi}.

Los fallos de la Superintendencia Financiera parecen tener un enfoque parecido, dado que siempre hacen referencia al artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Ley 1328 de 2009, cuyo artículo tercero literal c) contempla el deber de información:

*“c) **Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.** Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas”* (negrilla por fuera del texto original).

Para la Superintendencia, el deber de información contemplado en tales estamentos legales no solo presupone un principio orientador de la prestación del servicio financiero, sino que también impone una obligación concreta y exigible a las entidades financieras de carácter legal. Por lo tanto, su incumplimiento o inobservancia genera en principio responsabilidad sin entrar a analizar la diligencia, la pericia o la acuciosidad con la que haya actuado la entidad financiera.

Este fue el caso de la sentencia del 11 de marzo de 2020^{lvii}, en la que la Superintendencia Financiera determinó que una entidad bancaria incumplió su deber de información al no proporcionar a un consumidor financiero datos claros y veraces sobre el cobro de cuotas de manejo de sus tarjetas de crédito.

El consumidor argumentó que el banco le había informado que solo le cobraría una única cuota de manejo por el uso de sus dos tarjetas de crédito. Sin embargo, el banco procedió con el cobro de una cuota de manejo para cada tarjeta de crédito. El solo incumpliendo de suministrar información clara y veraz al demandando sobre la cuota de manejo generó la responsabilidad del banco y, por lo tanto, fue condenado a reintegrar al demandante todos los valores cobrados indebidamente por concepto de cuota de manejo de una de las tarjetas de crédito.

Lo mismo ocurrió en otra sentencia^{lviii}, en donde la Superintendencia encontró que la entidad bancaria incumplió el deber de información al ofrecer al cliente un seguro de desempleo que respaldaba un crédito hipotecario sin brindarle una explicación clara y comprensible sobre los requisitos y la documentación necesaria para hacerlo efectivo.

Cuando el demandante quedó desempleado en septiembre de 2016 e intentó activar la póliza, la entidad bancaria y la aseguradora no le notificaron oportunamente el resultado de su reclamación, y solo hasta enero de 2017 le fue informado que la cobertura había sido negada por falta de documentos que nunca le fueron exigidos ni informados previamente. Paralelamente al trámite del seguro y a sabiendas de no haber explicado la forma de

reclamación, la entidad bancaria reportó negativamente al demandante ante las centrales de información financiera.

La Superintendencia condenó a la entidad bancaria a pagar una indemnización por daño al buen nombre con ocasión al reporte negativo en centrales de riesgo, pues, según la Superintendencia, la omisión de informar al demandante desde el primer momento de la relación contractual la forma de presentar la reclamación del seguro le impidió activarlo oportunamente y subsanar sus incumplimientos. Igualmente, ordenó la rectificación de dicha información negativa en tales centrales de información financiera.

Por último, un aspecto clave a destacar es la carga de la prueba en relación con el deber de información. La Superintendencia Financiera ha optado por invertir la carga de la prueba estableciendo que le corresponde a la entidad vigilada demostrar que brindó al cliente información clara, veraz y oportuna sobre los términos y condiciones de sus productos o servicios. Es decir, le corresponde a la entidad probar el cumplimiento del deber de información.

Esta aproximación cumple un doble propósito: por un lado, protege al consumidor financiero, al evitar que enfrente dificultades probatorias al cuestionar la falta de información. Por otro lado, es una respuesta lógica y procesal frente a las negaciones indefinidas que usualmente proponen los clientes al alegar que no recibieron una información clara, veraz, comprensible y adecuada. Sobre la carga de la prueba en esta materia, ha señalado la Superintendencia:

“Por lo que siendo aplicables la Ley 1328 de 2009, y en lo no regulado por esta, la Ley 1480 de 2011, le corresponde a la demandada el acreditar el cumplimiento de sus deberes de información y debida diligencia, situación que, atendiendo demás a la conducta procesal de la parte demandada en el curso de la actuación, extraña la Delegatura”^{xlx}.

En conclusión, la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y la propia Superintendencia Financiera han consolidado un enfoque objetivo en la imputación de responsabilidad por incumplimiento del deber de información en el sector financiero. Ciertamente, la práctica ha demostrado que el operador judicial prescinde del análisis de diligencia y pericia, estableciendo que la omisión en la entrega de información clara y suficiente por sí sola genera en principio responsabilidad.

7.2. Obligaciones contractuales en general

Esta misma situación se ha presentado, por regla general, cuando la entidad financiera se encuentra comprometida por una obligación de resultado.

En efecto, como se estableció previamente, la existencia de obligaciones de resultado tiende a la formación de escenarios de responsabilidad objetiva.

Esto sucede debido a que las obligaciones de resultado comprometen la realización de una transformación específica y no el simple esfuerzo enderezado para obtener dicha transformación.

De ahí que las obligaciones de resultado sean, por regla general, incompatibles con el elemento culpa. Si la responsabilidad de quien está obligado al resultado se eximiera en aquellos casos en los que, a pesar de no haber logrado dicho resultado, hubiera empleado todo el cuidado y la diligencia en la procura del mismo, se confundiría la obligación de resultado con aquella en la que basta poner todo el empeño para obtener una finalidad específica, así no se obtenga la finalidad.

En otros términos, si la diligencia exonerara al obligado de resultado cuando no obtiene dicho resultado, este tipo de obligaciones se confundirían con la obligación de medio.

De ahí que se afirme que, con independencia de herramientas retóricas como la presunción de culpa, las obligaciones de resultado tienden a entroncarse en sistemas de responsabilidad objetiva, esto es, sistemas en los que dicha culpa no desempeña ningún rol estructural a la hora de atribuir o exonerar el juicio de responsabilidad^{lx}.

Este asunto reviste particular importancia en la actualidad, ante un escenario en el que la Corte Suprema de Justicia ha ampliado las obligaciones de resultado atribuibles a las entidades financieras.

Ciertamente, en la medida en que la Corte asigne mayores obligaciones de resultado, asignará también responsabilidades que tienden en mayor medida a la objetividad, lo que ha sucedido, en particular, respecto de las siguientes obligaciones de las entidades bancarias:

1. La obligación de guardar el secreto bancario, obligación de resultado que compromete a la entidad, entre otros, a no revelar las fuentes, destino y cuantía de las operaciones de su clientela y demás datos.
2. Las obligaciones a cargo de la entidad bancaria en los contratos de depósito irregular, tales como:
 - (i) Obligación de devolución de la suma recibida; y,
 - (ii) Obligación de realizar el pago de intereses.
3. Ante la existencia de un contrato de depósito en cuenta corriente, la entidad bancaria está obligada, en una obligación de resultado, a:
 - (i) Permitir el depósito de dinero, cheques y otros títulos en la cuenta.
 - (ii) Permitir el depósito hecho por terceros en la cuenta de un cliente.
 - (iii) Garantizar la seguridad en caso de ofrecer la posibilidad de hacer depósitos nocturnos.
 - (iv) Facilitar al cliente formularios de consignación y cheques o chequeras.
 - (v) Llevar cuenta corriente que de fe de la anotación contable del cliente y facilitar al cliente los datos sobre esta.
4. En el contrato de apertura de crédito, es de resultado la obligación del banco de conceder crédito de dinero o de firma a sus clientes dentro de los cupos establecidos.

