



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

LAS TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS DE FONDOS –TEF- EN COLOMBIA

Análisis de la Responsabilidad contractual del Establecimiento Bancario según la jurisprudencia de la Delegatura Jurisdiccional de la Superintendencia Financiera de Colombia

Electronic Funds Transfers -EFT- in Colombia

Analysis of the contractual responsibility of the Banking Establishment according to the jurisdictional jurisprudence of the Superintendencia Financiera of Colombia

RICARDO DURÁN VINAZCO

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Cundinamarca
Bogotá D.C., Colombia

2018

LAS TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS DE FONDOS –TEF- EN COLOMBIA

Análisis de la Responsabilidad contractual del Establecimiento Bancario según la jurisprudencia de la Delegatura Jurisdiccional de la Superintendencia Financiera de Colombia

Electronic Funds Transfers -EFT- in Colombia

Analysis of the contractual responsibility of the Banking Establishment according to the jurisdictional jurisprudence of the Superintendencia Financiera of Colombia

RICARDO DURÁN VINAZCO

Tesis o trabajo de investigación presentada(o) como requisito parcial para optar al título
de:

Doctor en Derecho

Director (a):

Doctor José Guillermo Castro Ayala

Línea de Investigación: Dogmática
Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Cundinamarca,
Bogotá D.C., Colombia

2018

*En memoria de mi madre, Ana Dolly Vinasco
Moreno, y dedicada a mis hijos Felipe y
Ricardo.*

Resumen

En el marco del impacto de la tecnología en el Derecho, siendo un tema global que se localiza, el Sistema Financiero en Colombia, particularmente los Establecimientos de crédito bancarios, son los llamados naturales a la implementación del Sistema de Pago Electrónico y en consecuencia de las Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-. Así mismo, ante la anomia de un tratamiento jurídico sistematizado sobre ellas, el principio de la autonomía privada de la voluntad negocial entra a suplir esa deficiencia. El Consumidor Financiero se encuentra en una relación desigual o asimétrica frente al Sistema Financiero, por lo que se requiere “la intromisión” del Estado para tratar de aminorar los efectos desiguales en dicha relación. El trabajo analiza y describe el tratamiento jurídico de las Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, lo mismo que la manera cómo se produce la intervención estatal desde el legislativo, el ejecutivo en su función de inspección, vigilancia y control y desde el judicial cómo las jurisprudencias de las altas cortes arrojan directrices seguidas por la Delegatura jurisdiccional de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Palabras clave: Sistema de Pago Electrónico, Transferencia Electrónica de Fondos, Sistema Financiero, Consumidor Financiero, jurisprudencia de la Delegatura jurisdiccional de la Superintendencia Financiera, Autonomía Privada de la Voluntad.

Abstract

In the context of the impact of technology on the Law, being a global issue that is located, the Financial System in Colombia, particularly the bank credit establishments, are the natural calls for the implementation of the Electronic Payment System and as a consequence of the Electronic Funds Transfers –EFT-. Likewise, before the anomie of a legal treatment systematized on them, the principle of the private autonomy of the negotiating will is the call to supply that deficiency. The Financial Consumer is in an unequal or asymmetric relationship with the Financial System, which is why it is necessary to "interfere" with the State in order to reduce the unequal effects of this relationship. The paper analyzes and describes the legal treatment of the Electronic Funds Transfers -EFT-, as well as the way in which state intervention occurs from the legislature, the executive in its function of inspection, surveillance and control and from the judicial as the jurisprudence of the high courts issue guidelines followed by the jurisdictional Delegation of the Financial Superintendence of Colombia.

Keywords: Electronic Payment System, Electronic Funds Transfer, Financial System, Financial Consumer, Jurisprudence of the jurisdictional Delegation of the Financial Superintendence, Private Autonomy of the Will.

Contenido

1. CAPÍTULO I: Aspectos jurídicos básicos de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-.....	7
1.1 Sistema de pago electrónico.....	8
1.1.1 Medios o mecanismos de pago, Técnicas e Instrumentos:	10
1.1.2 Técnicas, métodos o sistemas de pago:.....	11
1.1.3 Instrumentos de pago:.....	11
1.2 Definición de Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-	12
1.3 Clasificación de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-.....	13
1.4 Naturaleza jurídica de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-.....	14
1.5 Historia e importancia de las Transferencias Electrónicas de Fondos -TEF-.....	15
1.5.1 Colombia:.....	16
1.6 Clases de las Transferencias Electrónicas de Fondos -TEF-.....	21
1.7 Mecanismos como se desarrollan las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-	22
1.8 Ventajas y desventajas de las Transferencias Electrónicas de Fondos -TEF- ..	23
1.9 Relaciones en la operación de Transferencias Electrónicas de Fondos -TEF-..	24
1.9.1 -R1-: Ordenante – Institución financiera O.	26
1.9.2 -R2-: Institución financiera O. - Institución financiera B.....	27
1.9.3 -R3-: Institución financiera B. – Beneficiario	32
1.9.4 -R4-: Ordenante – Beneficiario	32
1.10 Normatividad de las Transferencias Electrónicas de Fondos -TEF- en Colombia	38
2. CAPÍTULO II: Problemáticas de la transferencia electrónica de fondos –TEF- y la transferencia electrónica de fondos –TEF- internacional	41
2.1 Problemáticas de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-:.....	41
2.2 El Comercio Electrónico en la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-	43
2.3 La prueba de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-	44
2.4 Dinero Electrónico	44
2.5 Seguridad en la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-.....	46
2.6 Responsabilidad Penal en las –TEF-	49
2.6.1 Colombia.....	54
2.7 Responsabilidad Civil en la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-.....	58
2.8 Derecho comparado.....	63
2.8.1 Estado Unidos	63
2.8.2 Unión Europea.....	67
2.8.3 Chile.....	68
2.8.4 Venezuela.....	71
2.8.5 México.....	71
2.8.6 Ecuador.....	74
2.8.7 España.....	74
2.8.8 Organización de Estados Americanos -OEA-.....	75
2.8.9 África.....	77
2.9 Lex Electrónica.....	79

3. CAPÍTULO III: Asimetría entre el consumidor financiero y los establecimientos de crédito - bancos- en Colombia.....	82
3.1 Medidas de prevención en contra de la problemática.....	89
3.1.1 Derechos del consumidor.....	89
3.1.2 Obligaciones de las partes.....	92
3.1.3 Función pública de las instituciones crediticias.....	98
3.2 Medidas de contención en contra la problemática.....	100
3.2.1 Responsabilidad por fraudes electrónicos.....	100
3.2.2 Planteamiento del problema respecto a la responsabilidad subjetiva.....	102
3.2.3 Planteamiento del problema respecto a la responsabilidad objetiva.....	103
3.3 Análisis de la asimetría respecto a las sentencias más relevantes de la Corte Suprema de Justicia.....	108
3.3.1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (tutela), 11 de marzo de 2010, MP: Arturo Solarte Rodríguez.....	108
3.3.2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de diciembre de 2016, Magistrado Ponente, Ariel Salazar Ramírez.....	114
3.4 Análisis de la asimetría desde la perspectiva de la Superintendencia Financiera: Perfil del Consumidor.....	118
4. CONCLUSIONES GENERALES.....	124
5. ANEXO 1: Instrumentos Inmateriales de Pago.....	129
6. ANEXO 2: Análisis sentencias perfil financiero.....	131
7. ANEXO 3: Normatividad.....	145
8. ANEXO 4: Protocolos de seguridad.....	150
9. ANEXO 5: Nova Lex Mercatoria.....	152
10. ANEXO 6: Régimen Jurídico del Sistema Financiero.....	154
11. ANEXO 7: Derechos y obligaciones del consumidor.....	155
12. Bibliografía.....	156

Lista de Símbolos y abreviaturas

ACH: Automatic Clearing Houses

ANIF: Asociación Nacional de Instituciones Financieras

ATM: Automated Teller Machine o Cajeros automáticos

BOLERO: Bill off lading electronic register operation

CC: Código Civil Colombiano

C de Co: Código de Comercio Colombiano

CEDEC: Sistema de compensación de cheques del banco de la república

CELS: Centro de Estudios Legales y Sociales

CENIT: Compensación Electrónica Nacional Interbancaria

CF: Consumidor Financiero

CGP: Código General del Proceso Colombiano

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

CP: Constitución Política Colombiana

CPSS: Committee on Payment and Settlement Systems o Comité de Sistemas de Pago y Liquidación Público

DCVBR: Depósito Centralizado de Valores Banco de la República

DECEVAL: Depósito Centralizado de Valores

DNS: Deferred Net Settlement

EDI: Intercambio Electrónico de Datos

EFT: Electronic Funds Transfer

EFTA: Electronic Funds Transfer Act

EOSF: Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

HB: Home Banking o Banca Hogareña

IBAN: International Bank Account Number

IC: Institución Crediticia

IF: Instituciones Financieras

LBTR: Liquidación Bruta en Tiempo Real

LND: Liquidación Neta Diferida

LTOSF: Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros Mexicana

PIN: Número de Identificación Personal

POS: Points of Sale Systems o Terminales en punto de venta

PSE: Pagos Seguros en Línea

P2P: peer to peer

RPS: Retail Payment Systems

RTGS: Real Time Gross Settlement

SEBRA: Sistema Electrónico del Banco de la República

SEC: Sistemas Electrónicos de Compensación

SF: Sistema Financiero

SMS: Short Message System

SPEI: Sistema de Pagos Electrónicos Interbancario

SWIFT: Society for Worldwide Interbank Financial

OEA: Organización de Estados Americanos

ONU: Organización de las Naciones Unidas

TARGET: European Automated Real-time Gross-settlement Express Transfer

TEF: Transferencia Electrónica de Fondos

UCC: Uniform Commercial Code

UMSA: Uniform Money Services Act

VPN: Virtual Private Network

WPS: Wholesale Payment Systems

Introducción

TEMA: El tema de la Tesis doctoral es la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- o la Electronic Funds Transfer -EFT- , o simplemente transferencia de dinero o de capital, “pase de fondos” ó “giro bancario”, es decir, la vieja operación bancaria de transferencia de dinero pero hecha hoy por medios electrónicos (Delpiazzo, 2005).

Así, “La electrónica, en definitiva, no deja si no de ser el medio de expresión de la voluntad como lo es el correo, el fax o el teléfono, por eso, la creación de la voluntad seguirá el proceso que siempre ha tenido, y lo que variará será el camino o medio para expresarla, que utilizará las vías electrónicas o telemáticas.” (Perales, 2014, p. 415)

Como se verá en el trabajo, se hacen consideraciones atinentes a la protección jurídica que recibe del Estado colombiano el Consumidor Financiero en particular, dentro del Derecho de Consumo, y al interior de éste, el denominado Derecho de Protección al Consumidor Financiero, por ser la parte débil en la asimetría que existe entre él y los sujetos jurídicos que componen el sistema financiero colombiano, específicamente los Establecimientos de Crédito, y dentro de ellos, los Establecimientos Bancarios comerciales.

PROBLEMA: Existe una anomia: una ausencia de tratamiento jurídico del tema de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF- en Colombia, desde las políticas públicas, pasando por la ley, la jurisprudencia y la doctrina nacional. No hay una forma organizada y sistematizada, con las consecuencias adversas que dicha omisión genera.

PREGUNTA: ¿Cuál es el Derecho aplicable en la realización de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- , a partir de la reforma financiera contenida en la Ley 45 de 1990, como operación activa para las instituciones financieras, los Establecimientos de Crédito, los Establecimientos Bancarios, en Colombia?

HIPÓTESIS: Se considera que el tema de la regulación de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF- en Colombia, se ha dejado al ejercicio del principio de la autonomía privada de la voluntad material y para los casos de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF- internacionales, al mismo principio, pero en su versión conflictual, es decir, pudiendo elegir el derecho aplicable y el juez competente, para dirimir controversias (Urbina, 2011).

En la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías se hace el reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad a partir del artículo seis que consagra el “principio de libertad de pacto”, el cual tiene un doble alcance, por un lado, el conflictual o en sentido internacional privatístico y por el otro, un sentido material o negocial. Por el primero se puede escoger la ley del contrato y por el segundo determinar el contenido del mismo (Oviedo, 2005). En este sentido se considera que las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF- internacionales se realizan fundadas en dicho principio en su versión conflictual. Al mismo tiempo la relación de asimetría entre el –CF- y el SF- , requiere de la “intromisión” del Estado, la cual se verifica desde las tres ramas del poder público y en particular desde la jurisprudencia de la Delegatura Jurisdiccional de la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual refleja que en materia de Responsabilidad contractual del Establecimiento Bancario, el Estado es proclive a la defensa del –CF-.

El tema se desarrolla en tres capítulos, unas conclusiones generales, tres anexos y la bibliografía.

En el capítulo primero se estudian los aspectos jurídicos básicos, el sistema de pagos en Colombia, la definición de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-, la naturaleza jurídica, la historia e importancia, las clases de Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-, mecanismos de desarrollo y ventajas y desventajas de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-, las cuatro relaciones básicas en la realización de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-, Comercio Electrónico, Dinero Electrónico (Bitcoint) y la normatividad aplicable en Colombia a las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-.

El trabajo del capítulo I desarrolla un esquema básico de estudio de las relaciones jurídicas de los posibles intervinientes en la realización de la Transferencia Electrónica de

Fondos -TEF-. La a.- que se establece entre el ordenante de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- y el Banco receptor de la orden; la b.- que se podría realizar entre Bancos, en acatamiento de la orden; luego la c.- que se podría dar entre ese Banco realizador de la orden y el Beneficiario de la misma, teniendo presente que dichos sujetos pueden estar ubicados en diferentes lugares del mundo. Por último, d.- la relación jurídica básica entre el ordenante y el beneficiario, que da origen a la realización de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-. Así se desarrollan las siguientes cuatros relaciones R1, R2, R3, R4:

R1- la relación jurídica entre el ordenante y el Banco, su objeto, naturaleza jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, y la -TEF- efectuada a través de los sistemas automáticos de pago.

R2- la relación entre el Banco receptor de la orden y los demás bancos intervinientes. El objeto, las características de una Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- con participación de dos o más bancos. La problemática de las *Cámaras de Compensación Automáticas o Automatic Clearing Houses –ACH-*, como una de las formas de expresión de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- y su responsabilidad.

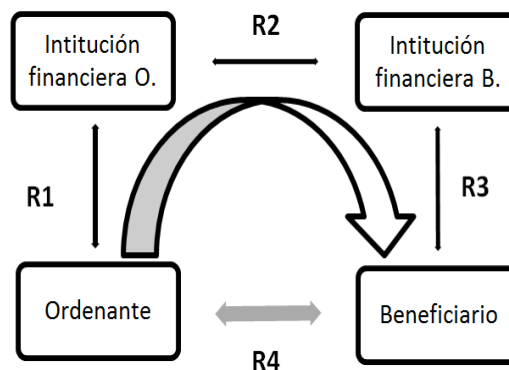
R3- las relaciones jurídicas entre el banco pagador y el beneficiario de la transferencia. Específicamente el análisis del objeto y generalidades, la naturaleza jurídica de la relación, los derechos y obligaciones de las partes, y el derecho al abono en cuenta.

R4- la relación jurídica entre el ordenante y el beneficiario de la transferencia. El objeto de la relación y la admisibilidad de la –TEF-. El siguiente esquema lo visualiza:

Así, a partir del capítulo segundo se desarrolla la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF -como operación bancaria, la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- internacional y su problemática jurídica particular, en relación con el Comercio Electrónico, la prueba de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- su naturaleza jurídica como dinero electrónico, la seguridad en la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-, la Responsabilidad Civil y Penal en la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-, un breve estudio de Derecho Comparado y la Lex Electrónica.

En el capítulo tercero se analiza, teniendo en cuenta el poco uso de los medios electrónicos de pago en Colombia frente al uso del efectivo, cuál es la posición del Estado colombiano frente al consumidor financiero en particular, dada la asimetría entre el consumidor financiero y los establecimientos de crédito en Colombia, la normatividad aplicable, y en particular la jurisprudencia del perfil del consumidor financiero en Colombia. Específicamente se presentan los resultados del estudio sobre la Responsabilidad Civil de los establecimientos bancarios demandados, en donde se aborda la problemática relacionada con la forma de acoplamiento de las reglas adoptadas por las altas cortes, en el tema del cambio de la concepción de la responsabilidad de las instituciones financieras, desde la objetiva a la subjetiva y dentro de ésta asumiendo la responsabilidad por riesgo.

