

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS EMPRESARIOS  
DERIVADA DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA**

**FEDERICO BERNAL GARCÍA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO  
BOGOTÁ D.C.**

**2008**

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS EMPRESARIOS  
DERIVADA DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA**

**FEDERICO BERNAL GARCÍA  
TRABAJO PARA OPTAR  
POR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**DIRECTOR:  
SANTIAGO DIAZGRANADOS MESA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO  
BOGOTÁ D.C.**

**2008**

Nota de Advertencia: **Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946.**

*“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.*

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
1. El Empresario	9
2. El Consumidor	13
LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA	16
1. Nociones Generales	16
2. Responsabilidad de los Bancos por Operaciones Pasivas	20
2.1. Contrato de Depósito en Cuenta Corriente	21
2.1.1. Responsabilidad por mal pago de Cheques	22
2.1.2. Responsabilidad por no pago de Cheques	29
2.1.2.1. “Punitive Damages” en el Derecho Anglosajón	31
2.1.2.2. Los “Daños Punitivos” en el Derecho Colombiano	34
2.2. Contrato de Depósito en Cuenta de Ahorros	36
2.2.1. Responsabilidad de los Bancos por Clonación de Tarjetas	38
3. Responsabilidad de los Bancos por Operaciones Activas	40
4. Responsabilidad de los Bancos en Otros Eventos	45
4.1. Información	46
4.2. Secreto Bancario	48

4.3. Centrales de Riesgo	49
4.4. Obligación de Contratar	51
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	54
BIBLIOGRAFÍA	57

## **INTRODUCCIÓN**

Cuando se habla del tema de responsabilidad civil es importante analizar, adicionalmente a los elementos que deben concurrir para que la misma se configure – hecho ilícito, daño, factor de imputación y causalidad -, otro elemento fundamental: los sujetos activo y pasivo de la responsabilidad civil. Cuando hablamos de sujetos en materia de responsabilidad hay que diferenciar dos clases de sujeto: el sujeto activo de la conducta y el sujeto pasivo.

El sujeto activo es la persona que realiza cierta conducta que causa un daño que le resulta imputable y que, por tal circunstancia, adquiere la obligación de repararlo. Por el otro lado se tiene al sujeto pasivo, quien es la persona que sufre el daño o detrimento y que no esta en la obligación de soportarlo, teniendo de esta forma el derecho a que se le repare y se le deje en el estado en el cual se encontraría en caso de no haber sufrido el daño.

Para efectos de este estudio, se considerará al empresario como sujeto activo y al consumidor como sujeto pasivo.

### **1. EL EMPRESARIO**

En los Títulos I y II del Libro Primero del Código de Comercio se hace alusión al “comerciante”, a los “actos de comercio” y a la “empresa” como determinante de la actividad comercial. En cuanto a los actos de comercio, la comisión redactora del Código

de Comercio en su exposición de motivos explicó lo siguiente: “La enumeración no sólo comprende actos ocasionales o transitorios de comercio sino que se hace extensiva a ciertas empresas, esto es, a ciertas formas organizadas de actividad económica. Lo cual quiere decir que lo que sirve de fundamento para la calificación de mercantiles es en esos casos la forma o modo de ejercer determinadas operaciones y no estas mismas, aisladamente consideradas. Con la inclusión de determinadas empresas entre los actos de comercio – hecha ya desde el Código de Napoleón-, empezó precisamente el crecimiento del contenido del derecho comercial, que ha venido a ser en la vida moderna el derecho de la vida económica, en general. Porque el objeto de la legislación comercial deja de ser, así, la simple circulación de los bienes para incluir su misma producción, con todas las cuestiones que le son conexas, como todo lo relativo a la propiedad industrial. Y para fijar conceptos que no son siempre claros en la doctrina, se consagra, inspirada en la legislación italiana de 1942, la siguiente definición: Para los efectos del artículo veinte (20), se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración y custodia de bienes, y para la prestación de servicios”<sup>1</sup>

Así, el legislador se tomó la tarea de definir cuál sería la empresa a la que se aplicaría las disposiciones relativas a las mismas en la legislación colombiana, de forma tal que el artículo 25 del Código de Comercio expresa: “Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.”

---

<sup>1</sup> Proyecto de Código de Comercio. Bogotá: Imprenta Nacional, Tomo II, 1958. P. 29.

El mismo código define el establecimiento de comercio en el artículo 515, de la siguiente forma: “Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales.”

Es así como mediante un entendimiento conjunto de los elementos que brinda el ordenamiento mercantil colombiano y la realidad económica nacional, se concluye que a partir de un entendimiento conjunto de los artículos 25 y 515 del Código de Comercio, se puede inferir la tríada fundamental ante la que se erige el derecho mercantil: *El empresario* o sujeto de derechos y obligaciones, *la actividad económica organizada* para los fines allí indicados, y *el establecimiento* o conjunto de elementos materiales e inmateriales destinado por el empresario para la realización de la actividad.

La legislación italiana omite definir la empresa, pero sí aporta la noción de “empresario”. En Colombia, la situación es la contraria; es decir, se define la empresa pero no el empresario. Esta circunstancia podría conducir a considerar la empresa como sujeto de derechos y obligaciones, aspecto que debería estar reservado al empresario.

Así, conviene definir cada uno de los elementos:

- a) El empresario: sujeto de derechos y obligaciones. Titular de los bienes materiales e inmateriales que permitirán desarrollar la actividad mercantil.

- b) El establecimiento: conjunto de bienes integrados y organizados por el empresario según sus necesidades, para la realización de la actividad económica.
- c) Actividad económica: conjunto de acciones que tienen por objeto la producción, distribución y consumo de bienes y servicios encaminados a satisfacer necesidades humanas.

Es en esta medida en la que podemos observar cómo, para la conformación de la empresa mercantil, son indispensables los tres (3) elementos anteriormente mencionados, pues ante la ausencia de alguno de ellos no se conformaría la misma.

Además, no podemos dejar de lado que también podría generarse confusión si la enumeración del artículo veinte (20) del Código de Comercio se considerara taxativa, pues la realidad nos muestra que existen un sinnúmero de actividades empresariales que, de ninguna manera, podrían contemplarse en una enumeración como la del artículo mencionado. Por tanto, conviene recordar que este artículo tiene carácter enunciativo y que se debe interpretar en sentido amplio, tal como lo hizo el Consejo de Estado en Sentencia del 16 de Mayo de 1991: “Los conceptos de empresa y de establecimiento de comercio a que se refiere el artículo 25 del Código de Comercio deben entenderse condicionados a que la actividad que constituye su objeto sea de carácter comercial, de tal manera que si la actividad no tiene ese carácter, ni la empresa ni el establecimiento podrán considerarse comerciales”<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 16 de Mayo de 1991.

## 2. EL CONSUMIDOR

Por el otro lado, es necesario hacerse la pregunta: ¿quién es consumidor? Lo primero que se puede decir, es que es consumidor quien consume y de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, consumir es “destruir, extinguir; utilizar comestibles u otros bienes para satisfacer necesidades o deseos (...)”<sup>3</sup>; en otras palabras, podemos decir que es consumidor toda persona que adquiera, disfrute o utilice un producto o servicio, siendo dicha persona el destinatario final de ese bien o servicio.

El consumidor debe ser mirado desde una óptica jurídica; sin embargo no sólo se deben tener en cuenta los bienes consumibles, ya que para el tema en cuestión estaríamos hablando de un consumo muy restringido teniendo en cuenta que “una cosa es consumible cuando desaparece por el primer uso que se haga de ella, como los alimentos”<sup>4</sup>; también deben considerarse los bienes no consumibles, que son todos aquellos bienes que no desaparecen por su primer uso y que por lo tanto pueden usarse repetidamente sin desconocerse que tengan un desgaste natural. No obstante, la definición se sigue quedando corta, pues no se puede dejar de lado el consumo de servicios, aunque para algunos las personas que hacen uso de cualquier clase de servicio no sean consumidores, sino usuarios.

---

<sup>3</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española – Tomo 3. España: Real Academia Española, 2001. P. 429.

<sup>4</sup> VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luís Guillermo. Bienes. Bogotá: Temis, 1998. P. 30.

Habiendo establecido en un marco general, que consumidor es toda persona que adquiera bienes o servicios, conviene analizar si lo dicho sólo aplica para personas naturales o si también puede considerarse como consumidor, y por consiguiente, susceptible de la protección correspondiente, a las personas jurídicas. Para no darle una protección excesiva que puede terminar en abuso por parte de las empresas, puede decirse que la solución más equitativa a dicho cuestionamiento, sería el criterio de la destinación como cualidad fundamental del consumidor adoptado por el Código Brasileño de Protección al Consumidor, en el cual, se establece que las personas jurídicas son merecedoras de la protección especial a los consumidores cuando éstas adquieren o utilizan un bien o servicio como “destinatarios finales”<sup>5</sup>.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, son consumidores y por consiguiente titulares de ciertos derechos específicos consagrados por la ley, todas las personas naturales o jurídicas que adquieran o usen bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades, siendo éstos “destinatarios finales” de tales bienes y servicios. En este mismo sentido se manifiesta la Corte Suprema de Justicia al determinar lo siguiente: “En este orden de ideas, para estos efectos estima la Corte que, con estrictez, siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto persona natural o jurídica – persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que, contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial – en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su

---

<sup>5</sup> BETANCOURT CUARTAS, Belisario. Política y Derecho del Consumo. Bogotá: El Navegante Editores, 1998. P. 500.

objeto social-, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo.”<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de mayo de 2005. M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

# **RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA**

## **1. NOCIONES GENERALES**

A partir del contenido del artículo 335 de la Constitución Política es posible determinar que, al hablarse de actividad financiera, sólo se está haciendo referencia a las denominadas instituciones bancarias, toda vez que el texto del mismo habla de las “actividades financiera, bursátil y aseguradora”<sup>7</sup>, diferenciándose de esta manera la actividad financiera – bancaria de cualquier otra clase de actividad en la cual se estén captando recursos del público.

