



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Responsabilidad bancaria frente al *phishing*

Marcos Rodríguez Puentes

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Departamento de Derecho
Bogotá, Colombia

2015

Responsabilidad bancaria frente al *phishing*

Marcos Rodríguez Puentes

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho

Director (a):

Dr. Álvaro Mendoza Ramírez

Codirector (a):

Dr. Fredy Andrei Herrera Osorio

Línea de Investigación:

Profundización en Derecho Privado Económico

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Departamento de Derecho

Bogotá, Colombia

2015

Agradecimientos.

Al doctor Fredy Herrera, por la paciencia incansable que ha tenido conmigo durante tantos años.

Al doctor Álvaro Mendoza, por su orientación y, ante todo, por su ejemplo de humana virtud.

A José Agustín y a Andrea, que caminan a mi lado.

A mi gran amigo, Fernando Augusto.

A Martina y Agustín, que con su vida de fe alcanzaron a transmitirme sus valores cristianos a través de Isabel, la mejor de sus hijas. A Isabel, por haberme transmitido lo que Agustín y Martina le enseñaron.

A Ciro, por los jalones de orejas.

A Dios, que me los puso a todos ustedes en el camino.

“¿Qué es la imaginación? Es la facultad de combinación. Aúna cosas, hechos, ideas y concepciones en combinaciones nuevas, originales, infinitas, en constante variación. (...) Es eso que penetra en los mundos invisibles que nos rodean, los mundos de la ciencia”.

Ada Lovelace.

“¡Basta de silencios! ¡Gritad con cien mil lenguas! Porque, por haber callado, ¡El mundo está podrido!”

Catalina de Siena.

Resumen

Hemos planteado la pregunta de si la responsabilidad del banco en eventos de *phishing* en operaciones pasivas corresponde a una responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta que la jurisprudencia lo ha dicho así en relación con los reembolsos a través de cheques. Durante la investigación, teniendo en cuenta la naturaleza del dinero y la estructura obligacional de la operación de depósito, encontramos que la obligación del banco no es de custodia, sino de restitución, y que ésta configura un pago de obligación de dinero a favor del usuario; de esta suerte, encontramos que el centro del asunto no está en el régimen de responsabilidad, sino en el régimen general de obligaciones.

Ya en este punto, encontramos que el pago realizado al tercero malintencionado no logra la extinción de la obligación que el banco tiene frente al usuario acreedor, ya que aquélla es, funcionalmente, de género; esto, sin perjuicio de que, eventualmente, el banco pueda argüir la culpa del usuario para exonerarse o morigerar su responsabilidad, debiendo demostrar que el usuario incurrió en culpa grave.

Palabras clave:

Responsabilidad objetiva.

Phishing.

Operaciones pasivas.

Naturaleza del dinero.

Restitución.

Extinción de la obligación.

Culpa grave.

Abstract

We have set out a question about bank liability in phishing cases performed on deposit accounts, asking if the law has imposed strict liability on the bank in such events, given that case-law have said so about check withdrawals.

During our research, we took into account money's nature and the structure of the obligations derived from the contract between the bank and the consumer, which led us to acknowledge that the obligation of the bank is not to watch over the deposit, but to refund it, which means that the bank has towards the user an obligation to pay money.

In this point, we found out that when the malicious third-part is paid by the bank, this one does not extinguish its obligation towards the creditor consumer, since that obligation is functionally, a generic real obligation; notwithstanding, the bank is allowed to put forward the consumer's fault, in order to extinguish, totally or partially, its obligation, having to demonstrate *lata negligentia* in the consumer's behaviour.

Keywords:

Strict liability.

Phishing.

Passive operations.

The nature of money.

Restitution.

Extinction of obligations.

Grave fault.

Tabla de Contenido

INTRODUCCIÓN.....	12
1. PHISHING, PERSPECTIVAS.....	23
1.1. Descripción general del <i>phishing</i>	23
1.2. Tratamiento jurisprudencial del <i>phishing</i>	35
1.2.1. Responsabilidad por pago de cheques adulterados o falsificados.....	38
1.2.2. Restituciones a personas distintas del titular por medios electrónicos no cambiaríos.....	43
1.3. Conclusiones.....	54
2. LA DESIGUALDAD COMO PRESUPUESTO.....	55
2.1. Desigualdad y tuición en el ordenamiento de consumo.....	55
2.2. Presunción de autenticidad y tuición al consumidor.....	62
2.2.1. Encriptación y regulación de la firma electrónica.....	68
2.3. Conclusiones.....	78
3. NATURA PECUNIAE. EL CONTENIDO SUSTANTIVO DE LA OBLIGACIÓN DEL BANCO.....	79
3.1. Fungibilidad y dominio del dinero.....	79
3.2. Alcance y naturaleza de la obligación de restitución del banco.....	86
3.3. La culpa del consumidor como mecanismo de liberación.....	92
3.4. Conclusiones.....	96
4. CONCLUSIONES.....	97
Bibliografía.....	98

INTRODUCCIÓN.

La facilidad y la comodidad que las transacciones electrónicas proveen tanto a los consumidores como a las empresas que hacen uso de las mismas, es cada vez mayor, lo que permite prever que, no sin reticencias de mayor o menor entidad, se convertirán en el medio más natural para que las personas lleven a cabo sus actividades económicas¹.

Existe, por lo tanto, la percepción generalizada de que todos los agentes económicos envueltos en el desarrollo de este tipo de transacciones, reciben amplios beneficios de las mismas: las empresas por cuanto ven simplificada su contabilidad; los consumidores por la facilidad y comodidad de la transacción; y el banco por la reducción de los costos humanos y físicos de operación. En general para todos, por las la facilidad sin precedentes que ofrecen estos medios transaccionales², toda vez que *“es mucho más fácil y más barato movilizar electrones que mover papel”*³.

El interés general será más fácilmente alcanzable en la medida en que la extensión de la tecnología permita que los ciudadanos obtengan recursos de todo tipo, logrando una mejor captación y colocación de recursos económicos, alcanzándose así mayores niveles de equidad en la medida en que *“[l]os cambios tecnológicos mejorarán las condiciones y los costos de acceso de la población menos favorecida a servicios financieros integrales”*⁴.

Sin embargo, cada vez se hace más y más evidente que el uso de las plataformas electrónicas conlleva una serie de riesgos que, a veces, parecen incontrolables; tanto es así que, a pesar de no ser comunes, las noticias de *hackers* que logran romper los sistemas

¹ Rincón Cárdenas, Erik. Servicios financieros electrónicos, *“Aproximación preliminar”*. En “Temas de derecho financiero contemporáneo”, Editorial Universidad del Rosario, Primera edición, Colombia, 2006, p. 332.

² *Ibidem*, páginas 332-333 y 359.

³ Pinochet Olave, Ruperto. Contratos Electrónicos y Defensa del Consumidor. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Primera edición, España, 2001, p. 101.

⁴ Santa María Cárdenas, Patricia. La visión del sector financiero en 25 años. En “Temas de derecho financiero contemporáneo”, Editorial Universidad del Rosario, Primera Edición, Colombia, 2006, p. 60.

de seguridad de agencias de seguridad nacional de potencias informáticas y militares, para nada resultan sorprendentes⁵.

En este orden de ideas, si las grandes potencias del mundo y sus sistemas electrónicos de seguridad son vulnerables, es claro que los sistemas de seguridad destinados a las transacciones comerciales electrónicas, adolecen de niveles de vulnerabilidad equivalentes o incluso superiores, siendo también susceptibles de ser transgredidos en eventos similares.

Y es que, tal y como lo afirma Adi Shamir, “*los sistemas completamente seguros no existen ahora, y nunca existirán en el futuro. (...) Por lo tanto, tenemos que vivir con niveles apenas aceptables de seguridad*”⁶.

Ahora bien, hay una amplísima gama de ataques posibles, desde los que están dirigidos a servidores con el fin de obstaculizar el acceso a servicios que allí se almacenan (*denial of service*), hasta los que propiamente consisten en el robo de los datos de acceso y autenticación que usan los usuarios ante sus proveedores para manifestar el consentimiento, lo cual le permite al ladrón de dichos datos engañar posteriormente al proveedor de servicios, suplantando al usuario real; éste, es el que se conoce como *phishing*.

El *phishing*, a su vez, cuenta con una gran cantidad de variables que pueden ser agrupadas, *grosso modo*, en dos: las que se basan en el engaño a que se somete al usuario con el fin de que crea estar entregando sus datos al prestador de servicios o a una entidad gubernamental confiable, y las que se basan en la utilización de mecanismos puramente técnicos, a través de los cuales se logra el robo de la información de identificación y autenticación del usuario, sin que de ningún modo intervenga la voluntad inducida a error de éste.

Esas dos variables básicas de *phishing* se subdividen a su vez en un número más amplio de formas mixtas, consistiendo siempre, con independencia de los medios utilizados, en el robo de datos de autenticación que permiten al tercero de mala fe, el *phisher*, hacerse

⁵ Anonymous hackea página de la CIA. El Universal. Washington, USA. EFE. 10 de febrero de 2012. Consultado el 4 de diciembre de 2015. Disponible en <http://www.eluniversal.com.mx/notas/829393.html>; Cuatro Británicos se declaran culpables de ‘hackear’ el sitio de la CIA. CNN. Londres, Gran Bretaña. EFE. 10 de abril de 2013. Consultado el 4 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://mexico.cnn.com/tecnologia/2013/04/10/cuatro-britanicos-se-declaran-culpables-de-hackear-el-sitio-de-la-cia>;

Hackean el sitio del Ejército de Estados Unidos. Univisión. USA. Univisión. 9 de junio de 2015. Consultado el 4 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://noticias.univision.com/article/2362035/2015-06-09/estados-unidos/noticias/hackean-el-sitio-del-ejercito-de-estados-unidos>.

⁶ “Fully secure system do not exist today, and will never exist in the future (...). So, we have to live with good enough security”. Shamir, Adi. At RSA Conference. The Cryptographers’ Panel 2015. Published on April 22nd, 2015. Available at: <https://youtu.be/9RtZrNPP26w>.

pasar frente a terceros por el verdadero titular de dichos datos, perfeccionando negocios jurídicos como si fuera éste.

Justamente de ahí se deriva la importancia mayúscula de este tipo de ataques, ya que su objetivo son los datos a cuyo través se llevan a cabo los negocios jurídicos masivos en una economía de mercado informatizada como ésta de la que hoy en día hacemos parte.

El sector bancario es un objetivo particularmente sensible de estas actividades, toda vez que el mismo ocupa en el mercado un lugar de gran importancia, dado su fundamental papel de intermediario entre agentes superavitarios y deficitarios, con sus operaciones de captación y colocación, respectivamente⁷, lo cual pone en sus manos el manejo de gran parte del circulante de una sociedad.

Por esta razón, los bancos no sólo se encuentran expuestos al riesgo propio del comercio electrónico, sino que su actividad de manejo masificado del dinero del público genera que sean blanco constante de ataques y tentativas relacionadas con el fraude electrónico.

En el mismo sentido, según se ha podido corroborar, Colombia es uno de los focos de mayor afectación de fraudes electrónicos, ocupando el primer lugar en Latinoamérica, habiendo ocurrido en su territorio un 43% de los eventos de *phishing* registrados en la región en 2014⁸.

Asimismo, resulta significativo el hecho de que

*“[d]e conformidad con el estudio presentado por la Asociación Bancaria, la experiencia indica que las contraseñas y palabras clave han dejado de ser un mecanismo suficientemente fiable y seguro, **ya que éstas pueden ser interceptadas durante su transmisión y han demostrado reiteradamente su alto grado de vulnerabilidad**” (Subraya y negrilla fuera de texto)⁹.*

⁷ Nicola Cetorelli, Benjamin H. Mandel, and Lindsay Mollineaux. The evolution of Banks and Financial Intermediation: Framing the Analysis. Federal Reserve Bank of New York. Economic Policy Review (1932.0426); Vol. 18, July 2012, p. 1.

⁸ Policía desmantela banda dedicada al hurto a cuentas bancarias. Eltiempo.com. Santa Marta, Colombia. Redacción Santa Marta. 9 de diciembre de 2013. Consultado el 4 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13270417>.

Mayorga, David. La vigencia del fraude bancario. Elespectador.com. 8 de enero de 2014. Consultado el 4 de diciembre de 2014. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/temadeldia/vigencia-del-fraude-bancario-articulo-467550>.

Colombia, uno de los destinos predilectos del cibercrimen. Eltiempo.com. Bogotá, Colombia. Redacción tecnología. 12 de marzo de 2014. Consultado el 4 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13641158>.

Riesgo inminente. Dinero.com. Bogotá, Colombia. Redacción país. 27 de noviembre de 2014. Consultado el 4 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.dinero.com/edicion-impresa/pais/articulo/crecimiento-delitos-ciberneticos-colombia/203563>.

⁹ Rincón Cárdenas, Ob. Cit., p. 345.

Así las cosas, es claro que

*“[e]n nuestro país el sistema financiero día a día ofrece más servicios a través de sus portales en internet, como son las transferencias bancarias, el pago de servicios públicos, la consulta de los estados de cuenta, el pago de facturas de ciertas entidades, que brindan mayor comodidad a sus clientes; pero, a la vez, esto implica mayores preocupaciones por la seguridad de los sistemas informáticos (...) **pues la ocurrencia de un evento fraudulento llevaría a la pérdida de confianza, aspecto fundamental para el adecuado desarrollo del comercio electrónico**”¹⁰ (Subraya y negrilla fuera de texto).*

En efecto, la confianza en los bancos es esencial para que el mercado funcione, pues la misma implica que se perciba la garantía del flujo de pagos en la economía, garantía que de verse afectada no sólo repercutiría en el desarrollo del comercio electrónico, como prevé Rincón Cárdenas, sino en toda la economía en general. No en vano, la actividad financiera es calificada por la Constitución Política no como servicio público, sino como actividad de interés público, ejercida por profesionales¹¹, significando esto que exige niveles de atención y cuidado muy superior¹².

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática al señalar que la calificación de interés público implica una profunda y constante intervención estatal en la actividad financiera¹³, cuyo principal objetivo es, precisamente, lograr que se preserve la confianza pública en el sistema¹⁴.

Es decir, no sólo existe la exigencia de garantizar la permanencia, continuidad, regularidad, generalidad e igualdad en la prestación del servicio bancario, la cual lo erige en servicio público aún en ausencia de norma expresa que así lo indique¹⁵, sino que esas imprescindibles condiciones deben darse en el marco de una estricta intervención que garantice la confianza de los usuarios que participen del mercado haciendo uso de los servicios que prestan las entidades bancarias.

De lo anterior se colige, tal y como lo expresa el doctor Rodríguez Azuero que, en materia de banca electrónica, *“el gran desafío será luchar contra los delitos informáticos, cuyos autores resultan inubicables geográficamente en no pocos casos y, por consiguiente, en*

¹⁰ Rincón Cárdenas, Ob. Cit., p. 334.

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 3 de agosto de 2004. Expediente No. 7447. M. P. Edgardo Villamil Portilla.

¹² Ibáñez Najjar, Jorge Enrique. El tratamiento constitucional de la actividad financiera. En “Temas de derecho financiero contemporáneo”. Editorial Universidad del Rosario, Primera edición, Colombia, 2006, p. 76 y 77.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C – 955 de 2000. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 640 de 2010. M. P. Mauricio González Cuervo.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 224 de 2009. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. En el mismo sentido: Corte Constitucional. Sentencia T-146 de 2012. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*buena parte inmunes a las aisladas reacciones de las legislaciones locales que, en todo caso, se adoptan con tardanza y suelen resultar inadecuadas frente a delincuentes cuya capacidad de introducir mecanismos defraudatorios parece exceder, de lejos, en creatividad y rapidez a las tradicionales respuestas legislativas*¹⁶.

También vale la pena tener en cuenta la “*Ventaja tecnológica de los delincuentes profesionales (...) [y los] Problemas de jurisdicción en los delitos transfronterizos*”, que refiere Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, poniendo en evidencia las mismas situaciones que el Dr. Rodríguez Azuero y coincidiendo con éste en cuanto a la difícil franqueabilidad de ellas¹⁷.

Esta situación plantea un gran interrogante en relación con el tratamiento que debe darse al riesgo propio de las transacciones electrónicas frente a eventos de *phishing*, específicamente, en lo que se refiere a quién debe soportar el perjuicio causado, en caso de materializarse el riesgo de fraude a que dichas transacciones electrónicas se encuentran expuestas.

Así las cosas, dada la dificultad antes mencionada respecto del logro de las soluciones jurídicas requeridas para hacer frente al fraude electrónico, y teniendo en cuenta que, entre tanto, urge la necesidad de preservar la confianza, es imperativo plantear formas alternativas, ajenas a la acaso imposible persecución del tercero de mala fe, que mantengan la confianza que sirve de fundamento a las transacciones electrónicas, sentando así las bases de un crecimiento óptimo de las mismas.

Ahora bien, ese *mantener la confianza* en el mercado, no tiene una expresión más importante que la consistente en la adecuada protección de los consumidores, la cual se traduce, justamente en “*consolidación y confianza en los mercados*”¹⁸.

No en vano, siendo

“un hecho consensuado que las nuevas tecnologías contienen un grado de especialización y complejidad que quizás nunca ha existido en la historia de la humanidad (...)”, surge “(...) una creciente preocupación en cuanto a los riesgos que las nuevas tecnologías representan o pueden representar para el consumidor”, toda vez que “la necesidad de protección del consumidor no constituye sólo un aspecto relevante en la tutela de aspectos sensibles para el

¹⁶ Rodríguez Azuero, Sergio, Reflexiones sobre el libro y la evolución de los contratos bancarios. En “Temas de derecho financiero contemporáneo”, Editorial Universidad del Rosario, Primera edición, Colombia, 2006, p. 36.

¹⁷ Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba. La prueba electrónica. Editorial Temis S.A., Primera edición, Colombia, 2004, p. 145.

¹⁸ Mínguez Prieto, Rafael. El mercado público de valores en la Comunidad Europea. En “Temas de derecho financiero contemporáneo”, citando una comunicación de la Comisión Europea de 1998. Editorial Universidad del Rosario, Primera edición, Colombia, 2006, p. 419.

ciudadano (...) [sino que] *la creación de la confianza necesaria en los consumidores es un objetivo prioritario para el desarrollo del comercio electrónico*¹⁹.

En este mismo sentido, y a manera de afianzamiento de esta percepción generalizada, nos permitimos traer a colación la Resolución del Consejo Europeo de 19 de enero de 1999, que expone en su quinta consideración:

*“Considerando que la confianza de los consumidores constituye un requisito indispensable para que éstos acepten la sociedad de la información y tomen parte en ella”*²⁰.

Queda entonces claro que la protección de los intereses del consumidor es la forma concreta de salvaguardar la confianza que el mercado requiere para su desarrollo, toda vez que dada la masificación de las relaciones de consumo en la era tecnológica, “es en el ámbito del consumo, precisamente, en donde reside la importancia que es posible prever para el comercio electrónico en el futuro”²¹.

Ahora bien, una propuesta muy concreta en cuanto al tipo de protección requerida, es la del Consejo Europeo, el cual, con miras a lograr (y preservar) tal confianza, indica que se trata de “un nivel de protección equivalente al que rige en las transacciones tradicionales”, aclarando que “[l]a protección de los intereses económicos de los consumidores, (...) [debe incluir] una distribución equitativa de riesgos y responsabilidades **que refleje en especial la responsabilidad del proveedor al optar por medios electrónicos de comercio**”²² (Subraya y negrilla fuera de texto).

Se plantean así dos niveles de protección diferentes: el primero, compuesto por la equivalencia de la protección dada al consumidor electrónico, respecto de la protección que recibe el consumidor por medios tradicionales; la segunda, más exigente, compuesta por la necesidad de que el proveedor de los servicios asuma la responsabilidad de optar por medios electrónicos de comercio, dados los riesgos que éste implica, y la administración y conocimiento de los mismos con que cuenta dicho proveedor.

En todo caso, lo que se evidencia a partir de lo expuesto, es que la confianza que en el mercado electrónico tengan los agentes que participan en el mismo es fundamental para

¹⁹ Pinochet Olave, Ruperto. Ob. Cit., p. 101 a 103.

²⁰ Resolución del Consejo Europeo de 19 de enero de 1999 Consideración quinta, disponible en: <http://campus.usal.es/~derinfo/derinfo/CE/CONSOCIN.HTM>. Consultado el 4 de diciembre de 2015.

²¹ Pinochet Olave, Ob. Cit., p. 105.

²² Resolución del Consejo Europeo de 19 de enero de 1999 Consideración sexta, disponible en: <http://campus.usal.es/~derinfo/derinfo/CE/CONSOCIN.HTM>. Consultado el 4 de diciembre de 2015.

su funcionamiento y desarrollo, por lo que aquélla debe ser, necesariamente, garantizada y promovida a través de los medios jurídicos a tal efecto necesarios.

Salta a la vista que si la inmensa mayoría de los agentes económicos que participan de un mercado dado son los consumidores, la confianza del mercado en gran medida equivale a la confianza de los consumidores en dicho mercado.

Teniendo en cuenta lo anterior, se muestra evidente que cuanto más percepción de riesgo haya, tanta mayor protección se debe proveer. No de otra manera se puede promover y salvaguardar tal confianza.

Dicho lo anterior, es preciso tener en cuenta que “[d]e todos los sectores, el sector financiero es aquel en que la confianza cumple un papel más relevante. Esto se debe a que la actividad fundamental de este sector es el traspaso y resguardo de dinero, que por naturaleza es aquel en el que las personas menos confían”. Igualmente, que esta sensación de desconfianza es aún más sensible en cuanto a la banca en internet se refiere, por su novedad, y por la posibilidad de acceso a las cuentas por parte de terceros malintencionados²³.

En consecuencia, es claro que la expansión y la estabilidad del mercado financiero exigen, respecto de los consumidores de dicho sector, una protección mayor que la del resto del mercado, y que, a su vez, en materia de consumo financiero electrónico, dicha protección debe ser de un calado aún más profundo.

Así pues, la protección al consumidor financiero electrónico se erige en componente fundamental de la determinación de las responsabilidades establecidas en un mercado cuyos agentes eligen y privilegian el uso de medios electrónicos.

Como consecuencia de lo anterior, la protección al consumidor bancario será un elemento de crucial importancia en el desarrollo del presente trabajo, pretendiendo determinar, a partir de la regulación de consumo, la naturaleza de la responsabilidad que puede corresponder al banco en un evento de *phishing*.

Específicamente, se debe tener en cuenta la protección establecida por nuestro ordenamiento mercantil, en relación con los pagos que el banco realice a personas diferentes a sus depositantes, que se encuentra en los artículos 732, 1391 y 1398 del Código de Comercio, refiriéndose los dos primeros a casos de restituciones realizadas vía cheque, y el último, a restituciones realizadas por mecanismos diferentes. Junto a esto, el

²³ Torres Moraga, Eduardo, Flavián Blanco, Carlos, e Hidalgo Campos, Pedro. Construcción de la confianza del consumidor hacia la banca en Internet: un análisis de los factores de la imagen corporativa. Departamento de Administración de la Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile. Estudios de Administración, vol. 14, N°. 1. 2007, p. 29.

régimen general de responsabilidad de nuestro ordenamiento privado, y las leyes 1328 y 1480, relativas a la protección del consumidor.

Lo hasta aquí expuesto, nos permite plantear una problemática existente en la relación banco-consumidor, en la medida en que las asignaciones de riesgo / responsabilidad no parecen del todo claras.

Sí es totalmente claro que la responsabilidad, en tanto que consecuencia de un acto ilícito perpetrado por el tercero de mala fe, le corresponde propiamente a éste, tanto en el ámbito civil como en el ámbito penal.

Sin embargo, como ya se ha dicho, la persecución de tal tercero malintencionado es tan técnicamente difícil que raya en la imposibilidad, a lo que se suma la falta de esfuerzos unificados entre estados y entidades para responder a dicho riesgo, al cual se ve expuesto el consumidor por cuenta de la permisividad y exigencia del banco en cuanto al uso de medios electrónicos.

Esta situación, que sujeta los negocios jurídicos perfeccionados y ejecutados por vías electrónicas a grandes dificultades en la aplicación debida de la responsabilidad a quien actuó de mala fe, exige la determinación de a quién se le asigna el riesgo de la actuación del tercero malintencionado, riesgo de actuación puesto en el mercado por parte de la entidad bancaria, así como la determinación de si dicho riesgo se asigna a través del establecimiento de algún tipo de responsabilidad o no.

Al respecto, como se ha mostrado, el artículo 1398 del Código de Comercio parece indicar que dicho riesgo está en cabeza del banco a título de responsabilidad; sin embargo, dada la naturaleza del *phishing*, que eventualmente conlleva algún nivel de culpa del usuario, cuando éste es engañado y entrega sus datos de autenticación, puede alegarse que es éste quien tiene dicho riesgo.

Así las cosas, el problema jurídico concreto, puede expresarse de la siguiente manera: **¿En la díada banco-consumidor, cuál de las dos partes, y a qué título, debe soportar el perjuicio causado en un evento de phishing?**

Metodológicamente, se buscará plantear un análisis de corte positivo²⁴, con el único objetivo de desentrañar lo que el ordenamiento jurídico colombiano prevé en relación con

²⁴ Mankiw, Gregory. Principios de Economía. Cengage Learning Editores S.A., Quinta edición, México, 2009, p. 30 a 31; Posner, Richard. El Análisis Económico del Derecho. Fondo de Cultura Económica, Segunda edición en español, México, 2007, p. 57.; Morales de Setién Ravina, Carlos. Análisis Económico del Derecho, estudio preliminar. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Primera edición, 2011, p. 27.

los eventos de *phishing*, no perdiendo de vista las implicaciones potenciales y, por ello, la importancia que el mismo reviste.

Así las cosas, el estudio se centrará en el análisis y la toma de posición en relación con la asignación que haya del riesgo, a partir del artículo 1398 del Código de Comercio, en consonancia con los regímenes de consumo y de responsabilidad civil.

En este sentido, analizaremos si los eventos de *phishing* corresponden o no al régimen de responsabilidad, y qué implicación tiene el régimen legalmente establecido en términos de quién debe correr con el perjuicio causado cuando se concrete el riesgo de fraude.

En este orden de ideas, el trabajo a desarrollar pertenece al campo de la dogmática jurídica, buscando proponer conceptualizaciones aplicables al estudio del derecho, sin incurrir en análisis fácticos sobre la aplicación actual de las normas vigentes, ni sobre la tendencia que debería adoptar el legislador en relación con esta clase de eventos; en otras palabras, desarrollamos aquí un análisis de *lege data*²⁵.

La investigación será de tendencia crítica, en la medida en que será propositiva de una posición específica que se derivará del análisis gramatical, lógico y sistemático de las normas aplicables a los eventos bajo estudio.

En este sentido, queda excluido de la presente investigación todo análisis normativo²⁶ - *lege ferenda*²⁷ -, por lo que no será objeto de la investigación el sentido en que el legislador debería o no regular la responsabilidad en casos de *phishing*.

Igualmente, se excluye del presente análisis el estudio de la responsabilidad penal que puede derivarse de los eventos bajo estudio, dado que el desarrollo del trabajo se circunscribirá al ordenamiento privado, en cuanto a la asignación del riesgo del perjuicio causado en un evento de *phishing*.

De otra parte, es preciso aclarar que en caso de haber referencias a normas extranjeras, las mismas tendrán finalidades estrictamente contextuales y dogmáticas, en la medida en que permitan abstraer e ilustrar las perspectivas que se tienen respecto de eventos de esta naturaleza, con el fin de facilitar la interpretación propositiva a desarrollar; de esta suerte, el presente trabajo excluye también cualquier análisis de derecho comparado, circunscribiéndose por completo al análisis del derecho colombiano.

²⁵ Courtis, Christian. Enseñanza jurídica y dogmática en el campo jurídico latinoamericano: apuntes acerca de un debate necesario. En "García Villegas, Mauricio & Rodríguez, César. *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*". Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos & Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Primera edición, Colombia, 2003, p. 80.