A partir del análisis jurisprudencial de las altas cortes y en particular de 54 jurisprudencias de la Delegatura jurisdiccional de la Superintendencia Financiera de Colombia, se estudia la incidencia de dichos cambios jurisprudenciales en la posición de dicha Delegatura, concluyendo que esta Delegatura actual es proclive en la defensa del



consumidor financiero.

Por último, se presentarán unas conclusiones generales.

1.CAPÍTULO I: Aspectos jurídicos básicos de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-

El impacto de las tecnologías, la informática y las comunicaciones en general, han permeado todos los aspectos de la vida posmoderna. Los usuarios prefieren la ubicuidad, la simultaneidad y sin darse cuenta se produce el rompimiento de los paradigmas del tiempo y el espacio, por lo que dichas tecnologías representan. Todo lo anterior no es ajeno a los sistemas de pago en general y a las Transferencias Electrónicas de Fondos – TEF-, en particular.

A finales del siglo XX empezaron a masificarse conceptos tales como a.- *Cashless society*, que consistió en una sociedad, en la cual los operadores económicos recurrieron a nuevos medios de transferencias de fondos, con la finalidad de no acudir al dinero en efectivo (Ettore, 1997, p. 10), b.- *la ubicuidad de los pagos*, debido a que un usuario deseaba poder enviar o recibir dinero a cualquier persona en cualquier parte del mundo de forma instantánea (Krueger, 2002) y, c.- *la electronificación de los sistemas de pagos*, que respondiendo a una sociedad hiperconectada, con necesidad de realizar pagos ágiles, seguros y económicos, se vio en la obligación de diseñar nuevos instrumentos de pago o a redefinir los existentes (Rico, 2012, p. 34).

Las Transferencias Electrónicas de Fondos -TEF-, son el gran recurso técnico y jurídico sobre los que se edifican los medios electrónicos de pago y están presentes en todos los instrumentos de pago desarrollados por la tecnología, volviendo este recurso indispensable para el cumplimiento de las obligaciones dinerarias (Rico, 2012, p. 38).

Estas pueden tener origen en negocios jurídicos tradicionales o negocios jurídicos desenvueltos en el comercio electrónico.

El desarrollo del capítulo primero obedece a una descripción conceptual acerca de las Transferencias Electrónicas de Fondos -TEF- , justificado en la tendencia mundial de sustituir el dinero en efectivo (papel) por impulsos electrónicos (Raisbeck, 2017).

En Colombia ha habido proyectos pilotos, con la finalidad de materializar este fenómeno, como es el caso del municipio de “Concepción” en el Departamento de Antioquia, en

donde se sustituyó totalmente las transacciones de dinero en efectivo por Transferencias Electrónicas de Fondos (ASOBANCARIA, 2016).

Con la finalidad de realizar un marco conceptual adecuado para el análisis de las Transferencias Electrónicas de Fondos -TEF-, este aparte del capítulo de subdividirá en: 1) sistema de pago, 2) definición de Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-, 3) naturaleza jurídica de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-, 4) historia e importancia de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF- en Colombia, 5) clases de Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-, 6) mecanismos a través de los cuales se desarrollan las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-, 7) ventajas y desventajas de las Transferencias Electrónicas de Fondos -TEF-, 8) las relaciones en la operación de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF- y 9) la normatividad de las mismas en Colombia.

1.1 Sistema de pago electrónico

En la legislación colombiana el art. 1626 del CC¹, regula el pago, entendido como negocio jurídico dispositivo, traslativo, y en su forma más simple como la prestación de lo que se debe, es decir, que atendiendo al contenido de la prestación habrá pago en la medida que el deudor adopte la conducta prevista en el momento de nacer la obligación. Es interpretado como: paga el que debe, a quien le debe, lo que se debe (Rodríguez, 2009).

Dentro del ciclo normativo que se debe analizar para comprender el concepto de pago a cabalidad, está el art. 1625 que regula los modos de extinción de las obligaciones y en el caso del Derecho Comercial la remisión normativa al Código Civil desde los artículos 2° y 822 del C de Co, con excepción de que haya normas particulares en materia comercial.

Como el punto central es la intermediación de la tecnología, es necesario definir el pago electrónico como “aquellas operaciones de pago que se realizan por medios electrónicos” (Davara, 1993, p. 262).

Los sistemas de pago consisten en “acuerdos establecidos por los individuos y las instituciones para transferir valores, representados en medios de pago, con la finalidad de satisfacer obligaciones que surgen de las transacciones comerciales y financieras” (González, 2000, p. 145).

Los sistemas de pago electrónicos obedecen a la misma definición, con la salvedad de que las operaciones para desarrollarlos se realizan mediante un medio electrónico o telemático.

¹ El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.

Dichos sistemas de pago electrónicos deben atender ciertas características desarrolladas con la finalidad de brindar seguridad y confianza a los usuarios, las cuales son: Autenticación, autorización, Integridad, confidencialidad, disponibilidad, fiabilidad y no repudio.

Autenticación: Probar de forma interactiva la identidad de las partes (Martínez, 2007, p. 8). Existen cuatro clases de autenticación:

a) biométrica, reconociendo las características biológicas del usuario (Martínez, 2007, p. 13).

b) autenticación en internet, es decir, con protocolos de autenticación. Dentro de dichos protocolos podemos encontrar:

-*Secure Socket Layer –SSL-*: Es un protocolo diseñado para para garantizar la seguridad en la comunicación entre servidores web y navegadores web (Martínez, 2007, p. 20), funciona de la siguiente forma:

“Una conexión u operación SSL tiene dos fases. En la primera el cliente o navegador (por ejemplo, el del comprador) y servidor (del comercio o intermediario) pactan los parámetros de la comunicación, el servidor se autentica ante el cliente (navegador) y acuerdan una clave de sesión. En la fase de acuerdo una vez han llegado a este acuerdo comienza el intercambio de datos propiamente dicho, durante el cual los datos viajan encriptados con la clave de sesión que acaban de negociar cliente y servidor” (Martínez, 2007, p. 53).

-*Secure Electronic Transaction –SET-*: Es un sistema de administración de riesgo: hoy tiene una solución que funciona en el mundo físico, las ordenes por teléfono, el correo, y lo que busca es pasar, transponer o mover esa garantía de pago y los mecanismos establecidos al ciberespacio reforzando las relaciones existentes entre las partes hoy (Orfei, 1999, p. 291). El objetivo que se persigue con este protocolo es asegurar el pago mediante tarjetas electrónicas de crédito, garantizando la inviolabilidad de los datos transmitidos a través de internet, autenticando las partes y manteniendo la privacidad de sus datos y de la transacción (Rico, 2000)

-*3D SECURE*: Este protocolo diseñado para el pago con tarjeta, se proponía como una herramienta para aumentar el nivel de seguridad de los pagos electrónicos en Internet (Martínez, 2007, p. 21).

- *TRANSPORT LAYER SECURITY –TLS-*: En caso de que el cliente web (navegador web) no sea capaz de comprobar satisfactoriamente todas las cuestiones advierte al usuario presentado una ventana emergente para que este decida si quiere proseguir o no con la comunicación: Si el usuario decide seguir, lo hará consiente de que la comunicación no es segura (Martínez, 2007, p. 57).

c) autenticación con móvil, debido a que el usuario está asociado por medio de la tarjeta SIM (Martínez, 2007, p. 14).

d) certificación electrónica. (Rico, 2000, p. 208). También se puede identificar a las partes por medio de entidades de certificación electrónica, con datos personales o preguntas de información personal, sin embargo, estas formas reducen el nivel de seguridad en la transacción.

Integridad: Se debe garantizar que el mensaje de datos no ha sido modificado (Martínez, 2007, p. 9).

Autorización: Todos los cargos de dinero a un usuario deben ser autorizados explícitamente por él (Martínez, 2003, p. 28). El usuario puede autorizar o consentir de tres formas: primero, con una autorización por fuera de banda -out band-, de forma tal que la parte verificadora solicita al usuario su autorización o denegación por medio de un canal seguro como el correo electrónico; segundo con password y, tercero con firma digital (Martínez, 2003, p. 29).

Confidencialidad: Restricción del conocimiento de información relativa a la transacción (Martínez, 2003, p. 30). Desde el punto de vista de la transmisión del mensaje, éste debe ser seguro sin que terceros puedan acceder a él (Martínez, 2007, p. 8), y debe cumplir con la característica de no seguimiento, es decir, no rastrear los pagos hechos por el usuario (Martínez, 2003, p. 31).

Disponibilidad y fiabilidad: Debe ser accesibles a toda clase de público hacer o recibir pagos (Martínez, 2003, p. 31).

No repudio: El vendedor busca tener una garantía para que el comprador no repudie una orden que sí realizó o un mensaje que sí envió (Martínez, 2007, p. 8).

1.1.1 Medios o mecanismos de pago, Técnicas e Instrumentos:

Otra forma de ubicar las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-, es distinguiendo los Medios de pago, las Técnicas de pago y los Instrumentos de pago, para ubicarlas dentro de los denominados Instrumentos de pago inmateriales (Ravassa, 2007, p. 104).

Un medio de pago es todo lo que sirve para el cumplimiento de una obligación (Rico Carrillo, 2012, p. 50), siendo así mismo, los mecanismos que permiten satisfacer el pago de lo debido, correspondiente a los medios de extinción de las obligaciones. En el ámbito nacional con el art 1625 CC, y en el ámbito internacional² con la extinción de las

² Los medios de pago internacionales se clasifiquen en tres bandas de seguridad, siendo el más seguro, costoso y lento el denominado “crédito documentario irrevocable y confirmado”. En el extremo opuesto, es decir, menos seguro, más económico y rápido se encuentran la “orden de pago simple”, el “cheque

obligaciones, por ejemplo, con el Coutrade³, en sus modalidades Barter⁴, Ofset⁵ y Buyback⁶ (Marzorati, 2003, p. 387).

Históricamente han existido tres generaciones de medios de pago, así: la primera generación consiste en el transporte material, es decir, el mismo comerciante por intermediario o correo dinerario; en la segunda generación interviene un sujeto intermediario en el pago normalmente una institución financiera, y en la tercera generación, se desmaterializa la operación, sin soporte documental y surgen las Transferencias Electrónicas de Fondos -TEF- (Carrascosa, 2006, p. 735).

1.1.2 Técnicas, métodos o sistemas de pago:

Se refiere al sistema, método o técnica a través del cual se realiza el pago de lo debido, la cual se clasifica en dos formas, es decir, en pago directo del deudor y en el pago mediante un intermediario, que generalmente es una institución financiera. Ejemplo de esto son los pagos contra documento en donde interviene una entidad bancaria (Ravassa, 2007, p.105).

1.1.3 Instrumentos de pago:

Es el vehículo empleado para hacer efectivo el medio de pago, monedas, cheques, letras de cambio y Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- (Echebarría, 2007, p. 220). Estos instrumentos son clasificados en materiales e inmateriales o electrónicos:

Materiales: En esta clasificación se ubica el dinero como bien mueble según el art. 663 CC, los títulos valores de contenido crediticio, que son documentos, según los artículos 243 y 244 del C.G.P., relacionados en el art. 619 C de Co, y los valores según el art. 2° de la ley 964 de 2005.

En cuanto al dinero tenemos que económicamente se entiende como una unidad de media (Ravassa, 2007, p.106). En derecho sólo es dinero aquél bien mueble que la ley reconoce tal (Ravassa, 2007, p.107).

Inmateriales o electrónicos: Estos comprenden los impulsos electrónicos. El Reglamento 2560/2001, art. 2, literal b, de la Unión Europea, lo define como un “instrumento de pago de acceso a distancia y un instrumento de dinero electrónico que permita a su portador

personal y bancario” y la “remesa simple”. En un estadio equidistante, o banda intermedia, se sitúa la “orden de pago documentaria” y la “remesa documentaria” (Ravassa, 2007, p.105).

³ Contracomercio, permuta comercial o intercambio compensado

⁴ Mercancías en lugar de dinero

⁵ Acuerdos de compensación de saldos

⁶ Acuerdo de recompra

efectuar una o más operaciones de pago electrónico” (Reglamento UE, 2001). Para tener una información detallada de la clasificación de los instrumentos de pago electrónico ver ANEXO 1.

En esta última categoría se ubican las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF- y los documentos electrónicos que son una adecuación digital de los documentos de pago tradicionales, como los cheques electrónicos o el Conocimiento de Embarque conocido como BOLERO⁷.

Una precisión importante en este punto es que, así las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF- se ubiquen en el sistema de pagos, específicamente en los instrumentos de pago inmateriales, esto no significa que cada vez que se realice una Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- se hace un pago, como por ejemplo, cuando se da el caso de una Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- entre dos cuentas de un mismo sujeto jurídico, de la cuenta de ahorro se pasa dinero a la cuenta corriente bancaria o al encargo fiduciario, es decir, un mismo sujeto jurídico titular de diferentes cuentas en la misma o en distintas instituciones financieras, se transfiere dinero.

1.2 Definición de Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-

Antes de detallar el concepto de Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-, se debe aclarar el concepto de *transmisión electrónica*, por ser el aspecto técnico de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-, diciendo que “es la transmisión de mensajes de un medio electrónico a otro medio electrónico, o sea transferencia de mensajes computadora a computadora.” (Rodner, 1999, p. 231).

Para la *CNUDMI- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, las –TEF- se entienden: “En las transferencias por télex y las transferencias de computadora a computadora es el iniciador de la transferencia de fondos quien empieza los trámites bancarios emitiendo una orden de pago⁸ a su banco para que adeude su cuenta y acredite la del beneficiario. La transferencia de fondos cuyo iniciador es quien pone en marcha los trámites bancarios suele denominarse transferencia de crédito, y ése es el término utilizado en la Ley Modelo” (CNUDMI, 1994, p. 16).

⁷ Bill of lading electronic register operation

⁸ Literal b) artículo 1, Por "orden de pago" se entenderá la instrucción pura y simple dada, en cualquier forma, por un expedidor a un banco receptor de poner a disposición de un beneficiario una suma determinada o determinable de dinero si: i) El banco receptor ha de ser reembolsado debitando una cuenta del expedidor, o recibiendo de otra manera el pago del expedidor, y ii) Las instrucciones no estipulan que el pago haya de hacerse a petición del beneficiario (CNUDMI, 1994, p. 16).

El primer país del mundo en definir las –TEF- fueron los Estados Unidos, mediante la *EFTA- Electronic Funds Transfer Act*: “Es una transferencia de fondos, teléfono, computadora (incluyendo banca on-line) o cinta magnética con el propósito de ordenar, instruir o autorizar a una institución financiera a debitar o acreditar la cuenta de un consumidor”⁹ (EFTA, 1978).

Banco Mundial: Acorde al “Glosario de términos utilizados en los sistemas de pagos y liquidaciones” del Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos con la colaboración del Banco Mundial, describe desde el punto operativo a las –TEF- como: “a) el traslado de instrumentos o dinero físico; b) los registros contables en los libros de un intermediario financiero, o c) los registros contables procesados por un sistema de transferencia de fondos y/o valores.” (Banco Mundial & Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 2002).

Unión Europea: Según la Directiva 97/05/CE, art. 2, literal j: “una operación efectuada por iniciativa de un ordenante a través de una entidad, o una sucursal de entidad, situada en un Estado miembro, destinada a poner una cantidad de dinero a disposición de un beneficiario en una entidad o una sucursal de entidad situada en otro Estado miembro; el ordenante y el beneficiario podrán ser la misma persona” (Directiva, 1997) y según Reglamento 2015/847/CE: art 3 # 9, “ toda transacción efectuada al menos parcialmente por medios electrónicos por cuenta de un ordenante a través de un prestador de servicios de pago, con objeto de poner fondos a disposición de un beneficiario a través de un prestador de servicios de pago, con independencia de que el ordenante y el beneficiario sean la misma persona y de que el prestador de servicios de pago del ordenante y el del beneficiario sea el mismo” (Reglamento CE, 2015)¹⁰.

