
La culpa del consumidor en la responsabilidad financiera y su proyección causal en el daño por fraude electrónico.

Una mirada a la jurisprudencia de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia*

› ANTONIO PAZ SEFAIR**

RESUMEN. El presente artículo busca, dentro del ámbito de la responsabilidad financiera por fraude electrónico, evidenciar las problemáticas que se presentan si la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia no considera el elemento de la causalidad cuando valora la “culpa de la víctima” como eximente de responsabilidad. Mitigar la responsabilidad que en principio le asiste a la entidad financiera, por un incumplimiento del consumidor que no se estatuye como causa adecuada del daño, supone una depreciación de las garantías jurídicas que cobijan al consumidor en su relación financiera.

* Fecha de recepción: 11 de agosto de 2017. Fecha de aceptación: 30 de abril de 2018. Para citar el artículo: PAZ SEFAIR, A., “La culpa del consumidor en la responsabilidad financiera y su proyección causal en el daño por fraude electrónico”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 35, julio-diciembre de 2018, 261-289. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n35.10>

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Investigador del Departamento de Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Contacto: antonio.paz@uexternado.edu.co

PALABRAS CLAVE: responsabilidad financiera, riesgo propio, “culpa de la víctima”, causa adecuada, fraude electrónico.

Consumer’s Fault in Financial Liability and its Causal Effect on Electronic Fraud Damage. One Look at Case-law Development of Financial Superintendence of Colombia’s Office for Jurisdictional Functions

ABSTRACT. In the specific scene of financial liability because of electronic fraud, the present article tends to show the issues that will appear if Financial Superintendence of Colombia’s Office for Jurisdictional Functions, like sometimes it has done, doesn’t consider causality in the ground for liability exclusion “victim’s fault”. Reduce financial institution’s liability due to consumer’s fault, which is not an adequate cause of damage, lead to a violation of financial consumer’s rights.

KEYWORDS: Special system of financial institutions liability, risk, ground for liability exclusion, “victim’s fault”, adequate cause, electronic fraud.

SUMARIO. Introducción. I. Un régimen especial para la responsabilidad que proviene del desarrollo de la actividad financiera. El lenguaje de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia. II. La percepción de la culpabilidad en el eximente de culpa de la víctima. III. La incidencia causal del hecho de la víctima es requisito para la configuración de este eximente. IV. Resolución de controversias por fraude electrónico. ¿Cómo juzga la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia algunos de estos eventos concretos? Conclusiones. Referencias.

Introducción

El tema de la responsabilidad jurídica adquiere especial relevancia ante el problema de definir cómo y quién ha de soportar los efectos de un daño acaecido, pues tenemos que, tal como lo comenta Fernando Hinestrosa en el prólogo de la obra *El daño*, de Juan Carlos Henao¹, “la vida en sociedad comporta para toda persona un doble riesgo permanente: dañar y ser dañado”. En ese sentido, en el ámbito de la responsabilidad se ha de precisar si la víctima ha de cargar las consecuencias dañosas o se le imputarán a un responsable.

Ahora bien, la responsabilidad se erige para determinar qué es lo justo ante la concreción de un daño y, dado que la justicia es relativa y que el derecho que

1 En HENAO, J. C. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, 13.

pretende su consecución “no es la expresión de una Verdad revelada por Dios o descubierta por la ciencia”², es inane pretender validar una u otra teoría sobre la responsabilidad con pretensión de absoluta veracidad.

Sin embargo, no por esa relatividad que entraña la búsqueda de una respuesta justa al daño perpetrado la responsabilidad civil pierde valor, pues la misma confiere estabilidad social, al definir, con valor jurídico, la que se estima justa corrección del desequilibrio que genera el daño.

Lo anterior sea dicho para exaltar que en cualquier ámbito de proyección de la responsabilidad, incluso en la responsabilidad contractual financiera, la estructuración de los presupuestos que fundamentan el juicio de responsabilidad nunca puede prescindir de la argumentación razonable, que no es dogma.

De esta forma, las disquisiciones teóricas y sus consecuentes resoluciones, sobre por qué se ha de responder y sobre quién debe hacerlo, en el ámbito del daño en el desarrollo de la actividad financiera, también pueden ser discutidas; tan es así que, a manera de ejemplo, se ve que, doctrinariamente, por un lado se defiende la calificación de la responsabilidad financiera como objetiva, mientras que por otro se predica la ineficiencia de este tipo de responsabilidad para resolver casos de fraude electrónico³.

Ahora bien, como este trabajo se centra en el ámbito de la responsabilidad financiera por fraude electrónico⁴, cuyas controversias deben ser resueltas por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, se busca mostrar la visión de esta dependencia para responder al siguiente interrogante: ¿se equivoca la Delegatura en su análisis de la “culpa de

2 SUPIOT, A. *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2007, 32.

3 Dada la extensión del presente escrito, solo se dejan enunciadas estas posiciones sobre la naturaleza de la responsabilidad financiera que dos autores colombianos exhiben. Con respecto a estas dos aproximaciones, para el caso de daños por intervención no autorizada de terceros en canales transaccionales electrónicos puestos a disposición por la banca, cfr. ANAYA, C. P. “Riesgo en las transacciones electrónicas bancarias. Una carga que debe ser asumida por la banca”, *Revista e-Mercatoria*, n.º 1, 2012, disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3206> Allí se comenta, con apoyo en consideraciones jurídicas, que la responsabilidad ha de ser objetiva para el banco, ya que su actividad es de interés público, este es creador de riesgo, obtiene lucro de ello, y además ostenta una posición privilegiada que se analiza bajo criterios de buena fe y equidad. No obstante, en contravía de un favorecimiento de la responsabilidad objetiva financiera en los casos de fraude electrónico, está la posición de ALEJANDRO RODRÍGUEZ ZÁRATE, en “Análisis económico de la responsabilidad bancaria frente a los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional”, en *Vniversitas*, n.º 128, 2014, disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/10176> Allí, en la óptica de un análisis económico, se plantea, en términos de Kaldor-Hicks, la ineficiencia de dicha responsabilidad. Según el autor, como se constata en la página 306 de su artículo, al permitirse la estructuración de una responsabilidad objetiva en los casos de fraude electrónico se afecta la eficiente distribución del riesgo.

4 Se sigue en este artículo la definición de fraude electrónico de Rodríguez Zárate (ob. cit., 290): “conducta desplegada por un tercero ajeno al titular del medio electrónico de pago, no autorizada ni consentida por éste, por conductos electrónicos y que le causa un perjuicio”.

la víctima” como eximente, cuando imputa responsabilidad en casos concretos de fraude electrónico? Y en caso positivo, ¿cuáles son las consecuencias de esa equivocación?

Para dar respuesta a dicho cuestionamiento se plantea este escrito en la forma de cuatro apartes. El primero de ellos muestra la caracterización especial del régimen de responsabilidad financiera que concibe la Delegatura en su desarrollo jurisprudencial desde el año 2012 y hasta el año 2016 (año del último fallo jurisdiccional de la Delegatura, que a la fecha de presentación de este artículo se encuentra disponible para consulta del público en la página web de la Superintendencia Financiera de Colombia); el segundo y tercer aparte presentan un análisis sobre el significado de la “culpa de la víctima” como eximente de responsabilidad, haciendo énfasis en su necesaria configuración como causa del daño, y enfocándose en el análisis de la forma como se materializa; por último, en el cuarto punto se muestran algunas controversias concretas por fraude electrónico sobre las que la Delegatura ha fallado sin una correcta apreciación de la incidencia causal de la “culpa de la víctima”, lo que, se colige en este documento, es una contradicción con los mismos predicamentos de especialidad del régimen de responsabilidad financiera que hace la Delegatura, y esencialmente, es una contribución de este juez al desvanecimiento del derecho del consumidor financiero a recibir productos y servicios con estándares de seguridad y calidad.

I. Un régimen especial para la responsabilidad que deviene del desarrollo de la actividad financiera. El lenguaje de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia⁵

En el ejercicio jurisdiccional que le permiten los artículos 57 de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) y 24 del Código General del Proceso, esta Delegatura ha determinado de manera general la existencia de un régimen especial de responsabilidad en la actividad financiera⁶, para después dar la solución específica a los casos concretos que enjuicia.

5 Los fallos jurisdiccionales de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia tratados en este texto pueden consultarse en: http://biblio.superfinanciera.gov.co/ABCD/superfinanciera/php/buscar_integrada.php?base=juris&cipar=juris&coleccion=af|Fallos%20jurisdiccionales|TM_&Opcion=libre

6 Cfr. Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencias 2012-0069; 2012-0135; 2012-0179; 2013-0009; 2012-0168; 2012-0117; 2013-0015; 2012-0156; 2012-0095; 2012-0100; 2013-0062; 2013-0017; 2013-0067; 2013-0014; 2013-0044; 2013-0176; 2012-0181; 2013-0081; 2013-0155; 2013-0185; 2013-0294; 2013-0226; 2013-0077; 2012-0018; 2012-0080; 2012-0056; 2013-0221; 2013-0240; 2013-0195; 2013-0329; 2013-0357; 2013-0425; 2013-0514; 2013-0392; 2013-0478; 2013-0420; 2013-0402; 2014-0197; 2015-1832; 2015-1823; 2015; 1583; 2015-1596.

Se aprecia así que es necesario entender cuáles son los elementos que definen ese carácter de especialidad de la responsabilidad financiera, puesto que con los mismos hemos de determinar si la Delegatura atribuye el daño por fraude electrónico en consonancia con su planteamiento teórico general.

En consecuencia, se pregunta: ¿por qué, bajo los postulados de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales, es especial el régimen de responsabilidad en la actividad financiera?

