

**VALIDEZ DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DEL CUENTAHABIENTE SOBRE
MEDIDAS DE SEGURIDAD TECNOLÓGICAS DE EQUIPOS DE COMPUTO EN LA
REALIZACIÓN DE TRANSACCIONES VIRTUALES**

Caso de estudio

Elaborado por

MAGDA BEATRIZ ERAZO BONILLA

**Trabajo de grado para optar por el título de Magister en Derecho
Énfasis en Derecho Empresarial**

Director del Trabajo de grado

Dra Claudia Lorena Escandon Lozano

**UNIVERSIDAD ICESI
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Cali
2019**

RESUMEN DEL CASO

Una sociedad comercial titular de una cuenta de ahorros solicita la devolución de unos recursos que fueron transferidos a terceros a través de dos transacciones electrónicas efectuadas de manera fraudulenta a través de la sucursal virtual del banco comercial con el que habían aperturado la cuenta y que terminó afectando el saldo de la misma. El Banco responde a la reclamación manifestando que el cuentahabiente debe efectuar directamente el reclamo al destinatario de la transferencia y no al banco, y que por ende existe una falta de legitimación en la causa por pasiva. Adicionalmente que el no acondicionamiento de medidas de seguridad en los equipos de computo de la sociedad afectada, son causales de exoneración de responsabilidad del Banco.

La transferencia de los recursos por vía virtual señalada como fraudulenta genera los siguientes interrogantes: ¿Es legalmente válido a la luz de la ley 1328 de 2009 establecer como obligación contractual que el cuentahabiente deba instalar medidas de protección electrónica en sus equipos?

A partir de este interrogante plantea 3 objetivos:

1. Describir el contrato de cuenta de ahorros.
2. Analizar las obligaciones contractuales para las partes.
3. Analizar los efectos de la exigencia de medidas electrónicas en equipos de los cuentahabientes.

Palabras clave: Contrato de cuenta de ahorro, transacciones electrónicas, responsabilidad legal por entrega de recursos a personas diferentes del cuentahabiente, régimen de protección al consumidor financiero.

I. CONTRATO DE CUENTA DE AHORROS. Definición y obligaciones legales.

No existe en el Código de Comercio, estatuto que regula el tema, una definición consagrada para este contrato. Por esa razón se construirá la definición con ayuda de fuentes jurisprudenciales y doctrinales.

El tratadista SERGIO RODRIGUEZ AZUERO, sostiene: *“Se trata de un depósito irregular de dinero, que comparte con los depósitos a término la finalidad de conservar parte de los ingresos de las personas en previsión de necesidades futuras o de la formación de un capital. A diferencia, sin embargo, del depositante a término que calificamos de “ahorrador rentista” aquí nos encontramos con un ahorrador cuya finalidad de contratar, más que obtener una remuneración adecuada a su capital, aunque reciba intereses, es contar con la conservación del mismo, su incremento, su custodia y manejo por el banco. La noción se vincula a la necesidad de brindar a los pequeños ahorristas la posibilidad de depositar su dinero en condiciones que estimulen su tendencia a ahorrar y teniendo en cuenta peculiaridades que distinguen, dentro del contexto económico latinoamericano, a las clases de menor capacidad de ahorro. Suelen gozar de ciertas prerrogativas relacionadas con estas consideraciones socioeconómicas”*¹.

Con un sentido parecido se ha pronunciado la Superintendencia Financiera quien a través de Concepto 2001050769-1 del 1º de febrero de 2002 sostuvo:

“Obsérvese inicialmente, que el depósito irregular de dinero es un contrato tipificado en la legislación colombiana en virtud del cual una persona -ahorrador- busca, más que una remuneración adecuada a su capital, la conservación del mismo, su incremento, su custodia y manejo por parte de la institución financiera. Así es como, con ocasión de la celebración de los contratos de depósito irregular, como el de cuenta de ahorros, surgen diferentes obligaciones para las partes, estipuladas en los diferentes convenios, que para el caso específico del establecimiento de crédito se resumen en: 1. Devolución de la suma depositada, a la vista. En este punto debe resaltarse el concepto de soberanía monetaria que aplicada al principio del poder liberatorio de la moneda permite a la institución financiera satisfacer su obligación de devolver lo recibido entregando una cantidad de especies monetarias de curso legal, cuantitativa y formalmente iguales al monto inicial depositado. 2. Custodia de los recursos depositados, derivada de la actividad constitucional protegida consistente en el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público y que da garantía de los mecanismos legales y la seriedad de las entidades autorizadas a realizar intermediación financiera. Es bajo dicho concepto, además, que los recursos captados a través de estas operaciones deben ser colocados dentro de los parámetros legales y atendiendo una serie de restricciones, como las relacionadas con los cupos individuales de crédito, que contribuyen a la dispersión del riesgo evitando la concentración. 3. Pago de intereses, en la medida en que corresponde a una operación mercantil que por su naturaleza es remunerada, tanto al depositario, a través de las cuotas de manejo como al depositante mediante el reconocimiento de una tasa de interés. De otra parte, el depósito de ahorro, como una operación permitida a los establecimientos de crédito se encuentra consagrada en los artículos 126 y siguientes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dentro de los cuales se estima pertinente resaltar el que todo reglamento de ahorro que pretendan ofrecer las instituciones debe ser adoptado por la junta directiva de las mismas y aprobados por esta Superintendencia”

Podríamos definir el contrato de cuenta de ahorros como el convenio celebrado entre un establecimiento de crédito y una persona natural o jurídica que se denominará cuentahabiente, cuyo objeto permite que el primero reciba del segundo o de terceros que manifiesten querer depositar a favor del cuentahabiente, depósitos en dinero

efectivo, cheques o transacciones electrónicas de recursos que deberán ser abonadas en la cuenta del cliente y que son exigibles a la vista, lo que trae como consecuencia el nacimiento de una obligación de género para el banco quien debe devolver una cantidad equivalente a la depositada. El cuentahabiente por su parte se obliga a cancelar al establecimiento de crédito los gastos pactados por la administración del producto.

II. OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

Teniendo en cuenta que se trata de un contrato bilateral porque se generan obligaciones para ambos contratantes, se estudiarán las comunes a todos los contratos de cuentas de ahorro y que tienen relación con el estudio del caso.

Hay que observar que desde la expedición de la ley 1328 de 2009 este estatuto nutrió las obligaciones contractuales a cargo de las instituciones financieras en aras a garantizar los derechos de los consumidores financieros con pautas de obligatoria observancia en el desarrollo de su objeto social.

PARA EL ESTABLECIMIENTO DE CRÉDITO:

1. Recibir los depósitos y acreditarlos en la cuenta del titular.

Como el producto está diseñado para la formación de un capital y también para la administración de los mismos, esta modalidad del contrato obliga a que el Banco reciba depósitos irregulares de dinero o sus equivalentes por parte del titular o provenientes de terceros.

La administración de los recursos debe quedar registrada bajo el sistema contable de partida doble, por lo que tanto los ingresos como los retiros que efectúe el cliente deben ser registrados por el Banco en la cuenta contable.

Es decir que el establecimiento de crédito será el encargado de llevar la contabilidad de la cuenta y no el cuentahabiente. La razón de radicar esta obligación en cabeza del establecimiento bancario permite que cualquier persona que no tenga ni el mas mínimo conocimiento pueda tener acceso a los beneficios que tiene este producto financiero.

En sentencia de expediente 2017- expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, respecto de esta obligación se manifestó: *“La facultad de consignar sumas de dinero y cheques es característica de este tipo de contratos conforme a los artículos 1382 y 1396 del Código de Comercio y constituye además una de las obligaciones principales de las entidades depositarias en tanto les corresponde recibir depósitos de sus clientes y/o causahabientes y estas definiciones son tomadas de conceptos de esta superintendencia de 18 de enero de 2007 concepto 20060607230. De otra parte como quiera que la disponibilidad proveniente de los cheques consignados en cualquiera de estas cuentas de deposito sean cuentas corrientes o cuentas de ahorro no se ve regulado por una norma especial, pues al respecto señala el artículo 719 del Código de Comercio que la presentación del cheque en cámara de compensación surtirá los mismos efectos que la hecha directamente al librado, las entidades financieras, en este caso el Banco BBVA, deben sujetarse a lo estipulado en el contrato celebrado entre las partes, así como también a que el respectivo título sea debidamente descargado acreditando su importe en la cuenta de deposito correspondiente debiendo advertir en todo caso que en los términos del artículo 1386 del Código de Comercio, todo cheque consignado se entiende, salvo buen cobro, a menos que exista estipulación en contrario”*

2. Devolver los recursos depositados.

Es consustancial a la naturaleza de la constitución de depósitos irregulares de dinero. El establecimiento de crédito cumple su obligación entregando al cuentahabiente o su mandatario la misma cantidad o cantidad equivalente a los recursos depositados, bajo los canales dispuestos por el establecimiento de crédito.

Ha sostenido la Superintendencia Financiera de Colombia en proceso 2018011278 2018-0323: *“(…) Por tratarse de un depósito irregular, el establecimiento bancario adquiere la propiedad de las sumas o especies dinerarias depositadas, obligándose a restituir su equivalente, junto con los intereses estipulados, al depositante o a quien éste designe cuando le sea solicitado o acaezca la condición o plazo acordados”*

La obligación de devolución de los recursos es una obligación de resultado específicamente reglada en el artículo 1398 del Código de Comercio y su estudio será parte central del desarrollo de este trabajo por lo que se le dedicará un capítulo especial.

3. Custodia de los recursos

Uno de los motivos principales que normalmente precede la celebración de un contrato de cuenta de ahorro es el estado de confianza que se crea en el futuro cuentahabiente acerca de que en el establecimiento de crédito sus recursos estarán debidamente custodiados y que los mismos no se perderán. Esa razón justifica que se defina de manera precisa esta conducta como una obligación dentro del contrato, aunque la misma debe analizarse a la luz de las normas financieras denominadas como prudenciales que regulan la liquidez bancaria, ya que como es sabido la intermediación financiera se efectúa con el porcentaje mayoritario de los recursos captados del público a través de operaciones pasivas de crédito.

Pero también, como ya se había expresado al inicio, esta obligación debe leerse desde la óptica de la ley 1328 que nutrió el contenido de las obligaciones tradicionales de los contratos bancarios, en especial, en lo que toca con el principio de la debida diligencia que busca que los servicios sean prestados en la real forma ofrecida al cliente. Atendiendo a los actuales avances tecnológicos que permiten la disposición de los recursos abonados en cuenta y por ende la deficiente prestación de los mismos pueden acarrear incumplimientos contractuales respecto de esta obligación, respecto a este punto ha sostenido la Superintendencia Financiera: *“De acuerdo a lo que se prevé en la ley 1328, esta superintendencia contempla unos requisitos mínimos de seguridad y calidad en la prestación de los servicios financieros, para el caso concreto, esto son los previstos en la circular externa 029 de 2014 capítulo I título II de la parte primera. Estas recomendaciones o éstas instrucciones o requerimientos mínimos de seguridad deben ser asignadas por las instituciones financieras de acuerdo al canal que ponen a disposición de su cliente o sus clientes los cuales como ya se mencionó integran las obligaciones contractuales de la entidad. Con esto se busca mitigar riesgos naturales y propios de la actividad que asumen en su ejercicio profesional y de las que consecuentemente se benefician sin que en todo caso se entiendan dispensadas de adoptar otros mecanismos adicionales que resulten adecuados para minimizar la ocurrencia de situaciones que afecten el normal desarrollo de sus operaciones o representen peligro para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales con los consumidores financieros”* (Sentencia 2016-2091)