1.3 Clasificación de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-

Respecto de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-, no tenemos una definición en la ley, ni un tratamiento dogmático en la jurisprudencia colombiana, por lo que según la doctrina internacional son también llamadas “pase de fondos” o “giro bancario” (Delpiazzo, 2005, p. 15), las cuales pueden ser abordadas de dos formas, que se refieren a criterios doctrinales, en sentido amplio y estricto, sumada a la óptica internacional ya mencionada.

⁹ Text original: is a transfer of funds is initiated through an electronic terminal, telephone, computer (including on-line banking) or magnetic tape for the purpose of ordering, instructing, or authorizing a financial institution to debit or credit a consumer’s account.

¹⁰ Se toman como referencia la Directiva 97/05/CE, por ser hito en cuanto a regulación de las -TEF- y el Reglamento 2015/847/CE, por ser el pronunciamiento más reciente. Esto permite denotar el avance conceptual que ha tenido la entidad.

En sentido amplio: Orden de transferir fondos de una persona a otra efectuada por medio de sistemas electrónicos (Ettore, 1997, p. 6); operación en la cual uno o más pasos fueron llevados a cabo por técnicas basadas en papel y ahora son hechas por medios electrónicos (Hernández, 2005, p. 63) y como dispositivos de pago electrónico para efectuar pagos a través de mecanismos electrónicos (Rico, 2012, p. 35).

En sentido estricto: son operaciones cuyo fin es transferir fondos de un patrimonio a otro, sin ningún movimiento de dinero en sentido tradicional, sino mediante instrucciones electrónicas (Ettore, 1997, p. 7); un flujo de fondos a través del movimiento de los balances de cuentas en entidades bancarias (González, 2000, p. 145); un movimiento de fondos entre el ordenante y el beneficiario mediante anotaciones contables (Madrid, 2001, p. 122); una técnica contable para realizar diversos negocios jurídicos (Echebarría, 2007, p. 251); un conjunto de equipos con el fin de implantar un flujo de señales electrónicas en lugar de dinero en efectivo (Rico, 2012, p. 44) y un juego contable por el cual se asienta un débito en la cuenta del deudor de la orden (ordenante) y se asienta un crédito en la cuenta del beneficiario, usando o empleando un medio electrónico de forma “on line”, también entendida como un medio destinado a agilizar el proceso de movimiento de crédito dentro del sistema bancario, con base en medios electrónicos, así, toda –TEF- requiere instrucciones por parte del ordenante y el cumplimiento de las mismas por parte de la institución financiera, lo cual implica un contrato entre el ordenante y el banco que deberá cumplirse por éste (Álvarez-Correa, 1991).

1.4 Naturaleza jurídica de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-

No existe unanimidad de carácter doctrinal, ante la falta de regulación sobre las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-, sobre la naturaleza jurídica de las mismas. Sin embargo, según las principales tendencias doctrinales, se puede establecer un panorama generalizado sobre la naturaleza jurídica de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-.

Italia: el principal exponente de esta corriente es Giannantonio Ettore, quien las clasifica: 1) Como actos abstractos “actos que no contienen su propia justificación causal, sino que la toman de un acto distinto, generalmente de naturaleza comercial.” (Ettore, 1997, p. 56), 2) como actos de ejecución, un acto comercial caracterizado por el animus solvendi, mientras medie intervención humana de forma inmediata¹¹, 3) como hecho jurídico ya

¹¹ Según el doctrinante no tendría animus solvendi, cuando la transferencia es dispuesta por una computadora a partir de variables creadas por ella. Sin embargo, hay que tener en cuenta que cualquier sistema de experto, tiene que ser programado por un hombre en algún punto, sea directamente para él o por medio otro negocio jurídico, lo que significa que hay una persona responsable de su adecuado funcionamiento y de las consecuencias que dicho programa pueda ocasionar.

que “no es un elemento subjetivo sino un elemento objetivo: no es la presencia de una intención subjetiva de ejecutar, sino la objetiva finalidad del acto de cumplir una prestación en favor del acreedor” (Ettore, 1997, p. 59), y 4) como declaraciones electrónicas, con eficacia autónoma, es decir, “el reconocimiento de una eficacia de la orden de transferencia, diferente a la regulación subyacente, incide sobre la naturaleza jurídica misma de la orden de transferencia” (Ettore, 1997, p. 64), como es el caso de las transferencias que realiza un mismo usuario en diferentes cuentas de las que es titular en una o varias instituciones financieras.

Alemania: se concibe como un contrato de servicios cuyo objetivo es un negocio jurídico de gestión (Hernández, 2005, p. 65).

Francia y España: como una delegación de la deuda (Hernández, 2005, p. 65-66).

Nos acogemos a la tesis según la cual es el reconocimiento de la eficacia de la orden de transferencia, por ser su razón de ser.

1.5 Historia e importancia de las Transferencias Electrónicas de Fondos -TEF-

“Suecia fue el primer país del mundo europeo hacia 1616 en introducir billetes emitidos por bancos privados como formato de pago, y será el primer país del mundo en eliminar el dinero físico y establecer un sistema de pagos electrónico” (Raisbeck, 2016).

Es generalizada la impresión en el sentido de que todos los desarrollos tecnológicos, una vez surgió el internet a finales del siglo XX, son extremadamente rápidos. Cuando se habla de Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, se piensa como un desarrollo novedoso, aunque sus inicios se remontan al año 1918, en Estados Unidos, cuando la Reserva Federal, recién fundada, estableció como una de sus prioridades crear un sistema de transferencias electrónicas. A pesar de los numerosos cambios que este ha presentado a lo largo de los años, el concepto sigue siendo el mismo, es decir, aquel según el cual un valor se deduce de una de las partes para luego abonarlo a favor de otra mediante una transferencia electrónica (Cartes, 1999, p. 261).

Es importante destacar que en sus inicios, estas transferencias fueron creadas para uso exclusivo de entidades financieras (Rico, 2012, p. 36), como redes cerradas interbancarias que dotaron de seguridad y agilidad las comunicaciones en sistemas bancarios (Hernández, 2005, p. 68).

Sin embargo, con el desarrollo de los cajeros automáticos en los años setenta 70, el sector financiero incluyó a los consumidores, masificando de esta forma el uso de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-, brindando una solución en tiempo real, rápida y sin necesidad de internet que en ese momento no era cotidiano (Arbeláez & Zuluaga, 2006), pero empezaban a emplearse las computadoras con fines financieros.

En 1975 entró en servicio el primer sistema internacional de mensajes interbancarios de computadora a computadora (CNUDMI,1992).

En 1978, Estados Unidos es pionero en establecer normatividad sancionando en este año la Electronic Funds Transfer Act -EFTA-, a nivel federal y en 1980 el reglamento Federal Reserve Board a nivel estadual (Ettore, 1997, p. 17). Desde este punto en adelante se han desarrollado diferentes mecanismos de operar las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-, pero el concepto no cambia.

1.5.1 Colombia:

El tema de la realización de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- hay que dimensionarlas en Colombia, para entender la importancia o relevancia que tiene su estudio.

Una de las dimensiones más importantes, no la única, en el uso de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- tiene relación íntima con el Comercio Electrónico, como se ha dicho y se itera, dado que es el medio de pago por excelencia usado para dicho comercio.

¿Qué se entiende por comercio electrónico?

“...La Red, en la actualidad, es considerada como un nuevo espacio de carácter virtual, que amplía las relaciones sociales de distintos tipos... Una de las relaciones inmersas en la Red...son las relaciones comerciales, las cuales son entendidas como relaciones de Comercio Electrónico...el Comercio Electrónico puede entenderse como el conjunto de actividades comerciales que impliquen la transmisión de datos informáticos para la celebración de contratos entre personas o para la realización de actividades que estén relacionadas con los mismos –pagos, downloads, envío de información, entre otros–. Para otros..., el Comercio Electrónico se entiende como un escenario virtual en el cual se realizan las distintas actividades comerciales, tales como compraventa de bienes y servicios, operaciones bancarias y otras. La única diferencia que existe entre una y otra consiste en el reconocimiento que hace la segunda de un espacio. Mientras que en la primera la definición se centra sólo en las actividades, la segunda no entiende el Comercio Electrónico como operaciones, sino como un espacio en el cual ocurren las mismas. Sin importar esta distinción..., es necesario agregar que el Comercio Electrónico no sólo cubre la esfera de las actividades comerciales propiamente dichas, sino también aquellas que impliquen la afectación de un Derecho que se considera de naturaleza comercial... Este nuevo espacio, a su vez, cuenta con unas características especiales que lo diferencian del espacio físico y, por tanto, de la forma de realización de las actividades comerciales. Dichas características son: a) virtualidad; b) no vectorialidad y; c) internacionalidad. La virtualidad consiste en la forma de relacionarse los agentes económicos. Mientras que las relaciones comerciales en el espacio físico implica, generalmente, la presencia y el contacto directo entre los agentes económicos –bien sea

persona a persona o persona a intermediario–, el Comercio Electrónico implica una relación virtual, es decir, los contactos se realizan mediante el intercambio de E- Mails, aceptación de términos y condiciones en una Website –como es el caso de los Clickwraps y los Browserswraps–, los cuales no implican un contacto directo o personal real. La no vectorialidad se entiende como la imposibilidad de identificación geográfica y temporal de una relación comercial. Mientras que en el espacio físico las relaciones comerciales pueden identificarse en un punto geográfico y en un momento concreto –por ello es posible “ubicarlas en un mapa”–, en el Comercio Electrónico no pueden identificarse de igual forma...De la virtualidad y la no vectorialidad se deriva la tercera característica del Comercio Electrónico, la internacionalidad...la legislación colombiana ha asumido esta definición al establecer en su art. 2º lit. b) de la Ley 527 de 1999 que por Comercio Electrónico se entienden las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar...” (Urbina, 2012).

En el “REPORTE DE INDUSTRIA: EL *E-COMMERCE* EN COLOMBIA 2017”, se sostiene que hacia el 2019 dicho comercio alcanzará para América Latina la cifra de U\$85.000.00 millones de dólares, en donde uno de los dos aspectos inmaduros del comercio electrónico en Colombia tiene que ver con la dificultad de ciertas poblaciones para adaptarse a la compra digital, personas de mayor edad, personas con menor acceso a dispositivos y planes de datos y personas que no confían en los pagos online. Según el Informe la cifra aproximada del comercio electrónico en Colombia para 2016 asciende a la suma de U\$26.700 millones de dólares, que en el mundo el 75% de los internautas que usan dispositivos móviles han comprado a través de sus dispositivos, mientras que en Latinoamérica y en Colombia tres de cada diez compras efectuadas son realizadas a través de esos dispositivos (BlackSip, 2007, p. 4).

Señala que uno de los factores que permiten pronosticar el crecimiento de dicho comercio electrónico tiene que ver con el aumento en la conectividad y aumento de internautas, la transformación de las transacciones digitales con nuevas formas de pago y de dinero digital.

El informe del Banco de la República denominado “¿Cómo pagan los colombianos y por qué?” dice que nueve de cada diez pagos en el país se hacen en efectivo. Así, mientras un sueco realiza al menos un pago electrónico cada día, es decir, sin dinero físico de por medio, una persona en Colombia hace el mismo ejercicio, pero sólo una vez por mes. Esto sucede no precisamente por falta de canales o dificultades en el acceso al sistema bancario. En Colombia ocho de cada diez personas tienen un producto financiero, hay 26 millones de tarjetas débito, 15 millones de tarjetas crédito que se pueden usar como medio de pago, 365 mil datafonos, 100 mil corresponsales bancarios y cientos de aplicaciones para hacer transacciones electrónicas gratis, que son expresiones de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-.

Dice textualmente el informe: "...Este reporte presenta los resultados de dos encuestas, una a consumidores y otra a pequeños comerciantes, efectuadas en las cinco principales ciudades colombianas entre abril y junio de 2016. El estudio es un esfuerzo conjunto del Banco de la República, la Asociación Bancaria de Colombia, Redeban Multicolor S.A. y la firma Cifras & Conceptos, por entender los factores que determinan el acceso, uso y aceptación de los pagos electrónicos en Colombia. Entre los mensajes centrales de la investigación se encuentra que aunque los consumidores urbanos han alcanzado un alto grado de acceso a instrumentos de pago electrónicos, estos siguen haciendo un 97% de sus pagos en efectivo debido a la limitada aceptación de estos instrumentos en sus transacciones cotidianas. La renuencia de los pequeños comercios a aceptar pagos electrónicos se debe a varios aspectos entre los cuales se destacan sus percepciones respecto a los altos costos de operar con pagos electrónicos frente al efectivo y la perspectiva de mayores cargas impositivas. No obstante, los pequeños comercios reconocen las oportunidades que puede traerles el aceptar pagos electrónicos en términos de eficiencia y competitividad. Estos factores no solo están asociados con la decisión de aceptar o no pagos electrónicos sino, de igual relevancia, con sus decisiones de formalizarse y acceder a productos del sistema financiero...." (Arango, et al., 2017, p. 1).

El mencionado informe afirma en el punto sobre "Acceso y uso de instrumentos de pago para consumidores urbanos", que "...los principales productos transaccionales a los cuales los consumidores tienen acceso son las cuentas de depósito con el sistema financiero y las tarjetas débito, mientras que las tarjetas de crédito solo están presentes en un cuarto de la población urbana adulta y el acceso a cheques es casi nulo. Además,... ratifica los hallazgos de muchos estudios sobre inclusión financiera: el acceso a cuentas de depósito, tarjetas débito y crédito y cheques está asociado positivamente con la riqueza (medida por el estrato), ... Al comparar este comportamiento con el de otras economías desarrolladas (Arango et al., 2017), se encuentra que Colombia aún enfrenta retos importantes en materia de adopción de instrumentos electrónicos.... La edad afecta el acceso a tarjetas y cheques haciendo que la tenencia de estos instrumentos sea más frecuente en personas entre 30 y 50 años de edad. Adicionalmente, el acceso a estos servicios es mayor para aquellos que tienen un trabajo formal o que trabajan tiempo completo...el acceso a servicios financieros transaccionales es mayor para los individuos que tienen dispositivos electrónicos como celulares, teléfonos inteligentes, tabletas y computadores, y que usan internet con frecuencia. Lo mismo pasa con los entrevistados que tienen menores restricciones financieras, es decir, aquellos con dinero extra después de realizar los gastos usuales. La organización en las finanzas personales no parece tener una relación fuerte con el acceso, en especial para cuentas de depósito con el sistema financiero...cuentas de depósito, tarjetas débito y crédito o cheques...En general, dueños y no dueños de cuentas de depósito con el sistema financiero entienden su funcionalidad transaccional, creen y confían en sus beneficios de seguridad y las ven como una puerta de entrada a otros servicios financieros. Aun así, quienes tienen cuentas de depósito con el sistema financiero

discrepan significativamente de aquellos que no son propietarios en sus percepciones sobre qué tan prácticos son estos productos financieros para manejar sus ingresos y gastos. Adicionalmente, aunque la confianza de los consumidores en los servicios financieros transaccionales es alta en general, la confidencialidad parece ser un factor diferenciador entre aquellos que acceden a productos transaccionales y sus contrapartes. La mayoría de los consumidores también están de acuerdo en que los costos de las tarjetas son altos comparados con los costos de pagar con efectivo. No obstante, el costo relativo del efectivo versus las tarjetas parece ser un factor diferenciador en la posesión de cuentas de depósito con el sistema financiero, pero no necesariamente en el acceso a tarjetas débito y crédito por parte de los consumidores...” (Arango et al., 2017).

En el informe denominado “Reporte de inclusión financiera 2016”, de la Superintendencia Financiera de Colombia y Banca de las Oportunidades del Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. se dice que cuatro de cada diez personas no usan productos financieros, es decir, que siete millones de colombianos no están bancarizados, que es el concepto de la expresión “bancarizar”. Menciona que la cobertura de la banca en Colombia se reparte en 8080 oficinas, 94.263 corresponsales bancarios, 364.358 Datafonos y 15.227 cajeros automáticos (2016).

Hace referencia el informe a que la meta del Gobierno Nacional de bancarizar a 28 millones de colombianos para el año 2018 no se cumplirá y que aunque el nivel de bancarización en Colombia marca un 77.3% lo cual cubre a unas 25.7 millones de personas, no todas usan sus productos financieros, esto es que, cuatro de cada diez bancarizados no han usado sus servicios financieros desde hace aproximadamente seis meses, y en particular en cuanto al uso de la cuenta de ahorros, seis de cada diez no reportan movimientos para el primer semestre del 2017 (Superintendencia Financiera, et al., 2016).