Para dar respuesta al interrogante se constata que para la Delegatura, aquella especialidad se traduce en la existencia de deberes contractuales particulares para la entidad financiera, cuya violación compromete su responsabilidad⁷; y también, en la consecuente asunción del riesgo que debe soportar la misma entidad⁸, que,

7 Respecto a la existencia de estos deberes especiales de diligencia y profesionalismo en la actividad financiera, en los fallos 2012-0100, 2012-0018, 2012-0117, 2012-0179, 2012-0056, 2012-0080, 2013-0014, 2013-0044, 2013-0015, 2013-0009, 2013-0067, 2013-0062 y 2012-0069 se encuentra la siguiente mención de la Delegatura: “*Esta especial protección a la actividad financiera, fundada en la confianza pública inmersa en su gestión, exige mayor diligencia y profesionalismo de las entidades que la ejercen*, toda vez que, como prestadoras del servicio, poseen un amplio margen de control de las operaciones, contando con sistemas de información y de transacción de carácter técnico, servicios por los cuales reciben una retribución por parte de los clientes, generando un régimen especial en sus relaciones contractuales” (resaltado fuera del texto original). En el mismo sentido cfr., entre otros, los fallos 2013-0195, 2013-0329, 2013-0221, 2013-0478, 2013-0357, 2013-0514, 2013-0240 (1), 2013-0294, 2013-0176, 2013-0226, 2013-0081, 2013-0185, 2012-0156, 2012-0181, 2013-0155, 2013-0425, 2013-0420, 2012-0168, 2015-1823 y 2015-1596.

Estos deberes especiales que se le exigen a la entidad financiera, a la vez que los que le corresponden al consumidor, los presenta la Delegatura como deberes que se estructuran según aspectos tales como la utilidad que el contrato le reporta, la experiencia, profesionalismo, poder negocial y ubicación en el contrato. Así en sentencias 2013-0488, 2013-0548, 2013-0740, 2013-0723, 2013-0668, 2013-0728, 2015-1578, 2015-1583 y 2015-1596.

8 Se puede advertir que la Delegatura asevera que la asunción del riesgo ha de recaer inicialmente sobre la entidad financiera, por considerarlo un riesgo propio de la actividad. Así las cosas, su discurso teórico se ha fundado en ese sentido.

Frente a esto, expresamente la Delegatura ha dicho: “lo que como ya se explicó, impone *que sea la entidad financiera quien asuma los riesgos propios de su actividad*, especialmente frente a los canales que pone a disposición del consumidor, debiendo garantizar su utilización en condiciones de seguridad”. Sentencia 2012-0117 (resaltado fuera del texto original).

“*Así, si bien estas circunstancias permiten concluir prima facie en este asunto, que la entidad financiera demandada cumplió con los deberes especiales que le son exigibles, ello no excluye su responsabilidad frente a los riesgos inherentes de los diferentes canales* –Internet, banca móvil, cajero automático, etc.– que pone a disposición de sus clientes para el manejo de los productos y servicios ofrecidos, los que como se dijo, nacen de la actividad que presta de manera profesional y masiva, aunado al beneficio correlativo que recibe por la prestación de sus servicios, a menos que acredite el incumplimiento de la demandante o su actuación u omisión culposa”. Sentencias 2013-0425 (resaltado fuera del texto). La sentencia 2013-0420 tiene el mismo aparte literal, solo que agregando al final lo siguiente: “a menos que acredite el incumplimiento de la demandante o su actuación u omisión culposa”.

“En esta medida, es evidente que a pesar de que la entidad financiera convocada cumplió con las condiciones de seguridad y calidad que permitieran disminuir el riesgo en que se encontraba el demandante, las mismas no resultaron suficientes para cumplir con las finalidades que le son propias, y que dejó expuesta el testigo, *riesgo de la actividad financiera que debe asumir la entidad*”.

por lo demás, no desaparece ante el “hecho de tercero”⁹, pero sí es excusable o reducible ante la “culpa de la víctima”¹⁰. Es decir, bajo esta especialidad, los efectos dañosos de la concreción del riesgo los asume el ente financiero, a no ser que pruebe incumplimiento contractual del consumidor, sin que se entienda que el incumplimiento del consumidor releva a la entidad financiera del cumplimiento de sus obligaciones¹¹.

Para esta Delegatura la exigencia de aquellos deberes particulares al ente financiero encuentra fundamento constitucional, toda vez que los mismos son requeridos para salvaguardar el interés público que la actividad financiera comporta (art. 335 de la Constitución Política); y adicionalmente, también hay respaldo de ley para exigir el cumplimiento de tales deberes, pues estos se es-

bancaria, en virtud de la profesionalización de su actividad y la protección especial a la confianza que los clientes han depositado en el sistema”. Sentencia 2012-0018 (resaltado fuera del texto). “De tal manera que dichos mecanismos, *implementados por la entidad para mitigar los riesgos naturales y propios de la actividad que asume* en su ejercicio profesional y de la que consecuentemente se beneficia, no cumplieron los propósitos para los cuales han sido diseñados”. Sentencia 2014-0423 (resaltado fuera del texto).

En igual sentido los fallos de la Delegatura 2012-0092, 2013-0014, 2013-0176, 2012-0181, 2013-0478, 2012-0080, 2012-0179, 2014-0410 y 2015-1583.

- 9 En relación con la inoperancia del hecho de tercero como causal eximente de responsabilidad financiera, cfr. lo dicho por la Delegatura en la sentencia 2013-0402: “Por otra parte, la excepción denominada ‘HECHO DE UN TERCERO’, igualmente está llamada al fracaso, toda vez que *en este especial régimen de responsabilidad el hecho ajeno no releva de responsabilidad a la entidad bancaria, sino por el contrario relleva el incumplimiento de las obligaciones a su cargo*” (resaltado fuera del texto). En el mismo sentido los fallos 2013-0240, 2013-0478, 2013-0081, 2013-0226 y 2013-0155.
- 10 Frente a esto, traemos a colación los siguientes apartes jurisprudenciales de la Delegatura: “*En efecto, para que una entidad financiera sea exonerada de responsabilidad o al menos se verifique una concurrencia de culpas, es necesario que acredite que el demandante actuó culposamente*, con descuido o negligentemente, al desatender sus obligaciones contractuales, como sería el omitir las recomendaciones de seguridad para el manejo de los diferentes canales transaccionales puestos a su disposición, exponiendo la confidencialidad de su clave o NIP”. Sentencia 2012-0018 (resaltado fuera del texto).
 “... luego si, como se explicó al inicio de esta providencia, quien pone a disposición del consumidor financiero los medios tecnológicos para el retiro de los dineros que le han sido entregados en razón de la confianza, es la misma entidad financiera, *es a ella a quien le corresponde acreditar la negligencia o proceder culposo de la cuentahabiente* frente al deber contractual de custodia, guarda y seguridad que debe tener respecto de la tarjeta débito asignada para el manejo de la cuenta de ahorros”. Sentencia 2012-0080 (resaltado fuera del texto).
 “... en tal medida, *concernía a la pasiva acreditar dentro del presente proceso, de un lado, el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas, y de otro, que 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 las operaciones que por vía jurisdiccional reclama o que simplemente el perjuicio reclamado no existe”. Sentencia 2013-0195 (resaltado fuera del texto).
 Aduciendo el mismo dictamen de posibilidad de exoneración o mengua de responsabilidad financiera con la prueba de culpa del consumidor financiero, cfr. los fallos de la Delegatura 2012-0179, 2013-0240, 2013-0221 (1), 2013-0357, 2013-0014, 2013-0009, 2013-0044, 2013-0176, 2013-0185, 2013-0425, 2013-0392, 2013-0420, 2012-0181, 2014-0197, 2015-1832, 2015-1578, 2015-1583.
- 11 Cfr. al respecto, p. ej., las sentencias de la Delegatura 2015-2157, 2016-0052, 2016-0154, 2015-1808.

estructuran para hacer cierto el derecho de los consumidores financieros a recibir productos y servicios con estándares de seguridad y calidad (art. 5 lit. a Ley 1328 de 2009)¹².

Es así que las finalidades perseguidas con esos deberes especiales también sirven de sustento para atribuir la asunción inicial del riesgo a la entidad financiera, más aún si se considera que la actividad financiera es una actividad profesional y de desarrollo masivo, que reporta beneficios relacionados con su desarrollo¹³.

Pero como se expuso antes, para la Delegatura, esta asunción del riesgo no lleva consigo una atribución absoluta de responsabilidad para la entidad financiera, porque la valoración del cumplimiento o no de los deberes del consumidor financiero, puede hacer desaparecer o menguar la misma, pero sin que ocurra esto por la inserción de cláusulas abusivas que exoneren o atenúen la responsabilidad de estas entidades¹⁴.

Se puede decir a su vez que aquella especialidad que cobija el régimen de responsabilidad financiera también la ha señalado la Delegatura, de la mano de soportes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia¹⁵.

12 Cfr. Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencias, 2012-0018, 2012-0179, 2012-0080, 2012-0056, 2012-0117, 2013-0195, 2013-0478, 2013-0329, 2013-0357, 2013-0240 (1), 2013-0176, 2013-0015, 2013-0294, 2013-0081, 2013-0226, 2013-0185, 2013-0601, 2013-0723, 2014-0056, 2015-1578, 2015-2157 y 2016-0154. Dice también la Delegatura, en las sentencias 2013-0548, 2013-0728, 2014-0265 y 2014-0246: “En torno al estándar de conducta propio de las entidades financieras, la ejecución de las operaciones que les corresponden debe estar precedida y acompañada por un conjunto de medidas tuitivas, de precaución e información dispuestas para salvaguardar el interés público que la actividad financiera comporta (artículo 335 Constitución Política), medidas exigibles en el ámbito contractual por virtud de lo establecido en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 y la Ley 1328 de 2009. *Tales medidas son correlato del derecho de los usuarios a recibir productos y servicios con estándares de seguridad y calidad (literales a del artículo 5.º y b del artículo 7.º de la Ley 1328 de 2009)*” (resaltado fuera del texto).