²⁶ Mankiw, Gregory. Ob. Cit., p 30 y 31; Posner, Richard. Ob. Cit., p. 57; Morales de Setién Ravina, Carlos. Ob. Cit., p. 27.

²⁷ Courtis, Christian. Ob. Cit., p. 81.

También es preciso indicar que el análisis del riesgo en relación con los eventos de fraude en cuanto a operaciones activas requiere un estudio específico que excede los objetivos del presente análisis, dado que el fundamento normativo de éste se refiere de forma directa a la extinción de las obligaciones surgidas de operaciones pasivas, específicamente al depósito en cuenta de ahorros y al depósito en cuenta corriente²⁸, en tanto que se refiere a la obligación de restitución que tiene el banco, cuando la misma se realiza por medios electrónicos.

Igualmente, se excluye del presente trabajo el análisis de los elementos probatorios que se refieran a la determinación de si la transacción fue realizada o no por el usuario, en los casos en que un usuario pretenda defraudar al banco, arguyendo para tal fin la ocurrencia de un evento de *phishing*; en relación con este tema, consideramos evidente que en un sistema de libre apreciación, el banco podrá allegar los medios probatorios que, siendo conducentes y pertinentes, den al juez la plena convicción de que la transacción fue realizada por el usuario. En caso de probarse, es claro que nos enfrentaríamos a la responsabilidad penal del usuario, lo cual no hace parte de este estudio, que se restringe al campo estrictamente sustancial privado.

Como corolario de lo expuesto, el presente trabajo se circunscribirá al análisis de la asignación del riesgo del perjuicio frente a eventos de *phishing*, estableciendo cómo se deriva de las normas vigentes la distribución del mismo, considerando la falta de regulación explícita al respecto, teniendo por referencia operativa los contratos en que el banco tiene una obligación de restitución a la vista.

A partir de las aclaraciones metodológicas indicadas, proponemos, frente al problema jurídico planteado, la hipótesis de que *nuestro ordenamiento prevé que el perjuicio eventualmente derivado de un evento de phishing corresponde al banco, para lo cual ha asignado a éste una responsabilidad objetiva respecto de sus consumidores, en relación con las restituciones que realice de los depósitos cuando las mismas se hagan a persona distinta del titular de la cuenta.*

Esta hipótesis, como es natural, marcará el derrotero del desarrollo del trabajo, bien sea para corroborarla total o parcialmente, o para descartarla completamente, en caso de encontrar que el ordenamiento jurídico colombiano, sistemáticamente analizado, no la contempla.

²⁸ No obstante, y sin entrar en la discusión correspondiente, consideramos que el tratamiento dado a otros eventos debería ser el mismo, por cuenta del derecho al a igualdad, el principio de favorabilidad al consumidor, así como el hecho de que tampoco se regulan tales casos en cuanto a las operaciones activas se refiere, ni en cuanto a las demás operaciones pasivas. Sin perjuicio, por supuesto, de que la naturaleza de dichas operaciones es diferente, lo que en un estudio al respecto podría conllevar el hallazgo de conclusiones divergentes a las aquí planteadas.

En este sentido, aunque lejos de plantear una suerte de *deber ser* legislativo, se planteará un análisis que permita extraer de forma adecuada el contenido establecido por nuestro derecho positivo, en lo que concierne a los hechos y normas tomados como fundamento del presente trabajo²⁹.

Con el fin de analizar, y sustentar o falsear la hipótesis propuesta, adelantaremos el presente trabajo desarrollando una hermenéutica de tres niveles, de acuerdo a la siguiente estructura:

- PHISHING, PERSPECTIVAS.
 - Descripción general del phishing.
 - Tratamiento jurisprudencial del phishing.
- LA DESIGUALDAD COMO PRESUPUESTO.
 - Desigualdad y tuición en el ordenamiento de consumo.
 - Presunción de autenticidad y tuición al consumidor
- NATURA PECUNIAE: EL CONTENIDO SUSTANTIVO DE LA OBLIGACIÓN DEL BANCO.
 - Fungibilidad y dominio del dinero.
 - Alcance y naturaleza de la obligación de restitución del banco.
 - La culpa del consumidor como mecanismo de liberación.

²⁹ Al respecto, vale la pena tener en cuenta que la importancia del sector financiero para la económica implica que al mismo siempre se le trate con especial cuidado, pues de otra manera se podrían generar *“muy negativas consecuencias: a) sobre el crecimiento y la creación de empleo, puesto que gran parte de actividades de alto valor añadido se desplazan a otras economías; b) sobre los recursos públicos, por idénticas razones, y c) sobre la protección de los consumidores”* (Subraya y negrilla fuera de texto), tal y como indica en su exposición de motivos la Ley 44/2000, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, promulgada en Madrid, España, por S.A.R. D. Juan Carlos, la cual traemos como ejemplo de la generalizada conciencia de la importancia del manejo que se dé a las asignaciones de derechos que se realicen sobre dicho sector.

1. PHISHING, PERSPECTIVAS.

1.1. Descripción general del *phishing*.

El *phishing* es, sin duda alguna, el medio más eficiente para la comisión de fraudes electrónicos, estando expuesta al mismo toda plataforma transaccional electrónica.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que existe cierta dificultad en la determinación del sentido exacto en que ha de utilizarse el término *phishing*, toda vez que la alta velocidad de evolución del fenómeno y dado el escenario rápidamente cambiante en que se presenta – la web –³⁰, conlleva no sólo diferentes formas de ejecución, sino también de comprensión del mismo.

Tomaremos en primer lugar la definición ofrecida por el Anti-Phishing Working Group, la cual es amplia y aceptable:

“Los ataques de phishing recurren a formas de ingeniería social y subterfugios técnicos para robar los datos de identificación personal de consumidores y las credenciales de cuentas financieras. Los ardides de ingeniería social se basan en correos electrónicos engañosos que conducen a los consumidores a sitios web falsos diseñados para estafar a los destinatarios para que divulguen datos financieros tales como números de tarjetas de crédito, nombres de usuario de cuentas, contraseñas y números de la seguridad social. Apropiándose de nombres comerciales de bancos, distribuidores y compañías de tarjetas de crédito, los phishers a menudo convencen a los destinatarios para que respondan. Los subterfugios técnicos implican la instalación de crimeware en ordenadores personales para robar las credenciales directamente, habitualmente utilizando troyanos que captan las pulsaciones de teclado”³¹.
(Subraya y negrilla fuera de texto).

En este mismo sentido, se ha sostenido que el *phishing* es, básicamente, robar información de identidad de usuarios en línea³²; sin perjuicio de lo cual, el fenómeno ha evolucionado

³⁰ Estudio sobre usuarios y entidades públicas y privadas afectadas por la práctica fraudulenta conocida como *phishing*. Observatorio de la Seguridad de la Información, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación – Inteco, Primera edición, España, 2007., p. 36. Disponible en: <http://www.inteco.es>.

³¹ *Ibidem*, p. 37.

³² Rachael Lininger and Russell Dean Vines. *Phishing, Cutting the identity theft line*. Wiley Publishing, Inc., First edition, USA, 2005., p. xxi.

hasta el punto de incluir la utilización de código malicioso, el cual toma la información sin que el usuario tenga el menor conocimiento al respecto³³.

En este sentido, Gustavo Balmaceda Hoyos propone la siguiente definición:

*“El ‘phishing’ (pesca de claves, mezcla de las palabras en inglés ‘password’ y ‘fishing’) consiste en el uso de las comunicaciones de Internet, por ejemplo, a través de un e-mail, para maquinarse a nivel social (ingeniería social) información financiera personal. (...) Sus variedades incluyen (...) el ‘pharming’, **que no depende de la maquinación a nivel social**, porque se desvía automáticamente al receptor al sitio Web peligroso (...)”³⁴* (Subraya y negrilla fuera de texto).

No puede dejar de notarse que esta definición toma en su primera parte la maquinación a nivel social como elemento esencial del *phishing*, para aludir luego a la variante de éste llamada *pharming*, que “*no depende de la maquinación social*”. Esto nos hace considerar que la definición propuesta no es satisfactoria.

Por su parte, Inteco propone la siguiente definición:

“El phishing es una forma de ataque basada en técnicas de ingeniería social, utilización de código malicioso o la combinación de ambas, en la que el delincuente, haciéndose pasar por alguna empresa o institución de confianza, y utilizando la tecnología de la información y las comunicaciones, trata de embaucar al atacado para que le proporcione información confidencial, que posteriormente es utilizada para la realización de algún tipo de fraude”³⁵.

Es preciso indicar que en relación con la definición ofrecida por Inteco y para efectos del presente trabajo, nos vemos también en la necesidad de discrepar, específicamente en lo que se refiere a que el delincuente “*haciéndose pasar por alguna empresa o institución de confianza, y utilizando la tecnología de la información y las comunicaciones, trata de embaucar al atacado*”.

Esto, toda vez que si el *phishing* puede ser ejecutado a través de la exclusiva utilización de código malicioso, tal y como la misma definición de Inteco lo pone de presente, la obtención de la información no necesariamente requiere “*embaucar al atacado para que*

³³ Ibídem, p. xxii.

³⁴ Balmaceda Hoyos, Gustavo. El delito de estafa informática. Editorial Leyer, Primera edición, Colombia, 2009, p. 21.

³⁵ Inteco. Ob. Cit., p. 38.

le proporcione información confidencial que posteriormente es utilizada para la realización de algún tipo de fraude”.

En efecto, es posible que por medio de correos electrónicos que en sí mismos no sean aptos para acceder a la información confidencial del usuario se logre infectar el computador del usuario con software maligno que, una vez instalado, proceda a la reunión y posterior envío a terceros de la información personal que el usuario inserte en páginas legítimas, a través del teclado de su propio equipo³⁶.

Así las cosas, compartimos la apreciación de Rachel Liniger y Russell Dean Vines, en el sentido de que *“después de todo, las tácticas de engaño no son más que una parte del phishing, y la ingeniería social una parte de las tácticas de engaño”*³⁷.

Es evidente entonces que el *phishing* puede ir mucho más allá del engaño y las argucias requeridas para ejecutarlo, siendo el núcleo de su naturaleza la obtención ilegítima de información sensible de una persona, sin que resulte del todo claro que para su configuración se requiera que necesariamente se tenga por fin mediato la obtención de un provecho específico³⁸.

En todo caso, es preciso no perder de vista que el *phishing* sólo adquiere relevancia para efectos de la responsabilidad bancaria, cuando el uso de los datos adquiridos a su través se perfecciona a través del engaño al banco, por medio del cual se logra que éste restituya al *phisher* los dineros cuyo acreedor legítimo es el consumidor bancario.

Así las cosas, proponemos la siguiente definición, que consideramos viable para los efectos que tocan a la problemática en estudio:

“El phishing es una forma de actuación potencialmente criminal que se concreta en la utilización de técnicas de engaño, y/o en la utilización de código malicioso, con el objeto de obtener información confidencial, especialmente referida a datos de identificación frente a terceros, de una persona natural o jurídica. Las técnicas de engaño se refieren a actos que, valiéndose de engaños de diverso tipo, buscan que el titular legítimo de la información haga entrega de tal información. Por su parte, la utilización de código malicioso se refiere a la identificación de fallas de seguridad de los sistemas, aprovechándose de los mismos para instalar software que,

³⁶ Rachael Lininger and Russell Dean Vines, Ob. Cit., p. 2 a 4.

³⁷ *Ibidem*, p. 126 – 127. *“It’s interesting that after all, **deception schemes are just one part of phishing, and social engineering a part of deception schemes**”* (Subraya y negrilla fuera de texto).

³⁸ Es de particular relevancia considerar la existencia del *phishing for phun*, cuya naturaleza es que se busca lograr, a través de los mecanismos que fueren pertinentes, la obtención de información sensible, sin que se pretenda hacer un uso nocivo posterior de la misma. Al respecto, Liniger and Russell, Ob. Cit., chapter 1.

actuando sin el conocimiento de quien puede usar legítimamente el computador infectado, recabe y envíe la información personal que se introduzca en el aparato”.

Debe notarse a partir de lo anterior, que existen fundamentalmente dos formas de realización del mismo, a saber: 1) la utilización de mecanismos que busquen que el usuario haga algo que implique la entrega de la información que el *phisher* busca; y 2) la utilización de mecanismos técnicos de alta sofisticación, que permitan que el *phisher* conozca y vigile la actividad realizada desde un ordenador específico, pudiéndose apropiarse así de la información enviada, recibida, administrada o custodiada en dicho computador.

En relación con la última de las hipótesis, hay formas de ejecución en que tales mecanismos técnicos requieren de una actuación específica del usuario en algún sentido para posibilitar la implementación de los mismos, de suerte tal que podría plantearse una especie de forma mixta, en la que confluyen el engaño y la técnica.

Sin embargo, en estos casos, no es del todo clara la influencia de la voluntad viciada del usuario en la realización del fraude, toda vez que la misma, pese al vicio que la afecta, no tiene vinculación real con la entrega de la información, sino con la instalación de un software cuyo objetivo dicho usuario desconoce, si es que acaso sabe que ha sido instalado en su computador.

Ahora bien, las dos formas de ejecución del *phishing*, encuentran una variedad relativamente amplia de medios o técnicas de ejecución, de los cuales resaltaremos a continuación los que consideramos más significativos, aclarando antes que las formas “puras” de las modalidades de *phishing* no parecen ser la regla general, sino que generalmente se encuentran diversos niveles de mezcla entre las mismas³⁹.

1.1.1.1. Técnicas de ejecución del *phishing*.

1. *Phishing* por engaño.

La primera forma de llevar a cabo actos de *phishing* ha sido y es la que se desarrolló justo en los comienzos del uso extendido de las redes informáticas, correspondiéndose en su naturaleza con el mismo fraude que siempre ha existido, pero ejecutado ahora por medios electrónicos puestos a disposición de todo el mundo⁴⁰, aunque manejados con gran destreza por sólo unos pocos, mientras el grueso de la población carece de un nivel técnico que pueda ser calificado de avanzado.

³⁹ Rachael Lininger and Russell Dean Vines, Ob. Cit., p. 6.

⁴⁰ Lininger y Russell, Ob. Cit., p. 8.

Es la técnica de *phishing* que de manera más exacta se acompasa con la primera de las formas planteadas en el acápite anterior, esto es, con la que se basa en la inducción al usuario a la entrega de la información sensible que posee, fundamentalmente en cuanto a datos de autenticación frente a terceros.

Para estos efectos, el *phisher* entra en contacto con el usuario, normalmente a través del envío de mensajes instantáneos o de correos electrónicos masivos (*spam*), haciéndose pasar por una institución financiera, comercial o gubernamental genuina y de buena reputación, que genere confianza al usuario.

Adicionalmente, el *phisher* genera por medio de la configuración visual del mensaje enviado, la percepción de que la entidad suplantada, dada su naturaleza y reputación, podría realmente solicitar los datos requeridos, logrando que el usuario esté dispuesto a entregar tal información.

Finalmente, se ofrece una justificación basada en motivos de seguridad o fallas en el sistema que exigen la acción inmediata del usuario para evitar la generación de perjuicios, generando con ello una sensación de urgencia y peligro en el usuario, el cual debe proceder a entregar la información con el fin de evitar un supuesto perjuicio en caso de no hacerlo⁴¹.

Tales mensajes pueden llevar incluidos formularios cuyo diligenciamiento se solicita al destinatario, en los cuales se requiere la información correspondiente. También puede darse a través del envío de un vínculo que llevará al usuario a una página web fraudulenta que imita con mucha exactitud el sitio web oficial de la entidad suplantada, solicitando los datos no ya por medio del correo electrónico sino directamente en lo que el usuario percibe visualmente como el sitio legítimo de la entidad solicitante.

En resumidas cuentas, en el mensaje enviado al usuario se suplanta a una entidad con buena reputación, se solicita una respuesta directa o se redirige al usuario a una página web fraudulenta, instándole a entregar cierta información, constriñéndole a ello por medio de la urgencia psicológica fruto de estímulos como el miedo, la curiosidad o la codicia⁴².

Propiamente son estos eventos en los que las técnicas de engaño son el elemento crucial y de mayor relevancia, explotando a través del ardid la naturaleza humana y la tendencia a confiar y a vincular la relación de riesgo y utilidad relacionados con sus

⁴¹ Inteco. Ob. Cit., p. 41.

⁴² Ollman, Gunter. The Phishing Guide, Understanding and preventing phishing attacks. IBM Internet Security Systems, First edition, USA, 2007, p. 5.

actividades y circunstancias con los sentimientos que tales eventos le producen⁴³, más que con análisis propiamente racionales en relación con los mismos.

Dentro de tal panorama, existen aún dos formas adicionales de este tipo de *phishing* que han sido caracterizados como variantes del mismo, desarrollados en la medida en que los usuarios fueron generando desconfianza respecto de los mensajes electrónicos falsos⁴⁴. Tales variantes son, a saber:

a. *Vishing*.

La primera de estas formas alternativas de *phishing* se conoce como *vishing* (*Voice phishing*, es decir, *phishing* por voz), la cual tiene la misma estructura funcional del *phishing* que hemos descrito, pero utiliza como medio de contacto con el titular de la información la voz a través del teléfono, en vez de un correo electrónico tradicional.

Teóricamente, el evento se ejecuta con un marcador automático que reproduce una grabación en cuanto se contesta la llamada. Tal grabación pretende lograr lo mismo que el mensaje de correo utilizado en la forma básica de *phishing*, induciendo al usuario a acceder a un sitio web específico en el cual deberá proveer sus datos personales.

Dado que las empresas legítimas hacen uso del teléfono como medio confiable de comunicación, esta técnica resulta particularmente eficaz y peligrosa, pues genera una altísima sensación de seguridad y confianza⁴⁵.

b. *Smishing* (*SMS phishing*).

Estructuralmente tiene el mismo funcionamiento ya descrito: se entra en contacto con el titular de unos datos de autenticación específicos, induciéndole a entregar

⁴³ Kysar, Douglas A. The Expectations of Consumers. Cornell Law Faculty Publications. Columbia Law Review, Paper 32, vol. 103, no. 7, 2003, p. 1740. Available at: http://scholarship.law.cornell.edu/lrsp_papers/32. "A subsequent study shows that both perceived risk and perceived benefit are driven substantially by the degree to which a stimulus item is associated with a generally positive or negative affect."

⁴⁴ Ollman, Gunter. Ob. Cit., p 7.

⁴⁵ Inteco. Ob Cit. P. 44.

Puede pensarse que existen grupos que ejecutan el *vishing* sin utilizar marcadores automáticos y grabaciones, sino valiéndose de personas naturales. Se da el caso, por ejemplo, de llamadas realizadas a nombre de prestadores de servicios de telefonía móvil, desde un número teléfono de usuario que, evidentemente, no corresponde a los números específicos desde los cuales las empresas telefónicas realizan sus llamadas, en donde anuncian al usuario que se ha ganado un premio o que le ofrecen un plan diferente al que ha contratado o que requieren actualizar información, preguntando a continuación por la ubicación y los datos personales de quien ha contestado. A pesar de que no existen estadísticas ni estudios al respecto que permitan analizar con profundidad la situación, ciertamente se presenta y tiene por objeto la obtención de datos, por lo que es probable que se trate de una forma de *vishing*.

los mismos. En este caso, tal inducción se realiza a través del envío de un SMS⁴⁶, esto es, un mensaje de texto, a su teléfono celular.

El mensaje de texto recibido informa que se ha imputado un gasto específico a una cuenta de la que es titular el usuario o que éste ha sido dado de alta en algún sitio web de carácter no gratuito para recibir el suministro de cualquier tipo de bien o servicio. En tal escenario, se conmina al usuario a visitar un sitio específico para revertir el pago o darse de baja respecto de tal suscripción⁴⁷.

Una vez el titular de los datos accede a la página indicada se le solicitarán los datos correspondientes, arguyendo que los mismos son requeridos para proceder a darle de baja del servicio contratado, obteniendo así los datos personales requeridos para la posterior realización del fraude.

Estas dos variantes de la forma tradicional de *phishing* que hemos expuesto, están propiamente basadas en técnicas de engaño, valiéndose de una desafortunada mezcla de credulidad y temor de los usuarios para obtener de parte de los mismos información sensible que permitirá al *phisher*, es decir, quien ejecuta el robo de la información, hacerse pasar por aquél frente a terceros para ejecutar actos a su nombre.

Como se ve, hay en estos casos una correlación directa entre el acto del usuario y la consecución de los datos por parte del *phisher*, toda vez que aquél hace entrega directa de los mismos: es el usuario quien, engañado, toma sus datos de identificación y acceso y los pone en manos del delincuente.

2. *Phishing* basado en software malicioso (*malware-based phishing*), esto es, basado en la instalación de lo que usualmente se conoce como virus.

Este tipo de *phishing* se refiere a cualquier forma de ejecución de un ataque que implique la instalación de software malicioso (virus) en el computador de la víctima⁴⁸. Los mecanismos de ejecución pueden tener ciertas bases en la ingeniería social o estar totalmente anclados en el aprovechamiento de las vulnerabilidades del sistema.

En la primera hipótesis, es decir, la que incluye elementos de engaño o ingeniería social sobre el usuario, el *phisher* debe conseguir que aquél realice cualquier acto que permita la instalación del software en su computador: abrir un archivo adjunto, acceder a algún vínculo, descargar un programa.

⁴⁶ Short Message Service.

⁴⁷ Inteco. Ob. Cit., p. 44.

⁴⁸ Inteco. Ob. Cit., p. 45.

Como es evidente, esta forma de ejecución tiene alguna vinculación con la expuesta en el numeral anterior⁴⁹, en la medida en que utiliza argucias que inducen al usuario a realizar cierta acción para instalar el malware.

Sin embargo, no puede perderse de vista el hecho de que las técnicas de engaño en este caso ya no buscan la obtención directa de la información, sino la instalación de software malicioso en los computadores de los usuarios, sin que de hecho se requiera la aceptación expresa del usuario para este efecto, toda vez que el programa se instalará con el solo acceso a la página o un simple clic en el adjunto.

Esta situación plantea una divergencia con relación a la forma estrictamente basada en las técnicas de engaño: el usuario no hace entrega de la información, sino que son elementos de gran sofisticación técnica que él probablemente no comprende, los que recaban la información y la envían al delincuente.

Así las cosas, el acto central que concreta la consecución de la información no es un acto proveniente del usuario, sino que es un acto ejecutado por el *phisher* a través de un software respecto de cuya instalación el usuario tampoco dio su consentimiento, de suerte tal que en este caso su participación en la obtención de la información por parte del *phisher* es ínfima y siempre indirecta.

La segunda hipótesis, esto es, la que prescinde de la participación del usuario, se vale de las fallas de seguridad de una página web legítima, implantando en ella el software maligno para que sea posteriormente instalado en el ordenador personal cuando el usuario acceda a dicha página⁵⁰. En este caso, como es evidente, se excluye del todo la participación del usuario.

Esta segunda hipótesis que deja de lado el engaño al usuario, también se puede concretar por medio de la introducción de un código malicioso en un sitio web legítimo, que no instalará un virus en el computador personal de aquél sino que hará que cuando acceda a la página legítima, sea inmediatamente redirigido a otro sitio en el que se ejecutará una de las siguientes opciones:

- a. Se instala, desde esta segunda página web el virus en el computador personal del usuario, para lo cual es preciso el solo acceso de éste a la página, por lo que, una vez ha accedido al sitio legítimo, es casi seguro que la instalación del *malware* se hará efectiva;

⁴⁹ Ollman, Gunter. Ob. Cit., p. 11.

⁵⁰ Inteco. Ob. Cit., p. 45.

- b. Se solicitarán los datos personales del usuario, habiendo utilizado técnicas de ingeniería social para generar confianza al hacer parecer que se pide la información por parte del sitio legítimo al que se accedió originalmente y logrando la entrega directa de los datos, caso en el cual, en últimas se inscribiría en la primera forma de *phishing* expuesta, pero partiendo desde la segunda.

Como puede notarse, en las dos hipótesis presentadas, es decir, la que se vale en alguna medida del engaño al usuario y la que excluye tal engaño por completo, el primer paso es el aprovechamiento de vulnerabilidades en el sistema de seguridad de una página web legítima, bien sea del servidor en que se aloja ésta o propiamente de su contenido⁵¹, para instalar allí software maligno que se encargue de encontrar datos de autenticación de usuarios y transferirlos al *phisher*.

Para dar mayor claridad a lo expuesto en relación con estas modalidades de *phishing* que no tienen en su centro las técnicas de engaño, haremos alusión a los principales tipos de software cuya utilización permite a los *phishers*, una vez instalados, hacerse a la información confidencial de los usuarios, consiguiendo con ello la posibilidad de llevar a cabo el fraude posterior:

- *Keyloggers*, que son programas que registran cada tecla oprimida en el teclado de un computador.

Su grado de sofisticación es tal que, incluso, pueden programarse para que se activen en el momento en que el usuario acceda a la página de una entidad financiera o de una empresa de subastas o compraventas con pagos *on-line*, grabando todo lo que se teclee en el computador, dentro de lo cual estarán los datos de autenticación del usuario, los cuales son enviados, posteriormente, al delincuente.

Algunas empresas han implementado los teclados en la pantalla con el fin de evitar que la instalación de *Keyloggers* tenga algún resultado, pero también los hay con la posibilidad de grabar los movimientos del ratón, con lo que podrían también obtenerse los datos introducidos a través de los teclados virtuales en pantalla⁵².

- *Screenloggers*: Son programas que realizan una función similar a la de los *Keyloggers*, pero no graban las pulsaciones sino que capturan imágenes de la pantalla, para ser igualmente enviadas a quien comete el ataque⁵³.

⁵¹ *Ibidem.*, p. 48.

⁵² Rachael Lininger and Russell Dean Vines, *Ob. Cit.*, p. 109.

⁵³ Inteco. *Ob. Cit.*, p. 45.

- *Session Hijackers* o Secuestradores de sesión: Son programas que se activan en cuanto el usuario ha accedido a una página previamente identificada por el *malware*, de suerte tal que no roba datos, sino que actúa cuando el usuario ha accedido a su cuenta bancaria o su cuenta de usuario frente a la página de compraventas, permitiendo al *phisher* actuar simultáneamente a través de la cuenta de aquél.

Esta forma de *phishing* no sólo puede realizarse por medio de la instalación de *malware* en el computador del usuario, sino que puede ser llevada a cabo por medio de la técnica del *man-in-the-middle*, que se verá más adelante⁵⁴.

- *Data thief* o ladrón de datos: Son programas maliciosos (virus) que pueden ser instalados en el computador de un usuario con la finalidad directa de buscar de forma autónoma información personal del usuario que esté en el computador atacado, con el fin de enviarla después al delincuente⁵⁵.

Es importante resaltar que en las hipótesis planteadas en este segundo punto, el *phisher* no logra que el usuario haga entrega de la información por su propia cuenta, sino que vigila por medio de un software altamente sofisticado la actividad *on-line* del usuario, obteniendo así la información de autenticación del mismo, pudiéndose valer de ello para proceder a cometer el fraude.

*“Así, aunque muchas de las estafas se basan en que sea el usuario el que, de una u otra manera, introduzca la aplicación en su máquina, también es posible que los delincuentes aprovechen fallos en la seguridad del sistema de un sitio web legítimo para introducir software malicioso que les permita llevar a cabo su objetivo”*⁵⁶.

En este sentido, se puede percibir que los altos niveles de sofisticación de este tipo de *phishing* permiten superar con relativa facilidad cualquier medida de prudencia de un consumidor medio, el cual, ignorando la profundidad de los aspectos técnicos del riesgo a que se ve expuesto, está en realidad a merced de la habilidad del *phisher* para lograr la instalación del *malware*.

Frente a semejante circunstancia, el usuario sólo cuenta con una protección de relativa eficiencia que es la que le provean sus sistemas de *firewall*, *antispam*, *antispyware* o *antivirus*, cuyos niveles de seguridad probablemente también le resultarán desconocidos, lo cual dificulta la adecuada toma de decisiones por su parte, pudiendo

⁵⁴ *Ibidem*, p. 46.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 45.

sobreestimar el nivel de protección y ser por ello excesivamente confiado, o subestimarlo retrayéndose por esta razón de su potencial participación en el mercado.