En Colombia, según el diario EL TIEMPO en noticia del 13 de junio de 2017, hoy las empresas destinan más recursos, más porcentajes de ventas a la investigación. En lo que denomina la “Innovación”, la destaca alrededor de lo digital en el sector financiero, según las entidades en particular, poniendo como ejemplo la “Fábrica Digital”, desarrollos de billeteras digitales, sistemas de pago virtuales, el botón de pagos seguros en línea - PSE-.

En otras palabras, según el informe citado “¿Cómo pagan los colombianos y por qué?”, alrededor del 97% de las compras cotidianas en Colombia se realizan con dinero en efectivo, lo cual dice de la poca aceptación que hay en el comercio de los medios de pago electrónicos, lo cual impacta los otros sectores de la economía como los servicios, la construcción o el transporte, debido a los costos e impuestos asociados a estos, y la falta de confianza de los usuarios frente a los recursos tecnológicos, encontrando en el efectivo un instrumento ampliamente aceptado, fácil y rápido de usar y de conveniencia para controlar los gastos (Arango et al., 2017, p.12).

Es por ello que el informe citado, los investigadores que lo realizaron, “enfatan en que el posicionamiento de la economía subterránea en el país se debe al uso del efectivo, en parte, promovido por impuestos como el cuatro 4 por mil 1.000, que entró al esquema tributario como temporal y se quedó para siempre, tras la reforma tributaria del 2016”. Y citan “... cerca del 90 por ciento de las transacciones se hacen en efectivo, principalmente, para no pagar el gravamen a los movimientos financieros. También el 63 por ciento del ahorro de las personas se está haciendo en efectivo...” (Superintendencia financiera, et al., 2016, p. 17).

Pero además de estos datos en lo que llamaríamos la economía formal, se pregunta sobre cuál es la importancia económica que tiene el que, por ejemplo, en el comercio los pagos precisamente se hagan usando el dinero en efectivo y su efecto colateral en los otros sectores de la economía.

Así, la Asobancaria considera que en el mercado financiero coexisten dos segmentos que operan con reglas muy diferentes, en lo relacionado con la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-.

En el primero, operan las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, sobre las cuales recae el peso de revelar información, adoptar medidas de seguridad y control y prevenir el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

En el segundo, hay una proliferación de esquemas que cumplen con la función propia de un sistema de pagos de bajo valor, que no está sometido a supervisión alguna, y que opera a veces con ánimo fraudulento. La falta de vigilancia sobre este segmento, junto con la carencia absoluta de información sobre los volúmenes transados o las reglas de acceso y funcionamiento, ponen en entredicho la seguridad del ahorro del público intermediado informalmente y generan desconfianza en la realización de operaciones de comercio electrónico.

El impulso a las transacciones financieras a través de medios electrónicos es fundamental para masificar el acceso de la población a los servicios bancarios formales, en beneficio del desarrollo económico del país.

Así mismo considera que la informalidad y la preferencia por el dinero en efectivo propician un escenario ideal para la evasión tributaria y el ocultamiento de actividades delictivas, como la falsificación, la venta de armas y el lavado de dinero. (Cuéllar, et al., 2009)

Además, dificultan y debilitan la transmisión de las políticas económicas, especialmente las monetarias. Esto ha sido aprovechado en Colombia por grupos al margen de la ley (mafia, guerrilla, paramilitares y entidades no vigiladas por el Estado) para ejercer actividades financieras de captación, manejo o recaudo de recursos del público.

En el estudio realizado por la Asociación Nacional de Instituciones Financieras –Anif-, a petición de la Asociación Bancaria y de Instituciones Financieras –Asobancaria-, se dice que la economía subterránea del país equivale al 35% del Producto Interno Bruto –PIB-, durante 2017, lo que equivale a 304 billones de pesos y presenta un crecimiento del 6% anual, es decir, que el Índice de Economía Subterránea –IES-, desarrollado por la misma Anif, es equivalente en Colombia al 2.3 sobre 5. En otras palabras, la ilegalidad mueve en la economía el 1.9 % del PIB equivalente a 16 billones de pesos, es decir, más de dos veces el ingreso proveniente del recaudo del 4 por mil en 2016 (7 billones de pesos). (EL TIEMPO, 11 de junio de 2017).

Efectivamente “En el país ha podido más la ilusión del recaudo “fácil”, de 0,8 por ciento del PIB por año que aporta este gravamen, que el trabajo de inducir la formalización transaccional y, de paso, a la formalización laboral y tributaria que hace crecer la producción y el empleo”, según el estudio citado.

1.6 Clases de las Transferencias Electrónicas de Fondos -TEF-

Las clases de Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- pueden ser desarrolladas según los siguientes criterios de clasificación:

Según el ámbito de aplicación y el monto de la operación: a) Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- por consumo, son operaciones de carácter personal pero realizadas mediante entidades financieras, y b) Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- de alta cuantía, las que se compensan o se liquidan en cámaras de compensación (Rico, 2012, p. 45).

Según el ámbito territorial: a) Nacionales, si tienen lugar bajo la jurisdicción de un mismo Estado, y b) Internacionales, si involucran las jurisdicciones de distintos Estados (Rico, 2012, p. 45).

Según el sistema de ejecución: a) On line, si las operaciones contables se verifican de forma simultánea al momento de emisión de la orden de transferencia, y b) Off line, implican un intervalo de tiempo entre la orden de transferencia y la ejecución de la misma (Rico, 2012, p. 46)

Según la posición del sujeto ordenante: a) Transferencias crédito, el ordenante de la transferencia es el deudor, que emite una orden de pago a su banco para que se transfieran los fondos a la cuenta de su acreedor, y b) Transferencias débito, el ordenante es el propio acreedor quien, previo consentimiento de su deudor, da la orden al banco para que debite en la cuenta de su deudor el monto de lo adeudado (Rico, 2012, p. 47).

Según las redes: a) Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- por medio de redes, son solo sistemas de comunicación, entre los que están a modo de ejemplo las SWIFT, b) Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- mediante redes que permiten el registro contable de forma automática y simultánea, como los Chips (Ettore, 1997, p. 8).

1.7 Mecanismos como se desarrollan las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-

Las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-, como se dijo, son un envío de datos que representan fondos o dinero de una cuenta a otra. Esta definición permite deducir que es un vínculo, conector o un medio para realizar las operaciones, por lo que éstas deben ser materializadas o desarrolladas por otros mecanismos materiales o no, que facilitan su función, entre los que se encuentran a modo de ejemplo, los siguientes:

Cajeros automáticos o Automated Teller Machine –ATM–: Mediante los cuales se pueden realizar depósitos o retiros de dinero durante las 24 horas del día, los siete días de la semana, con las restricciones de seguridad que advertimos en algunos cajeros según su ubicación, pagos, “programas de gestión empresarial” (Ettore, 2016).

Terminales en punto de venta o Points of Sale Systems –POS–: Mediante el uso de las tarjetas débito o crédito, las cuales empezaron a implementarse con una banda, actualmente se usan con un CHIP2 y un Personal Identification Number– PIN –, y se espera que se implementen con “banda de chip laser” (Ettore, 2016).

Banca Hogareña o Home Banking –HB–: En donde se pueden hacer Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF–, desde un computador personal ubicado en la casa o en el puesto de trabajo, para lo cual bastaría una línea telefónica, o televisión por cable (Ettore, 2016). Otros productos desarrollados por la banca son: La banca telefónica, operaciones bancarias realizadas telefónicamente, Internet Banking o e- banking, operaciones bancarias que normalmente se realizaban en oficina y con conexión a internet se pueden realizar desde una computadora o dispositivo móvil.

Cámaras de Compensación Automáticas o Automatic Clearing Houses –ACH–: Los cuales son, “sistemas de liquidación entre bancos por medio de los cuales se procesan diariamente las operaciones bancarias”. En Colombia, por ejemplo, podemos hablar de Depósito Centralizado de Valores S.A.- DECEVAL S.A. –, Depósito Centralizado de Valores Banco de la República- DCVBR.-, Society for World-wide Interbank Financial Telecommunication- SWIFT-, y el mercado bursátil, como serían la Bolsa de Valores de Colombia, la Bolsa Agropecuaria o la Bolsa Energética (Durán Vinazco, 2016, p. 61).

Dinero electrónico: Almacenamiento en la memoria de un ordenador o en una tarjeta determinado valor monetario que permite la realización de pagos en la red (Mateo, 2005).

Acá también se pueden incluir el Bitcóint, como moneda virtual, creada en el año 2009 por Satoshi Nkamoto como moneda digital, generado en la red por la creación de bloques (tienen número de secuencia y son agrupaciones de transacciones, habiendo a 26 de Octubre de 2017 16.648.612 Bitcoins, en el mercado), que conforman la cadena llamada “mina”, usada para las transacciones en red, anónima y descentralizada, utilizada desde cualquier lugar del mundo con conexión a internet, soportada en una red P2P (peer-to-peer) o punto a punto, que no utiliza intermediarios para sus transacciones en la red, lo cual hace que sea gratis y no existen tarifas y tal vez lo más importante, y es que no es controlada por organismos gubernamentales o instituciones financieras (EL TIEMPO, 27 de Octubre de 2017).

1.8 Ventajas y desventajas de las Transferencias Electrónicas de Fondos -TEF-

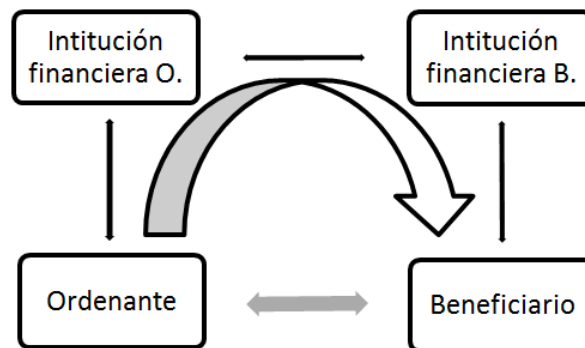
Entre las ventajas más destacables se encuentran: Disminuyen figuras delictuales (Ettore, 1997, p. 15); los bancos reducen costos en gestión de cheques y tarjetas de crédito (Ettore, 1997, p. 16); las transacciones se realizan de forma más fácil, barata y eficiente para los consumidores y comerciantes (González, 2000, p. 145) y reducen los costos operativos por intervención manual no eficiente (González, 2000, p. 148). También hay que tener en cuenta que se puede desarrollar un control más eficiente de los fondos, se puede rastrear el dinero en caso de ser necesitado por entidades judiciales, se reducen los costos para el Estado en emisión de moneda, y potencializa el uso del comercio electrónico activando la economía, entre otras. No obstante, estas ventajas los estudios atrás citados reflejan las causas por las cuales se prefiere el efectivo.

Las desventajas más relevantes son: Generalmente privilegia a las categorías más poderosas que tienen fondos para invertir en tecnología, como es el caso de las entidades crediticias, el surgimiento y creación de nuevos delitos desarrollados en el medio electrónico (Ettore, 1997, p. 16) y falta de educación en el uso de esta herramienta. (Arbeláez, et al., 2006). Sobre los nuevos delitos se menciona la Convención de Budapest de 2004 sobre Ciberdelincuencia, la cual fue incorporada en el TITULO VII BIS del Código Penal colombiano, ley 1237 de 2009, para la protección de la información y de los datos y preservar integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, en dos capítulos desde el artículo 269 A al 269 J. La principal desventaja es combatir la inseguridad que representa este medio, creando confianza en los usuarios, ya que se prefieren los mecanismos tradicionales y poco eficientes por miedo a fraudes o mala utilización de la información en medios electrónicos, así estos resulten más eficientes.

1.9 Relaciones en la operación de Transferencias Electrónicas de Fondos -TEF-

Dentro del marco operacional de las -TEF- se pueden distinguir cuatro tipos de operaciones desempeñadas mediante estas: a) Entre las cuentas de mismo titular bajo la misma institución bancaria, ya sea en la misma sucursal o en diferentes sucursales, b) entre cuentas del mismo titular pero en diferentes instituciones financieras, c) la cuenta de ordenante y del beneficiario corresponden a la misma entidad financiera, d) la cuenta del ordenante pertenece a una entidad financiera distinta a la del beneficiario (Delpiazzo, 2005, p. 16).

En este escrito se analiza en especial la última operación, es decir, aquella en la que la cuenta del ordenante pertenece a una entidad financiera distinta a la del beneficiario:

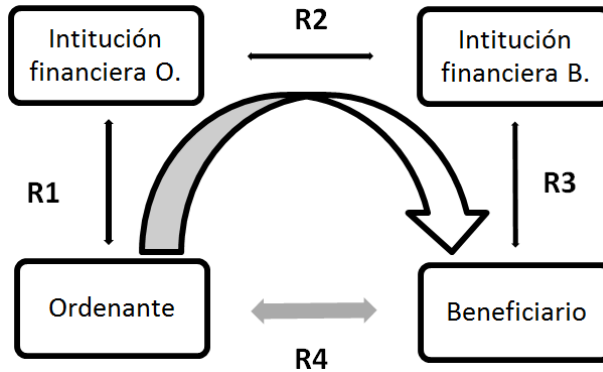


- Ordenante: También se le conoce bajo el nombre de remitente, originador y pagador.
- Institución financiera O: Se le llama participante remitente o participante originador.
- Institución Financiera B: O participante receptor
- Beneficiario: Receptor del pago.

Cabe resaltar que en el caso de las Instituciones financieras en Colombia, sea del ordenante o del beneficiario, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -EOSF- incluye en este concepto a los Establecimientos de Crédito, conformados por bancos,

corporaciones financieras, compañías de financiamiento y las sociedades especializadas en depósito y pago electrónico¹² creadas por la Ley 1735 de 2014.

La operación en términos generales funciona de la siguiente forma: entre el Ordenante y el Beneficiario existe un negocio jurídico subyacente, o negocio base, que puede ser cualquier tipo de negocio jurídico que implique un pago en dinero; después el Ordenante con la finalidad de extinguir su obligación generada en el negocio base, le ordena a la Institución financiera vinculada o que cuenta una suma de acredite en la cuenta en otra institución atendiendo el Ordenante la financiera o realiza de fondos a la financiera B, para con la que está debite de su dinero y la del Beneficiario, financiera; mensaje del Institución una transferencia Institución concluir que la institución financiera del B ponga a disposición los fondos al Beneficiario, extinguiéndose la obligación del negocio jurídico subyacente o negocio jurídico base.



Doctrinalmente en cuanto a la operación de las Transferencia Electrónica de Fondos – TEF- se distinguen dos grandes grupos: a) Las que utilizan las instituciones financieras, b) las que utilizan para los pagos de los consumos personales, identificándolas como dinero electrónico¹³ (Rico Carrillo , 2000).

¹² Las Sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos, son instituciones financieras que no solamente envían y reciben giros financieros, sino que también están sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia. (Durán, 2016, p. 63)

¹³ Esta clasificación tiene su origen desde que se profirió la Recomendación 97/489/CE, aplicada exclusivamente a las operaciones que No son de instituciones financieras.

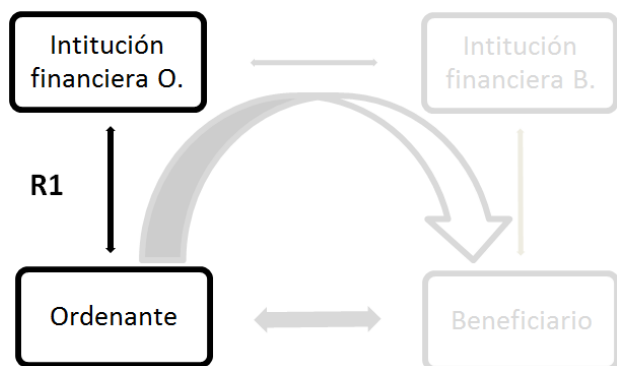
Atendiendo esta clasificación, se hará el análisis descriptivo, de esta operación, de la siguiente forma: **R1**: la relación entre el Ordenante y la Institución financiera en donde es titular de su cuenta, **R2**: Entre instituciones financieras, **R3**: la relación entre la Institución financiera B de donde es titular de la cuenta el beneficiario y el Beneficiario y **R4**: la relación subyacente entre el Ordenante y el Beneficiario. Primero se analizarán las relaciones R1, R2 y R3 que implican instituciones financieras y por último se explicará R4, que corresponde a los pagos de los consumidores directamente sin intermediario.