Una vez hecha la anterior aclaración, es necesario determinar que las instituciones bancarias o financieras son sujetos calificados que realizan una actividad habitual con ánimo de lucro consistente en la prestación de un servicio de intermediación en la circulación de un bien, que para el caso concreto es el dinero: se capta el dinero de las personas con excedente de capital y se pone a disposición de quienes tienen déficit de capital. Sin embargo, no basta con que una persona jurídica cualquiera se dedique a captar dineros del público para, posteriormente, otorgar créditos y verse beneficiado con un

---

<sup>7</sup> El artículo 335 de la Constitución Política establece lo siguiente: “las actividades financiera, bursátil aseguradora y cualquier otra relación con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) numeral 19 del artículo 150 son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.”

margen de intermediación, para que pueda ser considerada una institución bancaria o financiera. Adicionalmente, debe obtener una autorización de la Superintendencia Financiera una vez se certifique que se cumple con los requisitos necesarios para ejercer la actividad, lo cual tiene sentido dado el impacto y la importancia de la misma en la comunidad. La necesidad de autorización por parte de la Superintendencia Financiera posterior al cumplimiento de unos requisitos básicos, es lo da lugar a que pueda determinarse que se está en presencia de un sujeto calificado, pues no toda persona puede desarrollar la actividad en comento.

Adicionalmente, dentro del universo que componen las instituciones financieras o bancarias encontramos los denominados establecimientos de crédito, las entidades de servicios financieros o auxiliares del crédito y los inversionistas institucionales. A su turno, los establecimientos de crédito están compuestos por: los establecimientos bancarios, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento comercial y las cooperativas financieras<sup>8</sup>. No obstante lo anterior, el tema se abarcará única y exclusivamente con relación a los establecimientos bancarios, teniendo en cuenta que es el intermediario por excelencia.

El artículo 2° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (el “EOSF”)<sup>9</sup> define los establecimientos bancarios como “las instituciones financieras que tienen por función principal la captación de recursos en cuenta corriente, así como la captación de otros depósitos a la vista o a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de

---

<sup>8</sup> MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Cátedra de Derecho Bancario Colombiano. Bogotá: Editorial Legis, 2004. P. 7.

<sup>9</sup> Decreto 663 del 2 de abril de 1993.

crédito.” Dichos establecimientos bancarios son los comúnmente conocidos bancos comerciales.

Teniendo en cuenta lo anterior, hay que mencionar dos características básicas de los bancos comerciales como lo son: el carácter profesional de quienes son empresarios dedicados a la actividad financiera bajo la autorización del Estado y; que la actividad financiera es desarrollada mediante operaciones típicamente masivas de tres clases –activas, pasivas y neutras-, lo cual hace necesario que los contratos que regulen dichas operaciones sean contratos por adhesión a condiciones generales.

Las operaciones pasivas son aquellas en las cuales el banco es deudor –captación de recursos-; por el otro lado, en las operaciones activas el banco es el acreedor –colocación de recursos-; dentro de las dos, se encuentran las operaciones neutras donde el banco no es ni deudor ni acreedor, sino simplemente se encarga de prestar servicios extras como es el caso de los giros y las transferencias.

Según el profesor español Díez Picazo, los contratos por adhesión provienen de una propuesta de Saleilles a principios del siglo XX que, posteriormente, fue adoptada por la doctrina francesa y otros países europeos.<sup>10</sup>

Los contratos por adhesión son aquellos en los cuales se presenta un recorte al ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, en el cual existe un parte débil – aunque no

---

<sup>10</sup> FARINA, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997. P. 80.

necesariamente es débil económicamente- que debe apegarse a los términos y condiciones establecidos previamente por la otra, sin poder debatirlos, modificarlos o negociarlos.

Se dice que hay un recorte a la autonomía de la voluntad privada, sin que se pueda decir que ella desaparece por completo, porque la parte considerada como débil puede decidir voluntariamente si quiere o no adherirse a dicho contrato, es decir, que el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada consiste única y exclusivamente en adherirse o no a dicho contrato. La Corte Suprema de Justicia de Colombia en múltiples oportunidades se ha pronunciado sobre aspectos importantes en el tema de los contratos por adhesión: en Sentencia de Casación Civil del 29 de agosto de 1980 manifestó que por el hecho de que el contrato conste en formatos preimpresos “no puede desconocerse a esa clase de convención su naturaleza contractual, pues mientras el cliente pueda rechazar la oferta, su voluntad actúa a tal punto que al acogerla presta voluntariamente su consentimiento”.<sup>11</sup>

Previamente, en Sentencia del 8 de mayo de 1974 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se determinaron los siguientes elementos característicos de los contratos por adhesión: “(...) la imposición por una de las partes de la ‘ley del contrato’; el papel pasivo de una de ellas reducido a la simple aceptación o rechazo de la oferta; la existencia de un formato tipo; la imposibilidad de discutir las estipulaciones y el hecho de que uno de los contratantes ejerce sobre el otro un ascendiente económico o moral que lo lleva a prestar su voluntad sin discutir”.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de agosto de 1980.

<sup>12</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de mayo de 1974.

La existencia de esa imposición unilateral en los contratos por adhesión puede generar distorsiones y abusos que, ciertamente, pueden causar perjuicios y, por lo tanto, responsabilidad civil, si hay de por medio estipulaciones que atentan contra la buena fe, las buenas costumbres y en ocasiones de la misma ley; dichas estipulaciones son las llamadas cláusulas abusivas.

## **2. RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS POR OPERACIONES PASIVAS**

Dentro de las operaciones pasivas de los bancos, la principal es el contrato de depósito – contrato de depósito en cuenta corriente y contrato de depósito en cuenta de ahorros- el cual se rige por las normas del derecho mercantil consagradas en Libro Cuarto, Título XVII del Código de Comercio; teniendo en cuenta el carácter de consumibles o fungibles de los bienes objeto del presente contrato de depósito, se puede determinar que se está en presencia de un depósito irregular<sup>13</sup>. Éste también se encuentra consagrado en el Código Civil, concretamente, en el artículo 2246 que establece lo siguiente: “En el depósito de dinero si no es en arca cerrada, cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda”<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> “En el depósito de cosas fungibles el depositante podrá convenir con el depositario en que le restituya cosas de la misma especie y calidad.

En este caso, sin que cesen las obligaciones propias del depositario adquirirá la propiedad de las cosas depositadas.” (Art. 1179 Código de Comercio)

<sup>14</sup> Código Civil, Artículo 2246.

Bonivento Fernández establece al respecto lo siguiente: “el depósito irregular y el mutuo se acercan extraordinariamente en su presentación y efectos. La diferencia entre uno y otro negocio se deriva del término de la restitución, por cuanto en el depósito queda a voluntad del depositante, aunque se haya pactado plazo o termino para su restitución. En cambio, el mutuo es el que acuerdan las partes o el que señala el artículo 2225 del Código Civil”<sup>15</sup>.

Aunque la diferenciación en mención es de vital importancia, es preciso hacer la aclaración de que no en todos los eventos se cumple en su totalidad, toda vez que en materia de contratos de depósito con establecimientos bancarios, no siempre el dinero estará bajo total disposición del depositante, pues existen modalidades de depósito - como lo son los depósitos a término<sup>16</sup>, documentados bajo los conocidos CDT's-, en los cuales hay un término preestablecido que el depositante no puede desconocer para solicitar la restitución de su dinero.

## **2.1 CONTRATO DE DEPÓSITO EN CUENTA CORRIENTE**

La mayoría de los casos de responsabilidad civil derivada de la actividad financiera se presentan por el pago de cheques. Por tanto, es relevante estudiar brevemente el contrato de cuenta corriente bancaria, por ser este contrato el único que involucra la entrega al depositante de un talonario de cheques, a través de los cuales puede disponer, total o parcialmente de los fondos depositados<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA. 2004. P. 687.

<sup>16</sup> Contemplado en el artículo 1393 del Código de Comercio.

<sup>17</sup> Artículo 1382 del Código de Comercio.

En cuanto al contrato de cuenta corriente bancaria, Sergio Rodríguez Azuero, en su libro de Contratos Bancarios, establece que para buena parte de los autores colombianos y latinoamericanos éste “no es mas que un instrumento accesorio a un depósito irregular de dinero o a un contrato de apertura de crédito (...)”<sup>18</sup>. En contraposición a esto, el mismo autor establece que para él “el contrato de cuenta corriente bancaria o de cheques es aquél por el cual, como consecuencia de un depósito irregular de dinero hecho por un cliente o de una apertura de crédito a su favor, éste tiene la posibilidad de disponer de su saldo mediante el giro de cheques o en otras formas prevista por la ley o convenidas con el banco”<sup>19</sup>.