- c. *Phishing* basado en el DNS (*DNS-based Phishing*) (DNS es la sigla en inglés de *Domain Name System*, es decir, Sistema de Nombre de Dominio, que es el sistema que realiza el tránsito hacia los servidores en donde se encuentran alojadas las páginas) desde el servidor en el que actúa el usuario. A este tipo de phishing se le conoce usualmente como “*Pharming*”.

Para entender el modo de funcionamiento de este tipo de *Phishing*, es necesario tener en cuenta antes que existen dos formas de identificar una página web, a saber: 1) la URL y, 2) la dirección IP.

La URL se compone de letras y eventualmente números, generalmente precedidos por las letras “www”, siendo la forma común como se conoce la página, v.gr. www.xyz.xyz.com; por su parte, la IP corresponde a una serie numérica compuesta por cuatro grupos de números de tres cifras cada uno, 000.000.000.000.

Para acceder a una página web, el usuario debe introducir en la barra de direcciones de su navegador de Internet la dirección URL, al dar *enter* el navegador envía tal dirección al Sistema de Nombre de Dominio (*Domain Name Server* – DNS), el cual convierte la URL recibida a la dirección IP real de la página que se quiere visitar. Convertida la URL en IP, el número correspondiente se envía al servidor en donde está alojada la página, contactándose el navegador desde el que se introdujo la URL con el servidor en donde está alojada la página, lográndose así el acceso correspondiente a la misma⁵⁷.

Entendido lo anterior, puede verse que esta forma de *phishing* se basa en la interferencia del proceso de búsqueda del nombre de dominio, por parte del DNS infectado.

“El pharming realiza su ataque sobre estos servidores DNS. Su objetivo es cambiar la correspondencia numérica a todos los usuarios que lo utilicen. Al cambiar esta correspondencia, usted escribe en su navegador cajamadrid.es, pero el DNS le otorga otra correspondencia numérica distinta a la original y real, llevando al usuario a una página idéntica a la de cajamadrid, pero que en realidad ha sido creada por los delincuentes. A partir de aquí, el usuario ve en su navegador que está en www.cajamadrid.es y

⁵⁷ Inteco. Ob. Cit. P. 47.

Fraude en Internet: del Phishing al Pharming. Recovery labs, Laboratorio de Recuperación de Datos Informáticos. 2014, p. 2. Disponible en: www.recoverylabs.com/wp-content/uploads/2014/03/Pharming.pdf.

*realiza sus movimientos con total tranquilidad. El delincuente informático tan sólo tiene que utilizar las claves que el usuario escribe*⁵⁸.

Esta forma de robo de los datos de identidad del usuario que configura la variante del *phishing* conocida como *pharming*, plantea nuevamente una convergencia de las dos formas de *phishing*, toda vez que existe una infección de un DNS, ajena al usuario y de imposible descubrimiento para él, que le lleva a una página irreconociblemente fraudulenta, a través de la cual se le lleva a entregar sus datos.

De esta suerte, el usuario ha entregado sus datos de forma directa al *phisher*, en unas circunstancias que hacen que la dificultad en la toma de medidas adecuadas de seguridad exceda por mucho las posibilidades de un consumidor medio, que carece de la formación informática que le permita evaluar todos los aspectos que podrían poner de manifiesto el carácter fraudulento del sitio visitado.

d. *Phishing* mediante la técnica del intermediario (*Man-in-the-middle phishing*)⁵⁹.

Esta técnica implica que el *phisher* se coloca entre el computador que utiliza el consumidor y el servidor en que se aloja el sitio web legítimo, de tal suerte que puede atrapar toda la información que se transfiere desde el uno hasta el otro, pudiendo luego estudiarla, filtrarla e, incluso, modificarla antes de que llegue al servidor destinatario, sin que ninguna de las dos partes se percate de la violación de la confidencialidad de la comunicación.

Esta actuación puede consistir en el robo de la información para su posterior venta o utilización, hasta el secuestro de la sesión (*sesión hijacking*), caso en el cual el *phisher* podrá o no conservar la información.

Nuevamente, esta modalidad genera una apariencia insuperable de seguridad, que impide al consumidor percatarse del delito de que es sujeto pasivo en ese momento; tampoco la entidad destinataria de sus manifestaciones de voluntad, se percata de ello.

e. *Phishing* de motor de búsqueda.

En esta técnica de *phishing* los delincuentes crean páginas web para productos o servicios falsos, y se encargan de posicionarlas en los motores de búsqueda (V. gr. Google.com), con la expectativa de que, apareciendo en las búsquedas realizadas por las potenciales víctimas, y con la confianza que puede implicar su prestigio en el motor de búsqueda, accedan para realizar compras y, por tanto, proporcionen información

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Inteco. Ob Cit., p. 48.

confidencial o directamente realicen transferencias bancarias. Normalmente las falsas ofertas tienen condiciones sensiblemente mejores a las ofrecidas por empresas legítimas, con el objetivo de atraer al máximo número de víctimas posible⁶⁰.

En conclusión, las formas de realización del *phishing* son tan variadas y tan capaces de prescindir de la cooperación inducida del usuario que, más allá de la evidente responsabilidad del tercero malintencionado, es imposible – y contrario a toda lógica – presumir *a priori* la culpa del usuario en el sentido de afirmar que ha sido éste quien habiendo dado malos manejos a sus mecanismos de autenticación, permitió el acceso del *phisher* a su nombre, a la plataforma del banco.

Por el contrario, las variables a través de las cuales se pueden “pescar” los datos de acceso y darles uso para drenar una cuenta bancaria, son fruto de la intrínseca vulnerabilidad de los sistemas transaccionales electrónicos puestos en el mercado y cuyo uso es establecido e incentivado por parte del banco.

1.2. Tratamiento jurisprudencial del *phishing*.

Como lo hemos indicado ya, la relación del banco con el usuario se da dentro del marco del régimen contractual, atendiendo a que es ésta la naturaleza de la relación que existe entre las partes.

Valga decir a este respecto, que la actuación del tercero malintencionado es la única que se da por fuera del marco contractual en estricto sentido, siendo, por tanto, la única que se regula por las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, asunto que excede los límites de este trabajo.

Así las cosas, es claro que, sufrido un perjuicio por parte de cualquiera de los contratantes en desarrollo de operaciones relacionadas con el contrato suscrito, el mismo sólo podrá ser cobijado por el régimen de responsabilidad correspondiente a dicho contrato, toda vez que son las normas contenidas en éste las que regulan dicha operación, y por cuenta del mismo y de sus condiciones técnicas será que la ejecución de ésta se haya visto expuesta al riesgo de actuación malintencionada.

⁶⁰ *Íbidem*, p. 49.

Vale la pena recordar que la Corte Constitucional ha sido clara en que:

“En el orden jurídico colombiano es clara la existencia de una concepción dualista de la responsabilidad civil, por lo que no se puede confundir el tratamiento de una y otra responsabilidad, las cuales están reguladas de manera autónoma e independiente en capítulos distintos del Código Civil, se originan en causas o fuentes diversas y sus prescripciones en materia de reparación no son coincidentes”⁶¹.

Luego volveremos sobre este tema, por ahora, simplemente es pertinente decir que, efectivamente, la jurisprudencia ha entendido que es el régimen de responsabilidad el que regula los aspectos relativos al *phishing*.

Así las cosas, la verificación de la existencia de responsabilidad en cabeza del banco estará sujeta a una de dos opciones: (i) la determinación de sus obligaciones y la exposición de en qué consistiría el incumplimiento de las mismas en los eventos de *phishing*, así como de si dicho incumplimiento es imputable por culpa al banco, o (ii) la asunción del banco de la responsabilidad por cuenta del riesgo que ha creado y del cual se beneficia, al poner en el mercado unos medios transaccionales que son, de suyo, riesgosos⁶².

La jurisprudencia ha optado, en buena medida, por la segunda opción, es decir, la relativa a la asunción del riesgo por parte del banco que lo ha desatado y que se aprovecha de él; como consecuencia de esto, sólo la prueba de la culpa del usuario permitiría que el banco

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-1008 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En el mismo sentido, Cf. Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I. Editorial Temis S.A., Segunda edición, Medellín, Colombia, 2007, p. 181 a 182.

⁶² A este último respecto, es pertinente que se tenga en cuenta que a pesar que se podría tender a suponer que la responsabilidad por riesgo creado, al derivarse del artículo 2356 del Código Civil, lo cierto es que esa es una institución que se ha venido aplicando también en materia contractual desde decisiones de la Corte Suprema en la primera mitad del siglo pasado: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1943. Citada en “Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 24 de octubre de 1994. Expediente No. 4311. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

se liberara de sus obligaciones, y que el usuario tuviera que cargar con el perjuicio generado.

De no demostrarse una culpa semejante, el banco tendría que cargar, necesariamente, con el costo del fraude sufrido por el usuario, dado que es él quien ha puesto en riesgo al usuario al desplegar una actividad peligrosa en desarrollo de su objeto social, por lo que, causado un perjuicio, debe responder, a menos que pruebe que dicho daño fue causado por culpa atribuible al consumidor.

De acuerdo con lo anterior, se ha afirmado en varios eventos que existe una responsabilidad objetiva contractual en cabeza del banco, que se fundamenta, ante todo, en los artículos 732 y 1391 del Código de Comercio frente a los desembolsos realizados por medio de cheques, y que se extiende analógicamente a eventos en los que la restitución se da por medios diferentes al mencionado título-valor.

Valga señalar de nuevo que consideramos que en los eventos en que la restitución no se haya realizado por medio del título-valor cheque, la regulación aplicable será la del artículo 1398 del mismo Código, entre otras cosas, por ser más favorable al consumidor, lo cual responde mejor a los postulados tuitivos del régimen de protección correspondiente, y porque el artículo 645 del Código de Comercio prohíbe que la norma contenida en el 1391 sea aplicada a elementos no cambiarios.

En todo caso, la jurisprudencia ha interpretado el artículo 1398 según la interpretación analógica del 1391, dándole a aquél el mismo alcance que tiene éste.

Por ahora, es preciso exponer lo que se ha dicho en relación con la restitución por medio de cheques y por otros medios en la jurisprudencia nacional.

Al respecto, es preciso indicar que, en general, se ha entendido que la nota característica de la responsabilidad bancaria es la objetividad, que se deriva de su profesionalidad y del beneficio masivo obtenido a través de sus operaciones.

De otra parte, consideramos apropiado intentar desarrollar una exposición de algunas decisiones relativas a la responsabilidad objetiva propia de la actividad bancaria, dividiendo la misma según las dos normas fundamentales que rigen este aspecto, de la siguiente manera:

- Derivada de la norma contenida en los artículos 732 y 1391 del Código de Comercio, la relativa al pago de cheques adulterados o falsificados, cuyo tratamiento especializado es comprensible, teniendo en cuenta la naturaleza propia de los títulos-valores.
- Derivada de la norma contenida en el artículo 1398 o de los artículos anteriores cuando se apliquen de forma directa analógicamente, la relativa a las restituciones realizadas a persona diferente del titular o de su mandatario, en eventos no relacionados con cheques.

En los siguientes dos acápites, nos encargaremos de exponer el contenido de estas dos vertientes de la responsabilidad bancaria.

1.2.1. Responsabilidad por pago de cheques adulterados o falsificados.

Los artículos 732 y 1391 del Código de Comercio son los principales reguladores de la responsabilidad derivada del pago de cheques adulterados o falsificados y, al respecto, establecen:

*“Art. 732. Responsabilidad del banco por el pago de cheques falsos o alterados. Todo banco será responsable a un depositante por el pago que aquel haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, **salvo que dicho depositante no notifique al banco**, dentro de los tres meses después de que se le devuelva el cheque, que el título era falso o que la cantidad de él se había aumentado.*

Si la falsedad o alteración se debiere a culpa del librador, el banco quedará exonerado de responsabilidad”. (Subraya y negrilla fuera de texto).

(...)

*“Art. 1391. Responsabilidad del banco por pago de cheques falsos o alterados. Todo banco es responsable con el cuentacorrentista por el pago que haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado, **salvo que el cuentacorrentista***

haya dado lugar a ello por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes.

La responsabilidad del banco cesará si el cuentacorrentista no le hubiere notificado sobre la falsedad o adulteración del cheque, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió la información sobre tal pago”.

Los dos artículos citados, aunque tienen algunas diferencias en cuanto al plazo para la notificación al banco de la falsedad o adulteración del cheque (3 meses desde la devolución del cheque en el 732 y 6 meses desde la recepción del extracto en el 1391), plantean fundamentalmente el mismo supuesto en completo acuerdo con lo determinado por la jurisprudencia: el pago de tales cheques genera la responsabilidad del banco.

La norma es esencialmente la misma, tratándose claramente de que la restitución del *tantundem* es hecha a persona que no ostenta derecho subjetivo alguno que le permita reclamar dicha restitución, y que dicha restitución se perfecciona a través de un título-valor cheque.

Y, en principio, la norma que contienen estos artículos, determina que la culpa del banco es irrelevante, pues no es un elemento que tengan en cuenta al establecer la responsabilidad que le corresponde, al tiempo que permiten que el mismo se exonere de dicha responsabilidad, en dos posibles eventos:

- Que el usuario no notifique oportunamente que un cheque cuyo pago se realizó era falso o estaba alterado.
- Que dicha falsificación o alteración haya sido generada por culpa del usuario.

Con esta base normativa, la sentencia de octubre 24 de 1994⁶³, indica:

*“El citado artículo 1391 del Código de Comercio establece quién debe correr con -los **riesgos de los cheques falsificados, riesgo impuesto por la ley a las entidades financieras** quienes, dado el volumen de transacciones que realizan, compensan las pérdidas que los cheques falsificados pueden causar, **regla esta que, de acuerdo con las disposiciones recién aludidas, tiene como obvia excepción que la culpa de los hechos recaiga en el cuentacorrentista o en sus dependientes** (...).*

⁶³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 24 de octubre de 1994. Expediente No. 4311. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

*“(…) **el establecimiento bancario asumiendo una prestación tácita de garantía**, responde por el pago de cheques objeto de falsificación, ello en el entendido, se repite, que es inherente a la circulación y uso de títulos bancarios de esta índole el peligro de falsificación y el costo económico de tener que (sic) pagarlos se compensa sin duda con el lucro que para los bancos reporta el cúmulo de operaciones que en este ámbito llevan a cabo. Pero, asimismo, no deben perderse de vista otros postulados acogidos sin reparo para atemperar el rigor de esta doctrina, habida cuenta de que en cuanto ella **hace pesar sobre el banco, en su calidad de librado, el riesgo de ‘falsificación’ a base de imputarle responsabilidad objetiva, lo cierto es que esta responsabilidad puede moderarse, e incluso quedar eliminada, si concurre culpa imputable al titular de la cuenta corriente**” (Subraya y negrilla fuera de texto).*

En este caso, ya deja planteada la Corte lo que posteriormente se llamará la responsabilidad objetiva atenuada que recae sobre el banco, cuando la misma se trata de restituciones llevadas a cabo a través de títulos-valores cheques, caso en el cual la concurrencia de la culpa del titular, en caso de ser exclusiva eximiría por completo al banco de la responsabilidad, y en caso de ser compartida, morigeraría la responsabilidad del banco proporcionalmente.

Sin embargo, no debe perderse de vista que a este respecto, la misma Corte indica que “es inherente a la circulación y uso de títulos bancarios de esta índole el peligro de falsificación”, de donde se sigue que la culpa del usuario sólo podría concurrir con la del banco en la medida en que exacerbe el riesgo, pero nunca siendo su causa exclusiva, con excepción del evento contemplado en el artículo 733 del C. Co.

Al respecto, también aclara la Corte que “como medida de la responsabilidad de un banco por el pago de un cheque falso no se detiene en la culpa sino que alcanza el riesgo creado, no le basta el lleno de las precauciones habituales, **sino que es preciso probar algún género de culpa en el titular de la cuenta para que el banco quede libre (…)**” (G.J. Nm. 1943, pág. 73)⁶⁴, de suerte tal que la carga de la prueba de la culpa del deudor corresponde al banco.

En la sentencia de 31 de julio de 2001⁶⁵, se señala que “el riguroso principio anterior [el de la objetividad de la responsabilidad] se quiebra si por culpa del cuentacorrentista, de sus dependientes, factores o representantes, se dio lugar al pago del cheque con firma falsificada, o alterado”.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 31 de julio de 2001. Expediente No. 5831. M. P. Nicolás Bechara Simancas.

Al respecto indica que “**[l]a demostración de culpa en la actuación del librador** lleva como consecuencia la exoneración de la responsabilidad contractual correlativa del banco por el pago que este haya efectuado del cheque falso o alterado” (Subraya y negrilla fuera de texto), dejando sentado, de nuevo, que la culpa del usuario se debe probar, correspondiendo la carga de la prueba, como es natural, al banco.

Y, finalmente, aclara que

*“No interesa entonces la presencia o no de culpa del banco girado, pues por imposición legal éste debe correr con el riesgo de esa actividad y concretamente con los riesgos derivados del pago de cheques falsificados o alterados, la que se reitera, **es una responsabilidad objetiva, que se modera o elimina en los casos atrás mencionados**”.* (Subraya y negrilla fuera de texto).

Es decir, se trata de una responsabilidad objetiva cuyos efectos pueden verse disminuidos o completamente enervados por cuenta del actuar del usuario, cuando la culpa de éste ha sido debidamente probada por el banco.

En la sentencia de casación de 3 de agosto de 2004⁶⁶, por su parte, se indica que, si bien se encuentra probado el perjuicio, y que la negligencia del banco fue causa del mismo, no fue una causa suficiente para que el perjuicio se generara, sino que “**la propia demandante contribuyó de manera significativa** al resultado que afectó su patrimonio” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Teniendo en cuenta esa participación del titular de la cuenta en la generación de su propio perjuicio en este evento, se morigera, aunque no se extingue, la responsabilidad endilgable al banco, el cual es condenado a responder sólo por un 60% del perjuicio causado.

En sentencia de 6 de abril de 2005⁶⁷, se reafirma lo indicado en la sentencia citada en los párrafos anteriores, señalando que la culpa concurrente del usuario puede tener por efecto o bien la enervación de la responsabilidad del banco, o bien la tasación inferior del perjuicio cuya responsabilidad le es atribuible.

En la sentencia referida, se señaló lo siguiente:

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 3 de agosto de 2004. Expediente No. 7447. M. P. Edgardo Villamil Portilla.

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 6 de abril de 2005. Expediente No. 0115. M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

*“se trataba de una **usuaria común** del sistema bancario, **que acudió a** una institución de ese gremio para concertar una operación propia de su objeto social, que como bien se sabe, se desarrolla con carácter profesional y dentro de principios básicos como el de la buena fe y el servicio al interés público (...) **un comerciante experto** en la intermediación financiera, como que es su oficio, que maneja recursos con fines lucrativos y **en el que se encuentra depositada la confianza colectiva** (Cas. Civ. del 3 de agosto de 2004) (...)”*
(Subraya y negrilla fuera de texto).

Finalmente señala que *“así fuera del caso aceptar que [la recurrente] no obró con la prudencia y el cuidado debidos (...) en fin de cuentas ese comportamiento no tuvo carácter determinante en el resultado dañino”*, de suerte tal que la morigeración eventual de la responsabilidad, que sólo se da en el evento de que el banco, además de tener éxito al probar la culpa del usuario, pueda demostrar también que la misma fue determinante en el resultado dañino.

Por su parte, la sentencia de casación de 16 de diciembre de 2008⁶⁸, reuniendo y ratificando manifestaciones contenidas en jurisprudencias anteriores⁶⁹, establece una clara diferenciación entre los eventos culposos del usuario, contenidos en los artículos 732 y 1391 del C. Co. y el contenido en el 733, que dispone:

“Art. 733. Aplicación de la objeción al pago de un cheque cuando no se da aviso oportuno al banco por pérdida de formularios. El dueño de una chequera que hubiere perdido uno o más formularios y no hubiere dado aviso oportunamente al banco, sólo podrá objetar el pago si la alteración o la falsificación fueren notorias”.

Al respecto, se planteó que mientras la falsificación o adulteración de un cheque generaba la responsabilidad del banco y la carga de la prueba en cabeza de éste en relación con la culpa eximente en la actuación del usuario, tal y como hasta ahora se había expuesto, el artículo citado contenía una norma diferente, cual era la que regulaba el evento de la pérdida de los cheques, en el cual, *“de no haber dado oportuno aviso al banco, se restringe la posibilidad al cuentacorrentista de objetar el pago, al hecho de que la alteración o falsificación fueren notorias”*, estando la carga de la prueba en cabeza del usuario.

Como puede verse, la posición jurisprudencial consolidada hace referencia a la existencia de una responsabilidad objetiva en cabeza del banco, que puede ser morigerada e, incluso, eliminada, en los casos concretos en que el fraude por medio de cheque tenga por causa eficiente, al menos parcial, la culpa del usuario.

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 16 de diciembre de 2008. Expediente No. 1394-01. M. P. Edgardo Villamil Portilla.

⁶⁹ Cita los fallos de 15 de junio de 2005, 29 de septiembre de 2006 y 17 de octubre de 2006.

Estas posibilidades de exoneración de responsabilidad, que se derivan de la existencia de alguna falta en la actuación omisiva del usuario, según lo dispuesto en las normas citadas y en la jurisprudencia que ha desarrollado su aplicación, llevan al doctor Sergio Rodríguez Azuero a afirmar que la responsabilidad que se desprende de las mismas es una **responsabilidad objetiva atenuada**⁷⁰.

Como corolario de lo expuesto, se concluye que en relación con la responsabilidad en el caso de las restituciones indebidas por cuenta del pago de cheques, hay jurisprudencia probable en el sentido de que la responsabilidad del banco es objetiva, pudiéndose atenuar como consecuencia del efecto que la culpa del usuario tenga en la generación del perjuicio, de suerte tal que la objetividad de la responsabilidad no es plena, sino atenuada.

1.2.2. Restituciones a personas distintas del titular por medios electrónicos no cambiarios.

A. Corte Suprema de Justicia.

A pesar de que no hemos encontrado pronunciamientos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema que se refieran de forma directa al problema aquí planteado, vale la pena tener en cuenta algunos aspectos conceptuales planteados por la misma, antes de analizar otras fuentes de jurisprudencia.

Al respecto, en sentencia del 9 de septiembre de 1999, la Corte se ha referido a la

*“inobjetable aplicación del principio ‘ubi emolumentum, ibi incomoda’, la obligación de soportar tal contingencia, imposición que, de todas formas, encuentra justificación igualmente válida en otros argumentos tales como que **la falsedad se dirige y consume contra el banco, pues, a la postre, el pago del cheque se produce con su propio dinero y no con el del cuentacorrentista, dada la particular naturaleza del depósito bancario**”*⁷¹.

⁷⁰ Rodríguez Azuero, Sergio. Reflexiones sobre el libro y a evolución de los contratos bancarios. En “Temas de Derecho Financiero Contemporáneo”. Editorial Universidad del Rosario, Primera edición, Colombia, 2006, p. 35.

⁷¹ Sentencia de 9 de septiembre de 1999, G.J. t. CCLXI, n° 2500. Citada por: Pico Zúñiga, Fernando y Rojas Quiñonez, Sergio. Novedades Jurisprudenciales. La responsabilidad por el pago de cheques falsos o adulterados: desmitificando la supuesta objetividad. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colombia. Universitas Estudiantes, No. 8: 347-370, enero – diciembre 2011, p. 258.

Es importante notar que el fallo citado centra la responsabilidad existente no sólo en la profesionalidad del banco, sino también y, ante todo, en la naturaleza del negocio, atendiendo a lo establecido por el artículo 1179 del C. Co. en el sentido de que en el depósito irregular, el depositario adquiere la propiedad de los bienes depositados, por lo que el banco, al realizar un desembolso errado, lo hace con dinero que es de su propiedad, quedando incólume su obligación de restitución del *tantundem* frente al usuario⁷².

En este caso también se plantea una asignación de riesgo que pesa del todo sobre el banco, haciéndose derivar la objetividad de la responsabilidad tanto del riesgo propio de la actividad profesional beneficiosa para el banco, como de la ausencia de extinción de la obligación restitutiva.

En sentencia de casación civil de 27 de marzo de 2003⁷³, la Corte indica, refiriéndose a un caso de restitución a persona diferente del titular, que la titularidad de una cuenta de ahorros no comporta el dominio sobre los dineros en ella depositados.

Señala, en ese sentido, que el dinero depositado *pertenece* a alguien diferente tanto del banco como del titular de la cuenta, quien sería el legítimo destinatario o acreedor del mismo, por cuenta de pactos específicos establecidos entre dicho tercero y el titular.

En este punto es necesario detenerse, pues lo afirmado por la Corte podría entenderse en el sentido de que el banco depositario no es propietario del dinero depositado, configurándose una ruptura con la naturaleza propia del contrato de depósito irregular⁷⁴, en cualquiera de sus modalidades, según lo expresado en la casación del 9 de septiembre de 1999, ya citada, y dispuesto por el artículo 1179 del C. Co., que dispone que “*En el depósito de cosas fungibles (...), sin que cesen las obligaciones propias **del depositario adquirirá la propiedad de las cosas depositadas***” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Al respecto, es pertinente aclarar que el verbo “*pertenecer*” no implica dominio, toda vez que la propiedad del dinero depositado es del banco, como se desprende del artículo citado; entonces, interpretando la manifestación de la Corte de conformidad con la ley, la

⁷² Puede uno plantearse aquí, ante la irrefutable propiedad del banco sobre los dineros depositados, por cuenta de la fungibilidad de la moneda, si es siquiera argüible que existe responsabilidad en cabeza del banco, teniendo en cuenta que, así visto, el banco es la verdadera víctima del fraude cometido por el *phisher*.

⁷³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 27 de marzo de 2003. Expediente No. 6879. M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

⁷⁴ “*Se caracterizan porque el depositario adquiere la propiedad de los bienes que recibe y puede disponer libremente de ellos, en cuanto su obligación se reduce a tener que devolver una cantidad equivalente*”. Cf. Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios, Su significación en América Latina. Editorial Legis S.A., Segunda Reimpresión de la Quinta Edición, Colombia, 2004, p. 291.

pertenencia a que alude no puede corresponder sino a la acreencia, esto es, a la pertenencia en el sentido de serle a uno debida una cosa⁷⁵.

En este orden de ideas, lo que establece la Corte es que, a pesar de que la titularidad de la cuenta esté en cabeza de una persona, puede ser otra la legítima acreedora de las sumas depositadas, dependiendo de esto la generación de perjuicio, pues del mismo sólo será susceptible quien tiene derecho a la restitución del dinero depositado.

Indica la Corte que al haberse realizado la restitución a quien era el acreedor material, aunque no aparente, del dinero, no se generó perjuicio alguno al titular de la cuenta, por lo que no hay lugar a responsabilidad de ningún tipo, como consecuencia de lo cual lo establecido en el artículo 1398 del C. Co., no resulta aplicable.

En sentencia de 1 de octubre de 2004⁷⁶, la Corte se abstiene de casar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, quien había sostenido que el banco había realizado la verificación de todos los requisitos necesarios para que operara la restitución de los depósitos.

En este sentido, el Tribunal determinó que no existía responsabilidad endilgable al banco, toda vez que el mismo restituyó los dineros depositados, con el pleno cumplimiento de los requisitos exigibles para ello, de conformidad con lo pactado.

Al respecto, el Tribunal había entendido que la firma de la representante legal de la persona jurídica depositaria era la única obligatoria, según la redacción del texto del contrato, para efectos de ejecutar el negocio jurídico restitutivo, por lo que, corroborándose la presencia de dicha firma, era clara la manifestación de voluntad de la persona jurídica, y era legítimo el desembolso.

Como puede verse, en este caso, el argumento central de la decisión estribó en la forma legítima de manifestar la voluntad según lo pactado, siendo lo fundamental el planteamiento de que quien puede actuar frente al banco para solicitar la restitución legítimamente es directamente la persona que ostenta el derecho, o un tercero que le represente.