4. Pago de intereses.

Aunque la motivación principal del cuentahabiente de constituir los depósitos en cuenta están determinados por lo señalado en los numerales 1 y 3, el establecimiento de crédito debe cancelar intereses remuneratorios, ya que como se mencionó en el numeral anterior, la captación de los recursos captados del público a través de operaciones pasivas de crédito, permite que se forme un gran fondo que permanece mas o menos estable a cuyo cargo se efectúan entre el mismo público la colocación de recursos mediante las operaciones activas de crédito, por las cuales, los establecimiento de crédito perciben un interés. Tenemos entonces que si bien en el interior de la mayoría

de los cuentahabientes no existe conciencia sobre el real uso que se dan a sus recursos, lo cierto es que por llevar implícita una operación de crédito y por las ganancias que obtienen los bancos de la colocación, está más que justificada la existencia de esta obligación.

PARA EL CUENTAHABIENTE.

El contrato de depósito de ahorro regulado en los artículos 1396 a 1398 del Código de Comercio, no determina las obligaciones a cargo de los depositantes o cuentahabientes.

Esto nos lleva entonces a una primera reflexión y es que las obligaciones que surgen para el cuentahabiente las debemos mirar en cada uno de los contratos que se celebren con los establecimientos de crédito. Pese a la anterior afirmación, por la masificación y multiplicidad de clientes que caracteriza al contrato de cuenta de ahorros y por la estandarización del mismo es viable establecer con un grado bastante alto de certeza, cuáles son las obligaciones que hoy en día se han vuelto características de este tipo contractual.

1. Mantener la custodia de claves, tarjetas y otros documentos propios del manejo de la cuenta. Dentro de esta obligación, de acuerdo con la jurisprudencia de la Superintendencia Financiera, también está el cuidado y custodia de cualquier elemento transaccional que sirva como mecanismo de autenticación del cuentahabiente para efectuar operaciones electrónicas o virtuales.

2. Observar las instrucciones de seguridad en el manejo de la cuenta que imparta el banco.

Adicional a lo anterior, en muchas entidades financieras, el cliente debe aceptar acogerse a las condiciones de un reglamento para efectuar transacciones electrónicas, en donde se le imponen unas obligaciones de seguridad en especial las relativas a las condiciones técnicas de los equipos de cómputo desde los cuales se desarrollen las transacciones electrónicas.

III. RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS POR REINTEGRO DE SUMAS A PERSONAS DISTINTAS DEL TITULAR.

Establece el **artículo 1398 del Código de Comercio**: “*Todo banco es responsable por el reembolso de sumas depositadas que haga a persona distinta del titular de la cuenta o de su mandatario*”

El contrato de cuenta de ahorro pertenece en su genero a la categoría de los depósitos irregulares de dinero, modalidad contractual en la que nace para el depositario la obligación de devolver ulteriormente bienes de la misma especie y calidad al depositante.

El artículo en mención establece una presunción de responsabilidad a cargo de los establecimientos de crédito en el sentido de establecer que los reembolsos mal efectuados por las entidades, deberán ser asumidos por ellos. Dicha responsabilidad podría traducirse en que el establecimiento de crédito, ante el reembolso mal efectuado, deberá devolver al depositante o cuentahabiente el valor correspondiente a la operación o transacción.

Esta presunción de responsabilidad, puede analizarse desde dos puntos de vista. Uno, desde la filosofía de protección al ahorro que caracteriza a este contrato, pues debe generarse la confianza en el público ahorrador que sus recursos se encuentran debidamente custodiados y que en todo caso, la entidad depositaria responderá por ellos. Entre otras formas, esta clase de protección está garantizando la profundización financiera necesaria para mantener el volumen de recursos necesarios para la realización la actividad de intermediación financiera la cual es de interés público en los términos del artículo 335 de la Constitución Política Nacional.

El otro punto desde el cual debe entenderse la consagración de dicha presunción, es el régimen de responsabilidad profesional con el que juzga a las entidades financieras, en especial aquellas que dentro de su objeto social la captación de recursos provenientes del público.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 335 de la Constitución Política Nacional, para ejercer de manera regular la actividad financiera es obligatoria la autorización estatal previa. Solo aquellas personas jurídicas que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo de Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o aquellas entidades cooperativas que reciban igualmente la previa autorización, podrán ser catalogados como instituciones financieras.

Es decir, desde la Constitución misma se establece al sujeto bancario como un sujeto especializado cuya habilitación solo se obtiene con la autorización que hoy en día otorga la Superintendencia Financiera de Colombia.

Tenemos entonces que las entidades financieras son considerados profesionales de la actividad de intermediación financiera y por ende su régimen de responsabilidad no se encuentra estructurado sobre la base de la culpa, si no sobre la base de la no satisfacción de las obligaciones contractuales que ha asumido.

En virtud del carácter profesional mencionado, a las obligaciones tradicionales propias de cada tipo contractual bancario, se han adicionado otras provenientes de los regímenes de protección al consumidor, categoría dentro de la cual se han clasificados a los clientes y usuarios esporádicos del sistema financiero. Para el caso colombiano la ley 1328 de 2009 por medio de la cual se adoptó el Estatuto de Protección del Sistema Financiero, en su artículo 7 señaló una serie de obligaciones o conductas en estricto

sentido, que deben observar de manera imperativa las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y que de no cumplirse, también podrán generar responsabilidad a cargo de la entidad.