1.9.1 -R1-: Ordenante – Institución financiera O.

El análisis de esta descripción comprende dos tipos de vínculos jurídicos entre las partes. En primer lugar, para el uso de una Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- debe existir un contrato previo entre el Ordenante y la Institución financiera para que pueda existir la orden de transferencia de una cuenta a otra (Durán, 2016, p. 50).

Cuando se trata de un vínculo de carácter crediticio, puede ser un contrato de mutuo según el artículo 1163 del C de Co o un contrato de apertura de crédito según el art. 1400 del C de Co y cuando se trata de un vínculo de carácter débito, puede ser un contrato de cuenta corriente bancaria según el 1328 del C de Co o un contrato de cuenta de ahorros regulado por el art. 118 del –EOSF-.

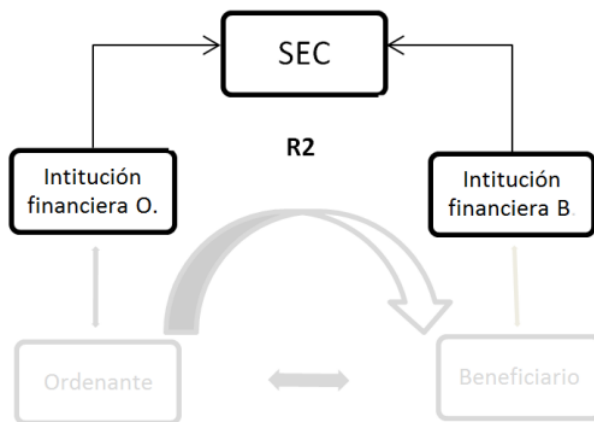
En segundo lugar, se analiza cuál es el negocio jurídico de la orden que le envía el Ordenante a la Institución financiera o, este tiene como objeto incorporar al usuario al sistema de Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF- (Delpiazzo, 2005, p. 18). Como es un tema no regulado las únicas fuentes son de carácter doctrinal, que mayoritariamente se inclinan por un contrato de mandato, “la doctrina como contratos de mandato (una comisión mercantil)... por parte del banco de un servicio de caja en virtud del cual el banco se obliga a realizar pagos y cobros por cuenta y en el interés de sus



clientes” (Rico Carrillo , 2012, p. 47) , “Gómez (2006) dice que la Transferencia Electrónica de Fondos – TEF- es un acto jurídico que se materializa en un contrato entre el ordenante y el ejecutor quien recibe un mandato del primero” (Durán, 2015, p. 101).

En cuanto a las obligaciones de las partes, la Institución Financiera, según el art. 5 del Reglamento 260/2012/CE, debe identificar la cuenta de pago, utilizar formatos de mensaje, garantizar que cuando un usuario de servicios de pago que no sea un consumidor ni una microempresa inicie o reciba transferencias individuales o adeudos

domiciliados individuales que no se transmitan de forma individual, deben ser agrupados para su transmisión y facilitar los datos al beneficiario.



Mientras que el Ordenante debe mitigar las consecuencias derivadas de la falta de transparencia. Primero ordenando la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- con anticipación, segundo controlando la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- adoptando precauciones en caso de que no llegue y tercero estipulando

un seguro sobre el resultado del negocio (Ettore, 1997, p. 29). El seguro solo resultaría óptimo para transacciones de mediano y alto nivel, ya que una transacción de baja cuantía o micro pago sería una imposición que no fortalecería la masificación de este instrumento de pago.

Respecto al cumplimiento de las obligaciones el New Uniform Payments Code considera que un banco ha cumplido la orden cuando: a) ha transmitido la orden de pago, b) ha comunicado al beneficiario que la orden será transmitida, y c) comunicado al banco del beneficiario, que la orden será transmitida (Ettore, 1997, p. 25).

Si la suma transmitida no corresponde a la ordenada se analizará el grado de culpa de la institución (Ettore, 1997, p. 31). La anterior afirmación debe ser analizada cuidadosamente debido a que en Colombia el desarrollo jurisprudencial ha sido variado entre responsabilidad objetiva y subjetiva de las instituciones financieras, tema que será abordado en el capítulo tercero de este trabajo.

1.9.2 -R2-: Institución financiera O. - Institución financiera B.

Uno de los temas de la Transferencia Electrónica de Fondos –T-TEF-, son aquellas que se llevan a cabo entre entidades financieras. Los Wholesale Payment Systems –WPS-, son diseñados para completar transacciones en las que no intervienen consumidores, iniciados por y entre instituciones financieras, gobiernos y corporaciones (Mateo, 2005, p. 69), en otras palabras, las transacciones de altas cuantías o de operaciones de tipo macro.

▪ Sistemas Electrónicos de Compensación – SEC-

Inicialmente las transacciones entre entidades financieras, fueron basados en sistemas de corresponsalía, es decir, por acuerdos interbancarios, que funcionan como sistemas privados con intercambios comerciales con el fin de obtener beneficios mutuos (Mateo, 2005, p. 70). En el caso de Europa, el modelo de corresponsalía fue establecido para

facilitar el uso transfronterizo de los activos de garantía en las operaciones de política monetaria del Euro sistema (Banco Central Europeo, 2000, p. 61). Hasta que el art. 13 de la ley 25 de 1923, fuera reglamentado por el Decreto 1207 de 1996, se crea el servicio de Compensación Interbancaria -Clearing House- para facilitar la negociación y el cobro de títulos valores y otros instrumentos, comandado por el Banco de la Republica, mecanismo que se volvió común entre las operaciones interbancarias.

Sin embargo, con el avance de la tecnología se crearon los sistemas interbancarios de transferencias de fondos, aplicando rapidez y eficiencia a las comunicaciones interbancarias.

Así, los principales instrumentos para el desarrollo de este sistema son: a.- los *sistemas electrónicos de comunicaciones*, que consisten en la transmisión de instrucciones y datos, utilizando mecanismos electrónicos (Gómez, et al., 2002, p. 18) y b.- *los sistemas electrónicos de transferencias de fondos* que permiten realizar traspaso de dinero a través de una terminal electrónica según la orden, instrucción o autorización que se le dé a una institución financiera (Gómez, et al., 2002, p. 17), y dentro de estos sistemas se encuentran ubicados los Sistemas Electrónicos de Compensación –SEC-.

Definición: Los sistemas electrónicos de compensación son definidos como: “Conjuntos de instrumentos electrónicos y procedimientos que permiten realizar la transferencia electrónica de fondos, mediante la transmisión, conciliación y confirmación de instrucciones cruzadas, permitiendo el pago de obligaciones dinerarias entre dos o más partes” (Gómez, et al., 2002, p. 23) o “Mecanismo que facilita la liquidación de las operaciones de pago entre las entidades ordenantes y destinatarias de las transferencias” (Rico, 2012, p. 35).

Su clasificación atiende a dos criterios: a) Según su forma de operar, los sistemas Liquidación Bruta en Tiempo Real¹⁴- LBTR-, liquidan cada pago a medida que el sistema lo acepte, los sistemas de Liquidación Neta Diferida¹⁵-LND-, que los liquida en intervalos de tiempo y los sistemas híbridos que con una frecuencia compensan pagos y realizan la liquidación final (Gómez, et al., 2002, p. 29), y b) según su cuantía, los sistemas de bajo valor como el sistema de compensación de cheques del Banco de la República - CEDEC-, los sistemas de crédito y débito directo que son las Cámaras de Compensación Automatizadas –CENIT- del Banco de la República, y ACH Colombia S.A., y las Cámaras de Compensación de redes de cajeros y tarjetas débito y crédito, y los sistemas de alto valor como cuentas de depósito del Banco de la Republica –CDU- (Gómez, et al., 2002, p. 32).

▪ Principales Sistemas Electrónicos de Compensación – SEC-

¹⁴ Real Time Gross Settlement –RTGS-

¹⁵ Deferred Net Settlement –DNS-

La descripción de los Sistemas Electrónicos de Compensación –SEC-, seguirá la clasificación según su cuantía, se darán ejemplos de -SEC- internacional y se concluirá con la incidencia de la banca electrónica en los –SEC-.

Sistemas Electrónicos de Compensación -SEC- de bajo valor

- a) *Sistema de Compensación Electrónica de Cheques -CEDEC-*: Es un sistema diseñado para procesar información ateniende a la totalidad de los cheques y otros instrumentos de pago autorizados presentados a cobro y en devolución diariamente (Banco de la República, 2017). Este sistema permite el envío de información electrónica, con un esquema estrella, es decir, todos los bancos definirán un centro de operaciones para recibir la información de todas sus sucursales y exclusivamente ese centro se comunica con el Banco de la República (Fernández, 1999, p. 31).
- b) *Compensación Electrónica Nacional Interbancaria -CENIT-*: Es un sistema de carácter público administrado por el Banco de la Republica, para el manejo de pagos de mediano o bajo valor, que opera de forma técnica así: “Utiliza un modelo de compensación multilateral neta y liquidación final que se da tres veces en cada jornada y que se encuentra garantizada en las Cuentas de Deposito de las entidades participantes en el Banco de la Republica (Gómez, et al., 2002, p. 52).
- c) A través de este sistema se realizan tres tipo de operaciones: la primeras son las entradas crédito o Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-, en las cuales la anotación en la cuenta del receptor constituye un abono; las segundas, son entradas débito o Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-, que determina un cargo o débito en la cuenta del receptor y la tercera son operaciones de concentración y distribución de efectivo (Gómez, et al., 2002, p. 56).
- d) *Automated Clearing House -ACH- y ACH- Colombia S.A.:*

El Automated Clearing House -ACH- es un sistema de Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- de alta eficiencia y confiabilidad, que tiene la finalidad de realizar transacciones de captura de cheques y convertirlos en elementos electrónicos, transferencias debito como deducción de nóminas, desarrollo de mercado de divisas, operaciones crédito o débito de carácter interbancario y sus compensaciones correspondientes (González, 2000, p. 146-147).

-ACH- Colombia S.A. es un sistema mediante el cual se intercambian transacciones y se transfieren fondos entre entidades financieras de carácter nacional (Gómez, et al., 2002, p. 48).

Se anota que se conserva el mismo concepto de las ACH, solo que se limita territorialmente, por lo que hay que resaltar que es una entidad de carácter privado,

constituida en 1997 y su objeto social es el “el servicio de realización y/o intercambio automático de cobros y pagos propio de las denominadas internacionalmente casas de liquidación y compensación automática de pagos” (Gómez, et al., 2002, p. 49).

CENIT	ACH COLOMBIA S.A.
Administrado por el Banco de la República.	Administrado por particulares.
Permite que la liquidación de la misma sea efectuada de forma automática.	No pueden acceder al sistema de pagos de alto valor, por lo que no es instantáneo.
Son montos significativos por estar operada por el banco central que actúa como agente fiscal de la nación.	Limita sus servicios a operaciones ordenadas por particulares, los cuales son menos y de menores magnitudes.
Su fuente normativa es la National Automated Clearing House Association – NACHA-	

Tabla 1: La información es (Gómez, et al., 2002), el cuadro de autoría propia

El trabajo de autorregulación de la NACHA es a través de las Reglas Operativas, su liderazgo y participación, ha ayudado a hacer que la Red sea omnipresente, al tiempo que desarrolla sus capacidades a lo largo del tiempo. NACHA administra y facilita las reglas de operación del sector privado para los pagos de ACH, definiendo las funciones y responsabilidades de los participantes de la Red ACH (NACHA, 2017).

- e) *Cámaras de Compensación de redes de cajeros y tarjetas Débito y Crédito*: En Colombia estas se encargan de compensar las transacciones efectuadas en un punto de venta y cajeros electrónicos. Para redes débito: Redeban multicolor, ATH, Servibanca, que compensan individualmente con sus entidades afiliadas. En el caso de redes crédito existen dos operadores distintos: Ascredibanco, para tarjetas Visa y Redeban multicolor para tarjeta Mastercard (Gómez, et al., 2002, p. 58).

Sistemas Electrónicos de Compensación -SEC- de alto valor

- a) *Cuentas de depósito*: El art. 22¹⁶ de la ley 31 de 1992, le da la facultad al Banco de la República de celebrar contratos de depósito o cuentas corrientes bancarias para personas jurídicas públicas o privadas, con el objetivo de que realicen sus operaciones

¹⁶ Artículo 22. Apertura de cuentas corrientes. El Banco podrá abrir cuentas corrientes bancarias o celebrar contratos de depósito con personas jurídicas públicas o privadas, cuando ello sea necesario para la realización de sus operaciones con el Banco, según calificación efectuada por la Junta Directiva

con el Banco, según calificación efectuada por la Junta Directiva, quien dicta las condiciones aplicables a tales cuentas (Gómez Villegas & Ramírez Zuluaga, 2002, p. 60). Fueron diseñadas para las transacciones de recursos más grandes o de alto valor en la nación.

b) *Sistema Electrónico del Banco de la República -SEBRA-*: Creado en 1993 como mecanismo para hacer Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- (Fernández , 1999, p. 27). Este portal dio lugar a la automatización de cuentas de depósito, volviéndose un requisito estar inscrito en –SEBRA- para poder celebrar contratos de depósito con el Banco de la República. Este sistema liquida en tiempo real desde 1998 (Gómez Villegas & Ramírez Zuluaga, 2002, p. 61).

Sistemas Electrónicos de Compensación –SEC- internacional:

a) *European Automated Real-time Gross-settlement Express Transfer – TARGET-*: fue diseñado en la Unión Europea con dos objetivos, facilitar la integración del mercado monetario y de esta forma permitir la aplicación de la política monetaria única y la eficiencia en los pagos transfronterizos en euros (Banco Central Europeo, 2000, p. 59).

b) *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication –SWIFT-*: “Swift es una cooperativa global de propiedad de los miembros y el proveedor líder mundial de servicios de mensajería financiera segura. Proporciona una plataforma para la mensajería, normas para la comunicación y ofrecen productos y servicios para facilitar el acceso y la integración; identificación, análisis y cumplimiento normativo. Conectan a más de 11.000 organizaciones bancarias y de valores, infraestructuras de mercado y clientes corporativos en más de 200 países y territorios. Tiene sede en Bélgica, la gobernanza y supervisión internacional de SWIFT refuerza el carácter neutral y global de su estructura cooperativa. La red de oficinas globales de SWIFT garantiza una presencia activa en todos los grandes centros financieros. SWIFT no tiene fondos ni administra cuentas en nombre de los clientes” (SWIFT, 2017).

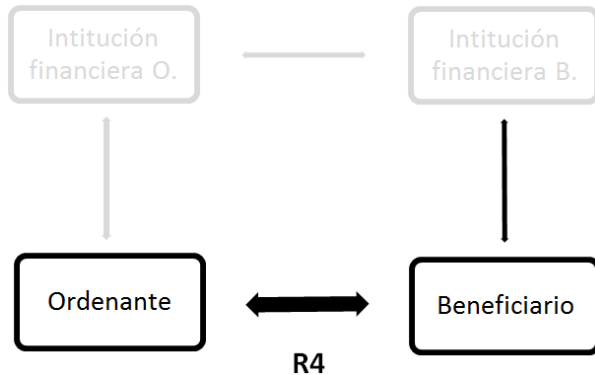
c) *International Bank Account Number –IBAN-*; “El Número de Cuenta Bancaria Internacional es un identificador único que ayuda a los bancos a procesar los pagos de una persona a otra de forma automática. El IBAN contiene toda la información necesaria para el propietario de una cuenta bancaria como el número de cuenta, el banco y la información de la sucursal, y el código de país” (IBAN, 2017).

Banca Electrónica en las -SEC-:

La banca electrónica es una expresión de la electrificación en el sistema financiero, este concepto responde a la utilidad que prestan las nuevas tecnologías en la modernización de las operaciones de la banca tradicional.

La banca electrónica funciona de acuerdo a dos dependencias, front-office o los mismos servicios financieros presentados ante el público pero ahora de forma digital, y la

dependencia pertinente con las –SEC-, y el back-office que contribuyen con la comunicación tanto de información como Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-, en



redes que conectan a entidades financieras y a estas con sus usuarios (Gómez, et al., 2002, p. 9).