Sin embargo, en cuanto a esta última posibilidad, según se desprende de la sentencia, dicha representación puede ser ejercida por **un tercero cuyas facultades han sido previamente expresadas al banco por parte del representado**, de suerte tal que la

⁷⁵ DRAE. Ob. Cit., Tomo II., p. 1584.

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 1 de octubre de 2004. Expediente No. 7736. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

actuación del representante, cuando se dé en los términos expresados en el poder o en las indicaciones dadas a la entidad, sea oponible al usuario, y tenga así plenos efectos.

Así pues, aunque de forma un tanto confusa en la sentencia de 2001, es posible extraer de las decisiones traídas a colación, la certeza de que el dinero depositado es de propiedad del banco depositario.

En todo caso, en los tres eventos, quien recibió la restitución resultó estar legitimado para ello, por lo que en ningún evento se causó perjuicio y, por lo tanto, no se generó la obligación de reparar.

B. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.

Dada la ausencia de fallos de la Corte Suprema de Justicia en relación directa con el objeto de estudio, hemos optado por traer a colación las siguientes decisiones del Tribunal Superior de Bogotá, vinculadas con el mismo de forma más cercana.

En primer lugar, nos parece de gran importancia el fallo de 18 de diciembre de 2009 del Tribunal Superior de Bogotá⁷⁷, en el que, aunque la discusión giró en torno a un contrato de cuenta corriente, el medio utilizado para la ejecución de la indebida restitución no fue el cheque sino la tarjeta débito, esto es, un medio no sujeto a las regulaciones propias del título-valor.

Al respecto, resulta llamativo que el Tribunal parece derivar la responsabilidad del banco de las normas contenidas en los artículos 732, 733 y 1391 del C. Co., citando para estos efectos una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1943⁷⁸, que indica que "(...) *como la medida de responsabilidad de un banco por el pago de un cheque falso no se tiene en la culpa sino que alcanza el riesgo creado, no le basta el lleno de las precauciones habituales, sino que **es preciso probar algún género de culpa en el titular de la cuenta corriente para que el banco quede libre***" (Subraya y negrilla fuera de texto), indicando que esta tesis resulta aplicable al objeto de estudio.

Sin embargo, aclara luego que las hipótesis legales que exoneran de responsabilidad al banco, "***no se consolidan en tratándose de transacciones realizadas por Internet porque su misma dinámica difiere de la materialidad que representa el cheque***" (Subraya y negrilla fuera de texto), por lo que se puede entender que la tesis aplicable al objeto de estudio no es la correspondiente a los artículos que regulan el cheque, sino simplemente

⁷⁷ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. 18 de diciembre de 2009. Exp. 4901. M. P. Luz Magdalena Mojica Rodríguez.

⁷⁸ Es la misma sentencia ya aludida, citada igualmente en "Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 24 de octubre de 1994. Expediente No. 4311. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss".

la de que se requiere probar la culpa del usuario para que el banco quede libre de su responsabilidad.

En este mismo sentido, señala que **“cuando la entidad bancaria recibe depósitos en dinero o títulos valores se constituye en deudor del depositante y, por contera le corresponde responderle a éste por las erogaciones que de esos depósitos autorice, con independencia del medio que con ese fin se utilice”** (Subraya y negrilla fuera de texto), esto, como hemos dicho, sin perjuicio de las especiales regulaciones que se puedan dar para efectos del título-valor cheque.

Así las cosas, el Tribunal termina derivando la responsabilidad del banco en este caso, no de las normas sobre cheques, sino desde la misma naturaleza traslativa del negocio, a lo que aúna la calidad de profesional que ostenta el banco, al señalar lo siguiente:

“no puede hacerse recaer el fraude o la suplantación de personas en el usuario, quien no tiene obligación distinta a la de conservar en reserva la clave y cuidar la tarjeta que le permite el acceso a ese medio, mientras que la entidad bancaria continúa siendo la garante y custodia de los dineros que en depósito se le han entregado” (Subraya y negrilla fuera de texto).

De esta suerte, indica el Tribunal que sólo **“si se demuestra a través de cualquier prueba que el cliente actuó culposamente, por ejemplo, ya por perder su tarjeta débito, ora por entregarla a terceras personas o informarles a éstas su clave, el banco es exonerado de responsabilidad contractual correlativa por la suma debitada”** (Subraya y negrilla fuera de texto), de donde se deriva con plena claridad que, además, la prueba de dicha culpa corresponde al banco, pues no otro la alegaría, y no otro corre con el riesgo de que no se encuentre probada su alegación.

En este sentido, expresa el Tribunal que al no haberse probado culpa alguna de los usuarios, la responsabilidad corresponde al banco, dejando claro que en caso de probarse la culpa también debe demostrarse que la misma es determinante, en concordancia con los términos de la sentencia de 6 de abril de 2005, ya citada, toda vez que la responsabilidad que deriva aquí el Tribunal se deriva de la comprensión de la responsabilidad por el pago de cheques.

Finalmente, es preciso tener en cuenta que, apartándose de lo indicado en la exposición de las generalidades del régimen de responsabilidad bancaria y de los argumentos por la misma sentencia expuestos, sostuvo el Tribunal que la responsabilidad del banco en este caso no era objetiva, sino por culpa derivada de la omisión del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, por no haber controlado adecuadamente la ejecución de las operaciones, lo que configura una atención irregular de las transacciones, que no

respondían realmente a órdenes de sus clientes, causándole a éstos el perjuicio consistente en la pérdida de su dinero.

En todo caso, y aunque consideramos que la determinación de la responsabilidad en este evento debió mantenerse junto a lo expresado por la doctrina y la jurisprudencia, la consecuencia es totalmente ajustada a derecho, en el sentido de que, efectivamente, corresponde al banco probar por cualquier medio probatorio la existencia y la relevancia de la culpa del usuario, con que pretende exonerarse de la responsabilidad que le corresponde.

En segundo lugar, la sentencia del 1 de noviembre de 2012⁷⁹ del Tribunal Superior de Bogotá precisa varios aspectos conceptuales relativos al tema de estudio de este trabajo, indicando, en primer lugar, que la responsabilidad que se discute en este caso es una responsabilidad de orden contractual, relativa a la obligación del banco de “*cuidar y guardar los dineros depositados*”.

Indica, a partir de lo anterior, que la responsabilidad por actividades peligrosas, contenida en el artículo 2356 del C.C. no es aplicable a estos eventos, por ser tal responsabilidad propia de la responsabilidad aquiliana, siendo inviable un reclamo basado de forma conjunta en ambos tipos de responsabilidad.

Acto seguido, explica que en las obligaciones de resultado, como es la del banco, la culpa se presume por cuenta del artículo 1604 del C.C. Indica entonces que, para efectos de la aplicación de la responsabilidad en cuentas de ahorro se determina por analogía la regulación derivada del artículo 1391 del C. Co., relativa a la responsabilidad por el pago indebido de cheques.

Dicho lo anterior, señala, en total acuerdo con la Sentencia de casación del 9 de septiembre de 1999, ya citada, que el banco es dueño de los depósitos realizados, por lo que es él quien sufre la pérdida de la cosa en cualquier evento de sustracción del dinero, con independencia de que, en caso de demostrarse que la culpa de tal sustracción es del usuario, surja en cabeza de éste una obligación de reparación por el monto del perjuicio, operándose así una compensación entre la deuda del banco, y la recién adquirida por el usuario derivada del perjuicio que causó a aquél por cuenta de su culpa; siempre y cuando, por supuesto, se demuestre que dicha culpa existió y fue la generadora del perjuicio.

No habría, de esta suerte, responsabilidad objetiva alguna, sino una obligación de género que no se extingue hasta que no se pague (o compense) debidamente.

⁷⁹ Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. 1 de noviembre de 2012. Expediente No. 50701. M. P. Julia María Botero Larrarte.

No obstante lo anterior, afirma el Tribunal que carece de importancia práctica que la entidad financiera deba responder por ser su obligación de custodia una obligación de resultado o por ser riesgosa la actividad que lleva a cabo, pues en cualquier caso su **“responsabilidad es de carácter objetivo, de tal suerte para que pueda obligársele a responder por el monto que fue sustraído de la cuenta (...) es suficiente que se acredite el incumplimiento del deber contractual y el nexa causal entre éste y la pérdida del dinero”** (Subraya y negrilla fuera de texto).

Junto a lo anterior, indica el Tribunal que la carga de la prueba de que el usuario hubiera realizado las transacciones que repudiaba, o revelado las claves que tenía a su cargo, correspondía al banco, por lo que no habiendo éste aportado pruebas en tal sentido, la carga de la prueba debía aplicarse en su contra.

En el mismo sentido, aclara el fallo, el banco tiene que responder si no demuestra la culpa del usuario, ya que el *“artículo 1391 del Código de Comercio establece quién debe correr con los riesgos de los cheques falsificados”*, y el mismo artículo es directamente aplicable a las restituciones por medios no cambiarios, con las mismas excepciones relativas a la culpa del consumidor.

De la sentencia citada se deriva, entonces, que existe una responsabilidad objetiva en cabeza del banco en la medida en que la sustracción indebida del dinero de la cuenta es su responsabilidad, con la excepción de que logre probar que la culpa de la que se deriva dicha sustracción, corresponde al usuario, en aplicación analógica del artículo 1391 del Código de Comercio, ya expuesto.

De esta suerte, se plantea para efectos de las restituciones indebidas por mecanismos electrónicos la aplicación de la responsabilidad objetiva atenuada propia de las restituciones realizadas por cuenta del pago de cheques adulterados o falsificados, estando la carga de la prueba de los eximientes en cabeza del banco.

En tercer lugar, es preciso citar una llamativa sentencia que, en este contexto de responsabilidad objetiva atenuada decantado por la jurisprudencia, termina imponiendo la carga de la prueba a la usuaria reclamante, transformando así el sistema en uno de culpa probada.

Se trata de la sentencia del 8 de noviembre de 2013⁸⁰, caso en el cual la recurrente había afirmado en primera instancia que era probable la clonación de su tarjeta, indicando que un funcionario del banco le había hablado de esta posibilidad, diciéndole que *“muy seguramente”* se trataba de un caso de clonación.

⁸⁰ Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. 8 de noviembre de 2013. Expediente 43901. M. P. Óscar Fernando Yaya Peña.

En este caso, el Tribunal consideró que, habiendo afirmado que se trataba de una clonación, correspondía a la recurrente la prueba de la misma, por lo que, no habiéndose probado, no había razón alguna para endilgar responsabilidad al banco.

De esta suerte, consideró, contra lo sostenido por la jurisprudencia tanto del Tribunal como de la Corte, que la carga de la prueba de la culpa del usuario no corresponde al banco, imponiendo a aquél el peso del perjuicio por haber afirmado, con base en lo sugerido por un funcionario del banco, que era posible que el evento de sustracción hubiera tenido por origen la clonación de su tarjeta, exonerando al banco sin exigir a éste la prueba de la culpa del usuario en la supuesta clonación o en cualquiera otra causa de la sustracción.

Para mayor claridad, condensaremos a continuación las tres posiciones que pueden evidenciarse a partir de las sentencias citadas del Tribunal Superior de Bogotá, en relación con la responsabilidad derivada de restituciones de depósitos bancarios por medios diferentes al título-valor cheque:

En primer lugar, la sentencia de 18 de diciembre de 2009 indica claramente la existencia de una responsabilidad objetiva por riesgo creado al dejarse de lado la culpa del banco como elemento integrador de su responsabilidad, pudiendo morigerarse la misma con la demostración de la culpa determinante del usuario que, en todo caso, corresponde al banco, en una aplicación analógica de la norma del 1391; sin embargo, luego se mueve al campo de la culpa presunta al indicar que la responsabilidad en este caso deviene de culpa por omisión, dado que el banco incumplió sus obligaciones de custodia. En ningún caso pone en duda que la carga de la prueba corresponde al banco.

En segundo lugar, la sentencia del 1 de noviembre de 2012, indica que la responsabilidad del banco es objetiva, señalando explícitamente que tal calificación se da al margen de las discusiones doctrinales sobre la naturaleza del depósito bancario, toda vez que el banco debe responder bien por su incumplimiento culposo bien por cuenta de que simplemente ha de restituir. Al igual que el artículo 1391 del C. Co., plantea una responsabilidad objetiva atenuada, que puede ser desvirtuada en caso de que se pruebe la culpa determinante del usuario. A este respecto, no pone en duda tampoco la carga de la prueba que pesa sobre el banco.

En tercer lugar, la sentencia del 8 de noviembre de 2013, deja de lado la responsabilidad objetiva atenuada decantada por la jurisprudencia, imponiendo al usuario la carga de probar la fuente del fraude y la responsabilidad del banco, lo cual dejaría el escenario en un sistema de culpa probada, con la carga de la prueba sobre el consumidor.

C. Superintendencia Financiera.

La sentencia de 20 de noviembre de 2013, plantea que el perfil transaccional del cliente no permitía deducir que él hubiera realizado las transacciones electrónicas que se le endilgaban, y el banco no probó contra la negación indefinida del usuario que consistía en el repudio de la transacción⁸¹.

Ahora bien, como la Superintendencia señala que esta falta de cumplimiento de la carga procesal a cargo del banco comportó la configuración de un indicio grave en su contra, se da a entender que el banco debía probar la culpa de la víctima para poderse liberar; al no hacerlo, el indicio grave de su silencio sumado a lo extraordinario de las transacciones al compararlas con el perfil transaccional del cliente, resultaron suficientes para dar por probado que el banco incumplió su obligación de resarcir sólo al usuario.

Así las cosas, se comprobó finalmente la existencia de una culpa contractual, por la cual el banco tuvo que responder, de suerte tal que el régimen aplicado por la Superintendencia Financiera corresponde a un sistema de responsabilidad subjetiva, con culpa presunta frente a la obligación de resultado de restituir.

En sentencia de 25 de noviembre de 2013⁸², la Superintendencia Financiera señaló que el banco no tomó las medidas mínimas de seguridad para prevenir fraudes, y que el usuario fue negligente en dar aviso al banco de los datos personales para contactarle oportunamente, de donde se sigue que hay una concurrencia de culpas.

En este evento, el régimen de responsabilidad que se le aplica al banco es uno de culpa presunta frente a obligaciones de diligencia, ya que el factor de atribución se concreta en la falta de las medidas de seguridad, es decir, en que no demostró que fue diligente.

En sentencia de 5 de diciembre de 2013⁸³, indica la Superintendencia que hay concurrencia de culpas, ya que el computador vulnerado fue el del usuario, pero el banco no reaccionó debidamente teniendo en cuenta que las transacciones repudiadas eran inusuales en consideración al perfil transaccional del consumidor.

De esta suerte, nuevamente hay una aplicación de culpa presunta respecto de obligaciones de diligencia, ya que lo que se esperaba del banco era una adecuada reacción frente a las transacciones atípicas.

El 20 de enero de 2014⁸⁴, la Superintendencia se refirió a la importancia del “(...) análisis técnico realizado al equipo desde donde se efectuaron las transacciones al igual que la

⁸¹ Superintendencia Financiera de Colombia. No. 2013041561. Expediente 2013-0211. 20 de noviembre de 2013.

⁸² Superintendencia Financiera de Colombia. No. 2013055994. Expediente 2013-0325. 25 de noviembre de 2013.

⁸³ Superintendencia Financiera de Colombia. No. 2013044253. Expediente 2013-0230. 5 de diciembre de 2013.

⁸⁴ Superintendencia Financiera de Colombia. No. 2013069313. Expediente 2013-0425. 20 de enero de 2014.

protección de las claves de las tarjetas del cliente las cuales son intransferibles", ya que estos elementos probatorios permitirán determinar la culpa del usuario.

En este caso, la Superintendencia se decanta por una culpa presunta frente a una obligación de resultado, ya que al banco le corresponde la carga de la prueba de la culpa del usuario, y no de actos específicos de diligencia.

En sentencia de 27 de enero de 2014⁸⁵, la Superintendencia, con base en la inusualidad de las transacciones y la falta de prueba del perfil transaccional del usuario, se condenó al banco por ser responsable de la custodia y conservación de los dineros a disposición del cliente.

Al respecto, es necesario comentar que si los dineros están a disposición del cliente pero son de propiedad del banco, como es de la naturaleza de los bienes fungibles que son adquiridos por quien los tiene bajo su poder, no podría afirmarse que el banco sea responsable de la custodia y conservación, ya que esto no es para él una obligación sino una carga, que en derecho, son categorías bien distintas.

En todo caso, la Superintendencia aplica un sistema de culpa presunta, que parece ser respecto de obligación de resultado, debiendo el banco comprobar que el usuario fue quien llevó a cabo la transacción, con la prueba indirecta del perfil transaccional, o demostrar, por otros medios, que fue negligente en la custodia de sus datos de autenticación.

En sentencia del 6 de junio de 2014⁸⁶, la Superintendencia hace responsable al banco por el reembolso indebido, "*por el no cumplimiento de los requerimientos mínimos de seguridad y calidad*", es decir, por incumplimiento de sus obligaciones de diligencia en cuanto al cuidado de los depósitos que le habían sido hechos, de suerte tal que se aplicó un sistema de culpa probada frente a obligación de diligencia.

En sentencia del 25 de junio de 2014⁸⁷, la Superintendencia determina que le corresponde al banco probar la culpa o el dolo del usuario, aplicándose un sistema de culpa presunta respecto de obligación de resultado.

De otra parte, se probó de oficio que el usuario había realizado retiros de un cajero electrónico junto a un tercero, constituyendo así una culpa que concurre con la del banco, y reduce el monto de la indemnización que corresponde a aquél.

⁸⁵ Superintendencia Financiera de Colombia. No. 2013064608. Expediente 2013-0392. 27 de enero de 2014.

⁸⁶ Superintendencia Financiera de Colombia. No. 2013085308. Expediente 2013-0549. 6 de junio de 2014.

Valga indicar, que es esta la única sentencia de la Superintendencia Financiera que encontramos, que señala que las buenas prácticas no constituyen obligaciones a cargo del usuario, aunque no por cuena del artículo 6 de la ley 1328, sino por virtud del contenido de las cláusulas del contrato.

⁸⁷ Superintendencia Financiera de Colombia. 2013090535. Expediente 2013-0602. 25 de junio de 2014.

En sentencia de 20 de agosto de 2014⁸⁸, la Superintendencia enrostra al banco el “*incumplimiento de los requerimientos mínimos de seguridad y calidad al haber omitido desplegar aquellas medidas de confirmación oportunas que de haber sido acatadas hubieran impedido la defraudación*”, es decir, le aplica un sistema de culpa presunta frente a obligación de diligencia, pudiendo concurrir, como efectivamente ocurrió, con la culpa probada del usuario.

En sentencia del 13 de julio de 2015⁸⁹, la Superintendencia, con base en que las transacciones estaban dentro del perfil transaccional del usuario, y que éste había actuado con negligencia, permitiendo a terceros ajenos a la relación contractual con el banco conocer sus datos de autenticación, declaró probada la culpa exclusiva de la víctima, exonerando al banco totalmente.

Es decir, se aplicó el sistema de culpa presunta, en principio respecto de obligación de resultado, exonerándose con la demostración de la culpa exclusiva del consumidor.

El 28 de julio de 2015⁹⁰, la Superintendencia indica

*“**cuando se establece** que el Banco también incumplió los requerimientos de seguridad en la realización de operaciones que le son propias, contribuyendo así a que se incrementara la probabilidad de la realización de las operaciones no reconocidas por el titular de las cuentas corrientes y/o de ahorros, se presenta una concurrencia de culpas”.*

En otras palabras, para que el banco entre a responder concurriendo con el usuario a soportar el perjuicio, debe haberse establecido que el banco también incumplió los requerimientos de seguridad, es decir, se aplicó un sistema de culpa probada, debiéndose demostrar que el banco incumplió los requerimientos, para que éste entre a responder.

Es éste el planteamiento más extremo de la Superintendencia Financiera, ya que, si bien ha sido rotundamente reacia a la aplicación de responsabilidades objetivas, en este evento lleva el sistema de responsabilidad del banco hasta el extremo de hacer pesar sobre el usuario el riesgo de la ausencia de prueba, lo cual contraviene de forma evidente el contenido tuitivo de la ley 1328 de 2009.

⁸⁸ Superintendencia Financiera de Colombia. 2014035759. Expediente 2014-0339. 20 de agosto de 2014.

⁸⁹ Superintendencia Financiera de Colombia. Expediente 2015-0184. 13 de julio de 2015.

⁹⁰ Superintendencia Financiera de Colombia. Expediente 2014-1269. 28 de julio de 2015.

Finalmente, el 31 de julio de 2015⁹¹, la Superintendencia estableció que la negligencia del cliente no libera al banco, y que éste siempre debe cumplir con los requisitos de seguridad que le permitan constatar que le está restituyendo a quien de verdad es su cliente, y no a un tercero malintencionado.

En este caso, parece que la Superintendencia optó por erigir los actos de prevención en obligaciones de resultado, por lo que la culpa de la víctima, en tanto que causa extraña, es capaz de liberarle, aplicándose así un sistema de culpa presunta sobre obligación de resultado.

Así las cosas, es claro que la Superintendencia Financiera aplica un régimen de responsabilidad subjetiva, ubicándose siempre en la culpa presunta, con excepción de un solo caso en el que parece inclinarse hacia el sistema de culpa probada.

1.3. Conclusiones.

El tratamiento que se ha dado a la responsabilidad del banco frente a sus usuarios en los casos de desembolsos indebidos, es indudablemente contractual; sin embargo, el alcance de dicha responsabilidad ha sido difícil de dilucidar de forma clara, especialmente en lo relativo a los medios diferentes al título-valor cheque.

En efecto, en relación con dicho título-valor se ha decantado la existencia de una responsabilidad objetiva, atenuada según autorizada doctrina, que puede ser morigerada o extinguida si la culpa del usuario fue causa eficiente del perjuicio, siendo poco claro en estos desarrollos si lo que se presenta es un daño al usuario, que el banco debe asumir, o un perjuicio directo al banco, pudiendo éste en el primer caso eximirse y en el segundo compensar contra los fondos del usuario, si prueba que éste ha sido el causante de la pérdida.

En cuanto a las restituciones electrónicas, teniendo en cuenta lo expuesto en relación con las decisiones de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, es de crucial importancia no perder de vista que la naturaleza fungible del dinero implica que el mismo, al ser depositado, pasa a ser propiedad del banco, lo que podría implicar, que en realidad el banco es la víctima del fraude, y no el usuario, lo cual será dilucidado con posterioridad.

Por su parte, las decisiones del Tribunal Superior de Bogotá, evidencian la caótica respuesta que este tema ha encontrado desde diversos sectores de la doctrina, y cuán difícil es abordarlo adecuadamente, encontrándose que la jurisprudencia de dicha Corporación oscila triangularmente entre un sistema de responsabilidad objetiva atenuada,

⁹¹ Superintendencia Financiera de Colombia. Expediente 2014-1428. 31 de julio de 2015.

un sistema de culpa presunta y un sistema de culpa probada, debiendo en los dos primeros probar el banco los eximentes de su responsabilidad, y viéndose obligado el usuario en el último a probar los elementos fácticos que den lugar a la responsabilidad del banco.

Finalmente, la Superintendencia Financiera tiene una tendencia clara: en ningún caso aplica al banco una responsabilidad civil objetiva, oscilando un poco entre la presunción de responsabilidad frente a obligaciones de resultado y frente a obligaciones de medios, pero siempre dentro del marco de la responsabilidad por culpa.

En consecuencia, es forzoso concluir que aún dentro del marco de la responsabilidad civil contractual, no hay una determinación clara del sistema de responsabilidad que resulta aplicable a los eventos de *phishing*.

En este trabajo, buscaremos dilucidar si el tratamiento del *phishing* corresponde realmente al régimen de responsabilidad, y de ser así, si corresponde a una responsabilidad objetiva, es decir, corroboraremos la corrección de lo hasta ahora dicho por la jurisprudencia, según hemos expuesto.

2. LA DESIGUALDAD COMO PRESUPUESTO.

2.1. Desigualdad y tuición en el ordenamiento de consumo.

En primer lugar, es necesario referirse al presupuesto de igualdad que sirve de base a la libertad⁹² y, por ende, a la autonomía de la voluntad, para entender el establecimiento de tratos diferenciados entre sujetos que, de otra forma, estarían en grave desequilibrio jurídico y económico, pudiéndose sentar así las bases para la comprensión de las obligaciones legales que corresponden a cada parte.

Al respecto, es preciso aludir a nuestra concepción tradicional de las relaciones contractuales, fuertemente anclada en la autonomía de la voluntad y en la ejecución libre de los derechos de conclusión, determinación y redacción, consecuencia de la presunta igualdad de quienes se vinculaban por medio del contrato.

Esta presunción de igualdad fue expresión, en gran medida, del anhelo siempre presente de igualdad que ha acompañado a la humanidad⁹³, respecto del cual, finalmente, se optó

⁹² Villacorta Mancebo, Luis. Principio de igualdad y Estado social: apuntes para una relación sistemática. Editorial Santander, Universidad de Cantabria, Parlamento de Cantabria, Primera edición, España, 2006, p. 15.

Morales Alzate, Jhon Jairo. Derecho económico constitucional colombiano. Ediciones Doctrina y Ley; Universidad Católica de Colombia & Hanns Seidel Stiftung, Sexta edición, Colombia, 2010, p. 24 a 28.

⁹³ *Ibidem*, p. 17.

por una caracterización de orden legal: el trato igual, podríamos decir indiferente, por parte de la ley.

Este trato indiferenciado, se concreta en la presunción abstracta de una especie de identidad o equivalencia de condiciones y posibilidades entre los diferentes miembros de la sociedad, configurándose así lo que se conoce como igualdad formal.

Sin embargo, este esfuerzo colectivo por alcanzar la justicia y la libertad a través del trato indiferenciado que garantiza la imparcialidad de la ley, exige dejar de lado ciertas situaciones de desigualdad que, con esta presunción formal de su inexistencia, resultan exacerbadas.

De hecho, cada vez se ha hecho más y más notorio que el supuesto de la igualdad entre las partes, afecta de forma profunda la autonomía de la voluntad de la parte débil, toda vez que ésta se ve sujeta a condiciones que cercenan las posibilidades de reflexión, análisis y elección en relación con la relación jurídica establecida.

En efecto, la debilidad de tales partes implica la imposibilidad práctica de la parte débil de ejercer con libertad sus derechos de conclusión, determinación y redacción, evidenciándose que el supuesto de la igualdad de las partes, puede llegar a configurar en la práctica una lógica de que la fuerza hace el derecho, en la medida en que se trata como iguales a quienes no lo son, presumiendo la libertad de quien tomaba decisiones bajo condiciones de coacción o ignorancia⁹⁴.

No obstante, al hacerse tan claro que, fruto de una inteligencia formalista de la igualdad, se podían llegar a acentuar circunstancias de desequilibrio *inter partes*, se evidencia el corto alcance de esta percepción formalista, y su franca incapacidad para alcanzar los postulados de igualdad a que la humanidad aspira.

Esta insuficiencia, puede hacerse más patente al corroborar el que puede considerarse el equivalente teórico económico de la igualdad formal, esto es, el mercado perfecto.

En efecto, este mercado perfecto tiene por supuestos fundamentales la existencia de un flujo libre y completo de información, la ausencia de barreras de entrada y de salida de los

⁹⁴ Calabresi, Guido y Melamed A. Douglas. Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral. Revista Centro de Estudios Públicos, Núm. 63, invierno de 1996, Páginas 347 – 391. *Infra* 3., Chile, 1996., p. 349 y 353.

En efecto, aunque formalmente los derechos se asignen de forma eficiente y justa, si el marco legal establecido para el desarrollo práctico de contratos, esto es, para su ejecución, sin pretenderlo se presta para la toma de posiciones ventajosas por parte de aquéllos que tienen más conocimiento y dinero, se evidencia la ineptitud de la norma frente a la consecución de su propia finalidad, al ser superadas por la realidad, toda vez que no habrá más que la imposición del derecho por el más fuerte.

distintos sectores de una economía particular, la imposibilidad de que ningún agente ejerza poder de mercado en ningún sentido, y la actuación racional de los agentes del mercado⁹⁵.