#### 2.1.1. RESPONSABILIDAD POR MAL PAGO DE CHEQUES

Como se mencionó anteriormente, el principal instrumento para la disposición del saldo a favor del cuenta-correntista son los cheques, títulos valores similares a la letra de cambio, pero que requieren de la previa existencia de un contrato de cuenta corriente toda vez que sólo pueden ser librados a cargo de un banco, generándose de esta forma dos relaciones fundamentales: la primera es entre el titular de la cuenta corriente –librador o girador- y el banco –librado o girado- ; la segunda relación es entre el mismo librador o girador y el beneficiario del cheque, que sencillamente es la persona que lo tiene en su poder de acuerdo con su ley de circulación y que por lo tanto está “legitimado” para cobrarlo; la modalidad de circulación de los cheques es a la orden, lo cual quiere decir que para su negociación se

---

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios. Bogotá: Editorial Legis. P. 315.

<sup>19</sup> *Ibíd.* P. 318.

requiere de endoso y entrega del título. Entre dicho beneficiario y el banco librado o girado no existe relación alguna.

Partiendo del hecho de que el cheque es un título valor que consiste en una orden de pago librada contra el banco girado, el cual está obligado a su pago toda vez que éste sea presentado dentro de los términos de caducidad y haya fondos suficientes en la cuenta del librador o girador, hay eventos en los cuales, por el hecho de ese pago, se pueden causar perjuicios al cuenta-correntista y, por tal motivo, generarse la obligación de indemnizar.

Dichos eventos dañinos se concretan en tres casos: alteración del contenido del cheque<sup>20</sup>; falsificación del cheque como documento propiamente dicho<sup>21</sup> y; falsificación del contenido del cheque cuando éste ha sido sustraído del talonario original<sup>22</sup>.

Con respecto a los dos primeros supuestos, el primer antecedente normativo es el artículo 191 de la Ley 46 de 1923 según el cual todo banco debía responder por el pago de cheques adulterados o falsificados salvo que el cliente no hubiera notificado tal situación dentro del año siguiente al conocimiento del pago del mismo. Posteriormente, con la expedición del

---

<sup>20</sup> Este evento se presenta cuando el cheque fue librado por la persona correcta pero durante su circulación el contenido del mismo fue alterado. Por ejemplo, se libra un cheque por valor de un millón de pesos y durante su vida y circulación el monto del mismo es alterado con un cero (0) adicional de forma tal que el valor del mismo ahora será de diez millones de pesos.

<sup>21</sup> Casos en los cuales el cheque ha sido falsificado en su totalidad físicamente, es decir, que el papel (formato) no es el original sino que éste es creado maliciosamente y, posteriormente, puesto en circulación, para, finalmente, ser cobrado con cargo a la cuenta de otra persona.

<sup>22</sup> Falsificación del contenido del cheque cuando el mismo ha sido sustraído del talonario. Como ejemplo esta el caso en el cual una persona mantiene guardado en la oficina la chequera y del talonario es robado uno de los cheques completamente en blanco; posteriormente quien lo robó se encarga de falsificar su contenido por completo y posteriormente pone en circulación el título o lo hace efectivo cobrándolo directamente.

Código de Comercio, el tema fue tratado en los artículos 732<sup>23</sup> y 1391<sup>24</sup> del mismo en los cuales se habla de términos de tres y seis meses respectivamente, para la presentación del reclamo y, adicionalmente, de que si cualquiera de estos hechos se debe a culpa del librador o la de cualquiera de sus dependientes, el banco también quedaría exonerado. En cuanto al problema del término para la reclamación, dada la doble regulación normativa, debe entenderse que el plazo aplicable es el de los seis meses, por estar contenido en norma posterior y especial.<sup>25</sup>

De esta forma, se deja claro que el banco es responsable por el pago de los cheques en cualquiera de estas dos situaciones y que sólo en el evento de que no se realice la notificación dentro del término legal para hacerlo –seis meses- o que la falsificación o adulteración sea imputable a título de culpa al cuenta-correntista o cualquiera de sus dependientes, el banco podrá quedar exonerado de cualquier responsabilidad.

En cuanto al tercero de los supuestos mencionados anteriormente, el artículo 733 del mismo Código<sup>26</sup> lo reguló estableciendo que el banco será responsable si realiza el pago, en caso

---

<sup>23</sup> “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 ese 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 el se había aumentado. Si la falsedad o alteración se debiere a culpa del librador, el banco quedará exonerado de responsabilidad.” (Art. 732 Código de Comercio)

<sup>24</sup> “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 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 el pago.” (Art. 1391 Código de Comercio)

<sup>25</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de septiembre de 1999, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

<sup>26</sup> “El dueño de una chequera que hubiera perdido uno o mas formularios y no hubiere dado aviso oportunamente al banco solo podrá objetar el pago si la alteración o falsificación fueren notorias.” (Art. 733 Código de Comercio)

de haberse notificado la pérdida de uno o varios cheques del talonario, con anterioridad al pago del mismo, o si la falsedad o alteración del contenido del mismo fuera notoria. El problema en este caso, se presenta cuando la chequera fue sustraída o robada, falsificada en su contenido y cobrado el valor del cheque antes de que el cuenta-correntista pueda darse cuenta de la situación para hacer la respectiva notificación al banco. En este caso, la única posibilidad del cuenta-correntista es que la falsificación sea notoria para que de esta forma no deba correr con el riesgo de la pérdida del valor del importe del cheque, pues aunque no exista culpa por parte de éste, la ley es clara al establecer que sólo en esos dos eventos será responsable el banco, quedando el cliente en situación de inferioridad, pues no es necesario que en ningún momento entre el banco a probar la culpa del cuenta-correntista en la pérdida del cheque o talonario<sup>27</sup>. Hay que resaltar que la mencionada necesidad de que la falsificación sea notoria no se presenta en los supuestos generales de los artículos 732 y 1391 del Código de Comercio.

Frente a este evento, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 8 de septiembre de 2003 estableció lo siguiente: “dentro del mismo tema de la responsabilidad, pero sin que haya lugar a confundirlo por tratarse de una hipótesis particularísima que, por lo mismo, merece un manejo disímil, impónese resaltar que el artículo 733 del Código de Comercio exige distinguir el pago de cheques falsificados o adulterados, sin mediar su pérdida por parte del dueño de la chequera - riesgo propio de la circulación -, como lo prevén las normas aludidas en los párrafos precedentes, de aquel que se haga de títulos igualmente apócrifos, pero precedido de la ‘pérdida’, evento este que, como se analizará con detenimiento, está regulado exclusiva y preferentemente por la disposición que se acaba de

---

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ AZUERO. Ob-cit. P. 373.

mencionar. (...) Pronto se avista así cómo a partir de un supuesto fáctico singular, esto es, el de la ‘pérdida’ de uno o varios formularios de cheque, se modifica la forma como habrán de endilgarse los efectos derivados del pago de los mismos ilegítimamente diligenciados, puesto que tal hipótesis se sustrae de la regla general de responsabilidad a cargo del banco establecida, según se vio, en los artículos 732 y 1391 del Código de Comercio.”

Posteriormente, en Sentencia del 15 de junio de 2005 se dijo: “sin importar que la pérdida del instrumento haya sido culposa o no, se invierte la regla de responsabilidad a cargo del librado que se adopta en las disposiciones anteriores, para imponérsela al cliente...”

De esta forma, esta es la posición de la Corte Suprema de Justicia reiterada en posteriores pronunciamientos como lo es la Sentencia del 16 de junio de 2008, la cual hace el estudio de la evolución jurisprudencial frente a los casos de responsabilidad de los bancos consagrada en el artículo 733 del Código de Comercio el cual es concordante con las sentencias expuestas en los párrafos precedentes.<sup>28</sup>

Ahora, en cuanto al tema de cuál es el factor de imputación bajo el cual debe decretarse la responsabilidad de los bancos por el pago indebido de cheques en los tres supuestos planteados, es preciso decir que en un comienzo se pensó que debía mirarse bajo la llamada “teoría del riesgo” por tratarse de los riesgos normales e inherentes de la actividad bancaria e, incluso, llegó a mencionarse la posibilidad de ser un sistema de responsabilidad objetiva. A lo anterior es posible llegar partiendo de la simple lectura de los artículos del Código de

---

<sup>28</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de junio de 2008 M.P. Edgardo Villamil Portilla.

Comercio ya mencionados, los cuales determinan de forma expresa que el banco es responsable por el pago indebido de cheques falsificados o adulterados y que sólo podrán exonerarse en circunstancias específicas establecidas por la ley, en las mismas normas.

La Corte Suprema de Justicia afirmó que “...el ejercicio de la banca de depósito se equipara fundamentalmente a la de una empresa comercial que, masivamente atrae a sí y asume los riesgos inherentes a la organización y ejecución del servicio de caja, luego es precisamente en virtud de este principio de responsabilidad de empresa, cuyos rasgos objetivos no pueden pasar desapercibidos, que el establecimiento bancario asumiendo una posición 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 ésta índole el peligro de falsificación...”<sup>29</sup>.

Sin embargo, con posterioridad se aclaró que se trata de un sistema de responsabilidad subjetiva, fundamentada en la culpa, con la particularidad de ser un sistema de culpa presunta, invirtiéndose de esta forma la carga de la prueba, evento en el cual es el banco el llamado a desvirtuar su responsabilidad, bien probando su propia diligencia o mediante la prueba de la culpa del cuenta-correntista, bajo el entendido de lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de Jorge Antonio Castillo Rugeles ya citada, según la cual “...no cualquier inobservancia atribuible al librador da lugar a la liberación de responsabilidad del banco acusado de pagar cheques espurios, pues para que tal exoneración se produzca es menester que la culpa de aquel se encuentre entroncada con la

---

<sup>29</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de Octubre de 1994 M.P. Carlos Esteban Jaramillo. Sala de Casación Civil.

falsificación de los mismos, de modo que sea posible inferir que esta última deba su existencia a aquella otra”.