5. También es de resultado, la obligación de pago por medio de una suma de dinero o títulos valores al beneficiario, ante un contrato de crédito documentario.
6. Ante la existencia de un contrato de descuento, es de resultado la entrega de la suma de dinero al deudor.
7. Para el caso del contrato de reporto, son obligaciones de resultado de la entidad:
 - (i) Conservar los títulos valores adquiridos del reportado.
 - (ii) Retransmitir los títulos al reportado según lo pactado en el contrato.
8. En el caso del contrato de depósito regular, son obligaciones de resultado de la entidad la custodia física, conservación y restitución de los mismos bienes recibidos.
9. En el servicio de cajas de seguridad a favor de cliente, la entidad tiene las siguientes obligaciones de resultado:
 - (i) Permitir y mantener el libre acceso del cliente a la caja.
 - (ii) Conservar un duplicado de la llave o forma de acceso.
 - (iii) Prohibir el ingreso de extraños y terceros.
 - (iv) Garantizar condiciones de seguridad, idoneidad e integridad de los bienes custodiados.
10. En las cartas de crédito, el banco asume, respecto del beneficiario, la obligación de resultado de pagar hasta cierta suma de dinero, según los términos y condiciones convenidos en la carta de crédito.
11. En virtud de la autorización expresa otorgada por el deudor a la entidad bancaria y en cumplimiento del habeas data financiero, el banco tiene la obligación legal y de resultado^{lxi} de reportar ante las centrales de riesgo, de manera veraz y exacta, la información positiva y negativa relacionada con el cumplimiento de las obligaciones crediticias.

Lo anterior, con fundamento en la Ley Estatutaria 1266 de 2008 que determinó las obligaciones de las entidades financieras como fuentes de información, de reportar a los operadores de información financiera la información registrada en sus bases de datos.

Un eventual incumplimiento de esta obligación de resultado podría generar una vulneración a un interés jurídico constitucionalmente protegido como el buen nombre y, por lo tanto, los fallos judiciales^{lxii} tienden a reconocer una indemnización de perjuicios en ese sentido sumado a ordenar a la entidad bancaria a hacer la corrección respectiva de la información en las centrales de riesgo.

12. En el caso de operaciones de leasing existen también obligaciones de resultado como la entrega del bien.

13. Finalmente, y apartándonos por un momento de las obligaciones contractuales, en el caso de los embargos las entidades bancarias tienen la obligación de resultado de cumplir de manera “inmediata” las órdenes de embargo que emitan autoridades judiciales y administrativas sin que les sea posible “controvertir u oponerse a su cumplimiento”. Lo anterior, con fundamento en la Parte I del Título IV del Capítulo 1 Numeral 5.1 de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera^{lxiii}.

Estas son, en apretada relación, los casos más recurrentes de obligaciones de resultado en el sector bancario. Obligaciones que, por ser de esta naturaleza, observan una tendencia general hacia la objetividad, en los términos ya explicados.

Ciertamente, considerando la interpretación que tradicionalmente ha hecho la jurisprudencia, tratándose de obligaciones en las que se compromete el resultado, la diligencia del deudor deja de ser un criterio relevante para la atribución o la exoneración de la responsabilidad, lo que conduce a que se haga más estricto el juicio de responsabilidad y, de contera, a que se incremente exponencialmente la posibilidad de una condena.

7.3. La suplantación

El avance de la tecnología y la digitalización de los servicios financieros ha transformado la manera en que los consumidores financieros interactúan con los establecimientos de crédito, pues, al alcance de sus dedos, cuentan con infinitas posibilidades de gestionar sus recursos y realizar operaciones de forma rápida y segura. Por ejemplo, a través de sucursales virtuales y aplicaciones móviles, los usuarios podrán realizar transferencias electrónicas, solicitar créditos, constituir certificados de depósito a término (CDT), dar apertura a bolsillos digitales, pagar tarjetas de crédito, administrar facturas, entre otros.

Ahora bien, estos avances favorecen tanto a los consumidores financieros como a los establecimientos bancarios, quienes:

“obtienen grandes beneficios económicos, pues son estos los que para disminuir costos y obtener mejores rendimientos, han puesto al servicio de sus clientes los recursos informáticos y los sistemas de comunicaciones a través de la red, en una estrategia de ampliación de la oferta y cobertura de productos y servicios financieros”^{lxiv}.

Sin embargo, las tecnologías de la información, junto con el tratamiento automatizado de datos, han incrementado los riesgos de ocurrencia de hechos ilícitos que ocasionan perjuicios a los haberes patrimoniales de los clientes de establecimientos de crédito y, en general, de entidades financieras. Como consecuencia de la accesibilidad del internet, las transferencias de datos pueden ser monitoreadas por un tercero, lo cual incrementa la posibilidad de defraudaciones a través de “la alteración de registros para la apropiación de fondos, la suplantación de la identidad de los usuarios y la simulación de operaciones [y] compras” (subrayado y negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, el riesgo se materializa con el ofrecimiento a los clientes de una plataforma virtual para realizar transacciones en línea, el cual amplifica el peligro inherente de la actividad bancaria y, del mismo modo, expone al consumidor financiero a potenciales pérdidas por transacciones electrónicas que corren por su cuenta. Con ocasión de lo anterior, *“el banco es quien tiene la obligación de garantizar la seguridad de las transacciones que autoriza por cualquiera de los medios ofrecidos al público, entre ellos, a través del portal transaccional”*^{lxv}.

Para estos efectos, el banco deberá emplear instrumentos electrónicos adecuados para evitar la defraudación por medios virtuales o, en su defecto, minimizar su ocurrencia. A modo de ejemplo, la entidad deberá implementar mecanismos tales como sistemas de alertas por movimientos sospechosos o ajenos al perfil transaccional del cliente, bloqueo de la cuenta en el evento de una transferencia irregular, autenticar la identidad del usuario y garantizar la trazabilidad de las transacciones^{lxvi}.

Por lo anterior, en los eventos en que el banco no implemente protocolos de autenticación que le permitan establecer, con certeza, el origen de cada orden de partida^{lxvii} y, en consecuencia, un tercero logre burlar dichos protocolos, incumple su obligación de emplear estándares de seguridad en la entrega de productos y la prestación de servicios financieros^{lxviii}. Así las cosas, al ser una obligación de resultado que, en últimas, pone de presente la inobservancia de las normas de cautela atribuibles a las entidades financieras, se entra en el terreno de la responsabilidad objetiva.

En términos de la Corte Suprema de Justicia:

“[la obligación de verificación] de la entidad financiera constituye un deber ‘de resultado’, no solo por la distribución del riesgo de la operación (...), sino también por las características especiales de la relación entre el consumidor financiero y la entidad donde tiene depositado sus recursos, que lleva insita la garantía de salvaguarda de los dineros captados del público” (subrayado y negrilla por fuera del texto original).

Ahora bien, vale la pena referirse brevemente a la suplantación de un tercero que no tiene un vínculo jurídico previo con la entidad bancaria.