En igual sentido, las sentencias 2014-0410, 2015-2209 y 2015-1583, sin la alusión expresa a la especialidad del régimen, y la sentencia 2015-1596, que sí menciona expresamente el régimen particular de responsabilidad financiera.

13 Cfr. Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencias 2012-0080, 2012-0056, 2013-0195, 2013-0009, 2013-0044 y 2013-0062.

14 En sentencias de la Delegatura como las 2015-1452, 2015-2157, 2016-0052, 2016-0154, 2015-1674, 2015-1578, 2015-2209, 2015-1875, 2016-0143, 2015-1583, 2016-0343 y 2015-1808, entre otras, se estructura como una negación indefinida el decir del consumidor financiero de que él no fue el causante del daño; y por tanto, es la entidad financiera la que debe probar el incumplimiento contractual de este.

15 Así las cosas, la Delegatura en repetidas ocasiones ha expuesto apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, rad. 2010-00320-00, de 11 de marzo de 2010, M.P.: Arturo Solarte Rodríguez, donde se determina que la responsabilidad financiera está cobijada por un especial régimen de responsabilidad civil, apoyado en el carácter de profesional de la entidad financiera, en los especiales deberes de diligencia que surgen a cargo de esta y en la administración del riesgo que dichas entidades deben asumir. Sin embargo, en esta sentencia también se hace patente que esta responsabilidad no es absoluta. Cfr. sentencias de la Delegatura 2012-0080, 2012-0056, 2013-0195, 2013-0014, 2013-0044, 2013-0081, 2013-0062, 2012-0181, 2012-0117, 2012-0179,

Por último, es relevante advertir cómo, en teoría¹⁶, y en algunas oportunidades, la Delegatura no prescinde del principio de buena fe¹⁷ en su acepción integradora del contrato, a la luz de la mención que hace de los artículos 871 c.co. y 1603 c.c.

Con lo dicho se procede a observar si la Delegatura, en casos específicos, ha atribuido de forma válida la responsabilidad financiera, en el sentido de conservar coherencia y compatibilidad con sus propios lineamientos de especialidad; y más precisamente, en el sentido de un correcto análisis de la culpa de la víctima, para el planteamiento de la exención, total o parcial, de la entidad financiera.

Para ello, se examina en un primer aparte si la culpa en toda su entidad (parámetro de diligencia con capacidad de reflexión del sujeto¹⁸) interesa a efectos del desarrollo exceptivo de la culpa de la víctima, o si más bien, para configurar este eximente de culpa de la víctima no se toma en cuenta la culpa en el hecho.

Más adelante se trata lo referente a la causalidad en la culpa de la víctima; y finalmente, se presentan algunos fallos que muestren cómo la Delegatura, de forma desacertada, atribuye responsabilidad financiera en casos concretos de fraude electrónico.

-
- 2013-0478, 2013-0014, 2013-0009, 2013-0015, 2013-0176, 2013-0294, 2013-0425, 2013-0077, 2013-0420, 2013-0155, 2014-1009 y 2015-1832.
- 16 Cfr. Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencias, 2012-0018, 2013-0221, 2013-0195, 2013-0329, 2013-0357, 2013-0240 (1), 2013-0176, 2013-0081, 2013-0185, 2013-0402 y 2014-0311.
Se dice que en teoría, porque se considera que el principio de buena fe, entendiéndolo en su acepción integradora y correctora del contrato, según lo presentado por Édgar Cortés en *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano* (2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, 65-68, y ver nota 17 de este texto), ha de llevar a entender que es la entidad financiera la real garante del riesgo que deviene de su actividad; y por ello, contrariando este principio, la Delegatura ha trasladado ese riesgo al consumidor financiero, cuando exige total o parcialmente de responsabilidad a la entidad financiera por un incumplimiento de los deberes contractuales del consumidor que no se demuestra ser causa del daño.
- 17 Al respecto, CORTÉS (ob. cit., 65-68) señala a la buena fe objetiva una función correctora, para que no se erija simplemente en una traslación al contrato de deberes de comportamiento accesorios, que a veces ya están incluidos por el texto legal, sino que también sirva para ser “el metro elástico de valoración *a posteriori* del comportamiento de las partes, [...] contener [conteniendo] las consecuencias del *strictum ius*, al tratar de conciliar los intereses en conflicto de las partes, según las características particulares del caso concreto”.
- 18 MANTILLA ESPINOSA, F. y TERNERA BARRIOS, F. “La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, 2004. n.º 33, 53-70; MANTILLA ESPINOSA, F. “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano”, en *Revista Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín. 2007, n.º 11, 131-150, disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302007000100008

II. La percepción de la culpabilidad en el eximente de culpa de la víctima

Se mostró que la Delegatura en varios fallos¹⁹ hace referencia a la posibilidad que tiene la entidad financiera de probar culpa del consumidor, para eximir o reducir la responsabilidad que en principio le asiste; lo que demostraría que, para esta Delegatura, la culpa, por lo menos en el sentido de violación negligente de un deber contractual²⁰, sí es relevante para fundar la causal de exención “culpa de la víctima”.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias sobre responsabilidad extracontractual²¹ y contractual²², no halla en la culpa una exigencia para poder estructurar la “culpa de la víctima”, sino que ve como necesaria la determinación causal del comportamiento de la víctima en la realización del daño, independientemente del aspecto de culpabilidad²³.

-
- 19 P. ej., en las sentencias 2012-0179, 2013-0240, 2013-0221 (1), 2013-0357, 2013-0014, 2013-0009, 2013-0044, 2013-0176, 2013-0185, 2013-0425, 2013-0392, 2013-0420, 2012-0080, 2012-0181, 2013-0195, 2015-1832, 2015-1578 y 2015-1583.
- 20 Como se muestra en CORTÉS (ob. cit., 85), tal como lo sostiene Riccardo Cardilli, entender a la culpa y la diligencia como dos caras de una misma moneda es una interpretación moderna, pues en el significado inicial de culpa “el modelo de hombre diligente era sólo uno de los instrumentos que permitían al juez identificar la culpa”.
Sobre nuevas perspectivas en el campo de la responsabilidad civil, y entre ellas el tendiente abandono del modelo tradicional del buen padre de familia, cfr. LANNI, S., “La reelaboración de la responsabilidad civil: nuevos códigos civiles y diálogo euro- latinoamericano”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 2013, n.º 25. 219-234, disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3601/3779>
- 21 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 25290 31 03 002 2010 00111 01, 26 de abril de 2016, M.P.: Margarita Cabello Blanco; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 66001-3103 003 2005 00024 01, 25 de mayo de 2011, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 76622-3103-001-2009-00201-01, 28 de abril de 2014, M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda.
- 22 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 11001-3103-008-1989-00042-01, 16 de diciembre de 2010, M.P.: Arturo Solarte Rodríguez; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 1100131030092003-00526-01, 3 de agosto de 2012, M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 47001 31 03 002 2002 00068 01, 23 de septiembre de 2014, M.P.: Margarita Cabello Blanco.
- 23 Repárese en cómo el argentino RAMÓN DANIEL PIZARRO (en *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2006, 249) defiende la idea de que el solo hecho de la víctima, sea culpable o no, y que sea causa adecuada, vale para configurar el eximente de “hecho de la víctima” o “culpa de la víctima”.
Puede traerse a colación asimismo que FÉLIX A. TRIGO y MARCELO J. LÓPEZ, en *Tratado de la responsabilidad civil*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2004, 879-880, también sientan la posibilidad de verificación del eximente de culpa de la víctima, por su connotación de causa del daño, sin importar si es culpable o no.

A su turno, Héctor Patiño²⁴ afirma que la “culpa de la víctima” en el ámbito colombiano, como causal de exoneración de responsabilidad, no necesita de la verificación de un comportamiento culpable de la víctima.

Y siguiendo esta línea, las reflexiones de la Corte Suprema de Justicia: en sentencia de cas. civ. n.º 11001-3103-008-1989-00042-0, resultan pertinentes para mostrar que la culpa, en el lado de la víctima, incluye hasta las actuaciones propiamente no culposas:

Esta reflexión ha conducido a considerar, en acercamiento de las dos posturas, que la “culpa de la ‘víctima’” corresponde –más precisamente– a un conjunto heterogéneo de supuestos de ‘hecho’, *en los que se incluyen no sólo comportamientos culpables en sentido estricto, sino también actuaciones anómalas o irregulares del perjudicado que interfieren causalmente en la producción del daño*, con lo que se logra explicar, de manera general, que la norma consagrada en el artículo 2357 del Código Civil, aun cuando allí se aluda a “imprudencia” de la ‘víctima’, pueda ser aplicable a la conducta de aquellos llamados inimputables porque no son “capaces de cometer delito o culpa” (art. 2346 *ibídem*) o a comportamientos de los que la propia ‘víctima’ no es consciente o en los que no hay posibilidad de hacer reproche alguno a su actuación (*v.gr.*, aquel que sufre un desmayo, un desvanecimiento o un tropiezo y como consecuencia sufre el daño) (resaltado fuera del texto original).

No obstante ello, lo cierto es que la Delegatura sí considera necesario el comportamiento culpable de la víctima, entendido como un incumplimiento de los deberes contractuales del consumidor financiero²⁵.

24 PATIÑO, H. “Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 14, 2008, 208, disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/555>

25 En torno del tema de la responsabilidad contractual, cfr. HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, 1, 3.ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, 57, 113 y 241, quien dice que la responsabilidad contractual es aquella concreta, “derivada del incumplimiento de una obligación”, exponiendo que la obligación recae esencialmente en su objeto: “deber de conducta determinada a cargo del deudor y en beneficio del acreedor, técnicamente denominado prestación”, sin que pueda obviarse la perspectiva solidaria de la obligación, que imponen los deberes de buena fe, como contenido común de toda obligación. Siguiendo la idea de una obligación preexistente, Cortés, *ob. cit.*, 33 y 48, indica que este tipo de responsabilidad supone la existencia de un vínculo previo entre el causante del perjuicio y la víctima, que alude a una “asunción voluntaria de una obligación determinada”, teniendo que es ese “vínculo como tal, el efecto negocial en sentido estricto”.