Un mercado con semejantes condiciones, visto desde la perspectiva jurídica, no podría tener otra manifestación que la igualdad, y la consecuente realización plena y sostenida de la autonomía de la voluntad de todos los participantes, toda vez que cada individuo, valga decir, cada agente del mercado, podría determinar las relaciones contractuales que celebraría, con base en una voluntad cuya manifestación sería fruto de una reflexión completa y racional, sin coacción de ningún tipo, y en un contexto de conocimiento pleno de las condiciones de vinculación.

Es evidente, sin embargo, que el mercado no funciona en los términos ideales teóricamente planteados, pues siempre debe enfrentarse a fallos de tales supuestos, comúnmente conocidos como fallas del mercado que, en todo caso, implican una ruptura de esas condiciones que hacen de basamento sobre el que se asienta el supuesto de la autonomía de la voluntad⁹⁶.

Efectivamente, el poder de mercado, la falta de información, la coacción, o el simple decidir irracional de un agente económico por cuenta de cualesquiera condiciones que le afecten, conllevan una ausencia o una irrelevancia de la reflexión requerida al momento de celebrar un contrato, con la consiguiente disipación de la autonomía de la voluntad de, al menos, una de las partes de la relación.

Así las cosas, es dable afirmar que las fallas de mercado en que se concretan de forma permanente las condiciones de desequilibrio entre los agentes de mercado de una economía particular, se traducen al mundo del derecho en términos de una desigualdad entre los distintos individuos susceptibles de entablar relaciones de tipo contractual.

Se evidencia de esta manera que, ante la inexistencia de un mercado perfecto, no queda otra alternativa jurídica que la admisión de la desigualdad como realidad transversal a la gran mayoría de las relaciones contractuales, de suerte tal que una presunción en contrario, sólo tendría por efecto la invisibilización de tales desigualdades y, por ende, la generación de obstáculos frente a su solución.

Las dificultades descritas conllevan una tensión derivada de la comprensión de que el mecanismo elegido para garantizar los derechos – la presunción de igualdad – contraría

⁹⁵ Mankiw, Gregory. Ob. Cit., p. 6 – 8. El mercado presupone la racionalidad de los agentes que en él participan, siendo la racionalidad la aptitud para pensar en términos marginales, esto es, en términos de elección sobre las ventajas pequeñas que dos o más distintas alternativas ofrecen a quien toma la decisión.

⁹⁶ Al respecto, Daniel Kahneman ha demostrado que, si bien no puede hablarse del todo de irracionalidad, sí puede afirmarse que no hay racionalidad en la actuación de los agentes económicos, siendo éstos apenas *razonables*, requiriendo por esto de ayuda en la realización de sus juicios y análisis de cara a una apropiada toma de decisiones. Daniel, Kahneman Pensar rápido, pensar despacio. Random House Mondadori SAS, Primera edición, Colombia, 2012, p. 534-540.

en la práctica su propia finalidad, aunándose a esto que también se produce un resquebrajamiento de las condiciones de configuración exigidas para otorgar validez a los negocios jurídicos.

En efecto, las desigualdades entre las partes que se vinculan por medio de un negocio jurídico cualquiera, se concretan en la carencia de medios que permitan llevar a cabo un análisis juicioso y concienzudo de las condiciones en que el contrato se deberá ejecutar.

Esta ausencia de análisis, como ya se ha visto, equivale a la ausencia de reflexión adecuada, derivándose de esto la configuración de vicios del consentimiento, con sus correspondientes consecuencias en materia de validez del negocio jurídico celebrado.

En efecto, una voluntad cuya manifestación carece de una reflexión adecuada, es una voluntad cuyo emisor ignora lo que quiere o lo que contrata, por lo que su consentimiento está sujeto a un altísimo riesgo de error, con independencia de la demostrabilidad del mismo.

Igualmente, una reflexión, por profunda y completa que fuera, llevada a cabo en condiciones de dolo o fuerza de la contraparte, es una reflexión que carece de los elementos necesarios para producir el efecto que le corresponde, y se torna irrelevante, toda vez que, se dé o no, el efecto será el mismo.

En este contexto, si el supuesto del mercado perfecto encuentra su expresión jurídica en la igualdad formal, la inexistencia fáctica de las condiciones que aquél requiere para su configuración, conlleva una desigualdad en términos reales que, en materia contractual, se expresa en que la reflexión – la voluntad reflexiva – pierde su efecto en la confección del consentimiento que se manifiesta.

De esta suerte, se muestra evidente que la presunción formal de la igualdad, en la medida en que deja incólumes las situaciones de desigualdad de la realidad material, termina generando y legitimando las circunstancias que generan vicios del consentimiento en la celebración de los negocios jurídicos de orden contractual.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se constata la existencia de una doble dificultad: la insuficiencia de la igualdad formal para alcanzar las aspiraciones humanas de igualdad real, y la ruptura que esta insuficiencia causa en relación con las condiciones de existencia y validez de los negocios jurídicos.

Las dificultades propias de esta situación han venido a encontrar su respuesta en un paulatino reconocimiento legal de la existencia de desequilibrios entre los miembros integrantes de la vida social, teniendo como consecuencia la reasunción del principio

aristotélico de que “[t]an injusto es tratar desigual a los iguales como igual a los desiguales”⁹⁷.

Como consecuencia, se ha requerido una respuesta que trascienda la simple generalidad de la ley como expresión de igualdad, buscando generar en lo económico estándares de igualdad reales⁹⁸, que sean suficientes para lograr que cada agente del mercado pueda participar libremente del mismo, y que cada miembro de la comunidad jurídica pueda hacerse libremente partícipe del mercado⁹⁹.

Esta respuesta ha tomado forma en el Estado Social de Derecho, que busca, precisamente, trascender la generalidad legal del Estado de Derecho, reconociendo las desigualdades, procurando el desarrollo de mecanismos que permitan alcanzar las aspiraciones sociales de igualdad material.

Un escollo se alza, sin embargo, frente a esta respuesta: las dificultades en la determinación del contenido del principio de la igualdad sustancial o material; ha llevado esto, incluso, a afirmar que “el derecho derivado del principio general de igualdad es el derecho fundamental más enigmático y desconcertante”¹⁰⁰.

Al respecto, nos referiremos ahora a las consideraciones pertinentes en relación con la respuesta dada por nuestro Estado Social de Derecho colombiano, para poder construir un puente adecuado que permita verificar la forma en que dicha igualdad se entiende y pretende ser alcanzada¹⁰¹.

En este sentido, el artículo 13 de la Constitución Nacional determina:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

⁹⁷ Leis, Raúl. Algunas ideas en la construcción de sentidos esenciales de la educación. En “Sentidos de la Educación y la Cultura: Cultivar la humanidad”. Editorial LOM – Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes – Unesco. Primera edición, Chile. 2006, p. 109.

Aristóteles. Ética a Nicómaco. L. Rubio Aguas. Primera edición, España, 1931, p. 126. “Como sea el término A a B, será C a D, y por lo tanto, alternando, como es A a C será B a D”.

⁹⁸ Villacorta Mancebo, Luis. Ob. Cit., p. 29 – 30.

⁹⁹ Resico, Manuel F. Economía Social de Mercado. Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Primera edición, Argentina, 2010, p. 64 y 72.

¹⁰⁰ Villacorta Mancebo, Luis. Ob. Cit., p. 124. citando a M. Sachs en “Die Massstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes-willkürverbot und sogenannte neue Formel, en Juristische Schulung, 1997”.

¹⁰¹ Huelga decir que este concepto de igualdad no es exclusivo de la Constitución del 91, y ni siquiera del constitucionalismo moderno, sin perjuicio de que éste haya sido el que le haya conferido su mayor desarrollo y alcance; por esta razón, no pocos de los fundamentos que en nuestro ordenamiento dan razón de ser a diferentes medidas de orden tuitivo, podrían encontrarse en ordenamientos previos en todo el mundo, aunque con alcances más restringidos y configuraciones menos claras o exigentes. Al respecto, Cf. Villacorta Mancebo, Luis., Ob. Cit., p. 37-38.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

De esta suerte, prescribe nuestra Constitución el establecimiento de un sistema social en el que “*se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En este sentido se debe (...) **proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad manifiesta** (...)*”¹⁰² (Subraya y negrilla fuera de texto).

El contenido del artículo 13 de la Constitución Nacional, así entendido, no representa una norma concreta ni un programa de ejecución específico para alcanzar la igualdad material, sino que plantea el derrotero que corresponde seguir al Estado colombiano, sobre una base segura y amplia que le permiten tomar las decisiones adecuadas a medida que se avanza en el tiempo.

En efecto,

*“**Los mandatos** más generales que se desprenden del principio general de igualdad **para el Legislador** son la obligación de dar igual trato a quienes tengan las mismas condiciones relevantes para el objeto de regulación, y la obligación de **dar tratamiento distinto a quienes no cuenten con esas mismas condiciones relevantes**”*¹⁰³ (Subraya y negrilla fuera de texto).

De conformidad con lo anterior “*el Legislador está en el deber de (...) **imponer obligaciones y conferir derechos haciendo distinciones***”¹⁰⁴ (Subraya y negrilla fuera de texto), a partir, entre otras medidas, de las que se conocen como **acciones afirmativas**, dentro de las que hemos de destacar las orientadas al futuro, cuyas bases “*consideran que este tipo de medidas son socialmente útiles, disminuyen las brechas entre grupos sociales o desarrollan una teoría de la justicia (...)*”¹⁰⁵.

Es en este contexto, en que el legislador, frente a situaciones de mercado en que se encuentran partes con diferentes niveles de aptitud reflexiva y con distintos grados de libertad, se ve compelido a tomar medidas de protección y de promoción en relación con alguna de las partes, variando sensiblemente la ubicación de cada una respecto de la otra.

¹⁰² Corte Constitucional. Sentencia C- 221 de 1992. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰³ Suárez, Martín Leonardo. El principio de igualdad en la Constitución. La jurisprudencia Constitucional. Biblioteca Jurídica Diké, Primera edición, Medellín, 2006, p. 70.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 74.

¹⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

A partir de lo anterior, se pretende igualar las condiciones en que una parte económica, social o culturalmente débil contrata con otra parte fuerte, de suerte tal que se preserven los derechos de aquélla, se procure de forma efectiva el anhelo social de igualdad, y se generen las condiciones de protección que eviten la generación sistemática de eventos de invalidez contractual.

A estos efectos, el Legislador colombiano ha establecido las leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011, que establecen el régimen de protección al consumidor en territorio colombiano, siendo éstas de aplicación imperativa, distorsionando, si se quiere, todo el ordenamiento de obligaciones y contratos, a partir de la imposición de medidas afirmativas a favor de los consumidores frente a los proveedores con los que contratan.

Estas medidas afirmativas implican un elemento que sobresale de forma especial, cual es el establecimiento del principio de favorabilidad, que implica que el ordenamiento de obligaciones y contratos debe interpretarse de la forma que resulte más favorable a la parte débil del contrato, esto es, al consumidor, siempre que un sujeto jurídico calificable como tal, participe en un negocio jurídico dado.

Al respecto, el artículo 4º de la ley 1480 de 2011 ha establecido dicho principio indicando que *“Las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. En caso de duda se resolverá en favor del consumidor”*.

Por su parte, el artículo segundo, prevé que:

“Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley”.

Y ya que la ley 1328 de 2009 no se refiere a los elementos de interpretación de la ley, las reglas de interpretación contenidas en los artículos 25 a 32 del Código Civil son plenamente aplicables a los supuestos fácticos que aquélla regula, normas que, a su vez, están sujetas al principio de favorabilidad en las relaciones de consumo, por cuenta del artículo 4 de la ley 1480 de 2011, ya citado.

Así las cosas, sin que se requiera mayor desarrollo del mencionado principio, las lecturas que hagamos sobre partes específicas del ordenamiento, procurarán dar inmediata aplicación al mismo.

2.2. Presunción de autenticidad y tuición al consumidor.

Estudiaremos ahora las implicaciones de la firma electrónica como medio de autenticación frente al banco en cuanto a la determinación de la responsabilidad del mismo, ya que serán los datos que conformen dicha firma de los que se valga el *phisher* para realizar el desfalco.

Al respecto, en primer lugar, es preciso referirse a la firma manuscrita, que se define como *“Nombre y apellido, o título, de una persona, que ésta pone con rúbrica al pie de un documento escrito de mano propia o ajena, para darle autenticidad, para expresar que se aprueba su contenido, o para obligarse a lo que en él se dice”*¹⁰⁶.

Por su parte, la rúbrica se define como: *“Rasgo o conjunto de rasgos de figura determinada que, como parte de la firma pone cada cual después de su nombre o título. A veces, pónese la rúbrica sola; esto es, sin que vaya precedida del nombre o título de la persona que rubrica”*¹⁰⁷.

Por su parte, el artículo 826 del Código de Comercio, establece en sus incisos 1 y 2 que:

“Cuando la ley exija que un acto o contrato conste por escrito bastará el instrumento privado con las firmas autógrafas de los suscriptores.

*“Por firma se entiende la **expresión del nombre** del suscriptor o de alguno de los elementos que la integren **o de un signo** o símbolo empleado como medio de identificación personal”* (Subraya y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, tenemos dos elementos que conforman la firma, a saber: el nombre o título de una persona, y la rúbrica. El primero constituye la indicación expresa de la identidad del firmante; el segundo son los signos específicos que esa persona usa para cumplir con las funciones de la firma, signos que, para efectos de la misma son imprescindibles, al paso que la indicación expresa del nombre o título puede o no estar, según se desprende por igual de la definición de la Real Academia Española como del artículo 826 de nuestro Código de Comercio.

Ahora bien, la firma cumple tres funciones, según puede derivarse de su definición:

- 1) dar autenticidad al documento firmado;
- 2) expresar que se aprueba el contenido del documento; y

¹⁰⁶ DRAE. Ob. Cit. Tomo I, p. 971.

¹⁰⁷ *Ibidem*. Tomo II, p. 1816.

3) obligarse según el contenido del documento.

A su vez, la doctrina ha entendido que la firma cumple con tres funciones, que son, a saber:

“a) **Declarativa** de la asunción de la paternidad de una obra, por la cual el firmante hace suyo lo firmado (v. gr., el que firma un contrato para obligarse voluntariamente a lo ahí estipulado);

“b) **Indicativa** de quién es el autor (v. gr., el autor que firma un cuadro para mostrarle al público que es suyo); y,

“c) **Probatoria**, para verificar posteriormente si el autor de la suscripción es efectivamente aquél que firma.

Así, **lo que cumpla con esas tres funciones es firma, y lo que no, no lo es.**”(Subraya y negrilla fuera de texto)¹⁰⁸.

Vemos que la doctrina, aunque condensadas de forma diferente según la especificidad requerida por el derecho, refleja las funciones que el DRAE manifiesta que corresponden a la firma; en efecto, la función declarativa corresponde a las funciones de aprobación del contenido y sujeción obligacional al mismo, y las funciones indicativa y probatoria, a niveles diferentes, se refieren a la autenticidad.

Tales funciones de la firma pueden reducirse a dos, de suerte tal que la expresión de nombre o título aunada a la correspondiente imposición de rúbrica, que sea capaz de cumplir con las funciones **declarativa**, constituida por la aprobación del contenido del documento y la sujeción obligacional al mismo, y **de autenticidad**, constituida por las funciones indicativa del autor y probatoria de su condición, constituirá una firma¹⁰⁹.

No hace falta detenerse a contemplar la importancia de la firma, toda vez que el tráfico jurídico puede realizarse, en gran medida, gracias al cumplimiento de tales funciones: contratos, títulos-valores, sentencias y laudos, ofertas, aceptaciones, comunicaciones de todo tipo, en general, son auténticas, sus contenidos aprobados y generadores de obligaciones, por la firma que en ellos obra.

Esto no presenta dificultades cuando se analiza en relación con las comunicaciones físicas y con el mercado tradicional, pero requiere un esfuerzo de comprensión para ser aplicado a las transacciones adelantadas por medios electrónicos, incluyendo, por supuesto, “*todo*

¹⁰⁸ Ríofrío Martínez Villalba. Ob. Cit., p. 180.

¹⁰⁹ En efecto, “[l]a idea fundamental que encierra el concepto de firma es identificar a la persona que la estampó, y atribuir lo escrito a dicha persona”. Cf. Hocsman, Heriberto Simón. Negocios en Internet. Editorial Astrea S.A.S. Editorial Universidad del Rosario, Primera edición, Colombia, 2013, p. 353.

*tipo de operaciones financieras (...) estructurada[s] a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar*¹¹⁰.

En efecto, para generar en el comercio electrónico los mismos niveles de confianza y seguridad posibles en el comercio tradicional, es preciso dar cumplimiento a las funciones que debe cumplir la firma para ser tal, por medio de los mecanismos correspondientes a dicho entorno, al tiempo que se garantiza que la firma así emitida tenga la misma validez que la autógrafa.

En este sentido, se ha evidenciado desde ya hace tiempo la necesidad de proveer mecanismos electrónicos que permitan que las funciones propias de la firma puedan ser cumplidas también, a cabalidad, en el medio electrónico, es decir, es necesario que exista una firma electrónica, que cumpla las funciones de la firma tradicional.

Esto se ha dado en llamar “*equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales*”, que “*constituye el eje central de cualquier desarrollo legislativo en la materia*”¹¹¹.

Se desarrollan entonces los conceptos de firma electrónica y de firma digital, respecto de los cuales, aunque hubo desacuerdos conceptuales¹¹², se ha llegado a considerar de forma pacífica que la firma electrónica es género y la firma digital especie de aquella¹¹³.

Así pues, en estricto sentido la firma electrónica se define como “*métodos matemáticos, numéricos o lógicos, (...) [o] conjunto de instrucciones que **sirven fundamentalmente para identificar a una persona que se comunica a distancia** (...)*”, y que permiten **atribuirle** “*(...) de **forma confiable un mensaje de datos** a una persona determinada*” siendo, además, un “*mecanismo de ingreso o acceso a sistemas de información*”¹¹⁴ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Teniendo esto en cuenta, el artículo 7 de la ley 527 de 1999, se refiere a la firma electrónica en los siguientes términos:

“Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

¹¹⁰ Ley 527 de 1999, Art. 2.

¹¹¹ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos mercantiles, T. III, Contratos contemporáneos. Legis Editores S.A., Tercera edición, Colombia, 2013, p. 356.

¹¹² Riofrío Martínez-Villalba, Carlos. Ob. Cit., p. 180 y 181.

¹¹³ Decreto 2364 de 2012. Consideración segunda.

¹¹⁴ Pérez Useche, Marco. El tratamiento legal de la firma electrónica en Colombia y en el derecho uniforme. En “Derecho del Comercio Electrónico”. Colegio de Abogados de Medellín – Cámara de Comercio de Medellín – Biblioteca Jurídica Diké, Primera edición, 2002, p 82.

a) Se ha utilizado un método que permita **identificar al iniciador de un mensaje** de datos y **para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;**

b) Que el método **sea tanto confiable como apropiado** para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Del texto citado se desprenden dos elementos claramente diferenciables: en primer lugar, el cumplimiento de las dos funciones de la firma que hemos señalado arriba, y en segundo lugar la confiabilidad con que debe contar el método utilizado. En este sentido, **una firma electrónica, para ser considerada firma, debe ser capaz de dar certeza del autor de una manifestación y de vincular a aquél a los efectos jurídicos de ésta, de forma confiable.**

En este mismo sentido, el numeral 3 del artículo 1 del decreto 2364 de 2012, que regula justamente el artículo 7° citado, establece:

“3. Firma electrónica. Métodos tales como, códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas, que permite identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos, siempre y cuando el mismo sea **confiable y apropiado respecto de los fines para los que se utiliza** la firma, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Acto seguido, en su artículo 3, establece el mencionado decreto:

“Cumplimiento del requisito de firma. Cuando se exija la firma de una persona, **ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica** que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea **tan confiable como apropiada** para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje” (Subraya y negrilla fuera de texto).

De esta suerte, se corrobora lo ya dicho, en el sentido de que la firma será considerada como tal, en la medida en que su cumplimiento de las funciones que le son propias, ya indicadas, sea confiable.

Ahora bien, esta confiabilidad se realiza en las garantías que deben tener los mensajes, las cuales, por lo tanto, son el requisito *sine qua non* en nuestro ordenamiento jurídico para

que a una firma electrónica se le reconozca la equivalencia funcional respecto de la firma autógrafa.

Tales garantías propias de los mensajes electrónicos, de acuerdo con los desarrollos doctrinales son, a saber¹¹⁵:

1. Confidencialidad o secreto: Debe garantizarse que la información contenida en el documento no se revele a nadie no autorizado.
2. Integridad: Debe protegerse la información almacenada o transferida, de cualquier modificación, duplicado, inserción, eliminación o reordenación no deseada.
3. No repudio: Debe evitarse que cualquiera de los participantes en una comunicación pueda negar posteriormente haber participado en ella.
4. Autenticación o autenticidad: el sistema debe verificar que el usuario, esto es, el autor u originador del mensaje, es quien dice ser.

Las garantías enunciadas se realizan a partir de uno o varios de tres métodos cuya consecuencia inmediata es la garantía de autenticidad, ya que a través de ellos el autor de una manifestación de voluntad en el mercado electrónico se identifica como tal con todas las consecuencias que de ello se derivan; a su vez, de aquí se siguen las demás garantías, en la medida en que sólo la autenticación generaría la aptitud para producir o asumir el contenido (autenticidad en estricto sentido), conocerlo (confidencialidad) y modificarlo (integridad), siéndole imposible a quien así se ha relacionado con un documento electrónico negar su participación en las declaraciones de contenido obligatorio del mismo (no repudio).

De esta suerte, tales métodos o paradigmas comportan la configuración misma de la firma electrónica, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 7 de la ley 527 de 1999 ya citado, en la medida en que son los métodos de generación de las garantías requeridas para la confiabilidad de un mensaje. Dichos métodos son, a saber¹¹⁶:

1. Paradigma de algo que soy.

Es el primero y, de hecho, probablemente el más confiable, basado en algo que uno es, verificado a través de dispositivos de autenticación biométrica.

¹¹⁵ Guijarro Coloma, Luis. Fundamentos técnicos y operativos de la firma electrónica. En "Incorporación de las Nuevas Tecnologías en el Comercio: Aspectos Legales". Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Primera edición, 2006, p. 233-234.

¹¹⁶ Con excepción de las citas específicas, contenidas en los números 35 a 37, los conceptos correspondientes a los tres métodos, son extraídos de: Pérez Useche, Marco. Ob. Cit., p. 86 – 90.

Su nivel de confiabilidad es altísimo, dado que “*validan la identidad de las personas a partir de características biológicas únicas*”, por lo que su réplica es, en principio, imposible, al menos con el estado del arte tecnológico actual.

De hecho, en las transacciones tradicionales los métodos biométricos han sido utilizados desde siempre, siendo así el mecanismo de autenticación más antiguo, y que aún se utiliza, como cuando alguien presenta un documento de identidad que contenga una fotografía suya, y quien lo solicita realiza un cotejo entre la fotografía y el rostro del portador, o cuando dos contratantes se encuentran para suscribir un contrato y se reconocen mutuamente al instante, o cuando los funcionarios del banco verifican la huella o la firma, o conocen al usuario que se acerca a la ventanilla a realizar alguna transacción. Sin embargo, estos son métodos biométricos precarios, cuya mayor limitación tal vez sea su inoperancia en relaciones masivas de contratación, por lo que una biometría apropiada para los tiempos actuales, implica altos costos, a lo que se aúna el desconocimiento sobre la precisión de muchas de las técnicas que se pueden utilizar para ello¹¹⁷.

2. Paradigma de algo que tengo.

Hablamos en este caso de las tarjetas de acceso, esto es, el “*plástico con una banda magnética [o chip], que puede ser usado en dispositivos electrónicos que conectan al usuario, mediante la utilización de un PIN, con una entidad bancaria que hace a su vez un traslado de fondos a un comerciante o al mismo usuario*”¹¹⁸.

También puede aludirse aquí a las tarjetas inteligentes, que son aquéllas que, sin necesidad de conectar al usuario, y por su simple contacto con un dispositivo programado para ello, permite llevar a cabo la transacción, descontando de la tarjeta el monto correspondiente a la misma¹¹⁹.

3. Paradigma de algo que sé.

Fundamentalmente se trata del uso de contraseñas.

Se basa en el conocimiento que posee el usuario de ciertos datos a través de cuyo uso se autentica frente al proveedor. Es de suma importancia, dado que es éste, esencialmente, el paradigma utilizado para el acceso a los servicios bancarios *on-line*.

¹¹⁷ Hocsman, Heriberto Simón. Ob. Cit., p. 366.

¹¹⁸ Rincón Cárdenas, Erik. Servicios financieros electrónicos: aproximación preliminar. En “Temas de derecho financiero contemporáneo”. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 2006, p. 349.

¹¹⁹ Rincón Cárdenas, Erik. Ob. Cit., p. 349.
Pinochet Olave, Ruperto. Ob. Cit., p. 93-94.

Al respecto, nos indica Pérez Useche que este mecanismo sólo podría ser considerado confiable, es decir, apto para brindar las cuatro garantías, en la medida en que **“el banco puede verificar en sus bases de datos, que el usuario al utilizar su clave personal es quien dice ser, si la información relativa a cada transacción se transmite de forma confidencial y si es posible verificar la integridad de la información relativa a las operaciones que adelanta el usuario”**¹²⁰ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Para determinar el grado de confiabilidad, es decir, el grado de cumplimiento de las garantías que hemos indicado, es preciso verificar el funcionamiento de los sistemas de encriptación y las previsiones que el ordenamiento jurídico positivo tiene en torno a los mismos, para determinar si existe una presunción de autenticidad que pese legalmente sobre el usuario, y que éste debería desvirtuar, o si la carga de la prueba en cuanto a la autenticidad de la manifestación de voluntad que da lugar a una transacción específica, corresponde al banco.

2.2.1. Encriptación y regulación de la firma electrónica.

Encriptar, que en buen español es *cifrar*¹²¹, se define como “*transcribir en guarismos, letras o símbolos, de acuerdo con una clave, un mensaje cuyo contenido se quiere ocultar*”¹²². En efecto, la criptografía es, justamente, “*el arte de escribir con clave secreta*”¹²³.

De esta suerte, la encriptación –término que utilizaremos en adelante–, es el acto de hacer ininteligible una pieza de información a través de cualquier mecanismo, pudiéndose comprender su contenido sólo si se cuenta con el método o *clave* que permita descifrar o descifrar.

Ahora bien, los “*algoritmos criptográficos, se clasifican en tres grandes tipos:*

- **Algoritmos *simétricos o de clave secreta, que emplean una misma clave para el cifrado y para el descifrado.***
- **Algoritmos *asimétricos o de clave pública, que emplean dos claves distintas para el cifrado y para el descifrado, denominadas clave pública y clave privada.***
- **Algoritmos *de resumen de mensaje, que no usan claves* y que, además, *generan un texto cifrado desde el que no es posible recuperar el texto en claro original*”¹²⁴.**

¹²⁰ Pérez Useche, Ob. Cit.

¹²¹ Ayala Núñez, Julio Ángel. Se dice cifrar, no encriptar. Magazcitum. 31 de diciembre de 2013. Consultado el 4 de diciembre de 2015. Disponible en <http://www.magazcitum.com.mx/?p=2467>.

¹²² DRAE. Ob. Cit., Tomo I, p. 473.

¹²³ DRAE. Ob. Cit., Tomo I, p. 596.

¹²⁴ Guijarro Coloma, Luis. Ob. Cit., p. 235.

Sólo los dos primeros, esto es, los algoritmos simétricos y los algoritmos asimétricos, constituyen contraseñas, por lo que nos referiremos sólo a ellos.