Si bien en este ámbito estaríamos hablando de una responsabilidad civil extracontractual, lo cierto es que las entidades bancarias, por ser profesionales en la materia y como consecuencia de su conocimiento especializado, experiencia y el riesgo inherente de su operación, tienen la obligación de desarrollar procedimientos adecuados y suficientes para garantizar la prevención, el control y la seguridad de sus operaciones. La Corte Suprema de Justicia ha señalado al respecto:

“El profesionalismo, continuidad, trascendente función social y provecho pecuniario, entre otras características de la actividad bancaria, permiten suponer, no solo que cuentan con un conocimiento especializado, idoneidad y experiencia, sino que por el riesgo, de suyo creado con su ejercicio y la confianza pública generada, tienen diseñados y puestos en práctica procedimientos pertinentes y suficientes para garantizar la prevención, el control y la seguridad de las operaciones propias de su

labor. 'Es por ello que a la hora de juzgar el cumplimiento de sus obligaciones, se impone hacerlo con mayor rigurosidad respecto de cualquier otro comerciante común o de gestión ordinaria, toda vez que la entidad bancaria, como organización empresarial de actividad especializada, debe estar preparada para precaver, evitar o controlar el daño proveniente de su labor, pues como lo recordó la Sala en CSJ SC 16496-2016'^{lxxix}.

En este sentido, el capítulo XII del Título I de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia establece unos requerimientos mínimos que las entidades bancarias deben cumplir en materia de seguridad y manejo de la información. En particular, para la emisión y entrega de tarjetas de débito o crédito, la normativa exige, por ejemplo, la implementación de “mecanismos fuertes de autenticación”, como contraseñas de un solo uso (One Time Password – OTP), autenticación biométrica, certificados de firma digital, entre otros.

En este contexto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado en un caso de suplantación que, cuando los mecanismos de autenticación fallan, es el banco quien debe asumir las consecuencias de dicho riesgo, respondiendo ante el tercero afectado, salvo que logre demostrar la existencia de una causa extraña que excluya su responsabilidad:

“Ha quedado definido que el ejercicio de la actividad bancaria lleva implícito riesgo social y por ello, las respectivas entidades, como profesionales financieras, se hallan obligadas a adoptar y observar reglas fundamentales de prudencia, control y adecuada organización, con miras a evitar el surgimiento de daños, pero si esas medidas fallan, aquéllas deben responder por éstos, a menos de demostrarse una causa extraña determinante del resultado lesivo.”

“(…)De conformidad con lo expuesto, no se configura el yerro del fallador, que según el recurrente, se produjo al no haber advertido que el experto financiero fue engañado, porque una excusa tal, proveniente de un profesional bancario, para quien no pueden ser desconocidos los riesgos que el ejercicio de esa actividad comporta y que por lo mismo está en la obligación de «adoptar medidas de control apropiadas y suficientes», se muestra deleznable, máxime cuando dentro de sus posibilidades se hallaba la plena identificación del impostor y de quienes concurrieron a la extracción del dinero, así como la cabal confirmación de los documentos y datos suministrados”^{lxxx} (subrayado y negrilla por fuera del texto original).

Lo anterior permite concluir que el cumplimiento de los requerimientos mínimos de seguridad establecidos en el Capítulo XII del Título I de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, los cuales incorporan un estándar de conducta diligente y profesional, constituye una obligación de resultado. En consecuencia, su incumplimiento, en principio, genera responsabilidad para el banco frente al tercero que ha sido suplantado.

Juzgados también han arribado a la misma conclusión: la entidad bancaria responde cuando no cumplió en rigor mecanismos fuertes de autenticación^{lxxi}. Por lo tanto, en estos casos, nos encontramos en un terreno que se acompasa con un régimen de responsabilidad objetiva en tanto que el mero incumplimiento de requerimientos mínimos de seguridad detona, por regla,

la responsabilidad de la entidad bancaria en razón a que es un profesional y los riesgos son inherentes a su actividad.

VIII. LA OBJETIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD BANCARIA ES LA REGLA GENERAL

Si se sintetizan las consideraciones anteriores en una tabla, se observa entonces que no son pocos los subsistemas de responsabilidad de la banca que han quedado, a la postre, cobijados por una regla de objetividad. En efecto:

Hipótesis	Régimen
Pago por parte de la entidad bancaria de cheques falsos	Responsabilidad civil objetiva acogida expresamente.
Pago de cheques adulterados	Responsabilidad civil objetiva acogida expresamente.
Pago de cheques en chequera extraviada.	Responsabilidad civil objetiva acogida expresamente, aún cuando es atenuada en las causales de exoneración.
Daños sufridos como consecuencia de fraudes electrónicos.	Responsabilidad civil objetiva en virtud de la teoría del riesgo en virtud de la sentencia del 18 de diciembre de 2020.
Daños sufridos como consecuencia de la infracción de la obligación de información.	Responsabilidad civil objetiva acogida en forma tácita.
Infracción de la obligación de guardar el secreto bancario	Responsabilidad civil objetiva acogida en forma tácita por tratarse de una obligación de resultado.
Infracción de las obligaciones de resultado en el marco de los contratos de depósito en cuenta corriente, tales como: (i) Permitir el depósito de dinero, cheques y otros títulos en la cuenta. (ii) Permitir el depósito hecho por terceros en la cuenta de un cliente (iii) Garantizar la seguridad en caso de ofrecer la posibilidad de hacer depósitos nocturnos (iv) Facilitar al cliente formularios de consignación y cheques o chequeras. (v) Llevar cuenta corriente que de fe de la anotación contable del cliente y facilitar al cliente los datos sobre esta.	Responsabilidad civil objetiva acogida de forma tácita por tratarse de una obligación de resultado.

Infracción de la obligación de resultado consistente en conceder crédito de dinero o de firma a sus clientes dentro de los cupos establecidos, en el marco del contrato de apertura de crédito.	Responsabilidad civil objetiva acogida en forma tácita por tratarse de una obligación de resultado.
Infracción de la obligación de pago por medio de una suma de dinero o títulos valores al beneficiario, en un contrato de crédito documentario.	Responsabilidad civil objetiva acogida en forma tácita por tratarse de una obligación de resultado.
Infracción de la obligación de entregar al deudor la suma convenida de dinero, en el marco de un contrato de descuento.	Responsabilidad civil objetiva acogida en forma tácita por tratarse de una obligación de resultado.
Infracción de las obligaciones de resultado en el marco de los contratos de reporto, tales como: (i) Conservar los títulos valores adquiridos del reportado. (ii) Retransmitir los títulos al reportado según lo pactado en el contrato.	Responsabilidad civil objetiva acogida en forma tácita por tratarse de una obligación de resultado.
En el caso de un contrato de depósito regular, la infracción de la obligación de custodia física, conservación y restitución de los mismos bienes recibidos.	Responsabilidad civil objetiva acogida en forma tácita por tratarse de una obligación de resultado.
En el servicio de cajas de seguridad a favor del cliente, la infracción de las siguientes obligaciones de resultado: (i) Permitir y mantener el libro acceso del cliente a la caja. (ii) Conservar un duplicado de la llave o forma de acceso. (iii) Prohibir el ingreso de extraños y terceros. (iv) Garantizar condiciones de seguridad, idoneidad e integridad de los bienes custodiados.	Responsabilidad civil objetiva acogida en forma tácita por tratarse de una obligación de resultado.
Reportes en centrales de riesgo que correspondan a información cierta, precisa, exacta y verificable.	Responsabilidad civil objetiva acogida en forma tácita por tratarse de una obligación de resultado.