Los establecimientos de crédito que quieran entonces relevarse de su responsabilidad, deberán hacerlo demostrando que la causa que llevó a que el reembolso fuera mal efectuado, se debe a fuerza mayor o caso fortuito o en el hecho de un tercero o por culpa o incumplimiento del cliente.

En el presente trabajo, se estudiarán de manera específica los pronunciamientos jurisprudenciales sostenidos por la Superintendencia Financiera de Colombia, con el ánimo de establecer la línea que sobre la materia ha sostenido la citada entidad estatal.

En sentencia expedida en proceso 2018057967 2018-0951 se sostiene que la culpa de un cuentahabiente por descuido de sus elementos transaccionales no es situación suficiente que exonere a los establecimientos de crédito de la responsabilidad señalada, ya que el desconocimiento de las prácticas de protección propia de los consumidores no exonera a las entidades financieras del cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que les asiste derivadas del contrato o de la ley, al tenor de lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 6 de la ley 1328 de 2009.

“La prestación adecuada, confiable, eficiente y segura de los servicios financieros ha determinado la adopción de medidas y mecanismos y controles de seguridad de diversa índole que nutran el contenido obligacional de las entidades financieras al respecto el artículo 3 de la ley 1328 de 2009 establece que y cito las entidades vigiladas deberán observar la instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad de los distintos canales de distribución de servicios financieros en armonía con lo anterior se contemplan unos requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones, ahí se tiene el capítulo 1 título 2 de la Circular Básica Jurídica circular externa 029 del año 2014 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia se dispuso como obligación de las entidades vigiladas entre otras, y cito, elaborar el perfil de las costumbres transaccionales de cada uno de sus clientes y definir procedimientos para la confirmación oportuna de las operaciones monetarias que no correspondan a sus hábitos en el subnumeral 2.3.3.1.13. Dentro de los criterios para verificar el perfil transaccional según se extrae de lo indicado por el representante legal de la entidad demandada en su interrogatorio se determinó el uso habitual o periódico que realizara el cliente respecto de su producto financiero a través de los diferentes canales que utilizaba teniendo en cuenta que las transacciones desconocidas correspondieron a retiros por cajero, se observa que con anterioridad la demandante únicamente realizó retiros por una suma máxima de \$1.960.000 pesos en un solo día como se observa el día 10 de junio de 2017 en el blog transaccional previamente citado a folio 132 del expediente y del cual también hiciera la respectiva cita la apoderada judicial de la parte demandada en sus alegatos de conclusión. Téngase en cuenta que las transacciones desconocidas corresponden entonces a 4 retiros realizados el 22 de diciembre de 2017, el primero por valor de \$2.000.000 de pesos a las 11:52 de la mañana, el segundo por valor de \$480.000 a las 11:53, el tercero por \$400.000 a las 12:00 del medio día y el cuarto por valor de \$400.000, de \$300.000 a las 12:01 minutos de la tarde. Téngase en cuenta que adicionalmente se cobraron \$10.000 por concepto de comisiones por el canal cajero electrónico de la sociedad administradora de medios de pagos bajo valor Servibanca. En tal sentido teniendo en cuenta que la señora realizaba hasta un máximo de retiros diarios de \$1.960.000 las operaciones realizadas por la demandante, la primera de ellas por la suma de dos millones de pesos se puede considerar como propia del hábito transaccional de la consumidora, sin embargo con la realización del segundo retiro por valor de \$480.000 este ya se empezaba a apartar de su perfil y hábito transaccional por

lo que esa transacción debió generar algún tipo de alertamiento en el sistema del banco que permitiera según su propio protocolo tomar las medidas correspondientes conforme lo señala la Circular Básica Jurídica en el aparte anteriormente citado, ya sea para bloquear los recursos o para efectuar la confirmación de las operaciones con el cliente, lo que no ocurrió en el presente caso, toda vez que manifestado en su interrogatorio de parte el representante legal del Banco Davivienda pues que no se había efectuado ninguna alerta al interior del banco, y por lo tanto es a partir de ahí que las demás operaciones en disputa no debieron cursar pues dada la actividad profesional desplegada por el banco no solo debe asumir la seguridad de los canales a través de la cual ofrece sus servicios sino también la existencia de medidas para responder a cada uno de los diferentes riesgos que se pueden presentar en el uso de estos. En ese aspecto es de señalar que aunque se discute la remisión de mensaje de texto sobre las operaciones desconocidas, y aún cuando se hace alusión a ellos en el informe de seguridad, lo cierto es que los mismos no atienden las instrucciones emanadas por el Supervisor arriba señaladas que precisamente buscan constatar con el cliente que sea él quien se encuentre realizando las transacciones, lo cual no es susceptible de suplirse con un mensaje de texto, circunstancia que de haberse efectuado habría impedido que se afectaran con posterioridad los recursos a disposición de la demandante con posterioridad a la segunda de las transacciones . Al respecto vale la pena resaltar lo establecido por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil en fallo del 27 de octubre del 2016 con ponencia del magistrado German Valenzuela Valbuena donde en un caso similar se pronuncian en los siguientes términos, y cito, en ahora en cuanto a los mensajes de texto, retomando lo que ya se había anticipado considera la sala que aunque ciertamente su emisión tiene como objetivo primario que el cliente se entere de las operaciones que en tiempo mas o menos real le está reportando el banco para que manifieste así mismo con inmediatez que las rechaza, ello no implica que su silencio pueda interpretarse como señal de aprobación del contenido de los mensajes que lleguen y por esta vía que ante las operaciones realizadas resulten sospechosas, e banco pueda asumir que el cliente de alguna forma las avala o que por ello formen parte de su perfil transaccional. La omisión de respuesta oportuna dependiendo por supuesto de las circunstancias de cada caso, a lo sumo podrá tener incidencia en la determinación del perjuicio reparable como se verá mas adelante, punto sexto, pero jamás, por si sola efecto exonerativo pleno en favor del banco, mucho menos cuando la transferencia escapa al perfil transaccional del cliente”