Otros eventos no tan frecuentes pero de los cuales se puede derivar responsabilidad de los bancos por mal pago de cheques, se dan cuando expresamente existe la obligación de no pagarlos, lo cual se puede presentar, al menos, en los siguientes casos:

- i) Orden de no pago: dentro de las facultades del cuanta-correntista, se encuentra la de revocar la orden de pago en ciertas circunstancias, caso en el cual el banco se encuentra obligado a no pagar el valor del cheque al tenedor que lo presente. Así mismo, dicha orden de no pago puede provenir de una autoridad judicial<sup>30</sup>.
- ii) Liquidación o concurso: en cualquier caso de liquidación o en todos los supuestos concursales o de juicios universales, se presenta esta obligación de no pagar, toda vez que el patrimonio del deudor queda congelado para conformar la masa del patrimonio en liquidación<sup>31</sup>.
- iii) Caducidad y prescripción: cuando el cheque ha sido presentado al banco para su pago después de vencido su término de caducidad y cumplidos los supuestos de hecho establecidos en el artículo 729 del Código de Comercio, el banco estará en la obligación de no pagar el valor prescrito en el título.

---

<sup>30</sup> “El librador podrá revocar el cheque bajo su responsabilidad, aunque no hayan transcurrido los plazos para su presentación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 742. Notificada la revocación, este no podrá pagar el cheque” (Art. 724 Código de Comercio).

<sup>31</sup> “La quiebra, concurso, liquidación judicial o administrativa del librador, obligarán al librado a rehusar el pago desde que se hayan hecho las publicaciones que para tales casos prevé la ley” (Art. 726 Código de Comercio).

En estos tres casos se consagra la obligación para el banco librado de no hacer el pago del valor del cheque, pero no se consagra una consecuencia para los eventos en los cuales dichos pagos se han realizado. Lo que sí puede deducirse de la lectura de los respectivos artículos del Código de Comercio relacionados con los casos en los cuales el banco no deberá pagar, es que son obligaciones de no hacer y que, por tal motivo, por el simple hecho de realizar el pago, estará incumpliendo con su obligación. Por tanto, estará obligado a pagar los perjuicios que se causen al cuenta –correntista. De esta forma, si el banco paga el cheque en las situaciones mencionadas está incumpliendo con una obligación pre-existente contenida en la misma ley y, por tal motivo, estará obligado a reparar los daños causados como consecuencia de dicho pago.

#### 2.1.2. RESPONSABILIDAD POR NO PAGO DE CHEQUES

Está claro que la obligación principal de los bancos en relación con los contratos de cuenta corriente es el pago de cheques, por lo tanto el no pago de los mismos implica un incumplimiento contractual y por consiguiente la responsabilidad correspondiente. “La posición del Banco es particularmente difícil por cuanto tiene que pagar; si se abstiene de hacerlo sin justificación será responsable y si paga mal, también. El principio general es que el banco debe pagar los cheques que el titular libre a su cargo, salvo que exista una causal justificativa que lo exonere de hacerlo”<sup>32</sup>.

El artículo 722 del Código de Comercio establece que “Cuando sin causa justa se niegue el librado a pagar un cheque o no haga el ofrecimiento de pago parcial, prevenido en los

---

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ AZUERO. Ob-cit. P. 373 y 374.

artículos anteriores, pagará al librador, a título de sanción, una suma equivalente al 20% del importe del cheque o del saldo disponible sin perjuicio de que dicho librador persiga por las vías comunes la indemnización de los daños que se ocasionen.” De la lectura del mismo se desprenden dos situaciones diferentes:

- i) El banco librado está obligado a pagar la totalidad del importe del cheque toda vez que hayan fondos suficiente en la cuenta del librador y en el evento de no hacerlo sin justificación, deberá pagarle a éste último el 20% del valor del mismo a título de sanción.
- ii) El segundo evento tiene lugar cuando en la cuenta no hay fondos suficientes para que el banco haga el pago del total del importe del cheque al tenedor de éste, pero omite hacer el ofrecimiento de pago parcial de acuerdo con lo establecido en el artículo 720 del mismo estatuto, caso en el cual no se debe pagar a título de sanción el 20% sobre el valor del cheque sino, sino el mismo porcentaje aplicado sobre la cantidad de fondos disponibles en la cuenta del librador.

En cualquiera de los dos supuestos, como claramente lo establece la norma citada, es posible que, adicionalmente, se inicien por parte del cuenta-correntista las acciones pertinentes orientadas a obtener la indemnización de los perjuicios causados.

Sin embargo, no hay que confundir el contenido del artículo bajo estudio con lo contenido en el artículo 731<sup>33</sup> del Código de Comercio, toda vez que en este evento se sanciona al librador, con la obligación de pagar al tenedor el mismo 20% del importe del cheque, cuando por su culpa ha sido imposible el pago de dicho instrumento, si la presentación para el pago fue oportuna.

Un punto para resaltar en el contenido de las dos normas citadas es que se está hablando de “sanción”, lo cual difiere con la finalidad que persigue la responsabilidad civil que no es otra que la indemnización integral de los perjuicios causados, de manera que la víctima quede en la situación en la que se encontraría si el daño no se hubiera presentado: la víctima del daño no debe quedar en una situación peor ni mejor, sino sencillamente igual.

De esto se desprende la posibilidad de hablar en Colombia, en una pequeña escala, de los conocidos “daños punitivos” del derecho norteamericano; asimismo, es posible plantearse si las normas que consagran las sanciones mencionadas son el punto de entrada de tal figura a nuestro ordenamiento jurídico.

#### 2.1.2.1. “PUNITIVE DAMAGES” EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

Antes de entrar a hablar directamente de los “daños punitivos”, su concepto, funcionamiento y aplicación, es preciso hacer un desglose de los términos “damage”, “damages” y “punitive”.

---

<sup>33</sup> “El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado por su culpa abonará al tenedor, como sanción, el 20% del importe del cheque, sin perjuicio de que dicho tenedor persiga por vías comunes la indemnización de los daños que le ocasione.” (artículo 731 Código de Comercio)

“Damage”, el primero de estos términos, hace referencia a la pérdida, daño, agravio, menoscabo material o moral causado a una persona: “el término damage, en singular, se aplica al menoscabo material o moral que cualquiera puede experimentar en su persona, en sus derechos, en su reputación o en sus bienes...”<sup>34</sup>. Por otro lado, la palabra “damages” tiene otra connotación en el derecho anglosajón, pues es la indemnización por daños y perjuicios o daños y menoscabos: “la palabra damages, en plural, se aplica a la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el demandante debido al incumplimiento del contrato del demandado o los daños morales o materiales causados por éste”<sup>35</sup>. Finalmente el término “punitive” significa, simplemente, sancionador o punitivo.

Con base en lo anterior, y para poder continuar por el camino correcto, es preciso decir que la traducción que se ha hecho al español de “punitive damages” es incorrecta, pues siempre ha sido la de “daños punitivos”, siendo que su significado real es mas acorde con el término “indemnización punitiva”.

En cuanto a su significado en el derecho anglosajón, se tomó como base la definición consagrada en el Black’s Law Dictionary según la cual, los *punitive damages* son la indemnización concedida adicionalmente a la indemnización real, cuando el demandado

---

<sup>34</sup> ALCARAZ VARÓ. Enrique / HUGHES, Brian. Diccionario de Términos Jurídicos – Ingles Español. Barcelona: Editorial Ariel, Séptima Edición, 2003. P. 167.

<sup>35</sup> Ibídem P. 168.

actuó con imprudencia, maldad o engaño. Específicamente, es una indemnización determinada como penalización al “malhechor” o para crear ejemplo frente a los demás.<sup>36</sup>

En el proceso Cooper Indus. Vs. Leatherman Tool, se estableció que, “aunque los daños compensatorios y los daños punitivos son concedidos típicamente al mismo tiempo por el mismo responsable, responden a propósitos distintos. Los primeros se piensan para reparar la pérdida concreta que el demandante ha sufrido por causa de la conducta ilícita del demandado. Los últimos, que se han descrito como “cuasi - criminales”, funcionan como las “multas privadas” previstas para castigar al demandado y disuadir la fechoría futura. El gravamen de un jurado del grado de lesiones de un demandante es esencialmente una determinación efectiva, mientras que su imposición de daños punitivos es una expresión de su condenación moral”.<sup>37</sup>

El conjunto de las definiciones hechas permite inferir que los “daños punitivos” son la indemnización a cargo del demandado por los daños o perjuicios causados al demandante, ya sea por un incumplimiento contractual (responsabilidad civil contractual) o por el hecho de causarle un daño o perjuicio derivado de una actuación culposa o dolosa (responsabilidad civil extracontractual), sin ser esta indemnización el resarcimiento que se debe pagar para dejar a la víctima en el estado en que se encontraba antes del acaecimiento

---

<sup>36</sup> “Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice, or deceit. Especif., damages assessed by way of penalizing the wrongdoer or making an example to others.” - Black’s Law Dictionary. Thomson West, Octava Edición, USA, 2004. PP. 418 y 419.