Acatamiento y trámite de órdenes de embargo	Responsabilidad civil objetiva acogida en forma tácita por tratarse de una obligación de resultado.
Cartas de crédito	Responsabilidad civil objetiva acogida en forma tácita por tratarse de una obligación de resultado.
Suplantación	Responsabilidad civil objetiva acogida en forma tácita por tratarse de una obligación de resultado.

Del mismo modo, con apoyo en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Superintendencia Financiera de Colombia, puede observarse que, en materia de fraudes bancarios, la postura de ambas entidades ha evolucionado hacia la adopción de un régimen de responsabilidad objetiva, así:

Línea jurisprudencial de fallos por fraude bancario

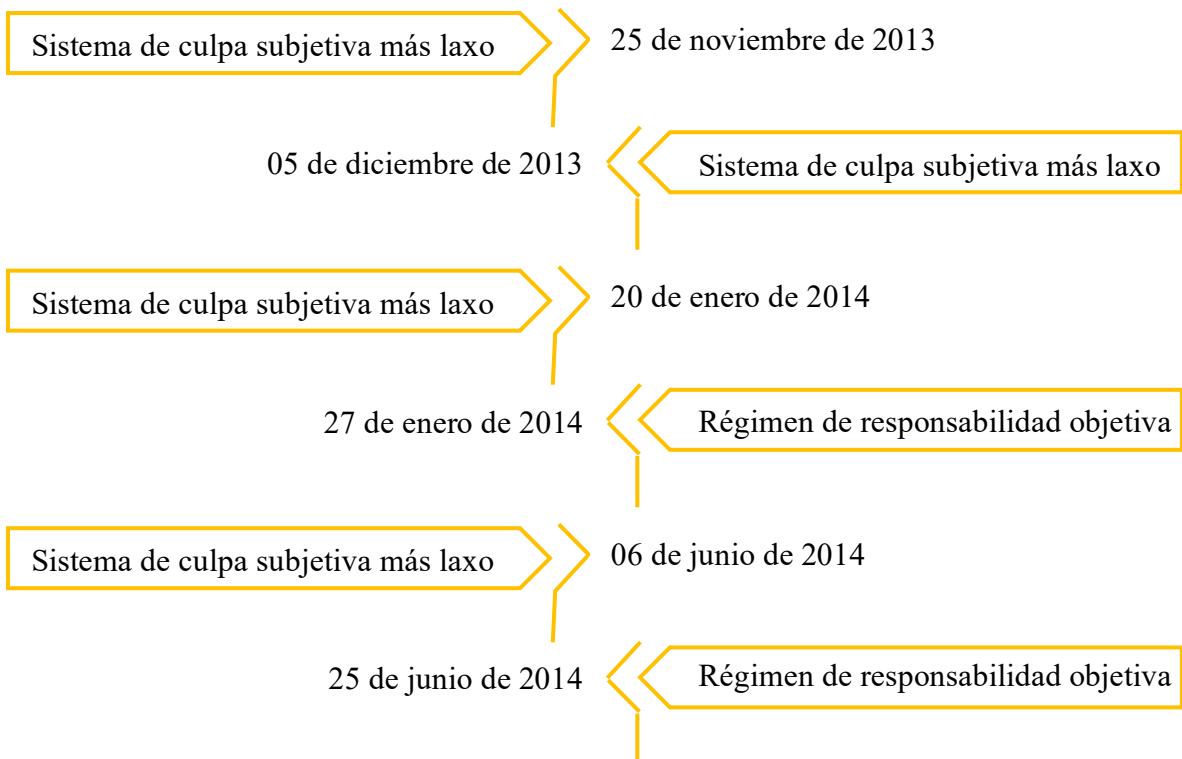
¿Deben responder las entidades financieras ante los casos de fraude electrónico bajo el régimen de responsabilidad objetiva sin graduación de culpa?