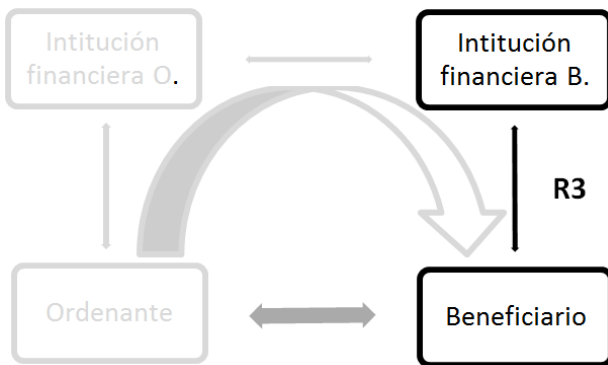
1.9.3 -R3-: Institución financiera B. – Beneficiario

Esta relación no difiere de la ya explicada entre el Ordenante y la Institución financiera. La Institución financiera B una

vez recibe los fondos de un -SEP-, asume la obligación de efectuar la transacción con un “abono de cuenta”, con la finalidad de que el Beneficiario pueda disponer de los fondos, concluyendo la –TEF- (Rico, 2012, p. 48).

1.9.4 -R4-: Ordenante – Beneficiario

Cuando se realizó la introducción al tema de las relaciones que se ven involucradas en una Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-, se estableció que existen dos grandes grupos, las –TEF- que involucran instituciones financieras y las –TEF- que solo median



voluntades de los consumidores. En las relaciones R1,R2 y R3 se analizó el primer grupo, por lo que en este apartado se analiza la relación subyacente originaria de la mayoría de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-, junto con la relación R4, que pertenece al segundo grupo (voluntad de los consumidores sin intermediario), debido a que en términos generales corresponde al mismo

fenómeno.

La Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- normalmente es neutra, por lo tanto es consecuencia de un negocio jurídico subyacente, es decir, negocios jurídicos causales o base o antecedentes de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-; “en este sentido, dentro de los requisitos de los valores y precios del contrato o lo que se denomina el

negocio jurídico subyacente, se entiende reflejado el valor de la transacción en el precio que se conviene” (Durán, 2015, p. 95).

Por el desarrollo proliferante de las tecnologías, en especial el internet, el negocio jurídico subyacente se puede presentar de dos formas, o sea, de forma tradicional como los típicos contratos de compraventa, donación, arrendamiento, entre otros, celebrados de forma escrita o verbal y no representan mayor problema en el uso de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-, porque es un simple negocio que origina la transacción que será llevada a cabo como se especificó en la relación R1,R2 y R3¹⁷; por otro lado, se encuentran los contratos celebrados por medios electrónicos¹⁸ como negocio subyacente que originan la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-. Sin embargo, este tipo de contratos presentan la novedad, que en su etapa de cumplimiento de obligación de pago, el sistema de pagos utilizado es virtual, todo el proceso de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- se lleva a cabo sin necesidad de intermediarios financieros. Con la finalidad de ampliar este fenómeno se describirá someramente la interacción del comercio electrónico con las Transferencia Electrónica de Fondos –TEF--, y el dinero electrónico en que se convierte el sistema de pagos por excelencia con los vínculos que se realizan completamente por los medios electrónicos.

▪ Comercio electrónico

Aunque atrás y más adelante se hacen otras consideraciones, el Comercio Electrónico es toda actividad comercial que se realiza a través de medios electrónicos y que, libera lo físico como el uso del papel, por lo electrónico con los mensajes de datos. El art. 2, literal b de la ley 527 de 1999, dice sobre el comercio electrónico “Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar” (Ley 527,1999).

El comercio electrónico puede clasificarse de dos formas, a.- *el comercio electrónico indirecto*, cuando un contrato se celebra la mayoría de sus etapas por medios electrónicos, pero la fase final del contrato, es decir la entrega y el pago se desarrolla de forma tradicional, y b.- *el comercio electrónico directo*, en el cual todas las fases de la contratación se realizan por vía electrónica (Martinez, 2003, p. 17).

¹⁷ La orden de transferencia, una vez ejecutada, resulta un hecho jurídico necesario y suficiente para hacer valer el derecho en ella contenido en modo autónomo con respecto a la relación subyacente. Se produce un fenómeno análogo a aquel que, en el siglo pasado, dio lugar al nacimiento de los títulos de crédito por medio del reconocimiento de la autonomía de la letra de cambio o del pagaré (Ettore, 1997, p. 34).

¹⁸ Se refiere a toda clase de contratos, cualquiera que sea su objeto, a condición de que se celebren mediante el empleo de medios electrónicos, por ejemplo, un contrato de compraventa constituido por medio electrónico, es decir, que en su perfección se han utilizado por las partes medios electrónicos y todo lo demás sigue idéntico. (Durán, 2014)

El documento CONPES 3620 del 2009, dentro del concepto de Comercio Electrónico incluye el pedido en línea, el pago, la entrega de bienes y servicios intangible, la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, entre otras, (CONPES, 2009). Que se incluya la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-, en una definición general de Comercio Electrónico se debe a que en este se originan nuevos instrumentos de pago: “tal es el caso del dinero en efectivo electrónico, los títulos bancarios electrónicos y otros mecanismos de pago diseñados especialmente para funcionar en este entorno” (Rico, 2012, p. 34).

Aun así, es oportuno hacer la salvedad de que no todo negocio celebrado mediante contratos electrónicos debe terminar en una Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, porque esto varía según de la autonomía privada de las partes¹⁹.

Una Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- como conclusión de un contrato ya sea en el marco del Comercio Electrónico o de forma tradicional, tiene validez gracias al principio de equivalencia funcional, reconocido en el art.5 de la Ley 527 de 1999, que dice: “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.”²⁰(Ley 527,1999), así un mensaje de datos según la misma ley, art 2, literal a es: “La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares” (Ley 527,1999), o sea que en conclusión una Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- en términos de Comercio Electrónico, es un mensaje de datos, que contiene fondos o una valor económico.

▪ **Dinero electrónico**

El dinero electrónico es un Retail Payment Systems –RPS-, es decir, aquellos sistemas de pagos especialmente diseñados para su empleo por parte de los consumidores (Mateo, 2005, p. 69). El significado de dinero en economía es unidad de cuenta o “conjunto de activos que utilizan los individuos normalmente para comprar bienes y servicios a otras personas. A su vez el dinero como unidad de cuenta es el patrón que utilizan los individuos para marcar los precios y registrar las deudas” (Ravassa, 2006, p. 103). Mientras que el dinero electrónico pretende ser lo mismo, eliminando el soporte material y volviéndolo electrónico, esto es, sustituyendo el metal y papel por bits

¹⁹ Ese comercio electrónico puede incluir los contratos electrónicos o se puede realizar un negocio jurídico base, por ejemplo, una compraventa, que se honre desde el pago del precio con dinero metálico o dinero electrónico ecash, o una transferencia electrónica de fondos –TEF-, con los servicios de un establecimiento de crédito (Durán, 2016, p. 42).

²⁰ La Corte Constitucional en sentencia C-662/ 2000 se refiere al tema así “los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley.” (C 662, 2000)

(Martínez, 2003, p. 55), con las funciones tradicionales del dinero, unidad de cuenta, medio de pago y reserva de valor (Echebarría, 2007, p. 224), y siendo completamente idóneos para el cumplimiento de la obligación, siempre que hayan sido admitidos por las partes (Rico, 2012, p. 33).

El objetivo del dinero electrónico es ganar rapidez y sencillez en Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- y aligerar en gran medida el tráfico de anotaciones contables, ganar seguridad (Echebarría, 2007, p. 225), evitar el rastreo de las compras e información en internet y detener la posibilidad de acceso a terceros a información de carácter confidencial (Rico, 2012, p. 126). Problemas que se presentan cuando la entidad financiera es intermediaria a través de pagos con tarjeta crédito o débito.

Definición y naturaleza jurídica

El art. 2, numeral 2 de la Directiva 2009/110/CE, define el dinero electrónico como “todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que representa un crédito sobre el emisor, se emite al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago” (Directiva, 2009).

Doctrinalmente se define en sentido amplio como “una simulación del uso de dinero metálico” (Martínez, 2007, p. 24) y en sentido estricto “dinero en efectivo electrónico contenido en un dispositivo electrónico o generado a través de un programa de ordenador, mediante una provisión de fondos” (Rico, 2012, p. 34) o “representación por medio de un soporte informático, de depósito de dinero de curso legal u otros valores o activos financieros cuantificables, cuya realización se realiza por medio de un transferencia electrónica de fondos” (Rincón, 2006). Recuérdese el Bitcóint, el cual según Concepto 2017008234-001 del 23 de febrero de 2017, de la Superintendencia Financiera de Colombia, está prohibido.

De acuerdo a la incorporación del dinero electrónico en un soporte informático existen dos categorías, a.- *el dinero electrónico incorporado o almacenado en tarjetas inteligentes* que puede ser un microchip incorporado a una tarjeta o a otro soporte físico (Rico, 2012, p. 132), el valor económico es adquirido por el consumidor y se reduce en la medida que el consumidor utiliza el dispositivo (Martínez, 2003, p. 46) y b.- *el dinero electrónico almacenado en una memoria de un ordenador*, este es generado a través de un programa de computador de uso exclusivo en redes, prescindiendo del soporte material (Rico, 2012, p. 130) y el valor económico se atribuye a un mensaje electrónico ubicado en el disco duro de un ordenador (Martínez, 2003).

La naturaleza jurídica del dinero electrónico, es una operación de depósito: “Los fondos subyacentes a la emisión de dinero electrónico constituirán, generalmente, una operación de depósito (Martínez Nadal, 2003, p. 184. Y siendo así, la emisión de dinero electrónico sería una forma de utilización de los fondos depositados (Martínez, 2003, p. 185).

Elementos del dinero electrónico

El elemento subjetivo del dinero electrónico, son las personas jurídicas dedicadas a emitir dinero electrónico. En Colombia los pagos electrónicos tienen una insipiente regulación en la Ley 1735 de 2014, ley que crea sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos, pero sin hacer mención de la emisión del dinero electrónico, solo mencionando en la captación de recursos a través de depósitos, su facultad para la realización de pagos y traspasos y enviar y recibir giros financieros. La situación es contraria en la Unión Europea puesto que este tema está regulado desde el 2009. La Directiva 2009/110/CE en art. 2, numeral 1, define las entidades de dinero electrónico como “toda persona jurídica a la cual se haya otorgado autorización, para emitir dinero electrónico” (Directiva, 2009) y ejercen actividades como prestación de servicio de pago, concesión de créditos y prestación de servicios jurídicos.

El elemento objetivo del dinero electrónico, se encuentra en el mensaje de datos. Se estableció anteriormente que la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-, es un mensaje de datos con fondos o valor económico. Este mensaje de datos en el dinero electrónico se le llama Tokens. “En los billetes electrónicos, el papel, moneda se sustituye por un conjunto de bits representativos de un determinado valor denominado Tokens” (Rico, 2012, p. 131). Estos tienen como requisitos, a) estar identificados con un número único, b) contener el valor nominal, c) estar fechados y d) estar firmados por la entidad emisora con su firma electrónica, después de cumplir estos pasos podrán ser cargados en la cuenta del usuario según la cantidad solicitada (Rico, 2012, p. 131).

Las ventajas del dinero electrónico es que en el Comercio Electrónico directo, le dan más garantías al vendedor, ya que muchas veces él cumple on line y queda a expensas del cumplimiento del pago off line; otra ventaja es el remplazo de las tarjetas que crean gastos a las pequeñas empresas (Martínez, 2003, p. 23), son disponibles sin restricción de horario, el uso de estas es menos evidente ante terceros (Laguado G., 1996, p. 43), brindan más seguridad ya que pueden ser rastreadas en casos judiciales, y como son de uso único, en su mayoría de veces conservan la identidad de las personas evitando fraudes.

Las desventajas son que no tiene una aceptación universal, puede ser restringido a un uso único, antes de ser reembolsado, tiene generalmente una fecha límite de uso, necesita alguna forma de verificación, no es objeto de control y supervisión del gobierno o autoridades pública y puede ser seguido en algunos sistemas (Martínez, 2003, p. 51-52).

- **Clasificación del dinero electrónico**

Sistema de débito directo: “Se basan en que un usuario otorga a un comerciante un permiso para retirar una cantidad de su cuenta bancaria” (Martínez, 2007, p. 25).

Sistemas de crédito: Reciben este nombre porque es el propio usuario de la moneda electrónica quien la crea, para que el receptor de la misma presente a la entidad de dinero electrónico y se la abone, normalmente tras comprobar que existen fondos suficientes para afrontar el crédito (Echebarría, 2007, p. 228).

Sistemas de cuenta centralizada en internet: El usuario debe tener una cuenta con una entidad intermediaria, que gestiona los pagos, su funcionamiento se basa en la combinación de la web y el correo electrónico. El pagador autoriza el pago en el sitio web del intermediario, este envía una notificación de pago al receptor a través de un correo electrónico y este a su vez comprobará los fondos al vendedor, para asegurar el cumplimiento de la transacción (Martínez, 2007, p. 28).

Sistema de cuenta telefónica: Se carga el pago en la cuenta del teléfono. Lo característico no es el uso del móvil, es el uso de la cuenta telefónica para abonar los pagos de compras realizadas por internet (Martínez, 2007, p. 33).

Monedas digitales: “Un software que se instala en un computador del usuario el cual envía una orden al banco que este procesa y debita la cantidad solicitada de la cuenta del cliente” (Durán, 2016, p. 48). Fue un medio creado por el criptógrafo David Chaum basado en un software que permite a los usuarios enviar dinero utilizando cualquier red de comunicación, y pretende reservar el anonimato del comprador (Martínez, 2003, p. 58).

Micropagos, picopagos o nanopagos: fueron creados como un medio de pago adecuados para artículos y servicios de poco valor, sin necesidad de entidades financieras intermediarias que eleven los costos operativos (Martínez, 2003, p. 81).

El problema conceptual de esta clasificación es: ¿Cuánto dinero se le considera un micro pago?, esta delimitación no es clara por lo que “un sector de la doctrina afirma que se refiere a pagos de bajo valor (probablemente menos de un dólar americano o un euro), otros reservaran el empleo de esta denominación para pagos que oscilan entre 10 centavos de dólar y 10 dólares (o euros)” (Rico, 2012, p. 135).

Este sistema funciona con una entidad llamada Brokers dedicada a la creación de cupones electrónicos llamados Scrip²¹, que contienen pequeñas cantidades de dinero. Con un macropago²² el usuario compra una cantidad de cupones a los Brokers, para después realizar canjearlos por productos de bajo costo. Cada pieza de Scrip es

²¹ Es un conjunto de datos utilizados para representar micromonedas o valores de pequeña cuantía dentro del sistema Millicent. (Martínez Nadal, 2003, pág. 88)

²² Un macro pago es una transacción capaz de realizar pagos valorados en varios dólares o más (Martínez Nadal, 2003, pág. 86)

certificada con la firma electrónica del Bróker con la finalidad de darle autenticidad al pago (Martínez, 2003, p. 90).

Tarjetas monedero: Existen dos tipos, *con soporte físico*, es una tarjeta que incorpora un chip con un valor monetario preparado para ser gastado en cualquier tipo de comercio con un lector de tarjeta (Martínez, 2003, p. 94), y *sin soporte físico*, “de uso exclusivo para Internet que admiten la posibilidad de efectuar pagos en la Red, no incorporan microchips ni bandas magnéticas, solo un número de tarjeta que sirve para cargarla en el cajero, tampoco es vinculada a una cuenta corriente y se puede solicitar on line” (Rico, 2012, p. 77).

Las diferencias con las tarjetas tradicionales son: a) Cuando el tarjetahabiente realiza la compra, el dinero no se debita de manera inmediatamente, b) no permiten retiros de excedentes de efectivo en el momento en el cual se realizan las compras y c) no tienen la función especial de pago de servicios públicos ni otros servicios (Arbeláez, et al., 2006).

Usando el teléfono móvil: Los móviles permiten realizar el pago mediante el propio dispositivo con una lectura de validación específica, sistema que es conocido como wallet móvil y se basa en la implantación de tecnologías de corto alcance, que permite el contacto entre el lector y el dispositivo móvil, utilizando la tarjeta SIM como mecanismo de autenticación (Rico, 2012, p. 137).