La encriptación asimétrica se compone de dos claves, una privada, que sólo conoce su propietario, y una pública, que es de propiedad del mismo, pero que es potencialmente conocida por todo el mundo; si cualquier persona guarda un documento con la clave pública, sólo el propietario puede acceder al mismo, al utilizar su clave privada para desencriptarlo; igualmente, si el propietario graba un mensaje con su clave privada, sólo podrá descifrarse con la clave pública que le pertenece, y por lo tanto se podrá presumir que él es su autor, de tal suerte que el nivel de confiabilidad que genera la encriptación asimétrica es bastante alto, entre otras cosas, porque no es posible derivar una clave de la otra, a diferencia de lo que ocurre con las claves simétricas, respecto de las que, necesariamente, la clave se debe compartir¹²⁵.

Ahora bien, como puede notarse, las claves confeccionadas a partir de ambos tipos de encriptación son firmas electrónicas. Sin embargo, “[E]l sistema de la firma digital (...) consiste en una encriptación asimétrica”¹²⁶, por lo que, propiamente, sólo las contraseñas que funcionan sobre esta base son, propiamente, firmas digitales, las otras, las simétricas, son firmas electrónicas simples¹²⁷.

En este escenario, el artículo 2 de la ley 527 de 1999 ya citado, en su literal c) define la firma digital de la siguiente manera:

“c) Firma digital. Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación” (Subraya y negrilla fuera de texto).

El texto anterior, para su adecuada inteligencia, requiere cierta disgregación:

En primer lugar, se indica que la firma digital es “*un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos*”, valor numérico que corresponde a la clave privada utilizada por el iniciador del mensaje, esto es, por su autor.

¹²⁵ Riofrío Martínez-Villalba. Ob. Cit., p. 173 a 174.

¹²⁶ Hoczman, Heriberto Simón. Op. Cit., p. 367.

¹²⁷ Riofrío Martínez-Villalba, Carlos. Ob. Cit., p. 181. “*Dentro de las firmas electrónicas encontramos las firmas digitales, que son las generadas por vía de la encriptación asimétrica. (...) [D]entro del género de firmas electrónicas podremos encuadrar otros mecanismos que eventualmente pueden cumplir con las funciones de la firma, como lo son los nuevos mecanismos de identificación automática de la voz, de huellas digitales, del iris, del ADN, etc., que cuentan con una llave biométrica*”.

De otra parte, se puede “*determinar que ese valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado*” a través de “*un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje*”, procedimiento que corresponde a la utilización de la clave pública, por ser el mecanismo a través del cual se puede verificar la aplicación de la clave privada por parte del iniciador.

En este orden de ideas, la firma digital es apta para cumplir con las funciones propias de la firma de forma equivalente a la firma autógrafa, compuesta de nombre y rúbrica, según hemos expuesto arriba, en la medida en que permite atribuir al iniciador, esto es, a quien emite la comunicación, la autoría y la asunción del contenido obligacional del documento.

Justamente, como se ha dicho, la estructura de encriptación asimétrica que la conforma, hace de ésta una firma confiable en los términos expuestos. No obstante, teniendo en cuenta que “*no existe ni existirá nunca, la seguridad absoluta en las comunicaciones humanas. (...) Ni siquiera en la comunicación presencial, que ofrece más garantías de autenticidad y confidencialidad*”¹²⁸, se han desarrollado servicios de certificación de firmas digitales.

Esta certificación de firmas consiste en la emisión de una declaración emitida por parte de una entidad de certificación, dando fe de que cierto documento ha sido, en efecto, suscrito por una persona específica¹²⁹; su función, entonces, viene a ser la de un notario digital. En nuestro ordenamiento, la actividad de las entidades de certificación está regulada en el capítulo II de la Parte III de la ley 527 de 1999 y en el decreto 333 de 2014, cuyo estudio excede los límites del presente trabajo. Basta con indicar que la certificación da a la firma certificada un grado superior de cumplimiento de las garantías que le corresponden.

De otro lado, están los mecanismos de autenticación basados en encriptación simétrica, siendo éstos de un nivel de confiabilidad muy inferior, correspondiendo estas últimas a las contraseñas en general, y a las tarjetas de acceso.

Este tipo de encriptación simétrica utiliza una única clave privada, de tal suerte que el destinatario debe conocer la clave del iniciador del mensaje, para poder acceder al mismo; en general, provee las garantías que constituyen la confiabilidad requerida para que haya equivalencia funcional con la firma autógrafa, aunque con limitaciones, y no garantiza el no repudio¹³⁰.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 127.

¹²⁹ Hocsmán, Heriberto Simón. Ob. Cit., p. 371.

¹³⁰ Riofrío Martínez-Villalba. Ob. Cit., p. 170 a 172.

Nótese que esto significa que el destinatario, el banco, no podría verificar realmente la identidad del iniciador, por lo que esta firma no cumpliría con el requisito de confiabilidad definido por la doctrina, según expusimos al finalizar el anterior acápite; sin embargo, como indicamos allí mismo, es necesario verificar las determinaciones concretas del derecho positivo al respecto, lo cual haremos un poco más adelante.

Al respecto, es preciso hacer alusión a los paradigmas de autenticación estudiados arriba, para aclarar que el método de contraseñas puede utilizarse de forma independiente o acompañado de una tarjeta de acceso, configurándose en este último evento un método de autenticación multifactor¹³¹, ya que se debe utilizar junto con algo que el usuario sabe, esto es, junto con una contraseña.

Es de fundamental importancia tener en cuenta al respecto, que

*“las tarjetas con microcircuito utilizan criptografía de **llaves simétricas para generar un criptograma mediante la utilización de una clave secreta compartida**. Dicho criptograma se conoce como el Criptograma de Solicitud de Autorización (Authorization Request Cryptogram - ARQC), y es validado por el Emisor durante la solicitud de la autorización en línea”¹³²*

“(…)

*“[En] el procesamiento se verifica el criptograma de solicitud de autorización y, si es necesario, genera un criptograma de respuesta de autorización para enviar de vuelta al chip. **Para validar el criptograma, el emisor o procesador debe tener la clave simétrica utilizada por la tarjeta**”¹³³ (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Esto es significativo en la medida en que, si bien la tarjeta comporta un elemento físico que posee el usuario, en realidad no es más que un elemento adicional de encriptación simétrica que concurre con *el que el usuario conoce*, para así aumentar los datos requeridos para el acceso, buscando maximizar de esta manera la seguridad de la autenticación en el acceso a la plataforma electrónica correspondiente, de tal suerte que lo que se logra es tener dos barreras de criptogramas simétricos, pero no una barrera de criptograma asimétrico.

¹³¹ Rincón Cárdenas, Erik. Validez y Seguridad Jurídica Electrónica. Certicámara, Cámara de Comercio de Cali, 2014, p. 7. Disponible en: <http://www.ccc.org.co/wp-content/uploads/2014/04/PRESENTACION.pdf>

¹³² SCALA – Smart Card Alliance Latin America & The Caribbean. Ruta hacia los pagos con Tarjeta Inteligente en América Latina y el Caribe: ¿Cómo impacta EMV a la Infraestructura de Pagos? Número de Publicación: FPC-11001. Panamá, 2012, p. 8.

¹³³ *Ibidem.* p. 27.

A este respecto, es fundamental señalar que, si bien existe una tendencia muy fuerte a sostener que es imposible vulnerar la seguridad del chip que ha venido reemplazando parcialmente las bandas magnéticas, tal afirmación es falsa, pues se han podido encontrar vulnerabilidades significativas en estos dispositivos¹³⁴.

Así las cosas, tenemos dos clases de firma electrónica: la firma electrónica digital o avanzada, que puede ser certificada o no, fundamentada en la criptografía asimétrica, y la firma electrónica básica, fundamentada en la criptografía simétrica, dentro de las cuales están las contraseñas y la información correspondiente a las tarjetas de acceso, por lo que será a éstas a las que nos hemos de referir en adelante.

Éstas últimas, según expusimos, tienen niveles limitados de seguridad y confiabilidad, ya que tienen una clave de un solo sentido, que debe ser usada tanto para encriptar como para desencriptar en el momento de la manifestación de voluntad correspondiente.

Teniendo esto en consideración, es preciso traer a colación el artículo 4 del decreto 2364 de 2012, que dispone:

*“Confiabilidad de la firma electrónica. **La firma electrónica se considerará confiable** para el propósito por el cual el mensaje de datos fue generado o comunicado **si**:*

*“1. **Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante.***

*“2. **Es posible detectar cualquier alteración no autorizada del mensaje de datos, hecha después del momento de la firma. (...)**” (Subraya y negrilla fuera de texto).*

De esta suerte, nuestro ordenamiento establece la equivalencia funcional de la firma electrónica respecto de la firma autógrafa cuando los datos de la firma corresponden únicamente a quien firma y, además, sea posible detectar cualquier alteración no autorizada llevada a cabo con posterioridad al momento en que se firmó, pues en tal evento, dicha firma, sería confiable.

Ahora bien, ¿a quién le corresponde probar respecto de dicha confiabilidad? Es decir, ¿a quién le corresponde la carga de la prueba en relación con el cumplimiento de las garantías

¹³⁴ Bond, Mike; Choudary, Omar; Murdoch, Steven J.; Skorobogatov, Sergei; Anderson, Ross. Chip and Skim: cloning EMV cards with the pre-play attack. Computer Laboratory, University of Cambridge, UK. En: “Proceedings – IEEE Symposium on Security and Privacy, p. 49-64. Date of conference: 18-21 may 2014”. Disponible en: ieeexplore.ieee.org/xpl/articleDetails.jsp?arnumber=6956556.

que debe cumplir el mecanismo de autenticación electrónica para que opere la equivalencia funcional?

Pues bien, considerando que las contraseñas utilizadas para la autenticación frente al banco en los contratos bancarios, son firmas electrónicas **pactadas mediante acuerdo**, es imprescindible referirse al artículo 7 del mismo decreto, que determina:

*“Artículo 7°. Firma electrónica pactada mediante acuerdo. **Salvo prueba en contrario, se presume que los mecanismos o técnicas de identificación personal o autenticación electrónica** según el caso, que acuerden utilizar las partes mediante acuerdo (sic), **cumplen los requisitos de firma electrónica**” (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Claramente, la presunción establecida es legal¹³⁵, pues es posible probar en contrario, ya que el artículo 4°, aclara que la confiabilidad se establece “(...) **sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona (...) [a]duzca pruebas de que una firma electrónica no es confiable**” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Ahora bien, el párrafo del artículo 7 que hemos citado, prevé que a “**[l]a parte que mediante acuerdo provee los métodos de firma electrónica (...) le corresponderá probar estos requisitos** [que sus mecanismos son técnicamente seguros y confiables para el propósito de los mismos] **en caso de que sea necesario**” (Subraya y negrilla fuera de texto).

A primera vista, existe una aparente contradicción, en la medida en que la presunción que se establece en el primer inciso impone la carga de la prueba al usuario, mientras que el párrafo pareciera imponerla al banco, en cuanto proveedor de los métodos de firma electrónica frente al consumidor.

El punto central radica en la locución adverbial *en caso de que sea necesario*, pues sólo entonces, el proveedor de la firma se verá sujeto a la carga de probar que los mecanismos que ha proveído *son técnicamente seguros y confiables* para su propósito.

¿Cuándo es *necesario*, entonces, que el banco pruebe la seguridad y confiabilidad técnica de los mecanismos que ha proveído?

Una interpretación simplista del artículo indicaría que cuando el que niega el cumplimiento de dichos requisitos hubiera aportado un medio de convicción que soportara su afirmación de incumplimiento. La prueba del banco sería de esta manera de descargo, en desarrollo

¹³⁵ Art. 66 C. C.

de su derecho de contradicción, estando orientada a desvirtuar la prueba que aportara quien pretendiera romper la presunción de confiabilidad.

Sin embargo, la interpretación de esta norma exige la aplicación del régimen de protección al consumidor, establecido para proteger al consumidor medio, es decir, aquel consumidor “*carente de suficiente discernimiento y perspicacia en cuestiones jurídicas y económicas y que procede sin suficiente diligencia y atención, y que por ello es fácil víctima de engaño*”¹³⁶.

Los principios del derecho exigen y, reflejándolos, “[l]a Constitución ordena la existencia de **un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve** la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Y continúa indicando que sin perjuicio de lo anterior,

*“la Constitución no entra a determinar los supuestos específicos de protección, tema este que se desarrolla a través del ordenamiento jurídico. **El programa de protección, principalmente, se determina a partir de la ley, los reglamentos y el contrato. Es claro que la fuente contractual debe interpretarse de conformidad con los principios tuitivos del consumidor plasmados en la Constitución**”¹³⁷ (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Estas consideraciones, emitidas en su momento en relación con el decreto 3466 de 1982, son aplicables, por ser de orden constitucional, a la ley 1328 de 2009 y a la ley 1480 de 2011 vigentes, de suerte tal que las normas relativas a la prueba del cumplimiento de los requisitos exigidos a los mecanismos de autenticación y la carga de la prueba al respecto, deben verificarse prioritariamente a la luz las dos leyes que conforman el ordenamiento que desarrolla los “*principios tuitivos del consumidor plasmados en la Constitución*”, quedando la ley 527 de 1999 y sus decretos reglamentarios, sometidos a la interpretación que se deriva de la aplicación de tales principios.

En este contexto, es primordial considerar que el pacto sobre la firma electrónica, del cual se hace derivar la presunción de confiabilidad contra el usuario, es un pacto de adhesión.

Es decir, el acuerdo que se da en relación con los mecanismos de firma electrónica, y del que se deriva la presunción de confiabilidad que parece operar contra el usuario, es un pacto en el que participa un consumidor que realmente no tiene la posibilidad de negociar,

¹³⁶ Stiglitz, Rubén y Stiglitz Gabriel. Ob. Cit., p. 41.

¹³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C – 973 de 2002. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

sino que está circunscrito a prestar o no su consentimiento a lo ofrecido, de acuerdo a la configuración contractual establecida por el banco¹³⁸.

Para efectos prácticos, esto significa que la determinación de los mecanismos electrónicos de que se habrá de valer el consumidor para autenticarse e identificarse frente al banco, no han sido pactados, sino que han sido determinados de forma unilateral por la entidad vigilada, gracias a la posición dominante que ostenta y a la masificación de sus contratos.

En este escenario, la ley 1328 de 2009 en su artículo 7, literal q, determina:

“Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales:

*“q. **Disponer de los medios electrónicos y controles idóneos** para brindar eficiente seguridad a las transacciones, a la información confidencial de los consumidores financieros y a las redes que la contengan”* (Subraya y negrilla fuera de texto).

El literal citado se limita a establecer la obligación de contar con los medios electrónicos idóneos para prestar la seguridad a las transacciones, disposición que, de suyo, no se opone a la carga establecida en el artículo 7° del decreto 2364 de 2012.

De hecho, la negación de la idoneidad del mecanismo, esto es, la afirmación ‘*el mecanismo no es idóneo*’, no comporta sino una negación formal, en la medida en que implica la afirmación subyacente de que el mecanismo tiene falencias, por lo que, en todo caso, sería – nótese el condicional – quien pretendiera desvirtuar la presunción de cumplimiento de los requisitos, el mismo que soportaría la carga de la prueba, esto es, el consumidor¹³⁹.

Sin embargo, vale la pena notar que el texto citado sustrae del pacto las condiciones en que los mecanismos de firma deben funcionar, pues ya no se trata de que una cláusula establezca si una determinada forma de autenticación electrónica es aceptable, sino de una obligación directamente establecida por la ley, en el sentido de que el proveedor de los servicios debe contar con los medios *idóneos* que hagan seguras a las transacciones que con él lleve a cabo un consumidor. El nivel de exigencia es muy superior, de conformidad con la ley.

¹³⁸ Artículo 2, literal f), ley 1328 de 2009. “f) *Contratos de adhesión: Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad*”.

¹³⁹ Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Decimoctava edición, Colombia, 2012, p. 145, 147 y 148.

Y es que a lo anterior se le aúna el literal c. del artículo 12 de la misma ley 1328 de 2009, que, profundizando el sentido tuitivo de la ley, establece:

“Se consideran **prácticas abusivas** por parte de las entidades vigiladas las siguientes:

“c. La **inversión de la carga de la prueba** en caso de fraudes **en contra del consumidor financiero**” (Subraya y negrilla fuera de texto).

De donde se deriva que, para efectos de relaciones de consumo financiero, la carga de la prueba está establecida a favor del consumidor, esto es, pesa sobre el banco; de otra manera, carecería de todo sentido una norma que prohíbe que el banco imponga dicha carga al consumidor.

Para verificar el alcance de la disposición anterior, consideramos de esencial importancia reseñar, en primer lugar, que cuando el usuario afirma que, apareciendo en su estado de cuenta una disminución de sus activos depositados, los mismos nunca le fueron restituidos, está manifestando una negación indefinida, en la que manifiesta que el banco nunca le pagó, negación que, como se sabe, no requiere prueba, entre otras cosas porque es imposible de probar¹⁴⁰.

Y, cuando así ocurre, si el banco arguye que la restitución se ha dado de forma adecuada, extinguiéndose por consiguiente la obligación, no hace otra cosa que interponer una excepción de pago frente al usuario, situación que tiene por efecto probatorio radicar en el banco, según lo exigen los artículos 167 del C. G. P.¹⁴¹ Y 1604 del C. C., la demostración de los elementos fácticos que sustenten la excepción que interpone, los cuales no consisten en otros que en la demostración de la confiabilidad de sus mecanismos de autenticación, ya que a su través, corroboraría sin asomo de duda que fue el usuario quien recibió el pago correspondiente y, de contera, demostraría el dolo de éste.

A este respecto, es de particular importancia recordar las vulnerabilidades propias de todos los sistemas electrónicos, incluido el mecanismo de chip, según lo señalamos arriba, lo cual tiene por consecuencia que es injusto y contrario a derecho alegar la seguridad de tales elementos, especialmente el chip, como única prueba, pretendiendo constituirlo en fuente extralegal de una presunción de derecho en contra del consumidor¹⁴².

Se aúna a lo anterior, que el artículo 167 del Código General del Proceso, establece en su segundo inciso:

¹⁴⁰ Parra Quijano, Jairo. Ob. Cit., p. 137.

¹⁴¹ Parra Quijano, Jairo. Ob. Cit., p. 5.

¹⁴² Bond, M., Choudary, O., Murdoch, S.J., Skorobogatov, S., Anderson, R. Ob. Cit., p. 62.

*“(...) según las particularidades del caso, **el juez podrá, de oficio** o a petición de parte, **distribuir la carga** al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, **exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.** La parte **se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales,** por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o **por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte,** entre otras circunstancias similares” (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Texto legal del que se deriva con absoluta claridad, que el juez está facultado para exigir la prueba a la parte procesal que en mejores condiciones se encuentre para aportarla, según su cercanía con el material probatorio o por tenerlo en su poder, así como por encontrarse técnicamente cualificado para ello.

Es evidente que tal cercanía y tal cualificación corresponden a la situación del banco frente a la prueba, pues el mismo se encuentra en una posición ventajosa respecto del usuario, en cuanto a posibilidades probatorias se refiere.

Por lo tanto, de un lado, la lógica y el artículo 167 del C. G. P. establecen que la carga de la prueba de la confiabilidad de los mecanismos de autenticación electrónica determinados por el banco debe recaer en éste mismo, por haberlos seleccionado él, por conocerlos y por tenerlos a su alcance, ya que en ninguna de tales situaciones se encuentra el consumidor, para quien las pruebas al respecto serían, ciertamente, diabólicas.

Y, del otro lado, los artículos 4 de la ley 1480 de 2011 y 12 literal c. de la ley 1328 de 2009, teniendo en cuenta los principios tuitivos establecidos por nuestra Constitución, que establecen, el primero, que siempre se debe preferir la interpretación más favorable al consumidor, y el segundo que en cuanto a relaciones de consumo financiero electrónico se refiere, el posicionamiento de la carga de la prueba sobre el banco no es potestativo ni del juez ni de las partes, sino que es un derecho inalienable del consumidor.

En consecuencia, en cualquier evento de fraude electrónico, de *phishing*, será el banco sobre quien recaiga la carga de la prueba de demostrar la confiabilidad de los mecanismos y técnicas de identificación y autenticación de que hubiera provisto al consumidor suplantado, sin que exista en cabeza de éste carga probatoria ninguna.

Para terminar, un último argumento que apoya la afirmación de que pesa sobre el banco la carga de la prueba: el hecho de que ésta, en eventos de fraude mediante cheques

adulterados o falsificados, corresponde al banco, según reiterada jurisprudencia, expuesta en el primer capítulo.

En este escenario, es claro que de no darse el mismo tratamiento a los usuarios de mecanismos electrónicos, respecto de éstos se vulneraría no sólo la norma imperativa que ordena aplicar la interpretación más favorable al consumidor, sino también el derecho a la igualdad, toda vez que a los consumidores de cheques se les daría un tratamiento probatorio y a los consumidores de mecanismos electrónicos otro totalmente distinto y mucho más gravoso.

Así las cosas, se muestra evidente que si la carga de la prueba ha sido establecida a favor del consumidor en los casos de restituciones indebidas por medio del título-valor cheque, y no existiendo razón legal alguna para que haya un tratamiento diferente frente a los consumidores en tratándose de restituciones por medios distintos, la carga de la prueba pesa en este caso sobre el banco, no sobre el consumidor.

Por lo tanto, no cabe ya duda de que la recta aplicación del artículo 7° del decreto 2364 de 2012, para el ámbito de los consumidores, es la que implica tomar en cuenta el párrafo de la misma, que determina que será a “[l]a parte que mediante acuerdo provee los métodos de firma electrónica (...) [a quien] le corresponderá probar [los] requisitos en caso de que sea necesario”, en el sentido de que será el banco quien tenga la carga de la prueba de la confiabilidad de los métodos de firma que provee, en caso de que sea necesario.

Y, dada la imperativa aplicación del régimen de protección al consumidor, se encuentra que *es necesario* probar estos requisitos cuando quiera que el consumidor los haya puesto en duda, al denunciar ante la entidad la ocurrencia de un evento de *phishing*; caso en el cual corresponderá al banco demostrar que los mecanismos por él elegidos y determinados han sido confiables y no ha sido vulnerada su seguridad, de suerte tal que, efectivamente, su obligación frente al usuario ha sido satisfecha.

2.3. Conclusiones.

La Constitución Nacional ordena el desarrollo de medidas que realicen de forma efectiva la igualdad entre consumidores y proveedores, exigiendo a estos efectos la determinación legal de formas jurídicas que afirmen la posición del consumidor, fortaleciéndole a partir de la concesión de prerrogativas que gravan, a su vez, al proveedor.

Dentro de tales prerrogativas está la del principio de favorabilidad, que conlleva que las normas aplicables a su relación con el proveedor estén mediadas por la obligación del intérprete, de acoger la lectura de tales normas, que resulte más conveniente a la posición del consumidor.

A partir de este principio de favorabilidad, pero también desde los principios generales del derecho probatorio, encontramos que es sobre el banco sobre quien pesa la carga de la prueba, ya que es él quien debe probar el pago que alega, y a quien le corresponde demostrar que los mecanismos de seguridad por él mismo determinados, no han fallado.

3. **NATURA PECUNIAE. EL CONTENIDO SUSTANTIVO DE LA OBLIGACIÓN DEL BANCO.**

3.1. **Fungibilidad y dominio del dinero.**

En este acápite expondré las razones por las cuales el dinero recibe un tratamiento de bien fungible al tener un comportamiento equiparable a los bienes que por naturaleza lo son, a pesar de que su función única en la economía lo diferencia de los demás bienes que en ella circulan, y cómo ese tratamiento implica que la propiedad del mismo le corresponde por regla general al tenedor.

En primer lugar, es necesario indicar que las especies monetarias pueden cumplir al menos dos funciones, diametralmente opuestas entre sí: una función numismática, son tratadas como cuerpos ciertos, y una función propiamente económica, en que son tratadas como dinero.

La función numismática es la que cumplen las especies monetarias cuando se estudia su elemento físico, es decir, el continente de las unidades de poder adquisitivo que allí reposan, desarrollando a partir de ello análisis complejos sobre las relaciones políticas, económicas, geográficas, entre otras, que pueden señalar los diferentes tipos de cuño usados en un específico tiempo y espacio¹⁴³.

Al desempeñar esta función, las piezas monetarias llegan a tener un valor de mercancía en sí mismas; al respecto, es necesario tener en cuenta que el concepto de *dinero mercancía* corresponde al dinero que se basa en bienes que, aún sin ser considerados en su dimensión monetaria, tienen valor, como el oro e, incluso, los cigarrillos¹⁴⁴; en este sentido, el valor del dinero mercancía es algo diferente del valor de mercancía de una especie monetaria.

¹⁴³ Reyes Revuelta, Juan Francisco. Imagen de la lactancia materna a través de la numismática contemporánea. Cultura de los Cuidados (Edición digital) 19, 41. Málaga, España, 2015. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.14198/cuid.2015.41.10>

¹⁴⁴ Mankiw, Gregory. Ob. Cit., p. 643.

Así, para la numismática es indiferente si el soporte monetario tiene valor intrínseco o no, pues el valor que le asigna a una pieza monetaria es independiente tanto del valor que tiene en cuanto moneda como del valor que tiene en tanto especie natural o manufacturada, asignándole un valor distinto por cuenta de su contenido histórico, político, y de sus implicaciones históricas y geográficas, entre otras.

Éste valor numismático, puede llegar incluso a exceder por mucho el valor que las piezas tendrían de ser tratadas como dinero o como elementos físicos en sí mismos considerados, hasta el punto de que se llegan a convertir en cuerpos ciertos, y son tratados como tal.

Al respecto, vale la pena tener en cuenta que, de hecho, los cuerpos ciertos suelen estar sustraídos a la curva de oferta en cuanto al precio se refiere, pues su elasticidad precio es muy cercana a cero.

Piénsese, por ejemplo, en que es imposible producir más *Monas Lisas*, en la medida en que su precio aumente, sin perjuicio de que sí se pueda generar una industria de réplicas de la misma; o en que si alguien quiere comprar el caballo “Jorge”, no es posible crear muchos caballos “Jorges” que pudieran venderse en masa y se le pudiera dar al comprador cualquiera de ellos; tanto menos si parte de la causa del contrato corresponde a elementos sentimentales del comprador.

De la misma forma, el excedente de oferta de este tipo de bienes, es imposible, ya que el cuerpo cierto no es propiamente un recurso limitado, sencillamente es único, por lo que el precio tampoco reacciona a su cantidad, no puede generar un descenso del precio de los mismos, por lo que sus supuestos de reacción como categorías económicas es bastante *sui generis*.

Hay cuerpos ciertos que llegan a serlo por cuenta de las circunstancias de las partes del contrato, pero que por naturaleza son fungibles; por ejemplo, un auto, cuya propiedad debe ser registrada ante el RUNT, exige ser individualizado para poder llevar a cabo la tradición, sin embargo, en sí mismo, es indiferente para el comprador que se entregue tal o cual carro, siempre y cuando pertenezca al mismo género próximo (modelo) y cumpla con los requerimientos de calidad acordados. De esta suerte, aunque el bien es fungible y, por lo tanto, la obligación que sobre él recae es de género, se individualiza para la realización del modo.

En este sentido, es de particular importancia que *numismática*, proviene del latín *nomisma*, *atis*, que significa justamente “*pieza de moneda*” o “*medalla*”¹⁴⁵ de suerte tal que la numismática se enfoca al estudio de los soportes monetarios, lo cual hace que trate a las monedas como elementos de observación y no como productos de intercambio,

¹⁴⁵ Diccionario Ilustrado Latino – Español, Español – Latino. Publicaciones y ediciones Spes S.A., Tercera Edición. Barcelona, España, 1950, p. 324.
Cf. *Numisma*, *Ibidem*, p. 328.

convirtiéndolas en cuerpos ciertos, y dejan de ser intercambiables, sustrayéndose así de su función económica natural.

Por su parte, la función económica de las especies monetarias corresponde a su función como dinero, y se divide en tres: La función de medio de cambio, la función de unidad de cambio y la función de depósito de valor.