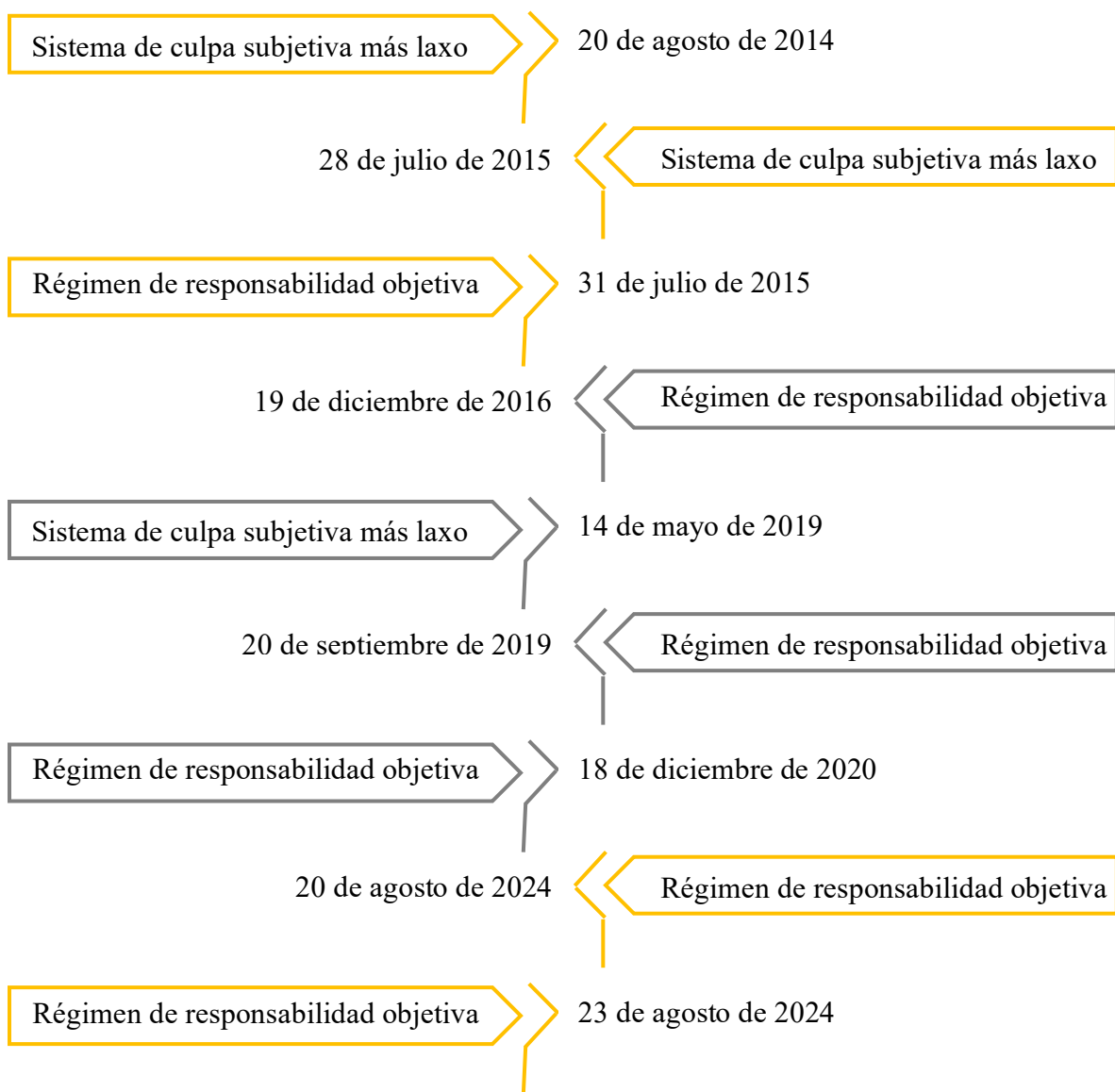


Fallo proferido por la Superintendencia Financiera de Colombia.



Fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia.





Sin perjuicio de que tanto la Corte Suprema de Justicia como la Superintendencia Financiera de Colombia hayan señalado que el régimen de responsabilidad aplicable a las entidades financieras es de carácter objetivo, lo cierto es que, incluso bajo ese esquema, continúan evaluando la conducta y diligencia de la entidad para determinar si se incumplieron los requerimientos de seguridad y calidad exigidos por la normativa aplicable.

IX. CONCLUSIONES

La evolución del Derecho en Colombia ha marcado un punto de inflexión hacia un régimen de responsabilidad objetivo en materia bancaria. Este tránsito, consolidado y ratificado por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia del 18 de diciembre de 2020, representa un giro estructural en el paradigma tradicional de la responsabilidad civil: se deja de lado el análisis

de la culpa para centrarse en la materialización de los riesgos inherentes a la actividad financiera.

Sin embargo, pese al reconocimiento formal de esta objetivación de la responsabilidad, los fallos de los jueces —especialmente los proferidos por jueces especializados como la Superintendencia Financiera de Colombia— han incorporado de manera consistente en su juicio de responsabilidad por fraude bancario un examen detallado sobre la diligencia desplegada por la entidad bancaria, eso sí, arreciando las exigencias de prudencia, pericia y diligencia, de modo que requieren de los bancos un comportamiento sumamente cuidadoso a la hora de evitar la perpetración de fraudes bancarios.

En consecuencia, el régimen de responsabilidad objetiva por fraude bancario ha sido matizado por el análisis de la diligencia del banco al momento de determinar su responsabilidad. Eso implica que, para exonerarse de responsabilidad, el banco tiene la carga de probar no solamente la causa extraña, particularmente el hecho de la víctima (que de por sí es difícil de probar por la asimetría de la información), sino que, además, se ve compelido a acreditar una diligencia calificada. Este escenario introduce, además, un riesgo moral inherente, pues el consumidor, al saber que la carga de la prueba recae en el establecimiento bancario y que se encuentra amparado por un régimen pro-consumidor, podría desatender sus deberes de autoprotección y, a la par, omitir información relevante, eludiendo así las verdaderas responsabilidades derivadas de la materialización del daño.

Así, la responsabilidad civil en Colombia por fraude bancario se encuentra en una encrucijada: mientras que en lo normativo y lo teórico se ha adoptado un modelo objetivo propio del riesgo creado, en la práctica judicial persisten elementos del régimen subjetivo, especialmente la rigurosa evaluación de la diligencia calificada exigible a las entidades bancarias. Esta dualidad genera incertidumbre jurídica y diluye la claridad conceptual del régimen aplicable.

El desafío, por tanto, es armonizar el discurso jurídico con su aplicación judicial. Si la responsabilidad objetiva ha de ser el régimen rector en materia bancaria, este debe aplicarse con coherencia, claridad y previsibilidad. Bienvenida la responsabilidad objetiva, pero con reglas definidas, claras y coherentes.

Bibliografía

Legislación y otros

Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, numeral 5.1 de la Parte I del Título IV del Capítulo 1.

Código Civil, artículos 2341 y 2357.

Ley 1328 de 2009, artículo 7, literal b).

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Sentencia del 22 de agosto de 2012. Sentencia C-640.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. Sentencia del 26 de julio de 2000. Sentencia C-955.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de marzo de 2019, Radicado: 05001 31 03 016 2009-00005-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de marzo de 2017. Radicado: 11001-31-03-027-2006-00131-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de abril de 2018. Radicado: 2006-00251-01

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (29 de noviembre de 1976) Sentencia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 24 de agosto de 2009. Sentencia 2001-01054.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de julio de 2001. Expediente 6201.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de marzo de 1943. Sentencia (sin número).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de marzo de 2010. Sentencia 2010-00320.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de marzo de 2017. Sentencia SC-3530-2017.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de julio de 1938. Sentencia (sin número).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de junio de 2008. Sentencia 01394-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2016. Sentencia SC-18614-2016 (05001310300120080031201).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de agosto de 2000. Expediente 5005.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de octubre de 1994. Sentencia. G.J. t, CCXXXI, n° 2470.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de noviembre de 1965. Sentencia. G.J. t, CXIII-CXIV, n° 2278-2279.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de julio de 1994. G.J. t, CCXXXI, n° 2470.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 1986. G.J. t, CLXXXIV, n° 2423.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de julio de 2001. Expediente 5831. [no publicada oficialmente].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de febrero de 2007. Sentencia 1999-00097.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de septiembre de 2003. Sentencia 6909.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de diciembre de 1936. Sentencia sin número.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de diciembre de 1936. G.J. t, XLIV, n° 1918-1919.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de septiembre de 1999. G.J. t, CCLXI, n° 2500.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2006. Radicado: 1997-03001-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de noviembre de 1940, Radicado: N.A.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de septiembre de 2002. Sentencia S-176-2002. Expediente 6434.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de agosto de 1998.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto del 2009. Radicado: 11001-3103-038-2001-01054-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 20 de septiembre del 2019, Radicado: 73001-31-03-001-2014-00034-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de diciembre de 2006, Radicado: 2002-00025-01-5005.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de diciembre de 2006, Radicado: 2002-00025-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2016, Radicado: 05001-31-03-001-2008-00312-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre del 2020, Radicado: 11001-31-03-028-2006-00466-01

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de mayo del 2019, Radicado: 05001 31-03 009 2009-00447 01

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de marzo de 1938. Gaceta Judicial. XLVI, pag. 215.

Juzgado Décimo Administrativo de Bucaramanga. Sentencia del 16 de mayo de 2023. Radicado: 6800-13333010201900141

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia 2013-0195. (Exp. N.A).

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para funciones jurisdiccionales. Sentencia del 10 de julio de 2013. Radicación 2013-0014.

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para funciones jurisdiccionales. Sentencia del 13 de julio de 2015. Exp. 2015-0184.

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para funciones jurisdiccionales. Sentencia del 20 de agosto de 2014. Sentencia 2014035759. Exp. 2014-0339.