Desarrollar la responsabilidad contractual bajo una visión de existencia de vinculación previa es importante, porque da paso al entendimiento de una responsabilidad contractual como una responsabilidad de relación, donde la misma se estructura más allá del incumplimiento de una prestación, y tiene lugar también si hay incumplimiento de los deberes que se desprenden *ex lege* de la misma relación; en otras palabras, las expresas de Castronovo, la responsabilidad relacional como “efecto de la violación del carácter relacional”: en “La relación como categoría esencial de la obligación y de la responsabilidad contractual”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad

Pero como el incumplimiento de esos deberes no puede implicar un desconocimiento de los derechos que le asisten al consumidor financiero (art. 6 par. 1 Ley 1328 de 2009) –entre ellos, el derecho a recibir productos y servicios con estándares de seguridad y calidad (art. 5 lit. a Ley 1328 de 2009)–, ello exige un estudio exhaustivo (que no se hace acá por desbordar el principal objeto de este trabajo), donde se analice si el adecuar en cabeza del consumidor esos deberes deviene de una omisión de la entidad financiera en la debida seguridad que se le exige, lo que en tal caso significaría un quebranto del correlativo derecho del consumidor financiero a la seguridad, y a su vez la traslación al consumidor del riesgo que en principio le corresponde a la entidad financiera.

Lo anterior es de gran importancia, porque si se comprueba que el otorgamiento de un determinado deber contractual a un consumidor responde a que la entidad financiera no emplea todas las medidas de seguridad que le es posible emplear, es fácil llegar a la conclusión de que, cuando la Delegatura exime de responsabilidad de manera total o parcial a la entidad financiera, por un incumplimiento de ese deber del consumidor, está erradamente favoreciendo la culpa de la entidad financiera.

Entonces, en este punto, para analizar si la Delegatura ha juzgado válida y ponderadamente los deberes que son reclamables al consumidor, es menester que el razonamiento que se desarrolle incluya las consideraciones sobre la naturaleza del contrato financiero, las finalidades de los deberes especiales que le asisten a la entidad financiera, su posición de experta y profesional²⁶, el derecho del consumidor financiero a recibir productos y servicios con estándares de seguridad y calidad, todo a la luz del principio de la buena fe; además de aquellas consideraciones de experticia técnica en sistemas de seguridad informática, que antes llamamos a explorar en aras de develar si la entidad financiera está encubriendo falta de diligencia en la seguridad de sus productos, al imponer al consumidor los mentados deberes²⁷; porque de esta forma se entenderá que es

Externado de Colombia, n.º 23, 2012 35-52, disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3302/3449>

26 Cfr. ARIZA FORTICH, A. “El factor de imputación de la responsabilidad profesional en la doctrina moderna”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte (Barranquilla), n.º 34, 2010, 306-342, disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n34/n34a12.pdf>

27 Valga traer a colación lo que INDIRA DÍAZ LINDAO (en “Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 23, 2012, 159-161, disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3306>) dice del derecho francés, en el sentido de que, para hacer recaer en el deudor profesional ciertos efectos, como la invalidez de cláusulas de limitación de responsabilidad, se habla de una presunción de culpa grave en “las faltas en las que incurre un profesional como el banquero, el abogado o el médico”; es decir, una culpa objetivada como grave. Interesante también es, como se ve en CORTÉS, ob. cit., 129, la imputación de culpa grave que se hace por el llamado *incumplimiento esencial o fundamental*, “de tal forma que es el carácter particularmente estricto de la obligación lo que conduce a hablar de una culpa

la entidad financiera la que debe procurar los “esfuerzos mayores por controlar y evitar que los riesgos de uso indebido en efecto ocurran”²⁸.

Por esta vía, se dice acá que uno de los requerimientos insoslayables para enjuiciar, en el caso concreto, si hay una correcta atribución de responsabilidad financiera por parte de la Delegatura, radica en determinar si la atribución del incumplimiento de ese deber contractual por parte del consumidor financiero está o no encubriendo una culpa de mayor entidad del ente financiero, que al no actuar en concordancia con su experticia para prevenir el riesgo, está llevando al consumidor a asumir deberes que no tendría que asumir si la entidad financiera fuera diligente y actuara de buena fe.

Si se constata que a la entidad financiera le es posible observar superiores parámetros de seguridad que los que actualmente emplea, y la Delegatura respalda esa omisión, se estaría permitiendo con ello la radicación en el consumidor de deberes que no tendría si la entidad fuera diligente; y por eso se estaría llegando al supuesto equivocado de que si ese consumidor incumple esos deberes, incurriría en “culpa” en la producción del daño, cuando en realidad esta supuesta culpa encubre una culpa mayor de la entidad financiera.

A modo de ejemplo, si se le endilga al consumidor financiero el deber de cambiar habitualmente sus claves de identificación virtual, ¿esto no podría evidenciar un encubrimiento de las falencias de diligencia de la entidad financiera?, ¿no puede esta adoptar mecanismos de seguridad que salven al consumidor de la atribución de este deber?, ¿no existe, por ejemplo, el dispositivo de seguridad token?, ¿hay diligencia de las entidades financieras en la provisión de estos dispositivos u otros?

De lo anterior se desprende que la pregunta que debe hacerse en este marco, bajo las características singulares del caso concreto, es esta: ¿la imposición de determinados deberes contractuales al consumidor hace nugatoria la posición de especial diligencia que corresponde al ente financiero en el desarrollo de su actividad, y a su vez los derechos que tienen los consumidores financieros de recibir productos y servicios con estándares de seguridad y calidad?

Frente a este aspecto conviene mencionar que los parámetros de seguridad que debe emplear la entidad financiera, enunciados en el capítulo XII del título I de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera de Colombia, se han divisado por la misma Superintendencia, en Concepto 2011062919-001 de 6 de septiembre de 2011, como “requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones, sin que sea exigible

grave, y así ella se presentará si existe entre tal expectativa y el comportamiento del deudor una brecha tal que hace aparecer al contrato como carente de toda sustancia”.

28 ANAYA SAADE, C., “Riesgo en las transacciones electrónicas bancarias. Una carga que debe ser asumida por la banca”, *Revista e-Mercatoria*, n.º 1, 2012, 317, disponible en: <http://revistas.uex-ternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3206/3332>

la aplicación de modelos tecnológicos, desarrollos o soluciones específicas; en virtud del principio de neutralidad tecnológica”; con lo que tenemos que no hay obligatoriedad frente al acogimiento de un modelo tecnológico específico para dotar de seguridad a los canales puestos a disposición del cliente financiero.

Sin embargo, el objetivo que se persigue con la prescripción de estas medidas es certero y claro: “prestar los servicios y manejar la información en condiciones de seguridad y calidad”²⁹; por esta razón, a pesar de no darse ese mandato para la adopción de un modelo tecnológico específico, la entidad financiera sí debe emplear toda la diligencia que le sea posible para alcanzar aquella finalidad de seguridad.

En este orden de ideas, la misma Delegatura ha señalado que no se exige a la entidad financiera de adoptar medidas de seguridad adicionales a las mínimas establecidas³⁰.

De otra parte, en fallo 2013-0402 de esta Delegatura, al igual que en otros, se reseña la obligación del consumidor financiero de impedir el contacto de terceros con su tarjeta, y de no autorizarles acceso en el momento de realizar operaciones con la misma; deberes que sí resultan entendibles, y con los cuales no se encubre un traslado de las garantías de seguridad que debe asumir la entidad financiera.

No obstante, la disertación que debe hacer la Delegatura para enjuiciar la responsabilidad financiera en los casos que recibe, no puede suponer un análisis llano sobre si alguno de los deberes contractuales atribuidos al consumidor encubre la culpa de la entidad financiera, puesto que se ha de valer de peritajes que den cuenta técnica y real de ello.

Ahora bien, se equivoca la Delegatura cuando solo valora la existencia de una actuación culposa del consumidor financiero, porque en realidad la culpa de la víctima es elemento de ruptura total o parcial del nexo causal que vincula al presunto sindicado con el daño³¹. Por eso lo que la Delegatura debe analizar respecto al comportamiento del consumidor para atribuir la concurrencia de culpas o eximir de responsabilidad a la entidad financiera, son las implicaciones causales de ese comportamiento en la producción del daño.

29 Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Básica Jurídica (C.E. 029/14), cap. 1, tít. II, disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/10083444>

30 Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencias 2013-0221 (1), 2013-0478, 2013-0357, 2013-0081, 2013-0294, 2013-0226, 2013-0425, 2013-0077, 2013-0420, 2012-0181, 2013-0155, 2014-0423, 2014-0197, 2014-1009, 2015-2209, 2015-1583, 2016-0343, entre otras.

31 PARIÑO, H. “Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 14, 2008, 193-217; PIZARRO, R. *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2006.

Veamos primero unas consideraciones sobre el aspecto causal de la culpa de la víctima, para después mostrar cómo, equivocadamente, la Delegatura, en algunos de sus fallos, ha tratado este elemento de la causa.

III. La incidencia causal del hecho de la víctima es requisito para la configuración de este eximente

Es oportuno hacer otro tipo de reflexiones sobre lo que supone la existencia de culpa de la víctima o del consumidor financiero, como causal de exoneración de la responsabilidad financiera; en efecto, vista la misma como elemento de disolución del nexo de causalidad, y teniendo en cuenta que la adecuación en la causa es requisito para su configuración³², sería el caso de analizar si en los fallos de la Delegatura se exime o se mengua la responsabilidad de la entidad financiera en atención a un incumplimiento contractual del consumidor financiero, que además sea causa adecuada del daño.