“ En cuanto a la excepción denominada hecho de un tercero, según la cual si bien las transacciones del presente litigio en las que se utilizó los elementos transaccionales de la demandante personales e intransferibles, no fueron realizadas por esta, resultaría forzoso concluir que existió la participación de un tercero delincuyente, sin embargo esta 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, relieves el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. Así el hecho de un tercero mas que romper el vínculo de causalidad, reitera que el desembolso no fue realizado al titular de la cuenta o de su mandatario en los términos previstos en el ya citado artículo 1398 del Código de Comercio, es decir prueba del incumplimiento de las obligaciones que al banco le asistían, base legal que la indebida intromisión de un tercero como se dijo no constituye por si sola un efecto exonerativo a favor del establecimiento bancario”

Es interesante el alcance que ha efectuado la Superintendencia Financiera respecto de la obligación en estudio, pues ha ampliado su alcance al establecer que la conducta negligente y descuidada por parte del cliente en la custodia de su clave de acceso no es por si sola eximente de la responsabilidad, ya que al banco le asisten otra serie de obligaciones relativas con el manejo seguro de las transacciones electrónicas a través de las cuales se manejen o administren los recursos depositados, y si existe incumplimiento en este sentido, no es factible que sea declarada la causal de

exoneración de responsabilidad. Lo mas que podrá darse a favor del Banco, será la figura de concurrencia de culpas.

En relación con sanciones adicionales a la devolución de los recursos mal desembolsados en sentencia 2017-1977 se estableció: *“Esta responsabilidad especial que establece el artículo 1398 del Código de Comercio excluye en consecuencia cualquier aplicación analógica con respecto a la responsabilidad del pago de cheques de que habla el artículo 737 de esta misma normatividad y que fuera reclamada o invocada por el apoderado de la pasiva en sus alegaciones”*

En la sentencia que se analiza, respecto del artículo 1398 del Código de Comercio se sostuvo: *“Se establece de manera clara que todo banco es responsable de las sumas depositadas que haga a persona distinta del titular de la cuenta o su mandatario, de esta manera la obligación del banco se cumple cuando hace entrega al titular de los depósitos o a la persona que este autorice para disponer de los mismos. En caso contrario se compromete, como lo establece esta norma, la responsabilidad de la entidad financiera. Esta responsabilidad especial que define el artículo 1398 del Código de Comercio, excluye en consecuencia cualquier aplicación analógica con respecto a la responsabilidad del banco de pago de cheques de que habla el artículo 733 de esta misma normatividad y que fuera reclamada por el apoderado de la pasiva en sus alegaciones”*

Tenemos entonces que para la Superintendencia Financiera el citado artículo establece una auténtica obligación de resultado y que las entidades financieras son responsables de la carga de la prueba al invertirse en virtud de la negación indefinida que formulan los demandantes al desconocer las transacciones que llevan a la afectación de los recursos en cuenta.

IV. OBLIGACIÓN DE LOS CUENTAHABIENTES DE MANTENER LOS EQUIPOS DE COMPUTO LIBRES DE VIRUS INFORMÁTICOS Y CON ANTIVIRUS INSTALADOS.

Respecto de las transacciones efectuadas a través de Internet, ha dicho la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia: *“La circunstancia de que internet sea una red abierta y pública, hace que esté caracterizada por una inherente inseguridad, pues eventualmente cualquier transferencia de datos puede ser monitoreada por terceros, lo que incrementa la potencialidad de pérdidas y defraudaciones, cuyos patrones de operación, por lo menos en lo que atañe a la banca electrónica, cambian constantemente y se manifiestan a través de la alteración de registros encaminada a la apropiación de fondos; la suplantación de la identidad de los usuarios, y la simulación de operaciones, compras y préstamos.*

Sin embargo, no es posible ignorar que se trata de riesgos que son propios de la actividad asumida por las entidades y corporaciones que participan en el e-commerce, entre ellas los Bancos, de la cual 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.

Es natural y obvio que la implementación de medios como el portal virtual de transacciones, si bien requiere de una inversión para su operación y mantenimiento, genera un lucro para la entidad, en la medida en que atrae un mayor número de clientes y de operaciones bancarias.

No obstante, el uso de este lleva ínsito el riesgo de fraude electrónico, el cual es de la institución financiera precisamente por la función cumplida por las instituciones financieras y el interés general que existe en su ejercicio y la confianza depositada en él, lo que determina una serie de mayores exigencias, cargas y deberes que dichas entidades deben cumplir con todo el rigor; por el provecho que obtiene de las operaciones que realiza; por ser la dueña de la actividad, la que -se reitera- tiene las características de ser profesional, habitual y lucrativa; y además, por ser quien la controla, o al menos, a quien le son los exigibles los deberes de control, seguridad y diligencia en sus actividades, entre ellas la de custodiar dineros provenientes del ahorro privado.

El riesgo, entonces, se materializa con el ofrecimiento a los clientes de una plataforma tecnológica para realizar sus transacciones en línea, la cual puede ser vulnerada por delincuentes cibernéticos a través de diversas acciones, atendida la vulnerabilidad inherente a los sistemas electrónicos.