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para funciones jurisdiccionales. Sentencia del 20 de enero de 2014. Sentencia 2013069313. Exp. 2013-0425.

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para funciones jurisdiccionales. Sentencia del 20 de noviembre de 2013. Sentencia 2013041561. Exp. 2013-0211.

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para funciones jurisdiccionales. Sentencia del 25 de junio de 2014. Sentencia 2013090535. Exp. 2013-0602.

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para funciones jurisdiccionales. Sentencia del 25 de noviembre de 2013. Sentencia 2013055994. Exp. 2013-0325.

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para funciones jurisdiccionales. Sentencia del 27 de enero de 2014. Sentencia 2013064608. Exp. 2013-0392.

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para funciones jurisdiccionales.
Sentencia del 31 de julio de 2015. Exp. 2014-1428.

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para funciones jurisdiccionales.
Sentencia del 5 de diciembre de 2013. Sentencia 2013044253. Exp. 2013-0230.

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para funciones jurisdiccionales.
Sentencia del 6 de junio de 2014. Sentencia 2013085308. Exp. 2013-0549.

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para funciones jurisdiccionales.
Sentencia del 9 de mayo de 2013.

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales.
Sentencia del 31 de julio de 2024. Exp. 2014-1428.

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales.
Sentencia del 11 de marzo de 2020. Exp. 2019-1973.

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales.
Sentencia del 27 de abril de 2018. Exp. 2017-0743

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales.
Sentencia del 4 de abril de 2023. Exp. 2022-4965

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales.
Sentencia del 1 de febrero de 2021. Exp. 2020-1112

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales.
Sentencia del 20 de abril de 2021. Exp. 2020-3202.

Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales.
Sentencia del 27 de abril de 2018. Exp. 2017-0743.

Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales.
Sentencia del 25 de enero de 2021. Exp. 2020-0984.

Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales.
Sentencia del 23 de agosto de 2024. Exp. 2023-4085.

Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales.
Sentencia del 20 de agosto de 2024. Exp. 2024-2735.

Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia del 16 de junio de 2021. Exp. 003-2020-00840-01.

Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia del 2 de septiembre de 2022. Rad. 11001-31-99-003-2020-04273-01.

Doctrina

Antonio E. Pérez, **Ensayos de informática jurídica**. (México, 1996).

Antonio Paz Sefair, **La culpa del consumidor en la responsabilidad financiera y su proyección causal en el daño por fraude electrónico**. (Bogotá, 2018).

Augusto Morello, **Indemnización del daño contractual**. 2ª edición. (La Plata, 1974).

C.P. Gupta y Arushi Jain, **A Study of Banks' Systemic Importance and Moral Hazard Behaviour: A Panel Threshold Regression Approach**. (2022).

Clara I. Asúa, **Responsabilidad civil médica, tratado de responsabilidad civil**. (Navarra, 2003).

Douglas W. Diamond, **Financial Intermediation and Delegated Monitoring** (1984).

Enrique Barros, **Tratado de responsabilidad extracontractual**. (Santiago de Chile, 2007).

George A. Akerlof, **The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism**. (1970).

Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*. (Paris, 2013).

Ibídem, pp. 143. Véase también Michael S. Moore, **Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals and Metaphysics** (Nueva York, 2009).

Jaime Arrubla, Tensión, balance y proyecciones de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual. En: **Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI**. (Bogotá, 2009).

Javier Tamayo, **Tratado de Responsabilidad Civil**. Tomo I. (Medellín, 2007).

Jean Penneau, **La responsabilité médicale**. (Toulouse, 1977).

Joaquín Ataz, **Los médicos y la responsabilidad civil**. (Madrid, 1985).

Joaquín Rodríguez, **Derecho Bancario**. 7ª ed. (México, 1993).

Jorge E. Narváez, **El contrato de seguro en el sector financiero**. (Bogotá, 2002).

Jorge Santos, **Instituciones de responsabilidad civil**. Tomo II. (Bogotá, 2008).

José M. Fernández, **Sistema de responsabilidad médica**. (Granada, 2002).

José M. Martínez-Pereda, **La responsabilidad en el diagnóstico prenatal. Actualidad del Derecho Sanitario**. (2002).

Kenneth J. Arrow, **Handbook of the Economics of Risk and Uncertainty** (2014).

López. **Elementos de la responsabilidad civil**. (Bogotá, 2010).

Louis A. Melennec & Jean A. Sicard, **La responsabilité civile du médecin**. (París, 1978).

Luis Díez-Picazo, **Derecho de daños**. (Madrid, 1999).

Marino Yzquerdo, **Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual**. (Madrid, 2001).

Michael Rothschild y Joseph Stiglitz, **Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information** (1976).

Patrice Jourdain. **La causalité**. (2014). También véase Mariano Yzquierdo Tolzada. **Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual**. (2001).

Paula Ordóñez, **Responsabilidad civil por actividades peligrosas (actualidad de las teorías subjetiva y objetiva)**. (Bogotá, 2010).

Quando S. Rodota, **Il problema della responsabilità civile**. (Milán, 1964).

Rafael De Pina, **Teoría y práctica del cheque**. (México, 1984).

Sergio Rodríguez, **Contratos bancarios. Su significación en América Latina**. (Bogotá, 1990).

Sergio Rojas & Juan Diego Mojica, **De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana**. (Bogotá, 2014).

Sergio Rojas, **Una simple y sencilla ecuación: el replanteamiento transversal de la responsabilidad civil**. (Bogotá, N.A)

St. Paul, MN. American Law Institute Publishers. **A Concise Restatement of Torts**. (2013). .

Sudipto Bhattacharya, Arnoud W. A. Boot y Anjan V. Thakor, **The Economics of Bank Regulation** (1998).

ⁱ Sobre la estructura genérica de la responsabilidad civil como consecuencia o derivación del principio del *neminem laedere*, es numerosa la doctrina que se puede consultar. Con todo, dentro de los estudios caracterizados por abordar el tema desde una perspectiva contemporánea y a partir de una explicación de su estructura general —a pesar de hacerlo en el marco de la responsabilidad médica—, se pueden consultar los mencionados a continuación: López Mesa, Marcelo (210). *Elementos de la responsabilidad civil*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Biblioteca Jurídica Diké, pp. 241 y ss.; Ataz López, J. (1985). *Los médicos*

y la responsabilidad civil. Madrid: Montecorvo; Asúa González, C. (2003). Responsabilidad civil médica, Tratado de responsabilidad civil. Navarra: Elcano, pp. 1031-1107; Fernández Hierro, J. (2002). Sistema de responsabilidad médica. Granada: Comares; Martínez-Pereda Rodríguez, J. (2002). La responsabilidad en el diagnóstico prenatal, Actualidad del Derecho Sanitario, pp. 1-21; Melenec, L. y Sicard, J. La responsabilité civile du médecin. París: Editions Générales Graphiques; Penneau, J. (1977). La responsabilité médicale. Toulouse: Éditions Sirey.