De otra parte, coincidiendo con algo sostenido con anterioridad³³, hay que señalar que el papel del consumidor financiero no puede ser más que el de mero colaborador en la mitigación del riesgo, y por tanto no se le puede ver como quien tiene la carga de erradicación del mismo. A esta conclusión también se llega por las consideraciones de la Delegatura antes expuestas, en el sentido de que la garantía del riesgo le corresponde a la entidad financiera, por ser este un riesgo propio de su actividad.

Así las cosas, corresponde considerar algunos fallos de la Delegatura en los que erradamente le hace asumir responsabilidad al consumidor, aun cuando no se prueba que su actuación “negligente” contribuye causalmente en la producción del daño.

Por consiguiente, si la Delegatura ha imputado una concurrencia de culpas o una exención de responsabilidad de la entidad financiera bajo dicha lógica, es cuestionable la atribución de responsabilidad, al no incorporar dentro de su fundamentación el elemento indispensable de la causalidad. ¿Cómo podría pensarse que es justo y válido liberar total o parcialmente de responsabilidad a la entidad financiera cuando el actuar del consumidor financiero que se reprocha no es causa del daño?

Es que la consagración de la eximente de la culpa de la víctima tiene el propósito de salvar la inequidad que se daría si se obligara al virtualmente responsable a reparar efectos a los que no ha dado lugar, pero sería igualmente

32 PIZARRO, ob. cit., 235.

33 CORREDOR HIGUERA, J. y PAZ SEFAIR, A. “Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia”, *Entramado*, 2 (1), 2016, 174-200, disponible en: http://www.scielo.org.co/sciELO.php?pid=S1900-38032016000100013&script=sci_abstract&tlng=es

inequitativo eximirlo de reparar las consecuencias dañosas a las que sí dio lugar, y en las que la culpa de la víctima no tiene ninguna injerencia causal.

Es claro que el análisis de la causalidad en la responsabilidad civil no es un tema fácil, y por eso la existencia de distintas teorías que han buscado la respuesta a cómo debe establecerse (teorías de la equivalencia de condiciones, de la causa próxima, de la causa eficiente, de la causalidad adecuada, etc.)³⁴; sin embargo, como en la jurisprudencia civil de la Corte Suprema de Justicia el criterio preponderante ha sido el de la causalidad adecuada, este es el que se utilizamos para analizar la importancia causal que el incumplimiento contractual del consumidor financiero debe tener para poder argüir un hecho de la víctima³⁵.

No sobra entonces traer a colación lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia sobre el nexo causal³⁶:

Y hoy, con la adopción de un criterio de razonabilidad que deja al investigador un gran espacio, con la precisión que más adelante se hará cuando de asuntos técnicos se trata, *se asume que de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más “adecuado”, el más idóneo para producir el resultado*, atendidas por lo demás las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo.

[...] el criterio que se expone y que la Corte acoge, da a entender que en la indagación que se haga –obviamente luego de ocurrido el daño (la amputación de la pierna)– debe realizarse una ‘prognosis’ que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, *se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud.*

34 Cfr., para el caso colombiano, TAMAYO JARAMILLO, J., *Tratado de responsabilidad Civil*, t. 1, 2.ª ed., Bogotá, Legis, 2007, 374-394; ROJAS QUINONES, S. y MOJICA RESTREPO, J., “De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana”, en *Vniversitas*, n.º 129, 2014, 187-235, disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/11949/9784>

35 En adelante utilizaremos indistintamente las expresiones hecho de la víctima y culpa de la víctima, toda vez que las consideraciones que ya hicimos, sobre la culpabilidad en este eximente, en este punto no resultan relevantes, ya que lo que se analiza es la causalidad.

36 Sala de Casación Civil. Exp. 6878, 26 de septiembre de 2002, M.P.: Jorge Santos Ballesteros.

Sin embargo, cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia –no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquellos que la practican– y que a fin de cuentas dan, con carácter general, las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa (resaltado fuera del texto original)³⁷.

De esta forma, bajo el postulado de distinción entre causalidad de hecho y causalidad de derecho³⁸, causalidad e imputación objetiva³⁹, indagación causal y evaluación de eficiencia causal⁴⁰, lo apropiado sería leer la causalidad del actuar del consumidor financiero (hecho u omisión), en caso de daño por fraude electrónico, primero en términos naturales, bajo las premisas de la condición *sine qua non* (equivalencia de condiciones)⁴¹; y después, solo si su incumplimiento es causa adecuada para estructurar la relación jurídica causa-daño, se podría acoger este como jurídicamente relevante para imputar el daño: en concurrencia con la enti-

37 En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 11001-3103-037-2000-67300-01, 15 de enero de 2008, M.P.: Edgardo Villamil Portilla; exp. C-0500131030092002-00445-01, 6 de septiembre de 2011, M.P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar; exp. 11001-3103-003-2001-01402-01, 28 de mayo de 2012, M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda; exp. 08001-31-03-006-2009-00022-01, 10 de mayo de 2016, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

38 ROJAS QUIÑONES y MOJICA RESTREPO, ob. cit., 216-218. Estos autores, en la página 214, señalan que la teoría de la causalidad adecuada, acogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, ha sido mal entendida como criterio de causalidad “fáctica o natural, y no como una *forma de imputación o selección de causas* [...] lo que ha conducido a que, en ocasiones, lleve a resultados inverosímiles o contraintuitivos” (resaltado fuera del texto original). Cfr., en ese sentido, RAMÓN PIZARRO, ob. cit., 99: “No es, en verdad, como bien se ha dicho, una genuina teoría causal, en tanto no luce orientada a determinar si un elemento de hecho es la causa de un resultado. Su finalidad es más específica: establecer si determinados hechos deben ser considerados relevantes, desde una perspectiva jurídica, para formular la imputación de sus consecuencias a una determinada persona” (resaltado fuera del texto original).

Por lo dicho, ROJAS y MOJICA (ob. cit., 218) plantean que el estudio de la causalidad requiere de dos fases, una de análisis de causalidad en términos naturales, conforme a la regla *sine qua non*, y la otra de análisis de causalidad en términos jurídicos, según la causalidad adecuada.

39 PREVOT, J. “El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15, 2010, 143-178, disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-80722010000200005

40 TRIGO REPRESAS, F. y LÓPEZ MESA, M. *Tratado de la responsabilidad civil*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2004, 616.

41 Puesto que la teoría de la equivalencia de condiciones se muestra como la más apta para descubrir las causas de un daño, en términos naturales o físicos. Así también en ROJAS y MOJICA, ob. cit., y en TAMAYO JARAMILLO, ob. cit.

dad, o exclusivamente; lo que significa efectuar la llamada imputación objetiva⁴² (en el lado del consumidor), con base en el criterio de la causalidad adecuada.

Sin embargo, tratándose de un contexto especializado, esa lectura del incumplimiento del consumidor financiero como causa del daño por fraude electrónico, por medio de los parámetros de la causalidad adecuada, que tienden a evidenciar los hechos u omisiones que pueden generar con grandes probabilidades el resultado que se reprueba, no debe sustentarse solo en las máximas de la experiencia, sino que también debe justificarse en las consideraciones de la ciencia y de la técnica.

Para no caer en juicios especulativos, por más seductor que parezca atribuir el título de causa adecuada de un daño por fraude electrónico a una serie de conductas del consumidor financiero, a saber: que no cambie con regularidad sus claves, que realice operaciones desde un sitio público como un café internet o que no tenga debidamente actualizados los sistemas antivirus de su computador, es necesario que la Delegatura constate, con apoyo de estudios técnicos, la idoneidad efectiva de dichos incumplimientos para producir el daño; porque de lo contrario, la configuración del hecho de la víctima resultaría meramente imaginativa.

Por lo demás, si hay sentencias de la Delegatura en las que ella misma señala que el hecho del consumidor financiero no es causa del daño, pero atribuya la responsabilidad de forma concurrente con la entidad financiera, el vicio en la atribución de responsabilidad es aún más evidente, porque el comportamiento del consumidor ni siquiera es causa fáctica del daño.

Corresponde decir asimismo que se debe ser muy cuidadoso a la hora de determinar si el incumplimiento contractual del consumidor financiero es causa necesaria y adecuada del daño, porque no se pueden desentender las premisas que hacen especial el régimen de responsabilidad en la actividad financiera, para no hacer inane el predicamento de que la entidad financiera asume el riesgo que es inherente a su actividad.

Lo anterior puesto que si el juez, en juicio de responsabilidad, declara la exención total o parcial de la entidad financiera, por un hecho del consumidor que no es idóneo para la causación de un daño por fraude electrónico, se estaría sustrayendo de todos los rasgos que confluyen a identificar la especialidad de la actividad financiera: la posición de experta de la entidad, el beneficio que esta percibe en el desarrollo de su actividad, la confianza colectiva de que goza por parte de todos los consumidores, los derechos de estos a recibir productos y ser-

42 Cfr. ROJAS QUIÑONES, S. y MOJICA RESTREPO, J., “De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana”, en *Vniversitas*, n.º 129, 2014, 187-235; PREVOT, J., “El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15, 2010, 143-178.

vicios con estándares de seguridad y calidad, los deberes especiales de diligencia de la entidad, y la existencia de un riesgo que es propio de la actividad financiera.

¿Cuál sería la utilidad de manifestar que existe esa especialidad, si el consumidor financiero puede quedar desamparado, debiendo soportar en todo, o en parte, las consecuencias dañosas por la concreción del riesgo de una actividad que profesionalmente es desarrollada por otro, y que además no han sido producto de su actuar? Ninguna.