Por eso, por una parte las instituciones financieras están compelidas a adoptar mecanismos de protección de los datos transferidos en relación con sus usuarios, a través de los cuales pueda prevenirse la defraudación, pues para el momento en que estos son detectados, generalmente, ya se ha causado el daño patrimonial, y por otra, están sujetas a la responsabilidad que acarrea para ellas la creación de un riesgo de fraude que afecta a sus clientes, a disposición de los cuales ha dispuesto su plataforma y recursos tecnológicos.”

Es claro entonces que la responsabilidad de la seguridad de las operaciones transaccionales que se efectúan vía Internet a través de los portales web corresponden a quienes ponen a disposición de los cuentahabientes el servicio, es decir, a las entidades financieras.

Acorde con la obligación de resultado del artículo 1398 del Código de Comercio, la responsabilidad profesional reconocida jurisprudencialmente y en virtud de lo dispuesto en el literal e) del artículo 11 y literal d) del artículo 12 de la ley 1328 de 2009, a través de los cuales se otorgó la facultad a la Superintendencia Financiera de Colombia de establecer de manera previa y general cláusulas y prácticas que son consideradas como abusivas, respecto del tema que estudiamos ha señalado en la PARTE I - TÍTULO III – CAPÍTULO I numeral 6 de la Circular 029 de 2014, actual Circular Básica Jurídica, las siguientes cláusulas y prácticas abusivas:

Cláusulas abusivas:

6.1.1.6. Las que imponen que el consumidor financiero asuma toda la responsabilidad por cualquier operación realizada con la clave asignada

6.1.2. Las que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.

6.1.4.1. Las que exoneran de toda responsabilidad a las entidades vigiladas en caso de pérdida o hurto de instrumentos, títulos o claves y limitan el derecho del consumidor financiero de demostrar que efectivamente la entidad vigilada incurrió en dolo o culpa.

6.1.4.2. Sin perjuicio de los deberes de custodia y diligencia del consumidor financiero, las que imponen que este asuma de manera anticipada toda la responsabilidad derivada del uso de los diferentes instrumentos o claves para la realización de operaciones (tarjetas débito, crédito, talonarios, dispositivos móviles, títulos, entre otros), así como por cualquier falsedad, adulteración, extravío o uso indebido que de ellos se haga por un tercero.

6.1.4.3. Las que establecen que la entidad vigilada no será responsable por los retiros realizados con documentación adulterada, falsificada o indebidamente diligenciada, cuando la entidad vigilada no haya dispuesto de mecanismos idóneos para verificar adulteraciones o falsificaciones a dichos documentos o, cuando habiendo dispuesto de ellos, las adulteraciones o falsificaciones eran notorias.

6.1.4.4. Las que establezcan que la entidad vigilada no es responsable respecto de los perjuicios o daños derivados de virus, equipos o programas inadecuados o fraudulentos que puedan afectar la confidencialidad o integridad de la información administrada por la entidad.

6.1.4.6. Sin perjuicio de las normas aplicables a esta materia, las que eximen de responsabilidad a las entidades vigiladas por la entrega o transferencia de recursos a terceros no autorizados, por el pago de cheques falsos, o por el pago de cheques que no cumplen con las condiciones de manejo establecidas por el consumidor financiero para tal efecto.

Prácticas abusivas

6.2.4. Invertir la carga de la prueba en caso de fraudes en contra del consumidor financiero.

6.2.49. Obligar al consumidor financiero a certificar que se encuentra en un computador seguro.

Con base en lo expuesto es viable afirmar que la obligación contractual impuesta a los cuentahabientes en los reglamentos para uso de los portales transaccionales de las entidades financieras a través de Internet consistente en que los equipos de computo deben contar con unas medidas de seguridad tales como antivirus y programas que permitan detectar malware o códigos maliciosos que permitan el robo de la información no constituye una cláusula o práctica abusiva que permita restarle eficacia o tenerlas por no escritas y obliga válidamente al cliente al tenor del artículo 1602 del Código Civil, porque hacen parte de la obligación de custodia de los elementos transaccionales del cliente.

En efecto, la validez de esta clase de cláusulas no exonera en ningún momento a la entidad financiera de cumplir con la obligación de resultado que se desprende del artículo 1398 del Código de Comercio ni tampoco la exonera de la asunción de la carga de la prueba, cuando el cuentahabiente desconozca la realización de operaciones transaccionales efectuadas vía Internet que afecten los recursos depositados en la cuenta de ahorros de su titularidad, como consecuencia lógica del régimen de responsabilidad profesional bajo el cual se les juzga y como imposición expresa de los artículos 11 y 12 de la ley 1328 de 2009 y de lo consagrado en la Circular Básica Jurídica citada.

En la revisión del caso concreto, la Superintendencia Financiera de manera expresa manifestó que la cláusula que establece la obligación de que los cuentahabientes se comprometan a mantener los equipos de computo en normal estado de funcionamiento y con antivirus instalados y permanentemente actualizados, no constituye una cláusula abusiva al tenor de lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 1328 de 2009.