Servicios de pago persona P2P²³: Consisten en el envío de dinero entre cuentas de correo electrónico mediante Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- , gestionadas en empresas privadas, sin la participación directa de las entidades bancarias en la transacción de pago, aun cuando finalmente es necesaria su intervención para efectos de concretar la operación (Rico, 2012, p. 138).

1.10 Normatividad de las Transferencias Electrónicas de Fondos -TEF- en Colombia

La Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- es regulada por convenios interbancarios²⁴ en el caso de las relación R2, por contratos privados entre instituciones financieras y clientes en las relaciones R1 y R3, y la por autonomía privada de la voluntad en la relación R4. Sin embargo la falta de regulación de carácter vinculante

²³ Las transacciones P2P son entre pares, entre colegas, entre iguales, entre amigos (Casanova Valencia, et al., 2017, p. 335)

²⁴ Un ejemplo de esto es el Acuerdo Interbancario de la Asobancaria sobre Requisitos mínimos de Seguridad para Cajeros Automáticos y Tarjetas Débito y Crédito (Durán, 2016, p. 65).

produce desequilibrio entre instituciones financieras y el usuario de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- (Rico, 2012, p. 38)²⁵.

En Colombia ante la escasez de un tratamiento jurídico organizado, sistematizado y cohesionado por parte del Estado colombiano, las bases para la regulación de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- ha sido subsanada por la utilización de: principios de la Libertad, la Autonomía privada de la voluntad, y del Negocio Jurídico, hasta llegar al Contrato, con las correspondientes ventajas o desventajas que ello implica (Durán, 2015). Aun así, esto no corresponde a los desafíos que presentan las TICs, debido a que su carácter global dificulta una regulación uniforme en el mundo. Una solución a esto sería la Nova Lex Mercatoria, siendo la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- un instrumento tecnológico facilitador de las transacciones internacionales.

Los avances normativos en torno a la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-, pueden ser descritos de forma breve así:

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF- (1993): en el art 48, literal j, establece que el Gobierno Nacional tiene la facultad de regular los Sistemas de Pago y las actividades vinculadas con este servicio que no sean competencia del Banco de la República. En este grupo se encuentran los sistemas de dinero electrónico, no regulados en Colombia.

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF- (1993): en el art.325, numeral 2, parágrafo 1, dice que podrán ser sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren los sistemas de pagos y de compensación. Entre estos están los sistemas de compensación electrónica y los sistemas de dinero electrónicos anteriormente descritos.

Circular Externa 007, Circular Básica Jurídica (1996): en el Título segundo, capítulo primero, numeral 8, respecto al tema de los pagos electrónicos establece que podrán efectuarse a través de las entidades vigiladas por esta Superintendencia e indica las reglas mínimas relativas a las transacciones a través de tarjetas de crédito y débito, terminales, cajeros automáticos, puntos de servicio en oficinas y establecimientos comerciales que deben observar los establecimientos de crédito.

Decreto 1425 de (1998): por el cual se obliga que desde 1 de enero de 1999 todos los pagos del gobierno se hagan a través de ACH.

²⁵ Resulta paradójico que los países anglosajones, basados normalmente en principios jurisprudenciales hayan desarrollado un marco legal primero que países que son eminentemente legalistas (Delpiazzo, 2005, p. 17)

Decreto 266 de (2000): modificando el art. 4 del Decreto 2150 de 1995, abre la posibilidad que las cancelaciones de obligaciones dinerarias, derechos y multas a favor de las entidades de la Administración Pública, se realizan a través de cualquier medio de pago, incluyendo las -TEF-.

El Decreto 1400 de (2005): el Ministerio de Hacienda estableció la inspección, vigilancia y control de las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor. A través de esta norma se definen principios y reglas que garantizan eficiencia, seguridad, integridad, confiabilidad, desarrollo tecnológico, interconexión, transparencia, libre competencia y respeto y equidad con los consumidores.

Circular Externa número 100 de 1995, adicionado por la Circular Externa 049 de (2006): de la cual se pueden deducir básicamente dos cosas, para los efectos del presente análisis, a.- son los particulares, específicamente las instituciones financieras, dentro de las cuales se puede incluir a las Sociedades Especializadas en Depósitos y Pagos Electrónicos, creadas mediante la Ley 1735 de 2014, y b) el Estado colombiano cuando cumple una función de vigilante pero no de desarrollador o si se quiere de impulsor tecnológico de las mismas.

En concepto de la Superintendencia Financiera, número 2006033594-001 de (2006): Sostuvo que las condiciones del servicio de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- que ofrecen las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera están determinadas por lo pactado en el contrato por el principio de la autonomía de la voluntad y que la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- surte sus efectos únicamente cuando la orden de transferencia ha sido aceptada por el respectivo sistema, cumpliendo con procedimientos y controles de riesgos definidos por la entidad encargada de procesarlas.

CONPES 3620 de (2009): donde el Gobierno Nacional buscó estimular los servicios de pago electrónicos, creando plataformas de pago con el objeto de profundizar en la fase de pago en el comercio electrónico.

En concepto de la Superintendencia Financiera, número 2009096216-00116 de (2010): la Superintendencia Financiera señaló sobre la banca móvil, la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-, dispositivos móviles, y celular: “No existe norma que regule de manera particular el servicio de transferencias de dinero vía telefonía celular. Sobre la distribución de servicios a través del canal denominado “dispositivos móviles”, los establecimientos de crédito han venido adelantando los desarrollos operativos y tecnológicos requeridos para facilitarles a sus clientes la realización de determinadas operaciones por intermedio del celular. La realización de una determinada operación vía celular deberá estar precedida del cumplimiento de los procedimientos establecidos por cada establecimiento de crédito, así como de los protocolos de seguridad previamente señalados y que, en el caso de transferencia de dineros, cuando menos deberá estar precedida de la

preinscripción de la cuenta o cuentas receptoras junto con los demás mecanismos de validación y autenticación del cliente.”

Decreto 4687 de (2011): del Ministerio de Hacienda y Crédito Público según el cual es necesario definir los alcances de los nuevos instrumentos que permitan la realización de transacciones electrónicas, que tiene lugar como resultado de los avances tecnológicos.

Decreto 19 de (2012): dice que el pago de obligaciones a favor del Estado o de los particulares que recauden recursos públicos podrá realizarse a través de cualquier medio de pago incluyendo la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-.

Ley 1735 de (2014): Regulan las Sociedades Especializadas en Depósitos y Pagos Electrónicos como instituciones financieras.

2.CAPÍTULO II: Problemáticas de la transferencia electrónica de fondos –TEF- y la transferencia electrónica de fondos – TEF- internacional

2.1 Problemáticas de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF-:

En Colombia la Transferencia Electrónica de Fondos²⁶ -TEF- carece como se dejó dicho en el capítulo anterior de una normatividad legal sistematizada, siendo la existente

²⁶ Rememórese una noción elemental adicional a las explicadas atrás de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF- al tenor de lo expresado por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile (2016) según la cual: son: “Operaciones realizadas por medios electrónicos que originan cargos o abonos de dinero en cuentas, tales como: traspasos automatizados de fondos efectuados por un cliente de una cuenta a otra; órdenes de pago para abonar cuentas de terceros; utilización de tarjetas de débito en puntos de venta; recaudaciones mediante cargos a cuentas corrientes; giros de dinero mediante cajeros automáticos, etc. En general, comprenden las descritas y cualquier otra operación que se efectúe por aquellos medios, en que un usuario habilitado para ello instruye o ejecuta movimientos de dinero en una o más cuentas.” (38).

incipiente, motivo por el cual dicha regulación se hace en ejercicio de la autonomía privada de la voluntad de quienes realizan dichas transacciones en el país, o sea, principalmente los sujetos jurídicos que se dedican previa autorización del Estado a las actividades financiera, bursátil, aseguradora y en general cualquiera que se relacione con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público (Art. 335 de la CP).

Así las cosas, las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF- principalmente desde la óptica legal, se han entendido como un entramado de diversos órdenes en donde operan actividades mercantiles, financieras, comercio electrónico²⁷ y probatorio, que como se expondrá a continuación contiene algunos elementos que con vista a generar posteriormente una serie de inquietudes o problemas se pondrán de presente, ya que:

“Así las cosas, no resulta extraño que la escasa normativa existente en la materia no haya proporcionado una respuesta única y definitiva sobre la naturaleza jurídica de un entramado de complejos sistemas técnicos que, si bien responden a único objetivo (ofrecer la posibilidad de realizar los pagos que generalmente se realizan en el comercio tradicional haciendo uno de las monedas y billetes bancarios por medio de un sustitutivo en soporte electrónico) , no presentan idénticas características, ofrecen diversos grados de seguridad, emplean diferentes técnicas de diseño y, en definitiva, no facilitan un estudio y tratamiento unitario” (Mateo, 2012, p. 359).

Igualmente, el autor en referencia no duda en caracterizar de progresista el incremento de las transacciones electrónicas en países como Estados Unidos, Canadá, Australia, el Reino Unido, Francia e Irlanda, Suecia, agregamos nosotros, entre otros, por las siguientes razones:

- 1.- En primer lugar, porque los instrumentos electrónicos de pago están especialmente diseñados para su aplicación a las operaciones comerciales que tienen lugar dentro de las redes.
- 2.-En segundo lugar, se concibe que los instrumentos de pago a los que se hace alusión no puedan desarrollarse sin el Comercio Electrónico como un factor determinante.
- 3.-Finalmente, se concibe que el pago en efectivo para ciertas transacciones sigue siendo el medio idóneo pues por diversas razones no es posible realizar pago a través del amplio catálogo que contiene los instrumentos electrónicos (Mateo, 2005).

²⁷ La Corte Constitucional colombiana se ha manifestado, por ejemplo, en el control de constitucionalidad del tratado de libre comercio entre Costa Rica y Colombia en el sentido de afirmar que las medidas de Comercio Electrónico son cada vez más necesarias y deben centrarse cada vez de mejor manera en la protección de los derechos de los usuarios (C-157, 2016).

2.2 El Comercio Electrónico en la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-

En primer lugar, las Transferencias Electrónicas de Fondos -TEF deben ser entendidas en el ámbito del uso de mensaje de datos y del Comercio Electrónico que se encuentra regulado por la Ley 527 de 1999²⁸, específicamente en su art. 2 literal a), como ya se dijo, el cual reza: “Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”, y en consonancia con el literal e), que dice: “Intercambio Electrónico de Datos (EDI). La transmisión electrónica de datos de una computadora a otra, que está estructurada bajo normas técnicas convenidas al efecto”. Ahora bien, bajo interpretación de la C. Constitucional en providencia C-831 de 2001 los mensajes de datos se caracterizan entre otros por:

1. *Es prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse (art. 14 e la Ley 527 de 1999)²⁹;*
2. *Es un documento legible que puede ser presentado³⁰;*
3. *Admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo;*
4. *Facilita la revisión y posterior auditoría para los fines contables, impositivos y reglamentarios;*
5. *Afirma derechos y obligaciones jurídicas entre los intervinientes y es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse³¹.*

²⁸ Se ha dicho al interior de la jurisprudencia constitucional cómo el Comercio Electrónico cumple una función trascendental en la internacionalización de las relaciones económicas, siendo Colombia uno de los países que desde el siglo pasado dio un gran avance normativo por medio de la promulgación de la Ley 527 de 1999, que define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, comercio electrónico y firmas digitales, y establece entidades de certificación, como un avance significativo en pro de alcanzar los estándares mundiales de la información (C-750, 2008).

²⁹ Consecuente con lo estipulado por el Código General del Proceso (CGP) que en relación con los medios de prueba prescribe en su art. 165: “*son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez*”.

³⁰ Recuérdese que el CGP presume auténticos los documentos en forma de mensaje de datos (inciso 5 del art. 244 en concordancia con el art. 247 de la misma norma).

³¹ Superintendencia Financiera de Colombia (2016). Concepto 2006033594-001 del 29 de agosto de 2006. Disponible en [<https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Conceptos2006/2006033594.pdf>]

2.3 La prueba de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-

De esta manera debe tenerse en cuenta que el soporte probatorio de la existencia de la transacción u otra operación análoga es concomitante con la previsión contractual que se haya realizado.

Por otra parte, y respecto a los efectos de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- se tiene en cuenta que hacen parte de ellos, el que, en primer lugar, únicamente adquiere validez si la orden de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- ha sido aceptada por el respectivo sistema, es decir, bajo el cumplimiento de procedimientos y controles de riesgos definidos por la entidad encargada de procesarla. En el Anexo cuatro se relacionan algunos de los protocolos más usados para efectos de analizar dichos procedimientos y controles.

En segundo lugar, si la orden de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- no es aceptada por el sistema, por no cumplir con algunos de los procedimientos o requisitos previstos por la respectiva entidad para considerarla como tal, ésta simplemente no surte efecto alguno, siendo el más importante, su cumplimiento, y a consecuencia de no tener efecto, se considera inexistente³².

2.4 Dinero Electrónico

En otras latitudes, la doctrina ha considerado que la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- es una expresión de la emisión y utilización de *dinero electrónico*³³, cuyo sistema presenta desde la óptica de Mateo Hernández (2005) por lo menos las siguientes dificultades, así:

- 1.- la primera es identificar si el pago realizado por la entidad emisora puede quedar encajado dentro del régimen de los títulos valores, o si al desconocer los portadores de las monedas que han servido para la realización de sucesivos pagos, se acercaría más a la figura del dinero de curso legal;
- 2.- la segunda, si puede manejarse como expresión electrónica de la figura de la cesión de créditos, que en el caso colombiano está regulada en el art. 1959 del CC.

³² Superintendencia Financiera de Colombia (2016). Concepto 2006033594-001 del 29 de agosto de 2006. Disponible en [<https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Conceptos2006/2006033594.pdf>]

³³ Existen tres tipos de esquemas de efectivo virtual: i) multi-purpose systems: en donde el valor monetario almacenado puede ser aceptado como medio de pago por diversas empresas distintas al emisor; ii) single-purpose systems: a través del cual quien presta el servicio es el emisor del instrumento a través de pagos determinados anticipados, y iii) limited-purpose systems como aquellos que pueden ser utilizados de forma muy concreta y delimitada en un ámbito determinado (Mateo, 2005, p. 432).

Conforme a lo predicho se expone en primer lugar, que para un sector de la doctrina española si es posible determinar a la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- dentro del régimen de la cesión de créditos, pues ésta se tiene como el acuerdo de voluntades entre el antiguo y el nuevo acreedor (cedente y cesionario), para transmitir la titularidad del derecho de crédito del primero al segundo, a partir del efecto de la figura jurídica de la subrogación (Mateo, 2005), óptica que encuentra asidero en la normatividad comunitaria europea según la Directiva 2000/46/CE que reza en su art. 3: “dinero electrónico»: un valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor”.

Sin embargo, tal postura encuentra objeciones al tenor de lo contemplado por el régimen civil en relación al contrato de cesión de créditos que contempla entre otras, las siguientes reglas: i) notificar la cesión al deudor -a la entidad emisora del dinero electrónico-, y ii) la obligación del cedente -el titular de las monedas electrónicas- de responder acerca de la legitimidad del crédito, que en el caso de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- no serviría, pues como lo afirma la doctrina española, “la cesión de créditos de derechos de una institución jurídica que resulta lenta e insegura para las crecientes necesidades de agilidad y seguridad del tráfico comercial” (Mateo Hernández, 2005, p. 361); al igual que, la figura contractual en comento, posee por principio el *favor debitoris* en donde el deudor no puede ser perjudicado por el solo hecho de cambiar de acreedor sin importa la calidad de persona que sea.

Por ello se ha considerado la posibilidad que la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- se inscriba en el régimen de los títulos valores, que doctrinalmente se concibe como un documento esencialmente transmisible y necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo en mención (Mateo, 2005), y cuya clasificación se ha denotado en tres tipos según el derecho incorporado, es decir, de participación, de tradición, y de pago o de suma de dinero, siendo dentro de este último en donde se inscribiría la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-. Sin embargo, tal posibilidad igualmente presenta dificultades, aunque reconciliables con la figura acá tratada y que se resumen así:

- i) La representación material del dinero electrónico dentro del título valor, aunque no sea un obstáculo insalvable pues como lo denota la doctrina española la desmaterialización de los títulos valores de pago encuentra asidero conforme ya se ha venido presentando en los títulos de participación y de tradición, en las bolsas, mercados financieros y en el comercio de transporte (Mateo, 2005).
- ii) La negociabilidad, punto éste que no encuentra una solución tan aparentemente clara, como el anterior en el entendido que, es de la esencia del título valor la posibilidad de ser transmitido a un tercero sin complejos requisitos, que en el caso del dinero electrónico se encuentra limitada, pues el receptor de este no puede volver a reutilizarlo, sino que es necesario que solicite un reembolso en efectivo o de reconvertirlo en unidades de dinero

electrónico (Mateo, 2005), y en tal sentido, por medio del sistema electrónico se transmite el valor monetario no el derecho a obtener ese valor.