<sup>37</sup> “Although compensatory damages and punitive damages are typically awarded at the same time by the same decision maker, they serve distinct purposes. The former are intended to redress the concrete loss that the plaintiff has suffered by reason of the defendant’s wrongful conduct. The latter, which have been described as “quasi – criminal” , operate as “private fines” intended to punished the defendant and to deter future wrongdoing. A jury’s assessment of the extent of a plaintiff’s injuries is essentially a factual determination, whereas its imposition of punitive damages is an expression of its moral condemnation.” Cooper Indus. V. leatherman Tool, 532 U.S. 424, 432, 121, S.Ct. 1678, 1683 (2001) (per Stephens, J.).

del hecho ilícito, sino como un castigo o sanción propio de su actuación maliciosa o gravemente culposa y/o como una consecuencia ejemplarizante y disuasiva de futuras conductas indeseadas.

#### 2.1.2.2. LOS “DAÑOS PUNITIVOS” EN EL DERECHO COLOMBIANO

Como ya se sabe, en el derecho colombiano la función de las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad civil es la de dejar a la víctima o perjudicado en las mismas circunstancias que estaría si no se hubiera dado el hecho ilícito causante del daño. Dice Suescún Melo que “lo que se evalúa, entonces, es la pérdida o afectación de valores patrimoniales o morales para precisar el alcance de la reparación.”<sup>38</sup> Esto quiere decir, que Colombia adopta un sistema en el cual las indemnizaciones cumplen una función estrictamente reparadora, sin perseguir sancionar o castigar al autor del daño, o cumplir una función ejemplarizante en la sociedad. Adicionalmente, al referirse a los “daños punitivos” establece que éstos tienen dos justificaciones: “aliviar al demandante por su angustia mental, la laceración de sus sentimientos, vergüenza, degradación, etcétera, así como imponer una sanción al demandado por una conducta reprochable, que al mismo tiempo cumpla una función ejemplarizante.”<sup>39</sup>

Otros autores como Tamayo Jaramillo respaldan esta teoría y piensan que sería conveniente su aplicación bajo ciertas condiciones específicas, pues generaría un efecto positivo en la prevención de daños: “En efecto, en no pocas oportunidades, los individuos, conscientes de

---

<sup>38</sup> SUESCÚN MELO. Jorge. Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo – Tomo II. Bogotá: Legis, 2003. P. 231.

<sup>39</sup> *Ibidem*. P. 232.

la lentitud de la justicia, o de la inexistencia de daños indemnizables, olímpicamente desconocen sus deberes legales y sus obligaciones contractuales, lo que genera un enorme desequilibrio jurídico. Por ello, creemos que cuando el daño es ínfimo o inexistente, pero el juez advierte el descaro con el que el demandado ha actuado mortificando la víctima, será conveniente una indemnización ejemplarizante a favor del perjudicado. Sólo en esa forma, se podría conseguir un adecuado comportamiento de los ciudadanos.”<sup>40</sup>

En la Sentencia C – 916 de 2002 de la Corte Constitucional, cuyo magistrado ponente fue el doctor Manuel José Cepeda Espinosa, se anota lo siguiente, tomando como punto de partida la Constitución Política de 1991: “La Carta Política no precisa cuáles daños deben ser reparados, ni la forma en que deben ser cuantificados, para que se entienda que ha habido una indemnización integral. Tampoco prohíbe que se indemnice cierto tipo de daños. Se limita a reconocer que las víctimas y perjudicados por un hecho punible tienen derecho a la reparación, mediante "la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito" (artículo 250, numeral 1, CP)”.

“(…) Por lo anterior, el legislador, al definir el alcance de la "reparación integral" puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar

---

<sup>40</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil, Tomo IV. Bogotá: Editorial Temis, 1999. P. 135.

reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados” (subrayado fuera del texto).<sup>41</sup>

De acuerdo con todo lo anterior, es posible concluirse que los artículos 722 y 731 del Código de Comercio son el punto de entrada de los “daños punitivos” a la legislación colombiana, con ciertas modificaciones que los hacen menos arbitrarios en comparación con el caso norteamericano, donde la sanción la establece el juez; siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y las mismas normas bajo estudio, la sanción está determinada directamente por el legislador.

## **2.2. CONTRATO DE DEPOSITO EN CUENTA DE AHORROS**

Rodríguez Azuero dice que el depósito de ahorros es un depósito irregular para conservar los ingresos de las personas en previsión de necesidades futuras; según dice, “nos encontramos con un ahorrador cuya finalidad de contratar, más que obtener una remuneración adecuada a su capital, aunque reciba intereses, es contar con la conservación del mismo, su incremento, su custodia y manejo por el banco”<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 916 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>42</sup> RODRÍGUEZ AZUERO. Ob-cit. P. 421.

En cuanto al depósito en cuenta de ahorros, como lo clasifica el mismo autor, se caracteriza porque “el titular hace abonos y retiros en forma ininterrumpida durante la duración del contrato. El soporte en este último, es la existencia de una cuenta corriente desde el punto de vista contable y, por lo tanto, en estas cuentas de ahorro son predicables en general los principios jurídicos mas destacados de la cuenta corriente bancaria”<sup>43</sup>. El principal punto de diferencia entre una y otra clase de cuenta es respecto de la forma en la cual el cliente puede disponer de sus saldos; en efecto, dado que en la cuenta de ahorros no existen los cheques, el depositante sólo puede disponer de sus saldos a través de la libreta de ahorros o de otros mecanismos, como por ejemplo, la tarjeta débito; adicionalmente, sólo puede disponer de esos fondos el titular de la cuenta o su representante, mientras que en la cuenta corriente lo puede hacer cualquier tercero legitimado con la tenencia del cheque.

Frente al tema de la responsabilidad de los bancos derivada del contrato de cuenta de ahorros, el artículo 1398 de Código de Comercio dispone lo siguiente: “Todo banco es responsable por el reembolso de sumas depositadas que hagan a persona distinta del titular de la cuenta o de su mandatario”.

De esta forma, se puede determinar un sistema de responsabilidad similar al del contrato de cuenta corriente, con la salvedad de que en la norma transcrita no se están consagrando causales de exoneración de responsabilidad a favor del establecimiento bancario a diferencia de como sí ocurre en los artículos 732, 733 y 1391 del Código de Comercio. En consecuencia, es posible decir que la escasa normatividad en el tema esta creando un sistema objetivo de responsabilidad, donde por el simple hecho de hacerse un reembolso

---

<sup>43</sup> *Ibidem*. P. 424.

equivocado, el banco es inmediatamente responsable por los daños que cause sin necesidad de demostrarse la culpa del mismo, toda vez que ésta no hace parte de los elementos constitutivos de la responsabilidad dentro de este sistema, y lo único que realmente se debe probar es la existencia del hecho dañoso –acción u omisión- ya que se trata de un esquema de presunción de responsabilidad; es precisamente este esquema el que da lugar a la posibilidad de plantear el tema de la responsabilidad objetiva.

Aunque es claro, como se mencionó anteriormente, que el sistema acogido por la legislación colombiana es el de la responsabilidad subjetiva, hay ciertos temas como la responsabilidad en materia sancionatoria cambiaria, donde la Corte Constitucional ha aceptado el régimen objetivo, razón esta para decir que no es equivocado el planteamiento según el cual el supuesto consagrado en el artículo 1398 del Código de Comercio corresponde a un sistema de responsabilidad objetiva.<sup>44</sup>

### 2.2.1. RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS POR CLONACIÓN DE TARJETAS

Atendiendo al mismo artículo 1398 del Código de Comercio es que se presenta la responsabilidad de los establecimientos bancarios por el hecho de las clonaciones de tarjetas débito, teniendo en cuenta que en este caso el hecho dañoso realmente no proviene directamente del establecimiento sino del tercero que realiza la clonación, bien sea en

---

<sup>44</sup> “... respecto de la responsabilidad objetiva en materia sancionatoria cambiaria la Corte ha conservado intacta su línea jurisprudencial en sentido de admitir la responsabilidad objetiva excepcionalmente para ese caso, por lo cual no encuentra un motivo razonable alguno que justifique la modificación de la doctrina vertida en las mencionadas providencias...” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-099 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño).

cajeros automáticos o en establecimientos de comercio donde se utilice la tarjeta como medio de pago. Sin perjuicio de lo anterior, puede considerarse que en estos casos, los bancos incumplen con una obligación propia consistente en la vigilancia y la seguridad en la prestación de sus servicios, la cual debe concretarse en la implementación, por parte de los mismos, de medidas que procuren evitar la clonación de las tarjetas. Es por el incumplimiento concreto de esta obligación que se determina la responsabilidad de las instituciones bancarias frente a al hecho de las clonaciones de tarjetas.

El tema de la responsabilidad de los bancos por las clonaciones de tarjetas no ha sido muy desarrollado jurisprudencial ni doctrinariamente, haciéndose de esta manera necesaria una investigación de campo respecto de este punto.

Procediendo de acuerdo con lo anterior, tras entrevistar a las personas encargadas de los departamentos de fraudes de diferentes bancos, se logró obtener una pequeña muestra sobre la forma de proceder de los mismos ante estos eventos. Según la averiguación, el mecanismo del que se valen los bancos en estos casos son las pólizas de seguros. Debido a esto, es que la mayoría de los eventos que se presentan se resuelven internamente mediante trámites administrativos sin la necesidad de intervención de jueces (por razones de confidencialidad, las personas entrevistadas solicitaron no revelar en el texto del trabajo sus nombres ni los de los establecimientos en los cuales trabajan).