- i. La función de medio de cambio consiste en que el dinero sirve para adquirir toda clase de bienes y servicios a cambio de él; téngase en cuenta que dentro de tales bienes podría estar una especie monetaria que no cumpla su función económica, sino que tenga una función numismática.
- ii. La función de unidad de cambio, que se cumple cuando se usa el dinero para comparar el valor que se le asigna a un bien o servicio particular en el mercado, es decir, no se usa el dinero para adquirir ese producto, sino sólo para saber en cuánto lo valora la sociedad; por ejemplo, para saber cuánto vale una antigua moneda representativa de un dracma o de un denario, tanto como para saber cuánto vale una libra de arroz.
- iii. Finalmente, la función de depósito de valor, se da cuando el dinero se guarda, renunciando a su uso actual, difiriendo el poder adquisitivo para el futuro, pero sin restringir demasiado su liquidez, es decir, que se le pueda considerar aún como un activo dinerario que se puede usar para adquirir bienes y servicios¹⁴⁶.

En este sentido, sólo es dinero, propiamente, el que cumple esas funciones económicas, siendo impropia la calificación de tal respecto de las piezas que no cumplen esa función, ya que el dinero es *“el conjunto de activos (...) que las personas (...) usan para comprar bienes y servicios de otras personas”*¹⁴⁷.

Así las cosas, la cantidad de dinero que hay en una economía cualquiera, incluye varios elementos, respecto de los cuales el aspecto central es su convertibilidad en bienes y servicios, es decir, qué tan líquidos son, qué tan útiles al momento de quererse realizar un intercambio¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Mankiw, Gregory. Ob. Cit., p. 642.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 645.

Pues bien, existen esencialmente dos formas de medir dicha cantidad, dependiendo del juicio que haya respecto de la convertibilidad de tales activos¹⁴⁹:

- M1, que incluye:
 - Efectivo.
 - Depósitos a la vista.
 - Cuentas corrientes.
 - Cheques de viajero.
- M2, que incluye¹⁵⁰:
 - M1.
 - Depósitos de ahorro, que no son a la vista.
 - Fondos mutualistas.
 - Otros.

Lo anterior es muy interesante, ya que el cumplimiento de la función económica de dinero por parte de un activo cualquiera, exige que las unidades que lo conforman sean intercambiables entre sí¹⁵¹.

De esta manera, un agente económico acreedor de dinero carece de interés en recibir unas especies monetarias específicas, es decir, no debe importarle recibir como especie o cuerpo cierto unas especies monetarias individualizadas.

De esta suerte, una moneda puede ser tratada como un bien propiamente de género no dinerario, específicamente en el caso de las divisas, pudiéndose adquirir y poseer una cantidad dada, igualmente, si requiero dinero pero tengo billetes de una moneda no corriente en un mercado determinado, debo venderlos – como cualquier otro producto – para que con los pesos con que me paguen los billetes que vendo, pueda adquirir bienes y servicios dentro de la economía colombiana.

Nótese, sin embargo, que la divisa es tratada como otro bien, y que la medida de su valor en el mercado interno, se da a partir de la moneda nacional, dada que es ésta la que cumple la función de dinero, lo cual permite evidenciar la distancia que existe entre el dinero – las unidades que cumplen la función de tal – y los demás bienes circulantes en un mercado cualquiera, incluyendo los bienes de género.

En todo caso, es claro que el dinero, cuando cumple la función de tal, es un bien cuyo comportamiento equivale al de los bienes fungibles, pues sus unidades son intercambiables, lo cual también implica que económicamente puedan comportarse según

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 646.

¹⁵⁰ Es necesario tener en cuenta que los cupos de crédito rotativo a que usualmente se accede a través de tarjetas de crédito, no son dinero, ya que “*no son una forma de pago sino una forma de diferir el pago*”, añadiríamos nosotros, a través de una subrogación en el crédito en que el banco pasa a ser el acreedor, al cubrir la deuda ante el proveedor del bien o servicio adquirido. Valga anotar aquí, que es ésta una de las razones que excluyen de este trabajo, el análisis de este tipo de medios de pago.

Cf. Mankiw, Gregory. *Ob. Cit.*, p 647.

¹⁵¹ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Ob. Cit.*, p. 558.

la curva de oferta que afecta a todos los bienes fungibles, en el sentido de que a menor producción de tales unidades, como tiende a haber escasez, la demanda relativa aumenta y con ella aumenta el precio del producto; igualmente, a mayor producción, menor precio, por el fenómeno inverso¹⁵².

En cuanto al dinero, esta característica se evidencia al considerar que a mayor emisión de dinero, mayor inflación, es decir, menor precio del dinero, de donde se sigue que su comportamiento económico natural es el de un bien fungible, pues reacciona económicamente igual que los demás bienes que reciben el tratamiento de tales¹⁵³.

Consecuentemente con lo anterior, el artículo 663 del Código Civil establece en su segundo inciso que:

“Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles”.

Dos cosas se derivan de lo anterior: primero, que el derecho positivo colombiano determina que el dinero es un bien fungible, de suerte tal que a pesar de sus particularidades, le somete al régimen propio de este tipo de bienes; segundo, que para el derecho colombiano la fungibilidad conlleva la destrucción del vínculo jurídico que une al propietario con la cosa una vez hace uso de ésta, pues al usar el bien según la naturaleza que le corresponde, éste perece para él.

Es decir, el texto de la norma lo que señala es que el propietario que hace uso de sus bienes fungibles, se encuentra, una vez ha hecho uso de los mismos, en una situación en la que ya no es propietario de los mismos, bien porque hayan perecido físicamente, como los alimentos, bien porque haya perdido su propiedad sobre los mismos, como en el caso de habérselos entregado a alguien más.

Y es que tratándose de bienes muebles, “[t]anto el que *adquirere cosas robándolas como el que las adquiere comprándolas, obtienen posesión de propietario*”¹⁵⁴. Pero no sólo eso, sino que “*la posesión de muebles es el título de la propiedad*”, al punto de que “*la posesión de cosas muebles prevalece sobre la titularidad*”¹⁵⁵ en caso de que las dos discrepen.

Ahora bien, la posesión se configurará cuando se ejerza tenencia con ánimo de señor y dueño, es decir, cuando se actúe como propietario del bien que se tiene, y esto ocurre siempre que quien tiene el bien fungible cuente con poder dispositivo sobre el mismo, característica que también es directamente predicable del dinero.

¹⁵² Mankiw, Gregory. Ob. Cit., p. 78.

¹⁵³ Mankiw, Gregory. Ob. Cit., p. 13.

¹⁵⁴ Valencia Zea, Arturo. La posesión. Editorial Temis S.A., Segunda edición, Colombia, 1978, p. 344.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 387 y 425.

Al respecto, es preciso considerar que la propiedad implica, ante todo, la capacidad de enajenar, con la salvedad de bienes cuyo comercio esté expresamente prohibido por la ley, o por orden judicial; así pues, un bien cuya propiedad ha sido desmembrada, porque se ha concedido un usufructo a otra persona, puede aún ser enajenado por su propietario, sin perjuicio de que el adquirente se vea en la obligación de respetar el gravamen que pesa sobre el bien¹⁵⁶.

Es decir, el vínculo jurídico que aún merece ser llamado propiedad cuando todas las demás facultades han sido escindidas de él, esto es, la nuda propiedad, implica no otra cosa que la capacidad dispositiva.

De allí se deriva que el que puede disponer con efectividad, valga decir, el que puede trair porque puede transmitir el derecho de dominio, es quien se reputa propietario, sea nudo o cuente con los demás derechos que usualmente acompañan a la propiedad.

En este sentido, quien tenga poder dispositivo de los bienes fungibles – y no puede perderse de vista que esto es predicable también del dinero por virtud del artículo 663 del Código Civil –, será su propietario, y esta propiedad se configurará a partir de la tenencia, porque quien tiene los individuos indeterminados, tiene el poder efectivo de disponer de los mismos.

Para ilustrar lo anterior, merece la pena considerar el artículo 848 del Código Civil, que establece de forma clara que en “*el usufructo (...) sobre cosas fungibles, el usufructuario se hace dueño de ellas*”, lo cual es lógico, ya que el usufructuario al obtener la tenencia de los bienes fungibles, y con ésta, la propiedad, que se concretiza, justamente, en esa capacidad de disponer.

Es decir, si el propietario de los dineros no puede mantener el poder dispositivo sobre los bienes fungibles que entrega, deja de ser propietario de los mismos, y el dominio lo adquirirá quien obtenga correlativamente esa facultad de disposición.

Así las cosas, resulta claro que si las especies monetarias se entregan con finalidades numismáticas, o cerradas en una caja de seguridad cuya contraseña o llave no tiene quien las recibe, éstas no serán apropiadas por el receptor, ya que no contará con ninguna posibilidad de disposición sobre las mismas.

Por el contrario, el artículo 2246 del Código Civil, señala que el depósito de dinero, cuando se entregue sin precauciones que hagan imposible que el depositario haga uso del mismo, genera la presunción de que el depositario puede usarlo, es decir, puede disponer de él.

¹⁵⁶ Tamayo Berrío, Lina María. Dirección Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República. Bogotá. Concepto emitido el 6 de agosto de 2014. Disponible en: <http://www.contraloriagen.gov.co/documents/178378377/187051921/Concepto+EE0130996/dc192f12-ce6a-45fb-a6d7-f66e4c240e42?version=1.0>

Se evidencia así que el que recibe bienes fungibles sin individualizar, lo que por mandato legal incluye el dinero, ha sido erigido por la ley en propietario de los mismos; asimismo, el que habiendo tenido el derecho de disposición sobre estos bienes hizo entrega de ellos a un tercero en calidad de depositario, usufructuario o cualquiera otra calidad que le permita al receptor disponer de lo entregado, ha dejado de ser propietario de dichos recursos, tanto que no puede usufructuar ni disponer de los bienes que antes poseía.

¿Qué tiene entonces el que hace uso de su dinero, en tanto que bien fungible, entregándose a un tercero? Pues se hace acreedor del receptor, es decir, surge a su favor una deuda, pero no es una deuda en la que el que recibió el dinero deba restituir lo mismo que recibió, sino, como los artículos 2246 del C. C., y el 1179 del C. Co., un equivalente de aquello que recibió. En fin, deja de ser propietario, para convertirse en acreedor.

En este sentido, el artículo 848 del Código Civil, expresa que “**el propietario** [es decir, quien antes lo era] **se hace meramente acreedor a la entrega de otras especies de igual cantidad y calidad**, o del valor que estas tengan al tiempo de terminarse el usufructo” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Igualmente, el artículo 2246 señala que “**el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda**” (Subraya y negrilla fuera de texto); lo mismo señala el 1179 del Código de Comercio, también en relación con depósitos de bienes fungibles, expresando con absoluta claridad que el “**depositario adquirirá la propiedad de las cosas depositadas**” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Se evidencia entonces, que el dueño del dinero depositado en operaciones pasivas, es el banco, quien desde su captación tiene poder dispositivo sobre el mismo para colocarlo en unidades deficitarias productivas, por lo que el usuario es apenas un acreedor del monto entregado al depositario financiero.

Antes de continuar, vale la pena aclarar que las obligaciones dinerarias tienen una naturaleza diferente de las obligaciones de género, aunque guardan similitudes significativas, que son esenciales para el objeto de nuestra investigación.

En efecto, la exigencia del artículo 1566 del Código Civil, en el sentido de que la obligación de género debe ser cumplida con individuos “*de una calidad a lo menos mediana*”, no es predicable del dinero, al menos del dinero fiduciario, el cual obtiene su valor de diversos factores políticos y económicos, que hacen que pueda ser variable y que, además, su valor suela reducirse año a año a través del proceso de inflación.

Este fenómeno hace necesario que las obligaciones dinerarias se indexen, fenómeno único que no se encuentra entre otros bienes circulantes en la economía: para un ser humano una papa siempre tendrá el mismo valor intrínseco, un peso no.

De otra parte, no existe libertad para el intercambio de unidades monetarias, ya que su emisión es una expresión de la soberanía del estado, la cual se ha ejercido en nuestro caso, a través del artículo 6 de la ley 31 de 1992 que determina la moneda del país¹⁵⁷.

Estos dos elementos son de crucial importancia para comprender que el dinero no se equipara del todo a los demás bienes, ya que cumple funciones que exceden las de éstos, sirviendo al tiempo de medida del valor de los mismos, y de expresión del poder estatal.

Es claro entonces que el dinero tiene una naturaleza propia y la obligación dineraria es esencialmente diferente de las obligaciones de género.

Sin embargo, hemos visto que el artículo 663 del Código Civil establece la sujeción del dinero al tratamiento recibido por los bienes fungibles, al equiparlo para efectos legales a éstos.

Ahora bien, cuando el artículo 1565 del Código Civil se refiere a que las obligaciones de género son "*aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado*", es claro que este tipo de obligaciones sólo puede darse sobre bienes fungibles, ya que sólo éstos permiten la indeterminación de los individuos en cuanto que son intercambiables.

En consecuencia, es claro que las unidades dinerarias indeterminadas que se deben en las deudas de dinero, a pesar de que claramente tienen una función única en la economía, para efectos del derecho de obligaciones reciben junto a los bienes fungibles, al ser legalmente calificado el dinero como tal, el mismo trato.

De esta suerte, las obligaciones que sobre el dinero se constituyan, aunque su naturaleza intrínseca difiera de éstas, serán para efectos de su tratamiento legal en Colombia, obligaciones de género¹⁵⁸, con las salvedades propias de su regulación específica, cuyo estudio excede el objeto de este trabajo.

Extenderemos el análisis sobre las implicaciones de lo concluido, en el siguiente acápite.

3.2. Alcance y naturaleza de la obligación de restitución del banco.

Es preciso analizar ahora la obligación principal del banco por virtud del contrato en sí, lo que es lo mismo que analizar el derecho principal que ostenta el usuario. Con base en esto, verificaremos qué régimen debe gobernar los eventos de *phishing*, si el general de obligaciones o el de responsabilidad.

¹⁵⁷ Leguizamón Acosta, William. Derecho constitucional económico. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Primera edición, Colombia, 2000, p. 218.

Morales Alzate, Jhon Jairo. Ob. Cit., p. 274.

¹⁵⁸ En el mismo sentido, Ospina Fernández, Guillermo. Ob. Cit., p. 459.

A este respecto, primero nos referiremos a la naturaleza del depósito que realiza el usuario frente al banco. En este sentido, es pertinente traer a colación, en primer lugar, la regulación propia del depósito voluntario regular, el cual se define por el artículo 2240 del C. C. de la siguiente manera:

“El contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal o mueble para que la guarde, y la restituya en especie, a voluntad del depositante”.

Al respecto, aclara el profesor José Alejandro Bonivento Fernández que la conjunción que une los adjetivos que se predicán de la cosa, esto es, “corporal” y “mueble”, no debía ser la disyuntiva “o” sino la copulativa “y”, “ya que **el depósito voluntario solamente puede recaer sobre cosa corporal mueble**”¹⁵⁹ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Fluye del texto de la norma citada que las obligaciones del depositario son dos: custodiar la cosa y restituirla al depositante cuando éste la solicite, lo que quiere decir que las obligaciones del depositario son de custodia y de restitución.

En tratándose de depósitos de dinero, es claro que no puede devolverse la misma cosa, habida cuenta de la fungibilidad del bien depositado.

Al este respecto, ha dicho la Superintendencia Financiera lo siguiente:

*“Estos contratos se han denominado por la doctrina y la jurisprudencia como **‘depósitos irregulares’** (sic) (definidos en el **artículo 2246 del Código Civil y 1179 del Código de Comercio**) en virtud de que gozan de la particularidad de que **las entidades depositarias adquieren la propiedad de los recursos entregados, obligándose a restituir cosas de la misma especie y calidad** en los términos acordados”¹⁶⁰ (Subraya y negrilla fuera de texto).*

La Corte Suprema de Justicia se ha manifestado en este sentido:

*“Dada la función de intermediario crediticio y financiero que tienen **los bancos, al recibir dineros en depósito adquieren la propiedad los mismos, razón por la cual unánimemente la doctrina los ha distinguido como “depósitos irregulares”, para distinguirlos del contrato de***

¹⁵⁹ Bonivento Fernández, José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Mercantiles. Ediciones Librería del Profesional, Decimaoctava edición, Colombia, 2012, p. 720.

¹⁶⁰ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2004021456-2. Agosto 9 de 2004. Infra. 7.

depósito civil o comercial en que, como se sabe, el depositario adquiere la obligación de devolver al depositante la misma cosa que le fue entregada a la celebración del contrato” (Subraya y negrilla fuera de texto)¹⁶¹.

Es así que la doctrina afirma que para efectos del depósito irregular, **“la obligación de guarda, que es de medio, no se ofrece, porque el depositario tan solo contrae la de restituir otro tanto de la misma moneda”**¹⁶² (Subraya y negrilla fuera de texto), en la medida en que se hace propietario de los bienes fungibles depositados.

Esto nos lleva a un asunto adicional, cual es el de la cercanía del depósito irregular con el mutuo, toda vez que ambos implican la entrega de una cantidad específica de dinero¹⁶³ cuya propiedad es transferida a quien la recibe, bien sea a título de mutuario o de depositario, a cargo de quien surge, como hemos dicho, una obligación de restitución.

En cuanto a este asunto, merece la pena considerar que el artículo 2257 del C. C. prevé que *“las reglas de los artículos 2205 hasta 2210, se aplican al depósito”*, haciendo así extensiva la regulación del comodato a la del depósito. Es claro que refiriéndose el comodato a un cuerpo cierto que debe ser restituido él mismo, es al depósito regular al que le resultan aplicables dichas normas.

Se puede plantear entonces la cuestión de si la remisión a las normas del préstamo de uso para gobernar el depósito regular, debe reflejarse como una remisión al contrato de préstamo de consumo en cuanto al depósito irregular.

En todo caso, sin importar las equivalencias indicadas, debe tenerse en cuenta que el comodato y el depósito regular son diferentes: en principio, el primero conlleva la facultad de usar la cosa y, de hecho, ese es su objetivo fundamental, mientras que en el depósito regular, la facultad de usar la cosa es excepcional, pues el objetivo principal del contrato es su salvaguarda. De esta suerte es funcional la remisión de las normas del uno al otro, pues la aplicabilidad directa no parece viable, dada la distancia que existe entre los dos.

Por el contrario, tanto en el mutuo como en el depósito irregular, el consumo de los bienes depositados es connatural a la relación establecida, lo cual plantea una equivalencia que raya en la identidad.

Es así que *“[e]n general, la doctrina mayoritaria coincide en señalar que no estamos ante un verdadero depósito”* pues **“tanto por su estructura negocial como por la**

¹⁶¹ Corte suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 16 de febrero de 1995. Expediente 4460. M.P. Pedro Lafont Pianetta.

¹⁶² Bonivento Fernández, José Alejandro. Ob. Cit., p. 721.

¹⁶³ O de cualquier otro bien fungible y/o consumible; nos referimos al dinero en este caso por ser éste el bien cuya tradición por cuenta del depósito irregular nos interesa.

voluntad de las partes, existe la causa propia de los negocios de préstamo¹⁶⁴ (Subraya y negrilla fuera de texto), esto es, en realidad estamos frente a un contrato de mutuo con unas particularidades específicas que le merecen una especial regulación para ciertos aspectos, por lo que se le trata como un tipo contractual diferente, sin que deje de ser en el fondo un préstamo de consumo.

Ahora bien, hay voces que discrepan de esta posición, indicando que *“aunque estructuralmente se trata de un préstamo, **al no ser ésta la intención de las partes** deberá calificarse a este contrato como de naturaleza sui generis”*¹⁶⁵ (Subraya y negrilla fuera de texto), valiéndose, pues, de la causa del contrato para efectos de determinar su naturaleza.

Nos parece, sin embargo, que es el objeto el que determina la identidad de una relación contractual, y no su causa, toda vez que es aquél el que comporta el tejido obligacional del mismo, su estructura, y tiende a ser invariable en sus aspectos formales para cada tipo contractual, al paso que la última al ser el móvil de la voluntad, es variable como las circunstancias que en cada caso particular puedan conformar el querer del agente de mercado que se traduce luego en el consentimiento que se expresa, que a su vez es causa eficiente inmediata de las obligaciones que conforman el objeto del contrato, el cual no es más que las prestaciones acordadas¹⁶⁶.

Así las cosas, resulta mucho más acertada la perspectiva planteada por el profesor Bonivento que siembra la diferencia entre ambos tipos en el objeto, planteando que, si bien el depósito irregular y el mutuo son sumamente similares, existen diferencias entre uno y otro por cuenta del término de restitución y, ante todo, por cuenta de los intereses que son propios del mutuo, de tal suerte que un depósito irregular en que se pacten intereses se transformaría en mutuo¹⁶⁷.

Sin embargo, acogiendo completamente esta perspectiva nos vemos forzados a admitir que, en efecto, sólo el depósito irregular civil es susceptible de configurar depósito irregular propiamente dicho, mientras que el depósito irregular mercantil, específicamente el bancario, es funcional y estructuralmente un mutuo, pues ha explicado la Superintendencia Financiera de Colombia que:

*“Así es como, con ocasión de la celebración de los contratos de depósito irregular, como el de cuenta de ahorros, surgen diferentes **obligaciones** para*

¹⁶⁴ Valpuesta Gastaminza, Eduardo María. Contratos del mercado de crédito (Contratos bancarios). En: “De la Cuesta Rute, José María (Director). Contratos mercantiles, Tomo III”, Editorial Bosch S.A., España, 2007, p. 152.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 153, citando “Garrigues, Contratos, 377”.

¹⁶⁶ Dualde, Joaquín. Concepto de la causa de los contratos (La causa es la causa). Bosch Casa Editorial, Primera edición, España, 1949, p. 88 a 92 y 148 a 152.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 717.

*las partes, estipuladas en los diferentes convenios, que para el caso específico **del establecimiento de crédito** se resumen en:*

*“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**”¹⁶⁸.*

En consecuencia, el elemento central y determinante del depósito irregular bancario, es la misma obligación que comporta su identidad con el mutuo, que no es otra que la restitución del *tantundem*, del equivalente en cantidad y calidad, perdiendo toda su importancia cualquier discusión sobre la obligación de custodia, dado que la misma no opera para este tipo de contratos en que el receptor de los bienes, dada la fungibilidad de éstos, se hace propietario de los mismos.

En efecto, si la obligación del mutuario es “**restituir otras tantas** [cosas fungibles] *del mismo género y calidad*”¹⁶⁹, por su parte, la obligación del depositario irregular es “**restituir otro tanto** *en la misma moneda*”¹⁷⁰, de suerte tal que en ambos casos la obligación fundamental de quien recibe los bienes fungibles es restituir un tanto equivalente.

Es así que dicha restitución comporta el núcleo obligacional de la operación pasiva del banco, y es ella la que exige ahora un análisis profundo de su naturaleza y de los efectos que le son propios, a fin de poder establecer luego el tipo de responsabilidad que eventualmente le asistiría a la entidad bancaria.

A este respecto, nos parece sumamente acertada la sentencia de Casación Civil de 9 de septiembre de 1999, citada en nuestro segundo capítulo, en la cual se manifestó que la propiedad del depósito era del depositario, esto es, del banco.

La posición expuesta fue, aunque con alguna confusión respecto de los regímenes de responsabilidad, asumida por el Tribunal Superior de Bogotá en la sentencia de 1 de noviembre de 2012 de la Sala Civil, también estudiada en el primer capítulo, coincidiendo ambas decisiones en que la responsabilidad del banco por la pérdida de los depósitos se derivaba de su obligación de restitución, indicando el tribunal que esto ocurría con independencia de la naturaleza típica del contrato.

¹⁶⁸ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2001050769-1 del 1° de febrero de 2002.

En este mismo sentido: Valpuesta Gastaminza, Eduardo María. Ob. Cit., p. 152.

¹⁶⁹ Art. 2221. C. Co.

¹⁷⁰ *Ibidem*. Igualmente, Art. 2246.

Es así que se muestra evidente el acierto de Bonivento al manifestar que la obligación de custodia, que es de medio, no hace parte de las obligaciones del depósito irregular, de donde se infiere que sólo lo conforma la obligación de restitución, que es una obligación de resultado¹⁷¹.

Para delimitar de forma adecuada el alcance de esta obligación, es pertinente tener en cuenta que en el depósito regular y en el comodato existe una obligación de velar por la integridad del bien entregado, obligación que es de medio, por lo que en caso de perecimiento de la cosa, a menos que haya culpa por parte del deudor y con independencia de que aquélla se presuma, se extinguirá la obligación y no se generará responsabilidad alguna en cabeza del depositario.

Por el contrario, en el depósito irregular y en el mutuo, que constituyen obligaciones de género, la integridad de los bienes entregados pesa también sobre el deudor, pero más como una carga que como una obligación, dada la propiedad que el depositario ejerce sobre el dinero depositado, según expusimos arriba.

Por lo cual, aun pereciendo la cosa debida, la obligación permanece incólume, es decir, no se extingue hasta que se haya cumplido, con independencia de cualquiera otra consideración.

Esta independencia de la culpa del deudor parece acercarse a la objetivación de la responsabilidad del depositario irregular, sin embargo, no configura una responsabilidad objetiva, pues sin perjuicio de que los efectos prácticos parezcan ser los mismos, lo que ocurre no es que surja una obligación de resarcimiento por el perjuicio causado, sino que simple y llanamente, como el género no perece – *genera non pereunt* – y las obligaciones dinerarias corresponden legalmente a este tipo de obligaciones, la obligación principal no se extingue, es decir, la obligación de restituir que pesa sobre el banco no se extingue hasta que efectivamente se pague al legítimo titular de la cuenta de depósitos.

Y si la obligación de restitución del banco no se extingue, y es el patrimonio de éste el que resulta afectado, no se puede hablar de responsabilidad del banco, toda vez que, aclarado este punto, la entidad vigilada resulta ser la víctima del fraude perpetrado por el tercero de mala fe.

Es claro entonces que el banco ha sufrido un “***empobrecimiento del patrimonio***, (una *pérdida o detrimento patrimonial*” efectivo¹⁷² (subraya y negrilla fuera de texto), es decir, un “***menoscabo de las facultades jurídicas (...) para disfrutar un bien***”¹⁷³ (Subraya y negrilla fuera de texto).

¹⁷¹ Valga notar cómo en el mutuo tampoco existe tal obligación de guarda o custodia, reduciéndose el objeto del contrato a la restitución, acentuándose así la equivalencia planteada entre ambas figuras.

¹⁷² Pantoja Bravo, Jorge. Derecho de Daños, T. I. Leyer Editores, Primera edición, Colombi, 2015. P. 478.

¹⁷³ Tamayo Jaramillo, Javier. Ob. Cit., T. II, p. 326.

En el mismo sentido, no se causa ningún perjuicio al consumidor ya que, la obligación del banco continúa sustantivamente vigente hasta que se lleve a cabo el pago correspondiente al consumidor acreedor, y el retardo no culpable del banco es insuficiente para constituir la mora.

Lo anterior, aún a pesar de que la estructura contable y operativa del depósito bancario contemporáneo conlleve que ocurrido un evento de fraude de esta naturaleza, el banco, suponiendo que es su cliente quien retira los depósitos, asigne al estado de cuenta de éste tal restitución; yerro contable que debe ser luego corregido en caso de que el banco no logre demostrar que efectivamente realizó el pago al consumidor financiero, ya que le corresponde la carga de la prueba del pago, según expusimos en el capítulo anterior.

3.3. La culpa del consumidor como mecanismo de liberación.

Queda un último interrogante, relativo al poder liberatorio de la culpa del usuario, es decir, si el banco puede dar por extinta su obligación frente al usuario, arguyendo la culpa de éste.

Y es que, al menos en principio, si existe culpa atribuible al usuario que fuera causa determinante del perjuicio sufrido por el banco, dicho usuario estaría obligado a resarcir al banco el monto que por su culpa éste ha perdido.

En semejante caso, quedarían mutuamente obligadas las partes, el banco frente al usuario por los depósitos que debe restituirle, y el usuario frente al banco por el monto del perjuicio causado por su culpa, operándose una compensación, según lo prevén los artículos 1714 y 1715 del Código Civil.

En efecto, *“como norma general podemos decir que el deudor en materia contractual puede verse liberado de sus obligaciones (...) porque el acreedor ha cometido una culpa que ha llevado al deudor al incumplimiento”*¹⁷⁴, tanto más si esa culpa le ha generado a tal deudor un empobrecimiento.