De esa manera se estaría encubriendo una falta de diligencia de la entidad financiera, o un traslado de la responsabilidad que le corresponde a la misma, cuando el juez pregone culpa del consumidor financiero aun cuando esta no tenga la potencialidad en términos de causalidad adecuada para generar el daño; y además, se estaría llegando al mismo efecto de traslado si se olvida que ni la atribución de responsabilidad ni la atribución del riesgo financiero pueden prescindir de la especialidad del régimen de responsabilidad financiera, la buena fe y la equidad, la cual por medio de la regla *commodum-incommodum*⁴³ hace ver a la entidad financiera como la garante del riesgo por fraude electrónico, toda vez que es esta la que reporta lucro con su actividad, es esta la que diseña la estructura de sus costos –algunos de los cuales son solventados por el consumidor en la forma de comisiones–, es esta quien conoce con mayor exactitud los riesgos propios de su actividad, y es esta la que sabe con precisión las medidas que puede tomar para prevenirlo; medidas que, repetimos, no pueden depender del comportamiento del consumidor financiero, porque el que este incumpla sus prácticas de protección propia no da pie a que la entidad desconozca sus obligaciones de diligencia especial (art. 6 par. 1 Ley 1328 de 2009).

Pasamos ahora a observar, bajo el prisma de la causalidad en el eximente de culpa o hecho de la víctima, la manera como la Delegatura ha fallado algunos casos concretos de fraude electrónico.

IV. Resolución de controversias por fraude electrónico. ¿Cómo juzga la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia algunos de estos eventos concretos?

Ya hicimos en el anterior apartado algunas reflexiones sobre el papel que desempeña la causalidad en el hecho de la víctima; sin embargo, repetimos aquí, por su importancia, la calificación⁴⁴ del incumplimiento del consumidor financiero

43 Dice MARTHA LUCÍA NEME (“Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida”, en *Revista de Derecho Privado*, n.º 15, 2008, 106, disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/529>) que esta regla romana asigna las incomodidades a quien corresponden las comodidades.

44 En ROJAS y MOJICA, ob. cit., 213, se comenta que “la causalidad adecuada no responde cuáles son las causas físicas o naturales de un determinado evento, sino que brinda unos parámetros

como causa jurídicamente relevante, idónea y adecuada para imputar el daño por fraude electrónico, se debe hacer en consonancia con las particularidades que hacen especial el régimen de responsabilidad en la actividad financiera; principalmente con aquella que alude a que esta actividad conlleva un riesgo que debe ser asumido por la entidad financiera, porque si no se hace así, se corre el peligro de trasladar esa garantía del riesgo al consumidor.

Ya entrando en materia, observaremos algunos fallos de la Delegatura respecto al daño por fraude electrónico que, en nuestra opinión, no han sido afortunados en la forma de atribuir la responsabilidad, esto debido a una errada consideración del aspecto de la causalidad en el hecho de la víctima.

A manera de ejemplo, la Delegatura, en fallo 2012-0117, atribuyó una concurrencia de culpas, diciendo que el actuar del consumidor financiero “incrementó el riesgo”⁴⁵, pero también poniendo de presente que no veía allí una relación determinante con el fraude electrónico reclamado; con lo que puede pensarse que, equivocadamente, la Delegatura hace partícipe del daño a un consumidor que, si bien incumple una instrucción de seguridad dictada por el banco demandado (“No ingreses a la sucursal virtual desde lugares públicos como café internet, éstos pueden tener programas maliciosos”), no rompió la relación causal que vincula a este banco con las transacciones fraudulentas realizadas, toda vez que su actuar no fue determinante en ese daño. Entonces, con el apoyo de lo estudiado, nos deberíamos preguntar: ¿cómo puede ser defendible una disminución de la responsabilidad de la entidad bancaria por un actuar del consumidor financiero que no es causa del daño?

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

conforme a los cuales se puede escoger, dentro de un determinado grupo de causas, cuál es la que resulta jurídicamente más relevante”.

45 Véase cómo en esta sentencia, ante el juicio de responsabilidad que devino por transacciones fraudulentas vía internet, con cargo a cuenta de ahorros, la Delegatura dicta una concurrencia de culpas, que lleva al consumidor financiero a soportar el 30% del daño. Sin embargo, se dice en el mismo fallo que el incumplimiento del consumidor, esto es, realizar operaciones desde un café internet, incrementó el riesgo de transacciones no autorizadas, pero que no se muestra como causa determinante del daño. En palabras de la Delegatura: “la desatención de dichas medidas conllevó al incremento en el riesgo de transacciones no autorizadas a través del mismo, aunque de ello no se evidencia una relación determinante con las transacciones objetadas” (resaltado fuera del texto).

Se destaca incluso que la misma Delegatura aluda a que, de no concretarse la omisión de este banco, los pagos desconocidos por el titular de la cuenta no se hubieran dado: “eventos [las operaciones por fuera del perfil transaccional] que de haberse atendido [por la entidad financiera] habrían evitado la consumación de los pagos desconocidos por el titular de la cuenta”.

Con ello, no se entiende por qué en este caso el consumidor es quien debe soportar el 30% de los perjuicios materiales que supone el daño emergente, cuando su actuar no encuadra en el eximente culpa o hecho de la víctima, por no ser causa del daño, y cuando además sí fue verificada la culpa causal del banco en cuestión. Entonces, al no establecerse el incumplimiento del consumidor como condición *sine qua non* en la producción del daño, dicho incumplimiento consecuencialmente no fue más que una ocasión⁴⁶ que tornó viable la actuación de la verdadera causa del daño.

Es que, siguiendo este ejemplo, al permitir una exención parcial de responsabilidad a la entidad financiera, dado un incumplimiento del consumidor que incrementó el riesgo (que por lo demás, como vimos, no es causa *sine qua non* del daño), la Delegatura no instituyó la responsabilidad ni siquiera en el lenguaje de probabilidad⁴⁷ que construye la teoría de la causalidad adecuada, porque incrementar el riesgo de daño e incumplir un deber desencadenando una gran probabilidad de concreción del riesgo, no son lo mismo. Así las cosas, aun en términos de análisis de causalidad de derecho está mal imputado este daño.

46 En Pizarro, ob. cit., 91-92, se diferencian los conceptos de causa, condición y ocasión. Condición, se dice, “es un mero antecedente del resultado que se produce”; causa es la condición que asume especial entidad para concebirse como adecuada para producir el resultado; y ocasión es la condición que “favorece o torna viable la actuación de la verdadera causa del daño, pues permite, facilita o potencia su aptitud causal”.

47 Según ROJAS y MOJICA, ob. cit., 211, la teoría de la causa adecuada conlleva un juicio de probabilidad y de posibilidad del resultado, atendiendo lo que corrientemente acaece, si el asunto no requiere un especial conocimiento técnico, o lo que ocurre según las reglas de la ciencia particular, si el asunto es técnico. Ahora bien, sobre si este juicio de probabilidad integra la observación de la previsibilidad que hubo de atender el sujeto sindicado como responsable nos dice Prevot, ob. cit., 169, que hay “distintas vertientes que van desde un juicio de adecuación netamente subjetivo, donde se analiza la capacidad de previsión del agente (Johannes von Kries), a un juicio de probabilidad sustentado en todo lo que era cognoscible para la generalidad de las personas (August Thon), o para un hombre destacadamente capaz e inteligente (Ludwig Traeger - Robert von Hippel)”.

Es relevante un ejemplo de TAMAYO JARAMILLO, ob. cit., 379, acerca de lo comentado por Roger O. Dalcq en relación con la teoría de la causalidad adecuada: “A le da a B un golpe en la cabeza, insuficiente para provocar una lesión en un ser normal. Pero ocurre que B está afectado de una debilidad congénita de los huesos del cráneo y ese golpe leve basta para matarlo. El resultado se produjo, pues, pese a que el acto que ha sido la condición de ello no debía normalmente tener semejante defecto. La teoría de la causalidad adecuada conducirá a considerar la debilidad particular de los huesos del cráneo de B como un evento excepcional, y a considerar desde luego que el acto de A no es la causa del daño porque esta consecuencia no era previsible. Por el contrario, si se hubiera tratado de un niño, A habría podido prever semejante debilidad y su acto habría sido considerado como la causa adecuada de la muerte del niño”.

Puede ser objetable asimismo, en cuanto al elemento de la causalidad, la sentencia 2012-0092, en la cual la Delegatura habla profusamente sobre las actuaciones que en cuanto a seguridad desarrollaba la demandante: “Siempre he entrado por mi computador personal, que está ubicado en la oficina donde laboro”, “Soy la única que lo utilizo, por ser la contadora, hay privacidad con mi computador, sólo lo utilizo yo”, “Las operaciones con cargo a su cuenta de ahorros vía internet se realizaban regularmente desde la IP xxxx”, “Pero nuestras claves de acceso personal solamente las conocemos nosotros, cuando hacen algún tipo de actividad en nuestro computador de revisión o algo, siempre estamos presentes y nosotros mismos ingresamos nuestras claves”; y dice la Delegatura, en dos ocasiones, que no hay evidencia de comportamiento negligente por parte de la cuentahabiente, que diera lugar a ese daño que se protesta.

Pese a ello, sorprendentemente, en uno de sus últimos párrafos, la Delegatura manifiesta que la cuentahabiente incumplió su obligación contractual de cambiar mensualmente la clave, pues lo había hecho hacía tres meses, por lo que, si bien el banco no incurrió en la acción que hubiera podido enervar las transacciones fraudulentas realizadas, la responsabilidad del banco debía menguarse.

Entonces, el motivo de duda sobre la correcta atribución del daño radica en que primero la Delegatura habla de que no hay negligencia de la consumidora que condujera al daño, pero después dice que hay un incumplimiento de la misma, y que, por cierto, “*tal circunstancia no resulta determinante*, frente a las situaciones imputables al Banco demandado” (resaltado fuera del texto original).

De igual forma encontramos el fallo de la Delegatura 2014-0197, al que también se le pueden hacer reparos respecto de la solución adoptada, toda vez que en la concurrencia de culpas que decide no es clara la repercusión que tiene la desatención por parte del consumidor de una medida de seguridad prevista para el acceso al canal de internet, en la consumación del específico daño de dos transacciones electrónicas no autorizadas con los recursos de su cuenta de ahorros.