ⁱⁱ Para otros, sin embargo, esta diferenciación ha perdido vigencia. Es así como el profesor y exmagistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Jaime Arrubla Paucar, considera que "...en realidad la diferencia entre una y otra (responsabilidad delictual y responsabilidad contractual) es más aparente que real y solamente varía el contenido de uno de los elementos que les es común, por ello somos partidarios de la tendencia unicista de la responsabilidad civil..." Arrubla, J. Tensión, balance y proyecciones de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual. En: Solarte, A. (2009). Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Diké. p. 159. Más adelante agrega el doctor Arrubla que "... en la actualidad y desde un punto de vista jurídico, tenemos que no se justifica la dualidad de sistema en cuanto a la responsabilidad. Se dice que tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, tienen la misma esencia..." Ibid., p. 163. Esta tendencia parece también estar ganando algún espacio en la Corte Suprema de Justicia. Vid. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de febrero de 2007. Expediente 23162-31-03-001-1999-00097-01.

ⁱⁱⁱ Es importante anotar que no son estas las únicas denominaciones con que se conocen las dos modalidades de responsabilidad. Por lo tanto, se habla de responsabilidad con culpa y responsabilidad sin culpa. Para este último caso, se usan también expresiones como responsabilidad estricta, al traducir la denominación de la expresión en el derecho anglosajón (strict liability), aun cuando, en estricto sentido, los sistemas de responsabilidad estricta no son homologables a lo que en Colombia conocemos como responsabilidad objetiva.

^{iv} La explicación de Enrique Barros Bourie sobre el origen y evolución de la denominada responsabilidad civil objetiva, estricta o sin culpa, resulta bastante ilustrativa. En términos generales sostiene el mencionado autor que "... la responsabilidad por culpa es atribuida al demandado a condición de que su conducta haya infringido un deber de cuidado. La responsabilidad estricta tiene lugar en el ámbito del riesgo que la ley atribuye a quien desarrolla una cierta actividad. El criterio de imputación de responsabilidad puede ser manejar un cierto tipo de instalación, usar una cosa o realizar una actividad que la ley somete a un estatuto de responsabilidad por riesgo. Lo determinante es que el daño cuya reparación se demanda sea una materialización de ese riesgo que ha justificado el establecimiento de un régimen de responsabilidad estricta. La responsabilidad por culpa tiene un elemento objetivo que la aleja del reproche personal; pero esa objetividad es radicalizada en el caso de la responsabilidad estricta, porque esta ni siquiera requiere que la conducta sea objetivamente reprochable. Lo determinante es que se materialice un riesgo que está bajo el control del responsable. Desde el punto de vista lógico, son claras las diferencias entre los regímenes (puros) de responsabilidad estricta y por culpa. Sin embargo, conviene tener presente, desde luego, que el paso de uno a otro está marcado en la práctica por una transición, más que por un salto discreto ..." (Barros, E. (2007). Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 445).

Una renovada y actualizada perspectiva de la cuestión es la expuesta por Luis Díez Picazo, quien justamente pone de presente el panorama actual de la responsabilidad objetiva y su contraposición a la responsabilidad con culpa. Al respecto, vid. Díez-Picazo, L. (1999). Derecho de daños. Madrid: Civitas, pp. 241-242.

^v Javier Tamayo. Tratado de Responsabilidad Civil. (Medellín, 2007).

^{vi} El profesor español Yzquierdo Tolsada, al abordar el tema de los factores de atribución de responsabilidad, explica que en el régimen objetivo la característica estructural es que no se introduce un análisis de culpa. Refiriéndose al caso concreto de las actividades peligrosas, por vía de ejemplo, sostiene que "... en determinadas actividades peligrosas, ha sucedido en España, como en otros países, que es el propio legislador el que se ocupa de establecer la fórmula de la responsabilidad objetiva o sin culpa: el que sufre el daño como fruto de una actividad dominada por el signo de la responsabilidad objetiva, tiene que ser resarcido, haya habido

o no culpa por parte del que lo causó. Ya no es que se suavice la prueba de la culpa o se desplace sobre el demandado la prueba de la ausencia, es que, simplemente, se prescinde de ella...”. Yzquierdo, M. (2001). Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Madrid: Dykinson, p. 222.

^{vii} Enrique Barros. Tratado de responsabilidad extracontractual. (Santiago de Chile, 2007).

^{viii} Al respecto, puede consultarse su interesante disertación sobre la culpa y la responsabilidad objetiva en la responsabilidad civil, en: (1995). Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Madrid: Cuadernos Civitas, pp. 29-35, que, por lo demás, se refiere también al denominado reverdecimiento de la culpa. Cfr. Rodota, N. (1964). Il problema della responsabilità civile. Milán, pp. 58-71.

^{ix} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto del 2009. Expediente 11001-3103-038-2001-01054-01.

^x Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 20 de septiembre del 2019, Radicado: 73001-31-03-001-2014-00034-01.

^{xi} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de octubre de 1994. Radicado 4311.

^{xii} Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* (Paris, 2013).

^{xiii} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2016, Radicado: 05001-31-03-001-2008-00312-01.

^{xiv} Feliz A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa, *Tratado de la Responsabilidad Civil* (Buenos Aires, 2004)

^{xv} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de diciembre de 2006, Radicado: 2002-00025-01-5005.

^{xvi} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de diciembre de 2006, Radicado: 2002-00025-01.

^{xvii} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de marzo de 1938. Gaceta Judicial. XLVI, pag. 215.

^{xviii} Código Civil colombiano, artículo 1604: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”

^{xix} Paula Ordóñez. Responsabilidad civil por actividades peligrosas (actualidad de las teorías subjetiva y objetiva (Bogotá, 2010).

^{xx} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de diciembre de 2006, Radicado: 2002-00025-01.

^{xxi} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2016, Radicado: 05001-31-03-001-2008-00312-01.

^{xxii} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre del 2020, Radicado: 11001-31-03-028-2006-00466-01

^{xxiii} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2016, Radicado: 05001-31-03-001-2008-00312-01.

^{xxiv} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de mayo del 2019, Radicado: 05001-31-03-009-2009-00447-01

^{xxv} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre del 2020, Radicado: 11001-31-03-028-2006-00466-01.

^{xxvi} Ibid.

^{xxvii} Antonio Paz Sefair. La culpa del consumidor en la responsabilidad financiera y su proyección causal en el daño por fraude electrónico. (Bogotá, 2018)

^{xxviii} Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia 2013-0195. (Exp. N.A)

^{xxix} Sergio Rojas & Juan Diego Mojica, *De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana*, 129 *Vniversitas*, 187-235 (2014). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129>. caio doi:10.11144/Javeriana.VJ129.caio

^{xxx} Ibid.

^{xxxi} St. Paul, MN. American Law Institute Publishers. **A Concise Restatement of Torts**.(2013).

^{xxxii} Ibídem, pp. 143. Véase también Michael S. Moore, **Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals and Methaphysics** (Nueva York, 2009).

^{xxxiii} Patrice Jourdain. **La causalité**. (2014). También véase Mariano Yzquierdo Tolzada. **Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual**. (2001).

^{xxxiv} Ley 1328 de 2009. Artículo 6, Parágrafo 1

^{xxxv} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2006. Radicado: 1997-03001-01

^{xxxvi} Ibid.