Ahora bien, la diferencia en la forma de proceder de los establecimientos bancarios se limita, básicamente, a establecer a cargo de quién esta el pago de la prima de las pólizas que cubren el riesgo de una eventual clonación, pues en algunos bancos éste es un servicio

integrado y asumido por el mismo banco, mientras que en otros el costo es trasladado al cliente.

### **3. RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS POR OPERACIONES ACTIVAS**

Las operaciones activas de los bancos son aquéllas en las cuales, mediante la celebración de un contrato, se produce una transferencia efectiva o potencial de dinero a uno de sus clientes; de esta forma, a diferencia de las operaciones pasivas, el banco es el acreedor de la obligación. Entre los principales contratos que anteceden las operaciones activas se encuentran el mutuo, la apertura de crédito y el crédito documentario, entre otros.

Los eventos en los cuales los bancos son responsables en el desarrollo de operaciones activas, se limitan básicamente al tema de extralimitación del derecho como consecuencia de los contratos por adhesión. El principal problema de los contratos de adhesión, propios de la contratación en masa, es que el adquirente de bienes y servicios se somete a condiciones de contratación impuestas, las cuales se encuentran en cláusulas generales y preestablecidas utilizadas por la parte dominante para obtener posiciones jurídicas ventajosas de todo orden; estas son las denominadas cláusulas abusivas utilizadas en detrimento de los intereses y derechos de los consumidores de bienes y servicios.

Son cláusulas abusivas todas aquellas que ponen a la parte débil a disposición del contratante dominante. Un ejemplo al respecto, son las disposiciones que prácticamente dejan sin efecto normas sobre garantías por vicios en las cosas; o las que liberan a los

empresarios de toda responsabilidad por los daños que causen a su contraparte; o en las cuales establecen a su cargo sumas inferiores a las que le tocaría pagar por concepto de indemnización de perjuicios. Así, son cláusulas abusivas no sólo las disposiciones que van en contra de la ley, la moral o las buenas costumbres, sino todas aquellas que están en detrimento del trato equitativo y la buena fe que merecen los consumidores: “concretamente, se puede entender por cláusula abusiva, las impuestas unilateralmente por el empresario, que perjudiquen de manera inequitativa a la otra parte, o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo común, de los consumidores y usuarios (aunque también de cualquier otro contratante que no llegue a revestir el carácter de consumidor...)”<sup>45</sup>.

Las siguientes son algunas de las cláusulas que en la legislación española son consideradas abusivas<sup>46</sup>:

- i) Las cláusulas de penalización o indemnización desproporcionadas por incumplimiento del consumidor.
- ii) La adhesión irrenunciable a cláusulas cuya trascendencia el consumidor no ha podido, en tiempo, conocer.
- iii) La alteración unilateral por el empresario de los términos del contrato, de la prestación del servicio o de la entrega del bien, es decir, las que permiten modificar la prestación.

---

<sup>45</sup> FARINA, Juan M. Op. cit. P. 149.

<sup>46</sup> [http://www.mju.es/derechos\\_cons.htm](http://www.mju.es/derechos_cons.htm). Página del Ministerio de Justicia de España.

- iv) Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos, con sujeción a un arbitraje no regulado legalmente.
- v) Inversión de la carga de la prueba: que deba probar el consumidor su cumplimiento o el incumplimiento de su contraparte.

La anterior, por supuesto, no es una lista taxativa sobre los temas o las cláusulas abusivas que se pueden encontrar en los contratos de adhesión; cualquier disposición pactada por la parte dominante que cree un desequilibrio en las obligaciones y los derechos de cada una de las partes, constituye una cláusula abusiva. En consonancia con lo dicho, en el caso concreto de la contratación con bancos, un claro ejemplo de una cláusula abusiva es aquella que pretende exonerar al banco de toda clase de responsabilidad por los daños que causen a sus clientes.

Cuando a raíz de la ejecución de una cláusula abusiva establecida en un contrato de adhesión a condiciones generales se le causan daños a la parte débil, el establecimiento bancario incurre en extralimitación del derecho y, por tal circunstancia, es su obligación indemnizar los perjuicios causados<sup>47</sup>. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de Carlos Esteban Jaramillo del 19 de octubre de 1994 dijo que “...la banca en sus diferentes manifestaciones es una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican disponen de un enorme poderío económico que ‘...barreando los principios generales de la contratación...’ como lo dijera un renombrado tratadista (Joaquín Garrigues, Contratos Bancarios; cap. I, num. II) les permite a todas las

---

<sup>47</sup> “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cauce.” (Art. 830 Código de Comercio).

de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponerles a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar, así como también administrar el conjunto del esquema contractual de esa manera puesto en marcha, pero no obstante ello, preciso es no perder de vista que en el ejercicio de estas prerrogativas de suyo reveladoras de una significativa desigualdad en la negociación, los intereses de los clientes no pueden menospreciarse; si así llega a ocurrir porque la entidad crediticia, con daño para su cliente y apartándose de la confianza depositada para ello por este último en el sentido de que velará por dichos intereses con razonable diligencia, se extralimita por actos u omisiones en el ejercicio de aquellas prerrogativas, incurre en abuso de la posición preeminente que posee y, por ende, al tenor del artículo 830 del Código de Comercio, está obligado a indemnizar”<sup>48</sup>.

En tales eventos, el primer mecanismo con que cuenta el usuario damnificado es el de acudir a la vía jurisdiccional, con base en la norma de carácter general contenida en el artículo 830 Código de Comercio, la cual, como se vio, se refiere expresamente a la figura de extralimitación del derecho. De igual forma, es posible tomar como sustento normas especiales, en las cuales se determina precisamente la responsabilidad de los bancos por el contenido de cláusulas abusivas dentro de sus contratos: un ejemplo de esto es el artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de Octubre de 1994. M.P. Carlos Esteban Jaramillo.

<sup>49</sup> “...en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante.” (Art. 98 num. 4º, EOSF).

Adicionalmente, Rodríguez Azuero considera una segunda alternativa judicial, con fundamento en el contenido del artículo 98 numeral 3° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero<sup>50</sup>, al establecer lo siguiente: “Cabe también pensar en la protección derivada de la posibilidad de ejercitar acciones de clase, esto es, de aquéllas que se ejercen por un numero plural de personas, situadas en idéntica posición frente al contrato, y que no sólo simplifican el pronunciamiento judicial al sustituir por esa vía procesos individuales sino cuyos resultados pueden extenderse y beneficiar a quienes no demandaron pero se encuentran en idénticas condiciones”<sup>51</sup>. Hay que aclarar que el EOSF no consagra expresamente esta posibilidad, pero es posible darle aplicación tomando como fundamento el artículo bajo estudio y la finalidad y reglamentación propia de figuras como la acción de grupo<sup>52</sup>.

Otra posibilidad es una protección preventiva en la cual, en lugar de obtener reparación por perjuicios causados, lo que se pretende es evitarlos. Lo que se plantea es que los reglamentos generales en los cuales se basan los clausulados de los contratos celebrados entre los establecimientos bancarios y sus clientes sea sometido a una revisión previa por parte de la Superintendencia Financiera; actualmente, la legislación colombiana solo

---

<sup>50</sup> “De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 45 de 1990, las personas perjudicadas por la ejecución de las prácticas a que se refieren los numerales anteriores del presente artículo podrán intentar la correspondiente acción de responsabilidad civil para la indemnización del daño causado, que se tramitará por el procedimiento ordinario, pero con observancia de las reglas previstas por los numerales 3. a 7. y 9. a 15 del artículo 36 del Decreto 3466 de 1982. Para estos efectos, las personas que no comparezcan serán representadas por la Superintendencia Bancaria, tratándose de conductas imputables a entidades sometidas a su vigilancia. La publicación de la sentencia se hará por la Superintendencia Bancaria, en estos casos, y la notificación del auto que dé traslado de las liquidaciones presentadas, a que se refiere el numeral 13. del mencionado artículo 36, se efectuará por estado.” (Art. 98, num. 3°, EOSF).

<sup>51</sup> RODRÍGUEZ AZUERO. Ob-cit. P. 191.

<sup>52</sup> Artículo 88 de la Constitución Política y Ley 472 de 1998.

consagra ésta obligación para los contratos fiduciarios en el artículo 146 numeral 4° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero<sup>53</sup>.

Finalmente, como mecanismo adicional de protección a favor de los clientes en ciertos eventos en los casos en los cuales las cláusulas que integran el contrato generan dudas respecto de su interpretación, es que las mismas siempre serán interpretadas a favor del contratante adherido sin posibilidad de discutir el contenido de las mismas, de acuerdo con lo consagrado el artículo 1624 del Código Civil<sup>54</sup>.

#### **4. RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS EN OTROS EVENTOS**

Con anterioridad se trataron los eventos en los cuales las entidades bancarias pueden incurrir en responsabilidad civil derivada del giro ordinario de su actividad frente a sus clientes. Sin embargo, hay obligaciones adicionales que éstos adquieren por el simple hecho de su carácter de empresarios y profesionales, y que pueden ser incumplidas. En ese caso, si se causa un daño, surgirá la obligación reparatoria. A continuación me referiré brevemente a algunas de esas obligaciones.

##### **4.1. INFORMACIÓN**

---

<sup>53</sup> “Los modelos respectivos, en cuanto estén destinados a servir como base para la celebración de contratos por adhesión o para la prestación masiva del servicio, serán evaluados previamente por la Superintendencia Bancaria al igual que toda modificación o adición que pretenda introducirse en las condiciones generales consignadas en los mismos” (Art. 146 numeral 4 del EOSF).