Se afirma lo anterior puesto que, aunque la cuentahabiente accediera por el buscador de Google al portal de internet del banco demandado “para la época de concurrencia de los hechos”, lo que “genera un riesgo que la expuso a que terceros conocieran su información”, no se puede negar que, sin importar ese riesgo generado por la demandante, el banco hubiera podido en este caso, al no corresponderse las transacciones alegadas con el perfil transaccional de la consumidora financiera, no autorizar las órdenes de pago fraudulentas, ni siquiera la primera⁴⁸.

48 Tan es así que la Delegatura en este fallo 2014-0197 comenta: “En este orden de ideas, encuentra la Delegatura acreditado que los dineros no fueron entregados a la titular de la cuenta o a la persona autorizada y que los recursos depositados en la cuenta de ahorros de la señora xxxx no han debido afectarse con las órdenes de pago generadas, por no corresponder a sus hábitos transaccionales, sin que la demandada hubiera desplegado las conductas que contractualmente le son exigibles frente a su inusualidad” (resaltado fuera del texto original).

Entonces, sobre la base de lo anteriormente expuesto, y de la útil distinción (ver *supra*, nota 47) entre causa, condición y ocasión que expone Ramón Daniel Pizarro⁴⁹, se tiene que el incumplimiento de las medidas de seguridad de la demandante, aunque potencia la aptitud causal de la omisión del banco, no es en sí la causa, y si bien produce un riesgo, que en todo caso podía ser neutralizado en virtud de las obligaciones del banco, la verdadera causa del daño es la omisión del banco, que habría podido impedir la consumación del fraude. No corresponde tampoco concebir esta omisión como una potenciación de la idoneidad causal del incumplimiento de la cuentahabiente, porque eso haría que, apreciando así la causalidad de derecho en la culpa de la víctima, se hiciera vana la especialidad de este régimen de responsabilidad.

Hay que añadir, además, que no se encuentra certero lo dicho por la Delegatura en este fallo, en el sentido de que “la existencia de un régimen especial de responsabilidad de la actividad financiera en sus relaciones contractuales no significa, y así lo ha entendido la jurisprudencia, que el consumidor financiero esté autorizado, ni le sea permitido, incumplir las obligaciones a su cargo, máxime si se tiene en cuenta que lo que está en juego es su propio patrimonio”. Esto por cuanto es al contrario, es decir que a la entidad financiera no le es permitido incumplir sus especiales obligaciones de seguridad y diligencia si el consumidor desatiende sus prácticas de protección propia. Conclusión confirmada por el párrafo 1 del artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, por un estudio anterior⁵⁰, e incluso por la misma Delegatura⁵¹.

Con sustento en el mismo tipo de incumplimiento del fallo antes nombrado, la Delegatura profiere la sentencia 2014-0311^[52], atribuyendo el 70% del daño a la entidad bancaria y el restante a la cuentahabiente; sin embargo, en este caso, la Delegatura por lo menos sí comenta que el acceso a la plataforma virtual del banco, que hizo la demandante por el motor de búsqueda Google, es “idónea para que tuviera lugar la sustracción de la información transaccional del cliente”.

A pesar de ese comentario de la Delegatura sobre la idoneidad de la actuación de la demandante para la ocurrencia del daño, confirma esta que un incum-

49 PIZARRO, ob. cit., 91-92.

50 Dicen CORREDOR HIGUERA y PAZ SEFAIR, ob. cit., 188: “Y es más, no puede tenerse como del todo cierta la lógica presente en algunos fallos de los vistos, que supone que al consumidor no le es dado incumplir sus obligaciones si la entidad así lo hace, porque la verdad es que es al revés; es decir que las entidades financieras son las que no pueden desatender sus deberes especiales si el consumidor no sigue ‘las prácticas de protección propia’, lo que es muy distinto, porque si se sigue esa primera lógica, se puede estar conculcando la prerrogativa del artículo 6 párrafo 1 de la Ley 1328 de 2009, al desligar a la entidad financiera de su obligación especial de entregar el producto o servicio debidamente, según estándares de seguridad y calidad, por un incumplimiento del consumidor, que quizá no sea relevante respecto al acontecer del daño” (resaltado fuera del texto).

51 Sentencias de la Delegatura 2015-2157, 2016-0052, 2016-0154 y 2015-1808.

52 En esta se discute sobre a quién le es imputable el daño que genera una transacción vía internet, desconocida por la demandante, y que afecta los dineros consignados en su cuenta de ahorros.

plimiento del consumidor financiero no tiene el poder de relevar a la entidad financiera de sus obligaciones contractuales⁵³, y por eso pone de manifiesto que el banco también faltó a sus patrones de seguridad, pues la operación reclamada se salía del todo del perfil transaccional de la demandante, que nunca hubo de realizar operaciones monetarias por internet.

Con todo esto, advirtiendo la Delegatura que el banco pudo haber bloqueado el producto de la cuentahabiente, y que eso habría salvado sus recursos⁵⁴, tildamos de cuestionable la resolución adoptada de concurrencia de culpas, porque, como en el anterior fallo discutido, aquí también es el banco el que tiene la real incidencia causal en el daño, y decir que el comportamiento de la demandante fue idóneo para la realización del daño no puede ocultar la verdadera fuerza causal de la omisión de la entidad bancaria, que habría podido evitar los efectos riesgosos del cuestionado actuar de la demandante, haciendo eficaz el predicamento normativo del parágrafo 1, artículo 6, de la Ley 1328 de 2009.

De ahí que lo que está haciendo la Delegatura al atribuir una responsabilidad concurrente en este caso es eximir a la entidad bancaria de su obligación de entregar el producto con estándares de seguridad y calidad, y de su responsabilidad especial.

Planteada así la cuestión, se exalta el carácter causal de la omisión de la demandada, cuando es la propia Delegatura la que confirma que de haber actuado el banco “se habría salvaguardado los recursos del cliente”; y es que no hay que perder de vista que la experta y profesional en esta relación contractual es la entidad bancaria, no la cuentahabiente.

Se ha de ser insistente en esto, puesto que valorar el incumplimiento de la cuentahabiente en un sentido distinto al aquí propuesto, como lo hizo efectivamente la Delegatura, conduciría a trasladarle a aquella, en el porcentaje del daño que decida el ente jurisdiccional, la garantía del riesgo que tiene la entidad financiera. Es lo mismo que desconocer que el papel del consumidor financiero no es el de ser garante del riesgo, sino el de ser solo colaborador en la mitigación del mismo.

53 Son estas sus palabras: “No obstante lo anterior, el incumplimiento de la demandante del deber de diligencia analizado no tiene por virtualidad exonerar de toda responsabilidad a la entidad demandada en tanto no justifica la inejecución de las obligaciones que correlativamente le asisten (parágrafo 1.º, artículo 6 Ley 1328 de 2009), ni la releva de ejercer la debida vigilancia y seguimiento a los productos del cliente”.

54 Se expresa así la Delegatura en esta sentencia: “En consecuencia, en acatamiento de los requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones ha debido la entidad, visto que no se habían realizado operaciones monetarias por este canal, ante la inscripción de una cuenta y luego frente a la orden de transferencia, por el monto que se comprometía, *proceder a bloquear el producto de la demandante pues se evidenciaba un comportamiento del todo anormal, sospechoso y extraño en el uso del producto, con lo cual se habría salvaguardado los recursos del cliente*” (resaltado fuera del texto).

En la misma línea, el fallo 2013-0395 llega a la conclusión de que el demandante debe asumir parte del daño, reduciendo el monto de las transacciones fraudulentas que se le obliga a reconocer al banco; sin embargo, en este artículo no se acoge tal solución, pues es la Delegatura la que expresamente dice que los incumplimientos endilgados al cuentahabiente no son determinantes del daño: “*Por lo anterior y pese a que tales conductas no resultan determinantes del daño que se alega en la demanda con ocasión de las operaciones objetadas, se declarará parcialmente probada la excepción de ‘Incumplimiento del contrato y culpa de la demandante’*” (resaltado fuera del texto original).

Con anterioridad ya se había señalado el error de la atribución concurrente de responsabilidad bajo esta lógica⁵⁵. Así por ejemplo, en el fallo 2012-0118 se condena al banco a pagar al actor solo el 70% del retiro objetado, a pesar de que el incumplimiento del consumidor financiero, cual fue el de no cambiar regularmente la clave personal, “*no constituye la causa del retiro no autorizado*” (resaltado fuera del texto original).

Resulta incluso más impactante que en el fallo 2013-0757, la Delegatura haya avalado una concurrencia de culpas a pesar de haber dicho que la demandante atendía las medidas de seguridad impuestas por el banco, y que no cambiar la clave más de cinco veces en un lapso de año y medio no fue la causa de las transacciones fraudulentas. Así lo expresó:

[...] sin que se allegara prueba diferente que acreditara un comportamiento culposo o negligente de la demandante determinante del daño que esta reclama, más allá de su incumplimiento contractual de modificar su clave solo cinco veces en un lapso de aproximadamente año y medio, cuando debía hacerlo al menos una vez al mes, *conducta que no resultó determinante ni fue la causante de la materialización de las 10 operaciones realizadas con cargo a la cuenta de ahorros de la actora* (resaltado fuera del texto original).

No obstante los anteriores casos, la Delegatura también ha desarrollado algunos de sus fallos en sana asunción de la causalidad en la culpa de la víctima⁵⁶; sin embargo, como el poder de decisión de juez que se radica en cabeza de esta Delegatura ha de pretender el mayor grado de certeza posible en las disquisiciones de todas sus sentencias, la Delegatura debe ser cuidadosa en el análisis de la causalidad en la responsabilidad financiera, sin poder permitir el vaivén que estaría representando la existencia, por un lado, de fallos en donde se acierta en el análisis de causalidad, y por otro, de fallos donde no se es preciso en ese análisis.