En sentencia expedida dentro del expediente 2016-240 manifestó: *“Finalmente si bien no puede dejarse de lado que el banco entregó un mecanismo fuerte de autenticación como el token y que esta delegatura ha reconocido en diferentes oportunidades el cuidado y las medidas de seguridad que se deben tener con dicho dispositivo, lo cierto es que en este caso del análisis conjunto de la prueba no puede concluirse que la existencia de tal mecanismo que solo permitía el acceso al canal mas no la realización de las operaciones como fuera declarado en la tarde de hoy, conlleve la pérdida de la información en cabeza del consumidor atendiendo por demás a que no se encontró malware alguno en los equipos de computo analizados”*

En esta misma sentencia se hace referencia a una jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá de 3 de agosto de 2017 en la que se señala que *“si bien pudiera acreditarse una eventual culpa del consumidor, esta culpa debe ser jurídicamente idónea para tener la aptitud para producir el resultado dañoso”*

“De esta manera dado que el dinero materia de la custodia en cabeza del Banco Corpbanca, hoy Itaú Colombia S.A, fue entregado a un tercero, sin que se probara por parte de la entidad financiera que tenía la carga de hacerlo, que su titular hubiere dado autorización para ello o hubiere incumplido sus obligaciones contractuales o hubiere actuado de manera culposa para efectos de disminuir o exonerar su responsabilidad se habrá de denegar las excepciones de culpa exclusiva del demandante, incumplimiento contractual del demandante y cumplimiento contractual del demandado”.

Se ratifica entonces que le corresponde a las entidades financieras la carga de demostrar el incumplimiento de la obligación contractual por parte del cuentahabiente debiéndose acreditar a través del medio probatorio conducente que en este caso serán los informes forenses (dictámenes periciales) que se levanten como resultado de las inspecciones efectuadas a los equipos de computo del cliente desde los cuales se efectuaban las operaciones virtuales y no basta solo con acreditar que la transacción se

efectuó desde la dirección IP desde la cual se efectuaban normalmente y que se haya accedido haciendo uso de los mecanismos de identificación fuertes como el token u otros.

V. CASO CONCRETO

El presente asunto se falló mediante sentencia 2017-258 y se pretendió por parte de la sociedad EMPRESA INTEGRAL DE SERVICIOS OPIS CONSTRUCCIONES S.A. ESP y demandado Banco BBVA COLOMBIA SA, en acción de protección al consumidor la devolución de la suma de noventa y un millones doscientos dos mil quinientos pesos (\$91.202.589) con ocasión de dos (2) transacciones que se efectuaron desde el canal virtual de empresas de la citada entidad financiera efectuadas los días 21 y 22 de abril de 2016 que afectaron los saldos que la sociedad demandante poseía en su cuenta de ahorros. Objetadas las mismas por la cuentahabiente, el Banco recuperó de una de las cuentas de destino de las transacciones la suma de \$3.964.587 por lo que la suma final pretendida varió a la suma de \$87.838.000.

El Banco presentó varias excepciones de mérito. Una de ellas la denominó Falta de Legitimación en la Cauca por Pasiva, sustentada en que el reintegro de las sumas debía solicitarse al destinatario final de las mismas. Este medio exceptivo fue desestimado por la Superintendencia Financiera al sostener que esta era una típica controversia contractual derivada del contrato de depósito en cuenta de ahorro celebrado entre las partes. La otra fue denominada Culpa Grave de Demandante, cumplimiento contractual del BBVA, incumplimiento contractual de la demandante, ausencia de los perjuicios valorativos de la responsabilidad civil contractual, que fue la que finalmente se declaró probada dentro del proceso, como pasaremos a ver.

Dentro del proceso quedó demostrado que la sociedad había recibido un token, que es un mecanismo de autenticación y que es esencial para la realización de las operaciones o transacciones electrónicas, desde el portal virtual empresarial del citado banco. También quedó demostrado el hecho de que para la realización se necesitaba acceder con los nombres de usuarios que previamente había sido asignados y que para el presente caso, los usuarios eran administrados por el representante legal de la sociedad y quien además custodiaba el token entregado. Para las transacciones también era necesaria una clave adicional.

La objeción o desconocimiento de las transacciones fue formulada en la demanda mediante una negación indefinida lo que radicó la carga de la prueba en cabeza de la entidad financiera demandada y adicionada con la obligación de resultado que tiene el ya mencionado artículo 1398 del Código de Comercio, determinó que debía ser el banco accionado quien demostrara la causal eximente de responsabilidad.

Para fallar el presente asunto, la Superintendencia Financiera se apoya en la sentencia de 19 de diciembre de 2016 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez, en donde se sostiene que la responsabilidad en esta clase de fraudes, haciendo referencia al fraude electrónico, señaló: *“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. 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 del dinero de la cuenta, transferencias u otras operaciones que comprometieron sus recursos pues amén de que es éste quien posee el control de esta clase de*

mecanismos que le permiten hacer seguimiento informático a las operaciones a través de controles implementados en los software especializados con los que cuenta, la culpa incumbe demostrarla a quien la alega, artículo 835 del Código de Comercio, pues se presume la buena fe aún la exenta de culpa”

Las partes, adicional al contrato de cuenta de ahorros, habían suscrito uno para el acceso y manejo de transacciones desde el portal empresarial transaccional de la entidad bancaria, estableciéndose como una de las obligaciones a cargo del cuentahabiente la de mantener los equipos de computo destinados a la realización de las operaciones electrónicas en un estado normal de funcionamiento y libre de virus informáticos y la de instalar en los mismos equipos un antivirus actualizado.

Dentro del plenario probatorio obró un informe técnico expedido por el CTI de la Fiscalía General de la Nación, que fue practicado con ocasión de una denuncia penal interpuesta por la sociedad actora y elaborado con base en la inspección realizada por los funcionarios de dicha dependencia a los equipos de computo de la sociedad cuentahabiente y que arrojó como resultado que el equipo tenía un malware “que permite a un tercero desde ubicación desconocida el control total del equipo de computo donde se ejecute además del reenvío y captura de datos a la red de Internet” Adicionalmente en el informe se consagró que en el equipo de computo del representante legal existía un código malicioso tipo troyano.