<sup>54</sup> “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella” (Art. 1624 Código Civil).

Suescún Melo establece que el banquero en determinadas ocasiones actúa como mandatario y que “para efecto de ciertas operaciones encomendadas a los Bancos, éstos han de observar las órdenes impartidas por sus clientes y no deben inmiscuirse en las decisiones de estos”<sup>55</sup>. Lo anterior ha dado lugar a que en ciertas circunstancias, respaldados por dicha obligación, las entidades bancarias se exoneren de responsabilidad en algunos países europeos, respaldándose en el hecho de estar acatando ordenes en su calidad de mandatarios, olvidando que, ante todo, los bancos son sujetos profesionales que, antes del deber de acatar las instrucciones de sus clientes, deben suministrarles las informaciones relevantes para que tales decisiones no les sean perjudiciales.

Así, hay circunstancias en las cuales los bancos, atendiendo a su especial conocimiento sobre la materia no deben omitir la obligación que tienen de informar a sus clientes acerca de los riesgos que ciertas operaciones pueden implicar.

La obligación de información a cargo de los bancos es de resultado, lo cual implica que el cliente no debe entrar a probar la culpa del banco. Es el banco quien deberá probar que sí hizo entrega oportuna y completa de la información a su cliente<sup>56</sup>. Además, el banco sólo podrá librarse de responsabilidad si acredita que no suministró la información o que la suministró parcialmente, debido a un factor extraño.

---

<sup>55</sup> SUESCÚN MELO. Ob-cit. Tomo I. P. 465.

<sup>56</sup> Inciso segundo del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

El banco debe plantear al cliente los posibles riesgos y cuales son las alternativas disponibles y sus posibles resultados, sin querer decir que el banco incurrirá en responsabilidad por los resultados derivados de la operación por la cual haya optado su cliente al analizar la información suministrada.

Así, cuando el banco omite la obligación bajo comentario y con ello se causa un perjuicio al cliente, el banco estará en la obligación de indemnizar los perjuicios respectivos. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el derecho europeo, si el usuario del sistema, habiendo sido informado por el banco o habiendo actuado como si tuviera la información relevante, autoriza expresamente a la entidad para que actúe de determinada forma, ésta quedara eximida de responsabilidad.

Respecto del deber de información del profesional, manifiesta Suescún Melo que “esta prestación se exige de todo profesional frente a cualquier persona que tenga en mente contratarlo, es decir, antes de celebrar el contrato y lo hace responsable extracontractualmente por los daños que pueda sufrir esa persona por la falta de información o por información inexacta, incompleta o desactualizada.”<sup>57</sup> Adicionalmente, el mismo autor establece que “el cabal cumplimiento de este deber exige al profesional que manifieste a su cliente los aspectos negativos o contraproducentes de los servicios o del encargo que se le encomiendan, así como subrayar los riesgos que conllevan las transacciones que se proyectan, de suerte que el cliente debe ser advertido de los peligros que afronta y de la forma de evitarlos, lo que significa que el profesional no debe dudar en disuadir a su cliente de obrar en la forma que pretende hacerlo, debiendo incluso, en casos

---

<sup>57</sup> SUESCÚN MELO. Ob-cit. Tomo I. P. 444.

extremos, rechazar la tarea que se le propone, cuando considere que está destinada al fracaso.”<sup>58</sup>

## **4.2. SECRETO BANCARIO**

El secreto o reserva bancaria es una obligación de resultado que consiste en guardar la privacidad de las fuentes, destino, cuantía, etc., de las operaciones celebradas por sus clientes, al igual que cualquiera de los documentos –como estados financieros- que éstos últimos presentan a los bancos como requisito para la realización de diversas operaciones.<sup>59</sup>

Toda vez que esta obligación se incumpla, el banco deberá indemnizar los perjuicios que cause a sus clientes.

Conviene tener en cuenta que la obligación de reserva no se considera incumplida en aquéllos eventos en que las entidades bancarias están obligadas a suministrar la información a funcionarios públicos en el marco de procesos judiciales o investigaciones administrativas. Así mismo, hay circunstancias en las cuales de la conducta indebida del cliente en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones crediticias, surge el derecho y, al mismo tiempo, el deber del banco de dar a conocer al público cierta información, como ciertamente sucede con los reportes a las centrales de riesgo, tema que se analizará mas adelante. En esos casos, en principio, no se compromete la responsabilidad civil de las entidades bancarias.

---

<sup>58</sup> *Ibíd.* P. 466.

<sup>59</sup> RODRÍGUEZ AZUERO. *Ob-cit.* P.192.

Adicionalmente, existe la posibilidad de que dentro del clausulado del contrato suscrito entre un particular y una entidad bancaria se estipule la posibilidad de revelar dicha información confidencial sin que ello represente incumplimiento de la obligación bajo estudio. En este evento sería necesario entrar a evaluar si se trata de una cláusula abusiva que de forma discreta, al eliminar la obligación general, lo que hace es limitar la responsabilidad de la entidad bancaria. Es así como, de acuerdo con lo anterior es posible determinarse sin hacer un estudio demasiado profundo que desborde el alcance de este trabajo, que la cláusula en mención puede ser abusiva toda vez que limita la responsabilidad de los establecimientos bancarios frente a los eventos en los cuales revelan información que es confidencial.

#### **4.3. CENTRALES DE RIESGO**

Las centrales de riesgo son bases de datos que para el caso concreto de la actividad financiera, específicamente del mercado de crédito, pretende registrar los volúmenes de endeudamiento de una persona –natural o jurídica- en la actualidad o en un período de tiempo precedente. Estas centrales son utilizadas como referencia a la hora de otorgarse créditos que le permite a la entidad establecer el riesgo que le generaría contratar con dichas personas.

También hay casos en los cuales a los cliente se les cancela su cuenta por manejo indebido de la misma, lo cual, a manera de protección del sistema, da lugar a reportarlo ante estas centrales, sin que esto se vea, como se mencionó atrás, como incumplimiento del deber de reserva bancario sino, por el contrario, como una sanción a los clientes que han tenido

comportamientos indebidos y, al mismo tiempo, como mecanismo de protección del sistema financiero mismo.

En el caso del reporte a las centrales de riesgo, el punto mas importante es el de la responsabilidad, pues acá el banco puede llegar a causar daños por el solo hecho de informar. El verdadero problema que se plantea es de carácter probatorio, al momento de determinarse cuáles son los daños que se han causado. Ciertamente, en algunas circunstancias, pueden llegar a causarse daños patrimoniales y, en otras, daños extramatrimoniales por la afectación de derechos como el buen nombre. Igualmente, en algunos eventos, el problema de la causación de los daños deberá analizarse con base en la teoría del daño como pérdida de oportunidad. Lo que si está claro, es que situaciones como ésta, en las cuales se debe tener en cuenta el carácter de empresario y profesional de las entidades financieras, su nivel de diligencia exigido es superior y, por tal motivo, si la información es suministrada equivocadamente o inclusive con certeza pero de mala fe, la entidad debe responder por los perjuicios que cause.

Como mecanismo de protección ante el tema de las bases de datos, en la actualidad existe lo que se conoce como el habeas data, que es el conjunto de principios que protegen la guarda de la información sobre una persona. Lo que se pretende, es que el cliente pueda acceder a la información que de él se haya recopilado en las bases de datos y solicitar su actualización o su modificación en caso de inexactitudes, así como asegurar la confidencialidad de la misma para que no haya usos indebidos.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo referente al habeas data<sup>60</sup>, ésta dispone que es abusivo el registro, conservación y circulación de datos de un cliente más allá del término legalmente establecido para el ejercicio de acciones judiciales encaminadas al cobro de obligaciones. Así, cada vez que de acuerdo con esto se cause un daño con ocasión de la extralimitación del derecho de los clientes o del incumpliendo del deber de confidencialidad, la entidad bancaria deberá reparar los perjuicios respectivos.

Para terminar, no hay que olvidar que estamos en presencia de un derecho fundamental – artículo 15 Constitución Política-, y que, por tanto, puede acudir a la acción de tutela contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política. Aunque esta acción constitucional no tenga por objeto la indemnización, es un mecanismo mediante el cual también se puede proteger a los clientes de entidades bancarias respecto del uso indebido que junto con las centrales de riesgo hagan de la información de ellos ahí guardada.