Así las cosas, se muestra acertado el planteamiento del fallo de 18 de diciembre de 2009 del Tribunal Superior de Bogotá, estudiado en nuestro primer capítulo, que indica que si bien la obligación del banco no se extingue, justamente por esto también se da el fenómeno de que el banco sufre un perjuicio, pues si debe restituir al usuario en todo caso el monto que ya restituyó equivocadamente, dicho monto le resulta en pérdida, y si tal

¹⁷⁴ Tamayo Jaramillo, Javier. Ob. Cit., T. II, p. 79.

daño tiene su causa primigenia en el actuar culposo del usuario, éste termina siendo responsable de la disminución del patrimonio del banco.

Ahora bien, dado que nos encontramos ante un ordenamiento tuitivo, es preciso verificar si la obligación de cuidado es exigible, y hasta qué punto, al usuario. En todo caso, vale la pena recordar lo que nuestra exposición relativa a los diversos mecanismos de transacción electrónica dejó claro: que la red es un entorno intrínsecamente riesgoso.

En ese sentido, hay un riesgo creado por parte del banco en este asunto, tanto como el que ha afirmado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al cheque, riesgo del que el banco obtiene beneficios masivos, mientras expone al mercado y se expone a sí mismo a dicho riesgo¹⁷⁵.

Al respecto, teniendo en cuenta que el banco mismo se pone en riesgo de sufrir fraudes al lanzar al mercado un mecanismo transaccional riesgoso, es claro que siempre habrá culpa suya, y que esa culpa será determinante, por cuanto racionalmente – pues él sí cuenta, en cuanto profesional, con los medios para serlo –, decidió desatar el riesgo que ahora se realiza contra su patrimonio.

En consecuencia, la culpa del usuario, de probarse en las condiciones legalmente exigidas, necesariamente concurrirá a la causación del perjuicio, y no será exclusiva nunca, con la clarísima excepción del dolo, porque en este caso el perjuicio no provendría del riesgo propio del sistema, sino de la decisión del usuario malintencionado.

Ahora bien, circunscribiéndonos al ámbito de la culpa, queda por ver qué tan viable es legalmente el reproche de las actuaciones del usuario; frente a lo cual, vale la pena mencionar que la posición de la Superintendencia Financiera en todas las providencias citadas en nuestro primer capítulo, ha sido la de que el usuario es responsable cuando se demuestra la no observancia de las buenas prácticas de seguridad.

Estas buenas prácticas están contenidas en el artículo 6 de la ley 1328, que corresponden, precisamente, a los mínimos de comportamiento racional que se pueden esperar de un consumidor¹⁷⁶.

Y es que, a primera vista, el texto legal citado pareciera establecer un catálogo de obligaciones legales a cargo del consumidor, paralelas a aquéllas impuestas a la entidad financiera, equilibrando así la relación entre los dos.

¹⁷⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 24 de octubre de 1994. Expediente No. 4311. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Sentencia que se refiere a la inherencia del riesgo en los mecanismos transaccionales determinados por el banco.

¹⁷⁶ Dentro de los cuales, como es natural, están los que el artículo 6º del decreto 2364 de 2012 prevé como obligaciones.

Esta lectura se fortalece si se tiene en cuenta que las buenas prácticas de protección propia bien pueden expresarse como buenos comportamientos de protección, comportamientos propios de un *bonus pater familiae*¹⁷⁷, es decir, propios de una persona que es diligente, por lo que se le podría endilgar la responsabilidad correspondiente por cuenta del incumplimiento de las mismas.

La dificultad de esta percepción es que conlleva la exigibilidad de la diligencia, en pie de igualdad, tanto al banco como al usuario, afianzándose el modelo del derecho privado tradicional que presume la igualdad entre los contratantes, y les brinda sin más un tratamiento indiferenciado.

Y ya que el banco es un profesional y el consumidor no lo es, esta interpretación desmontaría la tuición propia del derecho del consumidor, pues la guarda, el amparo y la defensa¹⁷⁸ que dicha función implica, exige, precisamente, que no se apliquen reglas de presunción de igualdad entre partes desiguales, sino que se realicen asignaciones de derechos y obligaciones que respondan a la igualdad material, a la equidad, a que el Estado Social de Derecho se encamina.

El legislador, tal vez precaviendo interpretaciones que retornando a la visión clásica de la igualdad formal se apartaran de los principios de protección del derecho del consumo, zanjó tales posibles divergencias interpretativas, estableciendo en el parágrafo del artículo 6°, de la ley 1328 de 2009, de forma expresa, lo que la lógica indica:

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

Es decir, de la inejecución de las buenas prácticas de protección propia de los consumidores no se deriva la pérdida de los derechos que a los mismos les corresponden, ni la extinción de las obligaciones correlativas que corresponden a las entidades vigiladas.

Es fundamental, al respecto, no perder de vista que la restitución de los depósitos constituye el derecho y la obligación primordiales del depósito bancario, y que todas las demás son accesorias a aquélla, de suerte tal que si dicha obligación primordial de

¹⁷⁷ **“O administrador diligente é aquele que cumpre sus atribuições como o bonus pater familiae, ou seja, com todo o cuidado que todo homem ativo e probo emprega na administração de seus negócios (...).”** (Subraya y negrilla fuera de texto). De Souza Oliveira, Flavia Regina. Responsabilidade civil dos administradores de associações e fundações. En “Szaisi, Eduardo. Terceiro setor: temas polêmicos, Volume 2”. Editorial Peirópolis. São Paulo, Brazil, 2005, p. 78.

¹⁷⁸ DRAE. T. II, p. 2037.

restitución se viera extinta, todas las demás, que le son accesorias, se extinguirían también, y serían inútiles si acaso se pretendiera que pueden pervivir.

Por lo tanto, es evidente que el interés de la norma frente al evento de inobservancia de las buenas prácticas, sólo puede encaminarse a la preservación de la obligación restitutiva; es decir, la inobservancia de las buenas prácticas establecidas por el artículo 6 en estudio – cualesquiera sean sus consecuencias –, carece de la virtud de extinguir la obligación restitutiva que pesa sobre el banco, por lo que éste, en cualquier caso, sigue sustantivamente obligado.

Dicho de otra manera, la consagración legal de dichas buenas prácticas no conlleva la asignación de perjuicios al consumidor que no las ejecute, de donde se colige que no tienen carácter vinculante para el consumidor, esto es, no son fuente de obligaciones para él.

Lo anterior arrasa por completo la posibilidad de compensación entre la supuesta obligación del usuario por el perjuicio que le causa al banco y la obligación de restitución que el banco tiene frente a aquél, toda vez que aquélla – la obligación del usuario – nunca surge, ya que de hacerlo, se trataría de una responsabilidad subjetiva surgida de una negligencia que, por expresa disposición de la ley, no le es imputable.

Pero no significa esto que el usuario quede por completo relevado de tener una actuación mínimamente – que no medianamente – diligente; lo cual, además de injusto, sembraría incentivos incorrectos y muy negativos en los usuarios.

Frente a esto, la regla general que hace equivaler la culpa grave al dolo es de particular importancia, ya que, como dijimos arriba, el dolo del usuario es capaz de liberar al banco de su obligación de restituir, permitiéndole compensar contra el usuario la pérdida, abstracción hecha de las consecuencias penales del acto jurídico ilícito del consumidor financiero en semejante hipótesis.

Pues bien, por virtud del artículo 63 del Código Civil, si el banco lograra demostrar la culpa grave del usuario, también se vería liberado de su obligación, al menos de forma parcial, dada la necesaria concurrencia con la culpa propia de la creación y liberación en el mercado de un mecanismo transaccional riesgoso.

Por lo tanto, la culpa del usuario sí es capaz de liberar al banco parcialmente de su obligación de restitución, pero por cuenta del párrafo del artículo 6º de la ley 1328 de 2009, se ha determinado en nuestro ordenamiento jurídico que el nivel de culpa por el que el consumidor se ve comprometido como responsable ante el banco por el perjuicio que éste haya sufrido en un evento de *phishing*, es la culpa lata, de tal suerte que en ningún otro evento el banco se verá liberado de su obligación de restituir.

3.4. Conclusiones.

El dinero es naturalmente fungible, dado que sólo en la medida en que sus unidades sean intercambiables de forma irrestricta entre sí, podrá cumplir su función económica. Cuando es tratado como cuerpo cierto, cumple ante todo una función numismática.

Por lo anterior, el tenedor del dinero lo posee, y esta posesión constituye su propiedad, lo cual se hace patente al considerar que, con excepciones como el embargo, quien tiene el dinero a cualquier título – depósito, mutuo, usufructo – puede disponer del mismo, como medio de adquisición de bienes y servicios ofrecidos en el mercado.

Lo anterior, implica que el depósito bancario se asemeja al mutuo hasta rayar en la identidad, de donde se sigue que el banco no tiene una obligación de custodia sobre los dineros depositados, sino una obligación de restitución, como ocurre por regla general con las obligaciones de género, dada la recíproca e irrestricta intercambiabilidad de los individuos con que se puede pagar.

De esta suerte, lo que se encuentra es que ante un evento de *phishing* el banco es la víctima, no el consumidor financiero, ya que la pérdida se da sobre el patrimonio de aquél y no de éste, sin perjuicio de que el engaño que ha sufrido el banco y la automatización contable de la operación le lleva a inscribir en el registro del usuario la transacción de reembolso.

El presupuesto de desigualdad aplicado a la relación entre el usuario y el banco tiene dos efectos específicos: en primer lugar, que la negligencia capaz de generarle al banco el derecho de exigir resarcimiento por parte del usuario y compensar las obligaciones, debe ser grave, pues no otra es capaz de generar en este ámbito una extinción de la obligación de restituir; en segundo lugar, que la carga de la prueba bien del pago, bien de la culpa grave del usuario, corresponde al banco.

Finalmente, estas obligaciones se compensarían por parte del banco con la consolidación sustantiva de la declaración contenida en la contabilidad en el sentido de que la deuda del banco se encuentra extinta, hasta concurrencia del fraude, sin perder de vista que la creación del riesgo y aprovechamiento del riesgo por parte del banco, hacen que se trate siempre de culpas concurrentes.

4. CONCLUSIONES.

1. La pregunta de investigación planteada, encuentra su respuesta en la afirmación de que el ordenamiento jurídico colombiano ha asignado al banco el riesgo de pérdida frente a los eventos de *phishing*.
2. Sin embargo, a estructura obligacional de la operación pasiva del banco no da lugar al surgimiento de responsabilidad de ningún tipo a cargo de la institución, ya que la obligación de restitución es funcionalmente una obligación de género y, en la medida en que éste no perece, ocurrido el evento de *phishing*, el banco sigue estando sustantivamente obligado frente al usuario.
3. En consecuencia, es claro que la hipótesis de trabajo planteada para el desarrollo de este trabajo, ha resultado ser incorrecta, ya que, aunque jurisprudencialmente se le haya dado de forma reiterada ese tratamiento y aún la doctrina lo refiera de esa manera, no corresponde al régimen de responsabilidad civil – ni contractual ni aquiliana – la situación del banco una vez acaecido un evento de *phishing*, sino que el mismo se sigue ubicando en el régimen general de las obligaciones, pues la obligación dineraria comparte con las obligaciones de género la característica de que la pérdida de unas unidades específicas no extingue la obligación.
4. El banco cuenta con dos posibilidades para liberarse de la obligación de restituir:
 - a. Demostrar el pago, es decir, que la restitución sí fue hecha al usuario o a su mandatario, lo cual implicaría probar el dolo del consumidor, y le acarrearía a éste consecuencias penales.
 - b. Demostrar la culpa grave del usuario, caso en el cual surgiría a cargo de éste responsabilidad frente al banco por ser causante del perjuicio sufrido, debiendo resarcirle parcialmente, por lo que la ley admitiría que el banco compensara parcialmente su obligación de restituir contra la obligación de resarcimiento del usuario.
5. La carga de la prueba recae sobre el banco, ya que le corresponde demostrar el pago que alega haber realizado en debida forma, porque cuenta con acceso directo a las pruebas y mayor conocimiento para su administración, y, ante todo, porque la el principio tuitivo del ordenamiento del consumidor, así lo exige.
6. A pesar de ser muy importante, no contiene este trabajo un análisis normativo – de *lege ferenda* –, por exceder el ámbito de la investigación planteada; igualmente, se ha mencionado apenas tangencialmente la cuestión de la responsabilidad penal del usuario en caso de ser el agente del fraude.

Tampoco hemos realizado un análisis de derecho comparado, a pesar de que haya alguna referencia a normas o doctrinantes extranjeros, casos en los cuales se ha acudido a los mismos con fines de ilustración y enriquecimiento de las posibilidades interpretativas de nuestro propio derecho.

Bibliografía

Noticias.

1. Anonymous hackea página de la CIA. El Universal. Washington, USA. EFE. 10 de febrero de 2012. Consultado el 4 de diciembre de 2015. Disponible en <http://www.eluniversal.com.mx/notas/829393.html>.
2. Cuatro Británicos se declaran culpables de 'hackear' el sitio de la CIA. CNN. Londres, Gran Bretaña. EFE. 10 de abril de 2013. 2013. Consultado el 4 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://mexico.cnn.com/tecnologia/2013/04/10/cuatro-britanicos-se-declaran-culpables-de-hackear-el-sitio-de-la-cia>.
3. Hackean el sitio del Ejército de Estados Unidos. Univisión, USA. Univisión. 9 de junio de 2015. Consultado el 4 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://noticias.univision.com/article/2362035/2015-06-09/estados-unidos/noticias/hackean-el-sitio-del-ejercito-de-estados-unidos>.
4. Policía desmantela banda dedicada al hurto a cuentas bancarias. El Tiempo. Redacción Santa Marta, eltiempo.com. 9 de diciembre de 2013. Consultado el 4 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13270417>.
5. Mayorga, David. La vigencia del fraude bancario. En: Elespectador.com. 8 de enero de 2014. Consultado el 4 de diciembre de 2014. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/temadeldia/vigencia-del-fraude-bancario-articulo-467550>.
6. Colombia, uno de los destinos predilectos del cibercrimen. El Tiempo. Redacción Tecnología, eltiempo.com. 12 de marzo de 2014. Consultado el 4 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13641158>.
7. Riesgo inminente. Dinero. Redacción país, dinero.com. 27 de noviembre de 2014. Consultado el 4 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.dinero.com/edicion-impresa/pais/articulo/crecimiento-delitos-ciberneticos-colombia/203563>.

Productos jurisprudenciales.

1. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 24 de octubre de 1994. Expediente No. 4311. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

2. Corte suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 16 de febrero de 1995. Expediente 4460. M.P. Pedro Lafont Pianetta.
3. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 9 de septiembre de 1999, G.J. t. CCLXI, n° 2500. Citada por: Pico Zúñiga, Fernando y Rojas Quiñonez, Sergio. Novedades Jurisprudenciales. La responsabilidad por el pago de cheques falsos o adulterados: desmitificando la supuesta objetividad. Pontificia Universidad Javeriana. Universitas Estudiantes, Bogotá, Colombia, No. 8: 347-370, enero – diciembre 2011, p. 258.
4. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 31 de julio de 2001. Expediente No. 5831. M. P. Nicolás Bechara Simancas.
5. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 27 de marzo de 2003. Expediente No. 6879. M. P. José Fernando Ramírez Gómez.
6. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 3 de agosto de 2004. Expediente No. 7447. M. P. Edgardo Villamil Portilla.
7. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 1 de octubre de 2004. Expediente No. 7736. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
8. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 6 de abril de 2005. Expediente No. 0115. M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.
9. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 16 de diciembre de 2008. Expediente No. 1394-01. M. P. Edgardo Villamil Portilla.
10. Corte Constitucional. Sentencia C- 221 de 1992. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
11. Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
12. Corte Constitucional. Sentencia C – 955 de 2000. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
13. Corte Constitucional. Sentencia C – 973 de 2002. M. P. Álvaro Tafur Galvis.
14. Corte Constitucional. Sentencia C – 224 de 2009. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
15. Corte Constitucional. Sentencia C – 640 de 2010. M. P. Mauricio González Cuervo.
16. Corte Constitucional. Sentencia T-146 de 2012. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
17. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. 18 de diciembre de 2009. Exp. 4901. M. P. Luz Magdalena Mojica Rodríguez.
18. Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. 1 de noviembre de 2012. Expediente No. 50701. M. P. Julia María Botero Larrarte.
19. Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. 8 de noviembre de 2013. Expediente 43901. M. P. Óscar Fernando Yaya Peña.
20. Superintendencia Financiera de Colombia. No. 2013041561. Expediente 2013-0211. 20 de noviembre de 2013.
21. Superintendencia Financiera de Colombia. No. 2013055994. Expediente 2013-0325. 25 de noviembre de 2013.
22. Superintendencia Financiera de Colombia. No. 2013044253. Expediente 2013-0230. 5 de diciembre de 2013.
23. Superintendencia Financiera de Colombia. No. 2013069313. Expediente 2013-0425. 20 de enero de 2014.
24. Superintendencia Financiera de Colombia. No. 2013064608. Expediente 2013-0392. 27 de enero de 2014.
25. Superintendencia Financiera de Colombia. No. 2013085308. Expediente 2013-0549. 6 de junio de 2014.
26. Superintendencia Financiera de Colombia. 2013090535. Expediente 2013-0602. 25 de junio de 2014.
27. Superintendencia Financiera de Colombia. 2014035759. Expediente 2014-0339. 20 de agosto de 2014.
28. Superintendencia Financiera de Colombia. Expediente 2015-0184. 13 de julio de 2015.
29. Superintendencia Financiera de Colombia. Expediente 2014-1269. 28 de julio de 2015.
30. Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2004021456-2. Agosto 9 de 2004. Infra. 7.
31. Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 2004021456-2. Agosto 9 de 2004.
32. Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2001050769-1 del 1° de febrero de 2002.

Normas.

1. Resolución del Consejo Europeo de 19 de enero de 1999, disponible en: <http://campus.usal.es/~derinfo/derinfo/CE/CONSOCIN.HTM>.
2. Decreto 2364 de 2012. Consideración segunda.
3. Código Civil.
4. Código de Comercio.
5. Ley 1480 de 2011.
6. Ley 1328 de 2009.
7. Ley 527 de 1999.
8. Decreto 2364 de 2012.
9. Decreto 333 de 2014.
10. Decreto 3466 de 1982.

Autores.

1. Aristóteles. Ética a Nicómaco. L. Rubio Aguas, Primera edición, España, 1931.
2. Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos mercantiles, T. III, Contratos contemporáneos. Legis Editores S.A., Tercera edición, Colombia, 2013.
3. Ayala Núñez, Julio Ángel. Se dice cifrar, no encriptar. *Magazciturum*. 31 de diciembre de 2013. Consultado el 4 de diciembre de 2015. Disponible en <http://www.magazciturum.com.mx/?p=2467>.
4. Balmaceda Hoyos, Gustavo. El delito de estafa informática. Editorial Leyer, Primera edición, Colombia, 2009.
5. Bond, Mike; Choudary, Omar; Murdoch, Steven J.; Skorobogatov, Sergei; Anderson, Ross. Chip and Skim: cloning EMV cards with the pre-play attack. *Computer Laboratory, University of Cambridge, UK*. En: "Proceedings – IEEE Symposium on Security and Privacy, p. 49-64. Date of conference: 18-21 may 2014". Disponible en: ieeexplore.ieee.org/xpl/articleDetails.jsp?arnumber=6956556.
6. Bonivento Fernández, José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Mercantiles. Ediciones Librería del Profesional, Decimoctava edición, Colombia, 2012.
7. Calabresi, Guido y Melamed A. Douglas. Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral, en *Revista Centro de Estudios Públicos*, Núm. 63, invierno de 1996, Páginas 347 – 391. *Infra 3. Santiago de Chile, 1996.*, p. 349 y 353.
8. Calabresi, Guido y Melamed A. Douglas. Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral, en *Revista Centro de Estudios Públicos*, Núm. 63, Chile, invierno de 1996.
9. Courtis, Christian. Enseñanza jurídica y dogmática en el campo jurídico latinoamericano: apuntes acerca de un debate necesario. En García Villegas, Mauricio & Rodríguez, César (Editores). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos & Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Colombia, Primera edición, Colombia, 2003.
10. Daniel, Kahneman *Pensar rápido, pensar despacio*. Random House Mondadori, SAS, Primera edición, Colombia, 2012.
11. Daniel, Kahneman *Pensar rápido, pensar despacio*. Random House Mondadori, SAS, Primera edición, Colombia, 2012.
12. De Souza Oliveira, Flavia Regina. Responsabilidade civil dos administradores de associações e fundações. En "Szaisi, Eduardo. Terceiro setor: temas polêmicos, Volume 2". Editorial Peirópolis. São Paulo, Brazil, 2005.
13. *Diccionario Ilustrado Latino – Español, Español – Latino*. Publicaciones y ediciones Spes S.A., Tercera Edición, España, 1950.

14. Disponible en: <https://www.incibe.es/file/rmqBMNKZwCoOKzEyqx15mg>.
15. Dualde, Joaquín. Concepto de la causa de los contratos (La causa es la causa). Primera edición, España, Bosch Casa Editorial, 1949.
16. Guijarro Coloma, Luis. Fundamentos técnicos y operativos de la firma electrónica. En Estudios de derecho judicial, Incorporación de las Nuevas Tecnologías en el Comercio: Aspectos Legales. Consejo General del Poder Judicial en España, ISSN 1137-3520, Nº. 71, 2006.
17. Hocsmán, Heriberto Simón. Negocios en Internet. Editorial Astrea S.A.S. Editorial Universidad del Rosario, Primera edición, Colombia, 2013.
18. Ibáñez Najar, Jorge Enrique. El tratamiento constitucional de la actividad financiera. En Temas de derecho financiero contemporáneo, Editorial Universidad del Rosario, Primera edición, Bogotá, 2006.
19. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación – Inteco. Estudio sobre usuarios y entidades públicas y privadas afectadas por la práctica fraudulenta conocida como phishing. Observatorio de la Seguridad de la Información – Inteco. España, octubre de 2007. Inteco.
20. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba. La prueba electrónica. Editorial Temis S.A., Primera edición, Colombia, 2004.
21. Kysar, Douglas A. The Expectations of Consumers. Cornell Law Faculty Publications. Columbia Law Review. Paper 32, 2003. Disponible en: http://scholarship.law.cornell.edu/lrsp_papers/32.
22. Leguizamón Acosta, William. Derecho constitucional económico. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Primera edición, Colombia, 2000.
23. Leis, Raúl. Algunas ideas en la construcción de sentidos esenciales de la educación. En “Sentidos de la Educación y la Cultura: Cultivar la humanidad”. Editorial LOM – Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes – Unesco. Primera edición, Chile. 2006.
24. Mankiw, Gregory. Principios de Economía. Cengage Learning Editores S.A., Quinta edición, México. 2009.
25. Mínguez Prieto, Rafael. El mercado público de valores en la Comunidad Europea. En Temas de derecho financiero contemporáneo, Editorial Universidad del Rosario, Primera edición, Colombia. 2006.
26. Morales Alzate, Jhon Jairo. Derecho económico constitucional colombiano. Ediciones Doctrina y Ley; Universidad Católica de Colombia & Hanns Seidel Stiftung, Sexta edición, Colombia, 2010.
27. Morales de Setién Ravina, Carlos. Análisis Económico del Derecho, estudio preliminar. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar. Primera edición, Colombia, 2011.
28. Nicola Cetorelli, Benjamin H. Mandel, and Lindsay Mollineaux. The evolution of Banks and Financial Intermediation: Framing the Analysis. Federal Reserve Bank of New York. Economic Policy Review (1932.0426); Vol. 18, July 2012.
29. Ollman, Gunter. The Phishing Guide, Understanding and preventing phishing attacks. IBM Internet Security Systems, First edition, USA, 2007.
30. Pantoja Bravo, Jorge. Derecho de Daños, T. I. Leyer Editores, Primera edición, Colombia, 2015.
31. Pérez Useche, Marco. El tratamiento legal de la firma electrónica en Colombia y en el derecho uniforme. En Derecho del Comercio Electrónico. Colegio de Abogados de Medellín, Cámara de Comercio de Medellín. Biblioteca Jurídica Diké, Primera edición, Colombia, 2002.
32. Pinochet Olave, Ruperto. Contratos Electrónicos y Defensa del Consumidor, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Primera edición, España, 2001.
33. Posner, Richard. El Análisis Económico del Derecho. Fondo de Cultura Económica, Segunda edición en español, México, 2007.
34. Rachael Lininger and Russell Dean Vines. Phishing, Cutting the identity theft line. Wiley Publishing, Inc. First edition, USA, 2005.
35. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa Calpe S. A., Vigésima primera edición, España, 1992.

36. Recovery Labs – Laboratorio de Recuperación de Datos Informáticos. Fraude en Internet: del Phishing al Pharming. 2014. Disponible en: www.recoverylabs.com/wp-content/uploads/2014/03/Pharming.pdf.
37. Resico, Manuel F. Economía Social de Mercado. Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Primera edición, Argentina, 2010.
38. Resico, Manuel F. Economía Social de Mercado. Fundación Konrad Adenauer Stiftung. Primera edición, Argentina, 2010.
39. Reyes Revuelta, Juan Francisco. Imagen de la lactancia materna a través de la numismática contemporánea. Cultura de los Cuidados (Edición digital) 19, 41. Málaga, España, 2015. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.14198/cuid.2015.41.10>.
40. Rincón Cárdenas, Erik. Servicios financieros electrónicos, Aproximación preliminar. En Temas de derecho financiero contemporáneo, Editorial Universidad del Rosario, Primera edición, Colombia, 2006.
41. Rincón Cárdenas, Erik. Validez y Seguridad Jurídica Electrónica. Certicámara, Cámara de Comercio de Cali, 2014. Disponible en: <http://www.ccc.org.co/wp-content/uploads/2014/04/PRESENTACION.pdf>
42. Rodríguez Azuero, Sergio, Reflexiones sobre el libro y la evolución de los contratos bancarios. En Temas de derecho financiero contemporáneo, Editorial Universidad del Rosario, Primera edición, Colombia, 2006.
43. RSA Conference. The Cryptographers' Panel 2015. Published on April 22nd, 2015. Available at: <https://youtu.be/9RtZrNPP26w>.
44. Santa María Cárdenas, Patricia. La visión del sector financiero en 25 años. En Temas de derecho financiero contemporáneo, Editorial Universidad del Rosario. Primera Edición, Colombia, 2006.
45. SCALA – Smart Card Alliance Latin America & The Caribbean. Ruta hacia los pagos con Tarjeta Inteligente en América Latina y el Caribe: ¿Cómo impacta EMV a la Infraestructura de Pagos? Número de Publicación: FPC-11001, Panamá, 2012.
46. Suárez, Martín Leonardo. El principio de igualdad en la Constitución. Biblioteca Jurídica Diké, Primera edición, Colombia, 2006.
47. Suárez, Martín Leonardo. El principio de igualdad en la Constitución. La jurisprudencia Constitucional. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 2006.
48. Tamayo Berrío, Lina María. Dirección Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República. Bogotá. Concepto emitido el 6 de agosto de 2014.
49. Torres Moraga, Eduardo, Flavián Blanco, Carlos, e Hidalgo Campos, Pedro. Construcción de la confianza del consumidor hacia la banca en Internet: un análisis de los factores de la imagen corporativa. Departamento de Administración de la Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile. Estudios de Administración, vol. 14, N°. 1. 2007.
50. Valencia Zea, Arturo. La posesión. Editorial Temis S.A., Segunda edición, Colombia, 1978.
51. Valpuesta Gastaminza, Eduardo María. Contratos del mercado de crédito (Contratos bancarios). En: "De la Cuesta Rute, José María (Director). Contratos mercantiles, Tomo III", Editorial Bosch S.A., Primera edición, España, 2007.
52. Villacorta Mancebo, Luis. Principio de igualdad y Estado social: apuntes para una relación sistemática. Editorial Santander, Universidad de Cantabria, Parlamento de Cantabria. Primera edición, España, 2006.