También se efectuó un informe de seguridad por el banco desde la sede de la sociedad accionante con presencia del representante legal, en donde el funcionario accedió de manera remota a los equipos. Adicionalmente que se contaba con un antivirus gratuito y que la protección en tiempo real se encontraba desactivada.

Con base en estos informes y como no fueron desvirtuados por la sociedad demandante, se tuvieron como probados los hechos relacionados con que los equipos no cumplían las condiciones de seguridad y que los datos podían ser sustraídos.

Adicionalmente, las operaciones se efectuaron desde la misma dirección IP desde la que regularmente se realizaban.

La Superintendencia decretó prueba de oficio y ordenó al banco que remitiera la constancia de las notificaciones enviadas a la sociedad actora sobre las transacciones.

Finalmente estableció la Superintendencia Financiera: *“El análisis probatorio realizado en precedencia permite a esta delegatura concluir que la sociedad actora incumplió sus obligaciones contractuales y facilitó con ello el conocimiento por parte de terceros de su información transaccional dado que el malware referido que infectó el computador de el cliente permitió manipular la información de sus operaciones fue determinante para que los archivos cargados por la sociedad demandante fuesen modificados afectándose los recursos depositados en la cuenta de ahorros (...)”*

“(...) Téngase en cuenta que no se acreditó dentro del expediente una vulneración de la plataforma virtual del banco. Por el contrario, la intromisión informática que en últimas es la causa de la afectación de los recursos se dio por el incumplimiento y culpa de la sociedad actora, estando facultado el administrador para verificar la totalidad de las transacciones sin que pueda serle imputado en este caso al banco que esa verificación debía surtirse con todos los datos de la transacción por cuanto la intervención del tercero al manipular el archivo que la contenía, rompe el nexo de causalidad entre el actuar del banco y el daño que se reclama”

Con base en los planteamientos descritos la Superintendencia Financiera de Colombia decidió negar las pretensiones de la demanda planteadas por la sociedad actora y declarar probadas las excepciones de Culpa Grave de Demandante, cumplimiento contractual del BBVA, incumplimiento contractual de la demandante, ausencia de los perjuicios valorativos de la responsabilidad civil contractual planteadas por el Banco accionado.

VI. CONCLUSIONES

De las posiciones sostenidas por la Superintendencia Financiera de Colombia podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. El artículo 1398 del Código de Comercio establece una obligación de resultado, ya que siempre responderá por la entrega o reembolso de recursos efectuadas a terceros no autorizados por el cuentahabiente.
2. La obligación anterior debe entenderse como parte del régimen de responsabilidad profesional de las entidades financieras, al cual se encuentran sometidas en virtud de la confianza respecto del manejo responsable de los dineros entregados en custodia.
3. Los establecimientos de crédito pueden exonerarse de la responsabilidad demostrando fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva del cuentahabiente.
4. La carga de la prueba cuando el cuentahabiente desconozca las operaciones que afectaron los saldos de recursos en cuenta, es decir en caso de fraude, se encuentra radicada en cabeza del establecimiento de crédito y bajo ninguna circunstancia podrá ser invertida o radicada en el cliente.
5. El reembolso o entrega a terceros no autorizados puede configurarse a través de la realización de operaciones virtuales realizadas a través de los portales transaccionales de las páginas web de los establecimientos de crédito.
6. Los establecimientos de crédito deben contar con los requisitos mínimos de seguridad para operaciones virtuales realizadas vía Internet consagrados en la parte I, título II, capítulo 1, numeral 2, de la Circular Básica Jurídica 029 de 2014 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia.
7. Pese a lo anterior, es jurídicamente posible que contractualmente se pacte como obligación para el cuentahabiente la instalación y actualización en tiempo real de antivirus y programas en los equipos de cómputo desde los que se acceda a los portales transaccionales, que detecte malwares, programas espías y códigos maliciosos a través de los cuales se pueda obtener la información de las transacciones. Esto hace parte de la obligación de custodia de los elementos transaccionales del cuentahabiente.
8. Dentro de la labor probatoria que debe desplegar la entidad financiera para poder exonerarse de la responsabilidad por culpa atribuible al cuentahabiente no basta con solo demostrar bajo el medio probatorio idóneo que incumplió su obligación de custodia de los elementos transaccionales, si no que es necesario acreditar que se accedió a través de los mecanismos de autenticación fuertes entregados y que las mismas eran acordes con el perfil transaccional del cuentahabiente, el cual debe construir de manera obligatoria la entidad financiera.
9. Los mensajes de texto que se envíen a través del servicio de notificaciones a los cuentahabientes, no constituyen prueba de la aceptación de las mismas por parte de los clientes cuando no se efectúa la reclamación inmediata ni prueba de que por esa misma circunstancia empiezan a hacer parte del perfil transaccional del cuentahabiente.

VII. BIBLIOGRAFIA

MARTINEZ NEIRA Nestor Humberto, CATEDRA DE DERECHO BANCARIO, Editorial Legis, 2 Edición Bogotá 2004.

RODRIGUEZ AZUERO Sergio, CONTRATOS BANCARIOS: Su significación en América Latina, Editorial Legis, 6 Edición, Bogotá 2009.

JURISPRUDENCIA SALA DE CASACIÓN CIVIL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sentencia SC18614-2016 de diciembre 19 de 2016 magistrado ponente ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

JURISPRUDENCIA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Expediente 2018057967 2018-0951

Expediente 2017034137 2017-0528

Expediente 2016116210 2016-2175

Expediente 2016118117 2016-2040

Expediente 2016118159 2016-2091