^{xxxvii} Kenneth J. Arrow, *Handbook of the Economics of Risk and Uncertainty* (2014).

^{xxxviii} Frente a este tema, el literal k del numeral 4° del artículo 208 del EOSF establece: “Valoración probatoria. Las pruebas se valorarán en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, atendiendo la naturaleza administrativa de la infracción, la índole objetiva de la responsabilidad correspondiente y los propósitos perseguidos por el régimen sancionatorio”.

^{xxxix} Estas aseveraciones de la SFC se encuentran fundamentadas en las obligaciones que le asisten a las entidades vigiladas por la SFC, contenidas en el artículo 7° de la Ley 1328 del 2009, literal q), según el cual dichas entidades están obligadas, entre otros, a “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”.

^{xi} Este es el caso de una serie de sentencias que incluyen: Superintendencia Financiera de Colombia 2013055994, expediente 2013-0325, 25 de noviembre de 2013; Superintendencia Financiera de Colombia 2013085308, expediente 2013-0549, 6 de junio de 2014; Superintendencia Financiera de Colombia 2014035759, expediente 2014-0339, 20 de agosto de 2014.

^{xli} Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia del 31 de julio de 2024. Exp. 2014-1428.

^{xlii} Este es el caso de sentencias tales como: Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia del 20 de noviembre de 2013. Exp. 2013-0211; Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia del 5 de diciembre de 2013. Exp. 2013-0230; Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia del 20 de enero de 2014. Exp. 2014-0425; Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia del 27 de enero de 2014. Exp. 2013-0392; Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia del 13 de julio de 2015 Exp. 2015-0184.

^{xliii} Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia del 20 de abril de 2021. Exp. 2020-3202.

^{xliv} Ibid.

^{xliv} Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia del 25 de enero de 2021. Exp. 2020-0984.

^{xlvi} Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia del 16 de junio de 2021. Rad. 003-2020-00840-01.

^{xlvi} Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia del 2 de septiembre de 2022. Rad. 11001-31-99-003-2020-04273-01.

^{xlvi} Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia del 23 de agosto de 2024. Exp. 2023-4085.

^{xlvi} Ver fallos de la Superintendencia Financiera con los siguientes radicados: 2020-1465, 2023-0377, 2023-0227, 2023-2392, 2022-4876, 2023-0191.

ⁱ Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia del 7 de mayo de 2025. Rad. 110013199003202303703 01.

^{li} Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia del 20 de agosto de 2024. Exp. 2024-2735

^{lii} Ibid,

^{lii} Ibid,

^{liv} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de marzo de 2017. Radicado: 11001-31-03-027-2006-00131-01

^{lv} Ibid,

^{lvi} En sentencia del 19 de junio de 2015 se pronunció la Corte Suprema de Justicia considerando que: “Aunque la jurisprudencia constitucional, a la que se remite la censura para sustentar sus cuestionamientos, en general ha reiterado el criterio atinente al deber que tienen las entidades financieras de informar de manera clara, completa y comprensible a los deudores de créditos de vivienda sobre las modificaciones que se requiera

introducirle a los mismos, y de ser necesario, obtener el consentimiento del obligado, o la autorización mediante decisión judicial para proceder de conformidad, entre otros eventos, en el planteado por el impugnante relativo a que por haberse concedido los créditos en pesos se requería la aceptación del deudor para proceder a su redenominación a UVR; con el fin de evidenciar el dolo denunciado, era indispensable desvirtuar la conclusión fáctica del juzgador de segundo grado consistente en la falta de demostración de que el banco ‘obró en forma dolosa o en abuso de sus derechos subjetivos para acrecentar el valor de la acreencia’, con la cual sustentó la desestimación de la pretensión subsidiaria relativa al pago de la indemnización de perjuicios”.

^{lvii} Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia del 11 de marzo de 2020. Exp. 2019-1973.

^{lviii} Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia del 27 de abril de 2018. Exp. 2017-0743

^{lix} Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia del 4 de abril de 2023. Exp. 2022-4965

^{lx} Al respecto, afirma Rodríguez Azuero: “la ley tiende a consagrar hipótesis que se han denominado como de responsabilidad objetiva, en las cuales, ante el incumplimiento, no es necesario inquirir por la conducta del banco, por lo que algún sector de la doctrina ha advertido que más bien se trata de una presunción de culpa a su cargo. Ahora bien, la inicial severidad de esta teoría parece resultar altamente morigerada ante la evolución que muestra la teoría general de la responsabilidad contractual, pues, en la medida en la que las obligaciones sean de resultado, el efecto práctico viene a ser idéntico”.

^{lxi} Cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de abril de 2019 ha precisado que la responsabilidad por violación al habeas data financiero es contractual, lo que implica que, como regla general, se aplica un régimen de responsabilidad subjetiva y, en consecuencia, debe probarse la culpa. No obstante, en la práctica judicial, el análisis de estos casos suele enfocarse en determinar si la entidad cumplió o no con su deber de reportar a centrales de riesgo información veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. En este contexto, el análisis sobre la culpa, la diligencia y la pericia de la entidad resulta prácticamente marginal, lo que refleja una clara tendencia a utilizar el incumplimiento como criterio de atribución de responsabilidad, acercándose así a un régimen de responsabilidad objetiva.

^{lxii} Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencia del 27 de abril de 2018. Exp. 2017-0743

^{lxiii} Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, numeral 5.1 de la Parte I del Título IV del Capítulo 1 “5.1. Cumplimiento de las órdenes de embargo. Se entiende como un deber de colaboración con la justicia por parte de las entidades vigiladas el cumplimiento inmediato de las órdenes recibidas sobre los bienes y haberes de los clientes, sin que sea posible controvertir u oponerse a su cumplimiento”

^{lxiv} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2016. Radicado: 05001-31-03-001-2008-00312-01,

^{lxv} Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá D.C., Sentencia del 25 de agosto de 2020. Radicado: 1100-10800000820190084801

^{lxvi} Ibid.

^{lxvii} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre del 2020, Radicado: 11001-31-03-028-2006-00466-01

^{lxviii} Ley 1328 de 2009, artículo 7, literal b).

^{lxi} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de abril de 2018. Radicado: 2006-00251-01

^{lxx} Ibid.

^{lxxi} Juzgado Décimo Administrativo de Bucaramanga. Sentencia del 16 de mayo de 2023. Radicado: 6800-13333010201900141 “la entidad demandada BANCO CAJA SOCIAL permitió la apertura de un producto bancario de captación de dineros sin establecer con rigor la identidad de la persona y permitiendo, que bajo la modalidad de suplantación personal se sustrajeran del producto financiero el dinero depositado por persona distinta a su titular. (...) si bien es cierto, la responsabilidad del banco debe ajustarse a una rígida exigencia referida al uso de todas las herramientas y mecanismos necesarios para salvaguardar los dineros en custodia y en el presente proceso se advirtió que la entidad demandada BANCO CAJA SOCIAL no hizo uso de estos elementos, pese a que tanto en la circular 0052 de 2007 y la circular externa 042 de 2012 instaban al uso de mecanismos fuertes de autenticación”