#### 4.4. OBLIGACIÓN DE CONTRATAR

Al inicio de este capítulo, al hablarse de los contratos por adhesión, se estableció que la autonomía de la voluntad de los clientes de los bancos se encuentra limitada por el hecho de

---

<sup>60</sup> “En ese orden de ideas, los titulares de la información tienen como ámbitos de protección, (i) el derecho a **conocer** los datos personales remitidos a las bases de datos, comprendiendo adicionalmente la posibilidad de que el titular sea informado en qué base de datos aparece reportado, así como la naturaleza y propósito de la misma y de acceder al contenido de la información recopilada, la cual en caso de ser reportada sin que medie ningún tipo de autorización, o se varíe respecto de la autorización otorgada, puede dar lugar a que se efectúe la respectiva reclamación, con el fin de que se realice la exclusión del dato; (ii) el derecho de **actualización**, el cual se refiere a la facultad de solicitar que toda nueva información, primordialmente aquella relacionada con el cumplimiento de las obligaciones, así sea tardío, se ingrese de manera inmediata al banco de datos y (iii) la facultad de **rectificación** de los datos, entre otras cosas, por tratarse de información que no es veraz, que es ambigua y puede dar lugar a interpretaciones equívocas o que fue obtenida por medios ilegales y su publicación se efectúa por canales que lesionan los derechos fundamentales del titular.” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 547 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.)

no poder discutir el contenido de las cláusulas del contrato. De igual forma, hay que decir que la autonomía de los bancos no es total, aunque éstos son quienes redactan el clausulado en mención, pues no tienen total discrecionalidad para decidir cuando no contratar con cierta persona, sino que por el contrario, para poder hacerlo deben tener una razón justificada, teniendo en cuenta que, según el artículo 335 de la Constitución, se trata de un servicio público. Un claro ejemplo de los casos en los cuales una entidad bancaria se puede abstener de contratar, se da cuando la persona ha sido reportada a las centrales de riesgo por incumpliendo de sus obligaciones crediticias, como se explicó anteriormente.<sup>61</sup>

Otra causal considerada razonable para no contratar es la de que el potencial cliente se encuentre mencionado en la llamada “Lista Clinton”. Esta lista creada por el gobierno de los Estados Unidos contiene los nombres de las personas –naturales y jurídicas– colombianas que tienen relación con las actividades de narcotráfico y lavado de activos. Además, establece que quienes realicen actividades comerciales con esas personas tendrán graves consecuencias respecto del mercado norteamericano: “la vinculación jurídica con las personas allí incluidas traería graves consecuencias económicas para la banca colombiana”<sup>62</sup>. Es por esta razón, que la misma Corte Constitucional ha considerado en múltiples ocasiones que el hecho de que una persona esté en la “lista Clinton” es una causal razonable y objetiva para que un banco decida no contratar con ella<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> “ello no significa que la Constitución le imponga a las instituciones financieras restricciones desproporcionadas que desborden el núcleo esencial del derecho a la autonomía privada, como serían la obligación de aprobar automáticamente todo tipo de créditos, “(...) pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente...”. (Sentencia SU-157 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero).” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-468 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> “La Corte resalta que, en efecto, la mayoría de las entidades financieras colombianas mantienen relaciones comerciales muy importantes con la banca norteamericana, por lo que las medidas adoptadas en nuestro país

Ahora bien, si una entidad bancaria se abstiene de contratar con alguien por el hecho de estar incluido en la lista en mención, siendo que la inclusión de este potencial cliente es un error, pueden llegar a causarse múltiples perjuicios que, en principio deberían dar lugar a indemnizar. Lo importante en este caso es determinar quién es el verdadero causante de tales daños. Si se analizara la situación del banco, podría argumentarse la existencia de un factor extraño que permita su exoneración. Ciertamente, la decisión del banco de no contratar, se habría basado en la lista misma, cuya elaboración se encuentra fuera de su círculo de control. Por tanto, considero defendible la posibilidad de estructurar la responsabilidad de las entidades a cargo de la elaboración de la lista, en lugar de atribuirle responsabilidad a las instituciones bancarias, las cuales tenían derecho a confiar en la precisión de la información contenida en ella.

---

se dirigen a proteger a las instituciones financieras colombianas de riesgos inminentes propiciados por la fuerte capacidad de intimidación que tiene la banca norteamericana sobre el mercado financiero colombiano. En consecuencia, los efectos 'reflejo' de la lista Clinton producen un estado de indefensión indudable para la banca colombiana, por lo que se considera que ella debe defender el interés general de los ahorradores. Así las cosas, tal y como se plantean en la actualidad los hechos, la negociación con quienes aparecen en la lista Clinton podría propiciar un desequilibrio económico desproporcionado para el sistema financiero colombiano, el cual no puede ser controlado por las autoridades de este país, como quiera que la lista Clinton no es norma que pueda ser vinculante en Colombia, por ende no tiene fuerza coercitiva para los residentes en este país. Por lo tanto, la Corte Constitucional considera que la prohibición de negociación bancaria con personas que fueron incluidas en la lista Clinton constituye una causal objetiva que justifica la decisión de la banca". (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-157 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero)

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- La primera conclusión que se desprende del presente estudio es que al hablarse de responsabilidad civil de los empresarios derivada de actividades financieras, concretamente de actividades bancarias, se está en presencia de un sistema de responsabilidad civil profesional que supone unos estándares estrictos de diligencia; no se habla de un modelo de comportamiento basado en el patrón de conducta del buen padre de familia, sino en el del buen hombre de negocios y, concretamente, del buen profesional, lo cual se traduce en una mayor pericia, prudencia y diligencia, adicional a la buena fe con la cual debe dar cumplimiento a sus obligaciones legales y contractuales.

- Aunque al hablarse de actividades financieras se está haciendo alusión a temas concretamente patrimoniales, los daños que se pueden causar en el ejercicio de la misma no siempre revisten este carácter sino que, en ocasiones, pueden llegar a ser extrapatrimoniales, como se presenta en el caso de la afectación al buen nombre del cliente en los eventos de perjuicios causados por el reporte de información incorrecta a las centrales de riesgo.

- El tema de la responsabilidad civil de los empresarios derivada de la actividad financiera da lugar a la implementación de teorías o planteamientos aplicados en otras legislaciones que, aunque no se encuentran prohibidas en nuestra legislación, no tienen una fuerte aceptación jurisprudencial y doctrinal, como es el caso de un sistema de responsabilidad objetiva y la aplicación del sistema de los “daños punitivos”.

- Partiendo de la redacción de algunas de las normas estudiadas en el presente trabajo, la responsabilidad de los empresarios en el campo bajo estudio, aparentemente, encaja en un sistema de responsabilidad objetiva, toda vez que las normas consagran unos supuestos que de llegar a coincidir con la realidad deben ser aplicadas sin dar lugar a que se discuta el grado de diligencia o negligencia con la que actuó el empresario; con el simple hecho de cumplirse con el supuesto fáctico de la norma se determina la responsabilidad del sujeto que incurrió en la conducta dañosa y sólo podrá exonerarse por los casos expresa y taxativamente consagradas en la ley.

- La recomendación que puede plantearse es la aceptación e implementación de un sistema claro de responsabilidad objetiva para los eventos de responsabilidad civil de los empresarios en el campo de la actividad financiera, que otorgue mayores garantías a los consumidores. Lo anterior, moderado con la aplicación, en cada caso, de unas claras y determinadas circunstancias eximentes de responsabilidad.

- Otra conclusión es la aplicación de los “daños punitivos”, los cuales como en su debido momento se mencionó, son perfectamente aceptables en Colombia. Hay normas, como el artículo 731 del Código de Comercio, que consagran sanciones que pretenden o persiguen lo mismo que éstos en su aplicación en el derecho anglosajón.

- Como recomendación respecto al punto anterior, se propone no propiamente la implementación de esta teoría, sino su aceptación y expansión en el ordenamiento jurídico, por cuanto se sostiene que ésta ya existe en Colombia. La recomendación consiste en admitir la aplicabilidad de esta figura con características que la hagan menos arbitraria que

en el derecho anglosajón. Como se dijo, la finalidad castigadora de los daños punitivos tienen un propósito que no va en contra de las indemnizaciones reparadoras sino que va más allá de dejar a la persona en la misma situación en la que se encontraría si el daño no se hubiera producido, toda vez que busca, adicionalmente, sancionar al autor de daño para que no repita la reprochable e indeseada conducta.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ALCARAZ VARÓ. Enrique / HUGHES, Brian. Diccionario de Términos Jurídicos – Ingles Español. Barcelona: Editorial Ariel, Séptima Edición, 2003.
  
- BETANCOURT CUARTAS, Belisario. Política y Derecho del Consumo. Bogotá: El Navegante Editores, 1998.
  
- Black´s Law Dictionary. Estados Unidos: Thomson West, Octava Edición, 2004.
  
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA. 2004.
  
- Código Civil de Colombia. Bogotá: Legis. 2003.
  
- Código de Comercio de Colombia. Bogotá: Legis. 2004.
  
- Constitución Política de Colombia. Bogotá: Legis. 2007.
  
- FARINA, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.

- Gran Enciclopedia Ilustrada del Círculo de Lectores. Barcelona: Plaza & János S.A. Editores, 1984.
- [http://www.mju.es/derechos\\_cons.htm](http://www.mju.es/derechos_cons.htm). - Ministerio de Justicia de España
- MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Cátedra de Derecho Bancario Colombiano. Bogotá: Editorial Legis, 2004.
- NARVÁEZ, José Ignacio. Derecho Mercantil - Tomo II: La Empresa y el Establecimiento. Bogotá: Editorial Legis. 2002.
- PEÑA NOSSA, Lisandro. Curso de Títulos Valores. Bogotá: Cámara de Comercio. 1999.
- Proyecto de Código de Comercio – Tomo II. Bogotá: Imprenta Nacional. 1958.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. España: Real Academia Española, 2001.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios. Bogotá: Editorial Legis.
- SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

- SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo – Tomos I y II. Bogotá: Legis, 2003.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil, Tomo IV. Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luís Guillermo. Bienes. Bogotá: Temis, 1998.

### **JURISPRUDENCIA**

- CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 16 de mayo de 1991.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 547 de 2008.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 468 de 2003
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 099 de 2003.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 916 de 2002.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU – 157 de 1999.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de junio de 2008. M.P. Edgardo Villamil Portilla.
  
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de junio de 2005.
  
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de mayo de 2005. M.P. Julio Cesar Copete.
  
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de septiembre de 2003.
  
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 1994. M.P. Carlos Esteban Jaramillo.
  
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de agosto de 1980.
  
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de mayo de 1974.