55 CORREDOR HIGUERA y PAZ SEFAIR, “Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia”, cit., 187, nota 62. Artículo citado en los fallos 2012-0117, 2013-0225, 2013-0318, 2013-0601 y 2013-0723.

56 Cfr. p. ej., las sentencias 2012-0075, 2012-0102, 2014-0119 y 2015-2157.

Así las cosas, se ha de estudiar cada evento en concreto, con sus particularidades, porque, por lo menos en las anteriores sentencias, encontramos que la Delegatura ha validado el eximente de culpa de la víctima sin un acertado análisis de causalidad, lo que representa un peligro de hacer fútiles los predicamentos en que se funda la especialidad del régimen de responsabilidad financiera.

Conclusiones

En atención a todo lo planteado en el presente trabajo, se puede concluir lo siguiente:

1. La responsabilidad financiera se ha de juzgar de forma coherente con los parámetros de su especialidad, considerando la naturaleza pública de la actividad financiera, la posición de experta y profesional que ocupa la entidad financiera, el lucro que esta reporta y la creación de riesgo que su actividad genera. Por lo demás, no se puede desconocer el carácter relacional del ejercicio financiero, que lleva a ponderar, en la atribución de responsabilidad financiera, la incidencia real de los deberes que impone la buena fe contractual.

2. Así las cosas, se dice que imputarle deberes contractuales al consumidor financiero no puede de ninguna manera llevar a hacer inane la especialidad de este régimen de responsabilidad, más propiamente, la exigencia de especial diligencia a la entidad financiera, y el consecuente derecho del consumidor a recibir productos y servicios con estándares de seguridad y calidad.

3. Si la entidad financiera no hace todo lo que le es posible en cuanto a medidas de seguridad para prevenir fraudes electrónicos (se invita a que se compruebe esto técnicamente), se hallaría en este comportamiento un actuar culposo que no puede esconderse diciendo que un determinado consumidor financiero incumplió sus deberes.

4. Lo anterior porque, a pesar de que la Circular Básica Jurídica enuncie los parámetros mínimos de seguridad que debe aplicar la entidad financiera, esta no se entiende exculpada de aplicar todas las medidas que sean necesarias para inhibir el riesgo de fraude electrónico. Así también lo reseña la Delegatura.

5. La Delegatura alude a que la responsabilidad financiera no es absoluta, porque vale la prueba de la culpa del consumidor para eximir total o parcialmente a la entidad de su responsabilidad.

6. Sin embargo, lo más importante en la causal eximente de responsabilidad que se apoya en la culpa de la víctima es la incidencia causal de la misma en el daño, toda vez que no hay que perder de vista que su potencial eximitorio se funda en la ruptura total o parcial del nexo de causalidad que vincula al presunto sindicado con el daño.

7. Por esa razón se sostiene que la aminoración, por culpa de la víctima, de la responsabilidad que recae en la entidad financiera, en casos de fraude electrónico, solo es posible reconocerla si el incumplimiento del consumidor financiero

ha sido la causa adecuada, exclusiva o concurrente del daño, porque si no lo es, se estaría dando un traslado de la responsabilidad que tiene la entidad financiera al consumidor financiero, lo que está proscrito por el artículo 11 de la Ley 1328 de 2009.

8. Con esto se llama a que la idoneidad causal del hecho del consumidor financiero se valore rigurosamente por la Delegatura, y esto según un modelo de dos etapas que distinga entre causalidad de hecho y causalidad de derecho.

9. Este estudio de la causalidad en el hecho de la víctima tampoco puede obviar las características que hacen especial el régimen de responsabilidad financiera.

10. Por eso, en acopio de los dictados del principio normativo de la buena fe, la Delegatura, al decidir sobre a quién le corresponde soportar los perjuicios económicos del daño por fraude electrónico, entidad financiera o consumidor, primero, no puede desligarse de la idoneidad causal que debe tener el incumplimiento del consumidor, para que pueda declarar la exención por hecho de la víctima, y segundo, no puede desprenderse de los mandatos que la *fides bona* determina.

11. La Delegatura, al atribuir la responsabilidad financiera que deriva de un fraude electrónico, no puede prescindir de todo el razonamiento agregado que vincula la especialidad del régimen de responsabilidad financiera, la buena fe y la equidad, la cual por medio de la regla *commodum-incommodum* proporciona parámetros sobre cómo debe efectuarse esa atribución.

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

Referencias

Doctrina

- ANAYA SAADE, C., “Riesgo en las transacciones electrónicas bancarias. Una carga que debe ser asumida por la banca”, en *Revista e-Mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, n.º 1, 2012, 287-331, disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3206>
- ARIZA FORTICH, A., “El factor de imputación de la responsabilidad profesional en la doctrina moderna”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n.º 34, 2010, 306-342, disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n34/n34a12.pdf>
- CASTRONOVO, C., “La relación como categoría esencial de la obligación y de la responsabilidad contractual”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 23, 2012, 35-52, disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3302/3449>

- CORREDOR HIGUERA, J. y PAZ SEFAIR, A., "Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia", en *Entramado*, Universidad Libre, Cali, n.º 1, 2016, 174-200, disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1900-38032016000100013&script=sci_abstract&tlng=es
- CORTÉS, É., *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, 65-68.
- DÍAZ LINDAO, I., "Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos", en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 23, 2012, 139-190, disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3306>
- HENAO, J. C., *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, 1, 3.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007. 1005.
- LANNI, S., "La reelaboración de la responsabilidad civil: nuevos códigos civiles y diálogo euro- latinoamericano", en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 2013, n.º 25, 219-234, disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3601/3779>
- MANTILLA ESPINOSA, F. y TERNERA BARRIOS, F., "La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual", en *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 33, 2004, 53-70.
- MANTILLA ESPINOSA, F., "El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano", en *Revista Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, n.º 11, 2007, 131-150, disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302007000100008
- NEME VILLAREAL, M., "Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida", en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 15, 2008, 59-108, disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/529>
- NEME VILLAREAL, M., "El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano", en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 11, 2006, 79-126.
- PATIÑO, H., "Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración", en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 14, 2008, 193-217, disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/555>
- PIZARRO, R., *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- PREVOT, J., "El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Universidad Diego Portales, n.º 15, 2010, 143-178, disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722010000200005
- RODRÍGUEZ ZÁRATE, A., "Análisis económico de la responsabilidad bancaria frente a los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional", en

- Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, n.º 128, 2014, 285-314, disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/10176>
- ROJAS QUIÑONES, S. y MOJICA RESTREPO, J., “De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana”, en *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, n.º 129, 2014, 187-235, disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/11949/9784>
- SUPIOT, A., *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2007.
- TAMAYO JARAMILLO, J., *Culpa contractual*, Bogotá, Temis, 1990.
- TAMAYO JARAMILLO, J., *Tratado de responsabilidad civil*, t. 1, 2.ª ed., Bogotá, Legis, 2007.
- TRIGO REPESAS, F. y LÓPEZ MESA, M., *Tratado de la responsabilidad civil*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2004.

Fuentes legales

- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1328 de 15 de julio de 2009, “Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”.
- Superintendencia Bancaria de Colombia. Circular Básica Jurídica (1996), “Circular Externa 007 de 1996”, cap. VI, tít. I, “Reglas sobre competencia y protección al consumidor financiero”.
- Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Básica Jurídica (C.E. 029/14), disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/circular-basica-juridica-c-e-029-14-10083443>

Jurisprudencia

- Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1008 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 1001-3103-038-2011-01054-01, M.P.: William Namén Vargas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 25290 31 03 002 2010 00111 01, 26 de abril de 2016, M.P.: Margarita Cabello Blanco.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 66001-3103 003 2005 00024 01, 25 de mayo de 2011, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 76622-3103-001-2009-00201-01, 28 de abril de 2014, M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 11001-3103-008-1989-00042-01, Diciembre 16 de 2010, M.P.: Arturo Solarte Rodríguez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 1100131030092003-00526-01, 3 de agosto de 2012, M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 47001 31 03 002 2002 00068 01, 23 de septiembre de 2014. Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 6878, 26 de septiembre de 2002, M.P.: Jorge Santos Ballesteros.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 11001-3103-037-2000-67300-01, 15 de enero de 2008, M.P.: Edgardo Villamil Portilla.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. C-0500131030092002-00445-01, 6 de septiembre de 2011, M.P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 11001-3103-003-2001-01402-01, 28 de mayo de 2012, M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 08001-31-03-006-2009-00022-01, 10 de mayo de 2016, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.
- Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales. Sentencias 2012-0069; 2012-0135; 2012-0179; 2014-0423; 2013-0601; 2013-0723; 2014-0056; 2014-0410; 2013-0548; 2013-0728; 2014-0265; 2014-0246; 2014-0197; 2014-0311; 2014-1009; 2012-0018; 2012-0092; 2013-0757; 2013-0009; 2012-0168; 2012-0117; 2013-0015; 2012-0156; 2012-0095; 2012-0100; 2013-0062; 2013-0017; 2013-0067; 2013-0014; 2013-0044; 2013-0155; 2013-0185; 2013-0294; 2013-0226; 2013-0077; 2012-0080; 2012-0056; 2013-0221; 2013-0240; 2013-0195; 2013-0329; 2013-0357; 2013-0425; 2013-0514; 2013-0392; 2013-0478; 2013-0420; 2013-0402; 2014-0197; 2013-0240; 2013-0277; 2013-0299; 2013-305; 2013-0311; 2013-0318; 2013-0357; 2013-0359; 2013-0361; 2013-0478; 2013-0668; 2013-0807; 2014-0056; 2014-0303; 2014-0407; 2014-0060; 2014-0198; 2014-0303; 2015-1823; 2015-1596; 2015-1832; 2015-1583; 2015-1578; 2015-2157; 2016-0052; 2016-0154; 2015-1808; 2016-0343.