2.5 Seguridad en la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-

Ahora bien, para el doctrinante (Mateo, 2005) es el tema de la seguridad electrónica uno de los puntos más álgidos que tiene que afrontar la implementación de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- en el mundo, especialmente lo relacionado con los riesgos genéricos de utilización que se describen a continuación:

Fraud risks: Peligros de la falsificación de la representación electrónica del valor monetario así como el hurto del instrumento de dinero electrónico.

Duplication of devices: Peligro de que una tarjeta pueda duplicarse junto con sus claves permitiendo ser aceptada pagos en lugar de la tarjeta original.

Alteration or duplicación of data of software: Alteración de los datos almacenados en los instrumentos de pago electrónicos.

Alteration of messages: Alteración de los datos que se transmiten para realizar un pago.

Repuditation of transations: El portador pueda en todo momento negar la realización de los pagos realizados por medio de un instrumento de dinero electrónico

Malfunctions: Errores en el funcionamiento del esquema de dinero electrónico.

Frente a dichos riesgos se han planteado por parte del Committee on Payment and Settlemente Systems³⁴ unos principios que rigen las medidas de seguridad:

Confidencialidad: Secreto de los datos que se almacenan en un soporte electrónico,

Integridad: Los datos deben estar inalterados,

Autenticación: En caso de pago, el mensaje proviene directamente del pagador,

³⁴ Un comité formado por los bancos centrales de los países del G10 que supervisa la evolución de los sistemas de pago, liquidación y compensación en un intento de contribuir a sistemas eficientes de pago y liquidación, y construir una sólida infraestructura de mercado (Investopedia, 2017). El CPSS está formado no sólo por representantes de los bancos centrales del G10 y del Banco Central Europeo, sino también por otros 11 bancos centrales nacionales de países en diferentes etapas de desarrollo económico de todo el mundo, y por representantes del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial. Al desarrollar estos principios universales, también se consultó con agrupaciones de bancos centrales de África, América, Asia, la cuenca del Pacífico y Europa (Bank for International Settlements, 2001).

No repudio de origen: El pagador no puede negar que ha realizado el pago.

Del mismo modo, se ha comprendido que para cumplir con lo anteriormente mencionado, la criptografía a través de la firma digital es el esquema de seguridad electrónica más eficiente para la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, por cuanto brinda la posibilidad de autenticación y confidencialidad de la transacción a través de la firma digital de cada una de las partes implicadas en la operación de pago, ya desde una perspectiva mercantil y de conformidad con la Ley Modelo para el Comercio Electrónico en general³⁵ y la Ley Modelo para Firmas Electrónicas y Prestadores de Servicios de Certificación³⁶, “se ha considerado conveniente buscar un método que permita dotar de seguridad y confiabilidad a los mensajes de datos relacionados con las operaciones mercantiles de las empresas y el resultado obtenido es un método de encriptamiento de los textos de esos mensajes” (Vera, et al., 2004, p.3).

En el caso colombiano la firma digital se encuentra reconocida en la Ley 527 de 1999 que las define del siguiente modo al tenor del art. 2, literal c: “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”. Instrumento legal cuya finalidad y naturaleza ha manifestado la jurisprudencia constitucional colombiana radica en ser garantía para que un mensaje de datos determinado sin alteración proceda de una persona específica a través de la criptografía y por medio de la aplicación de específicas competencias técnicas, así como del uso de un equipo físico especial (C-219, 2015).

Cabe recordar que el llamado prestador de servicios de certificación o *tercera parte de confianza* en Colombia en virtud de la Ley 527 de 1999 (art. 30) son las entidades de certificación, verbigracia, *Certicámara*³⁷ que tiene por función principal desde la vista constitucional, avalar que todas las operaciones que envuelvan transmisión y

³⁵ En la sentencia C-608 de 2010 la Corte aseveró: “por cuanto el comercio electrónico ofrece enormes ventajas para las empresas, profesionales independientes e inversionistas de incrementar sus transacciones, lo cual redundará en la generación de empleo y calidad de vida de los ciudadanos. Al mismo tiempo, se establecen mecanismos encaminados a proteger a los consumidores de la realización de operaciones fraudulentas, estableciendo mecanismos bilaterales de cooperación”.

³⁶ Artículo 1: La presente Ley será aplicable en todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas en el contexto* de actividades comerciales. No derogará ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor (CNUDMI, 2002).

³⁷ Según su página web es una “entidad de certificación digital abierta, constituida con el propósito de asegurar jurídica y técnicamente las transacciones, comunicaciones, aplicaciones y en general cualquier proceso de administración de información digital de conformidad con la Ley 527 de 1999 y los estándares técnicos internacionales”, consultado el 13 de octubre de 2017. Disponible en <https://web.certicamara.com/quienes-somos/historia/>.

conservación de mensajes de datos y certificaciones sobre firmas digitales, se realicen de manera segura cumpliendo los principios previamente citados de confidencialidad, autenticidad, integridad y no repudiación de la información (C-219, 2015).

Como ya se enunció ampliamente, la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- opera dentro del ámbito de los mensajes de datos, sin embargo, cuando de instituciones financieras se trata, es necesario tener en cuenta el régimen normativo del Comercio Electrónico pues es este el vehículo que permite el flujo de dinero por medios electrónicos del Banco, con su cliente al igual que con un tercero Beneficiario. En Colombia el Comercio Electrónico desde la vista legal es entendido como:

“Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera” (literal b del art. 2 de la Ley 527 de 1999).

Definición normativa de la cual la doctrina se ha permitido establecer unos elementos como son: a) el campo de aplicación del comercio electrónico es de cualquier índole comercial, tanto en la fase precontractual como de ejecución del negocio, b) el medio por el cual se desarrolla este tipo de relaciones es a través de mensajes de datos, del cual se dio una definición anteriormente, y c) la serie de actividades que enuncia que se pueden realizar por este medio es enunciativa y no taxativa. Igualmente, la doctrina nacional ha definido al Comercio Electrónico como las transacciones comerciales realizadas en sistemas electrónicos de procesamiento y transmisión de información digitalizada entre organizaciones, individuos o ambos que implica el intercambio de dinero y el retorno de un producto o servicio, luego del pago (art. 1626 del C.C.).

Así las cosas, dentro del Comercio Electrónico en el cual hace presencia la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, el régimen de instrumentos de pago en Colombia por este medio se clasifica de tres modos:

1.- el primero es la *tarjeta bancaria*, por medio de la cual se han abarcado tres modalidades de contratación electrónica como son: a. emisión y posterior comunicación de los datos de la tarjeta, b. emisión a través de un formulario web con conexión protegida mediante un canal seguro, y c. emisión en un formulario web con conexión segura y datos cifrados (Flórez, 2013).

2.- El segundo modo de instrumento de pago es el dinero electrónico (e-money) en donde existe la representación de un valor abstracto para realizar intercambios y respaldado por una autoridad, cuyas características son: a. es aceptado universalmente como medio de pago, b. el pago no depende de la existencia de fondos en una cuenta ni de un crédito, c. prevalece el anonimato. Su funcionamiento consta de dos fases, la primera que es la creación del dinero electrónico, comenzando por una solicitud de un titular de cuenta a un banco que emita moneda electrónica, para que por medio de un software suministrado por la entidad pueda gestionar dinero tanto e-money como real, que se hará a través de un número de serie aleatorio que es firmado digitalmente por el usuario para que recibido por el banco, éste verifique la firma digital, compruebe la identidad del cliente y la integridad del mensaje. La segunda fase corresponde al pago por medio de dinero electrónico, que se da cuando el titular a través del software de gestión, transfiere el e-money al comerciante, para que éste se conecte con el Banco, y verifique la autenticidad de la transferencia (Flórez, 2013).

3.- El tercer medio de pago electrónico, son las órdenes de pago y el cheque electrónico, permitiendo al cliente pagar de forma directa desde su cuenta a través del servicio bancario de depósitos y pagos electrónicos³⁸. Igualmente, esta modalidad permite que el pago de la operación se haga por medios tradicionales con la posibilidad de imprimir el recibo, la orden o el código de pago para cancelarlo en un establecimiento bancario, una entidad de recaudo internacional, una entidad de recaudo nacional que actúa como intermediario o corresponsales no bancarios (Flórez, 2013).

2.6 Responsabilidad Penal en las –TEF-

Se parte de la noción de responsabilidad jurídica cual es “el deber de desplegar una conducta como parte de un sujeto de derecho frente a otro, cuyo incumplimiento e inobservancia de normas legales, genera una obligación de responder por los daños que se causen a otro” (Anaya, 2012, p. 291). Ahora bien, en el caso del régimen de responsabilidad por indebido uso de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, se considera necesario hacer alusión a la categoría genérica de *fraude electrónico* para dar cuenta de toda “conducta desplegada por un tercero ajeno al titular del medio electrónico de pago, no autorizada ni consentida por este, por conductos electrónicos y que le causa un perjuicio” (Rodríguez, 2014, p. 290).

³⁸ Para Jallath & Negrin (2003) existe una diferencia entre, sistemas y medios de pago, pues por el primero se debe entender el conjunto de instrumentos, procedimientos financieros y de infraestructura para transferir fondos entre bancos; mientras que por medios de pago se comprende los instrumentos que los propios agentes utilizan para pagar los bienes, servicios y activos que de adquieren, y a la vez constituyen componentes centrales de los sistemas de pago.

Una expresión de debida diligencia y prevención de la responsabilidad en los sistemas electrónicos de pago, ha sido decantado por la doctrina, especialmente la desarrollada por el Banco Central Europeo en las siguientes tres funciones:

1. Seguimiento de los avances en la industria de servicios y mecanismos de pago y su interrelación con el sistema financiero,
2. La evaluación de las infraestructuras empleadas para el cumplimiento de los objetivos del sector bancario,
3. La promoción de mejoras en el diseño y la administración de los sistemas por medio de acuerdos, declaraciones u otros mecanismos de persuasión ética (Morales, 2013).

Asimismo, el Comité de Sistemas de Pago y Liquidación Público³⁹ consideró necesario el seguimiento de una serie de pautas para la vigilancia eficaz de los sistemas e instrumentos de pago nacionales en infraestructura de mercado financiero y que involucren una jurisdicción nacional, compilación que se conoce como los *principios generales para vigilancia de los sistemas de pago*⁴⁰ los cuales son:

Transparencia: Los bancos centrales deben establecer públicamente sus políticas de vigilancia, incluyendo los requisitos o normas para los sistemas y los criterios para determinar a qué sistemas se aplicarían.

Normas internacionales: Los bancos centrales deben adoptar, cuando sea relevante, normas reconocidas internacionalmente para los sistemas de pago y liquidación.

Potestades y capacidad eficaces: Los bancos centrales deben contar con las potestades y la capacidad necesarias para desempeñar con eficacia sus responsabilidades.

Consistencia: Las normas de vigilancia deben aplicarse con consistencia en sistemas de pago y liquidación similares, incluidos los sistemas operados por el banco central.

Cooperación con otras autoridades: En su labor de fomento de la seguridad y eficiencia de los sistemas de pago y liquidación, los bancos centrales deben cooperar con otros bancos centrales y autoridades relevantes (Morales, 2013, p. 34).

³⁹ Committee on Payment and Settlement Systems

⁴⁰ Afirma Gómez Alcázar (2008) “los sistemas de pago con el conjunto de mecanismos, instrumentos, procedimientos y normas, mediante los cuales, a través de transferencias de fondos, se liberan muchas de las obligaciones resultantes de las actividades económicas. [...] En dichos sistemas, quedan incluidos la mayor parte de los medios que utilizan los diferentes agentes económicos para cumplir con sus obligaciones dinerarias (10).

En el sistema de la Organización de las Naciones Unidas –ONU- se encuentra el Manual de las Naciones Unidas para la Prevención y Control de los Delitos Informáticos de 1994:

“Se señaló que el potencial de la delincuencia informática es tan amplio como el de los propios sistemas internacionales de telecomunicaciones. Como era de esperar, la palabra “Internet” aparecía solo una vez en el Manual y la palabra “ciberdelincuencia” no se utilizó; sin embargo, las conclusiones demostraron una gran visión de futuro. Si bien el Manual centró su atención en el concepto de “delito informático”, es bien sabido que hoy en día la “ciberdelincuencia” recurre efectivamente a las tecnologías globalizadas de la información y las comunicaciones, en particular a Internet, para la comisión de actos delictivos de alcance transnacional.” (Naciones Unidas, 2015, p. 6).

De su lado, la doctrina española a propósito de este instrumento internacional se ha permitido caracterizarlo por los siguientes elementos:

1. Falta de acuerdos globales acerca de cuáles conductas deben constituir delitos informáticos.
2. Ausencia de acuerdos globales en la definición legal de las conductas delictivas que afectan a los medios electrónicos.
3. Falta de especialización de los organismos policiales y fiscales en la persecución y sanción de los delitos informáticos.
4. No existe armonización normativa sustancial y procesal sobre la investigación y sanción de los delitos informáticos.
5. Carácter transnacional de la mayoría de los delitos cometidos.
6. Ausencia de tratados de extradición, de acuerdos de ayuda mutuos y de mecanismos sincronizados que permitan la cooperación internacional (Acurio del Pino, s.f., p. 33).

En el marco de la Unión Europea se han creado mecanismos para desarticular la delincuencia informática al tenor de lo previsto por *Convenio sobre cibercrimen* adoptado por el Consejo de Europa el 13 de septiembre de 2001, y cuyo objetivo principal radica en ser un mecanismo de perspectiva global que sistematiza determinadas conductas punibles que pueden cometerse a través del uso del internet o por medio de redes de transmisión de datos, especialmente en lo relacionado con la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, penalizando la violación de la seguridad de la red y la falsificación o alteración de datos almacenados o transmitidos por medios electrónicos. Igualmente, en el marco comunitario entrado el segundo milenio, el Consejo de Europa adopta la Decisión marco de 28 de mayo de 2001 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo (2001/413/JAI).

Ahora bien, dentro del ámbito de protección penal a la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, se encuentran una serie de delitos que la doctrina española ha considerado reunir en dos grupos y se basa en la Decisión marco precitado. El primero, de los delitos relacionados con equipos informáticos que sancionan conductas que consistan en la realización o provocación de una Transferencia Electrónica de Fondos o de dinero-TEF-, o de valor monetario, que cause una pérdida no autorizada del patrimonio a una persona, con el ánimo de beneficio económico a través de las modalidades de introducción, alteración o supresión indebida de datos informáticos, o interferencia indebida en el funcionamiento de un sistema informático. El segundo, relacionado con los dispositivos especialmente adaptados, a través de la fabricación, el recibo, la venta y transferencia de instrumentos, objetos programas informáticos que tengan dentro de estos la facultad de ser instrumentos de pago (Mateo, 2005).

A nivel internacional, Acurio del Pino (s.f.) considera que es más fácil hablar de criminalidad informática que de delitos informáticos, porque resulta extremadamente complejo buscar un concepto técnico que comprenda todas las conductas ilícitas vinculadas a los medios informáticos, tanto por la diversidad de supuestos, como de los bienes jurídicos afectados. Sin embargo, de conformidad con los siguientes ítems presenta una propuesta para definir los delitos informáticos:

Propósito de investigación de la seguridad: abuso informático es cualquier acto intencional que involucre a un computador como objeto, instrumento o símbolo donde una víctima sufrió o podría haber sufrido una pérdida y el perpetrador obtuvo o pudo haber obtenido una ganancia.

Propósito de investigación y acusación: delito informático es cualquier acto ilegal cuya perpetración, investigación o acusación exige poseer conocimientos de tecnología informática.

Propósito legal: delito informático es cualquier acto contemplado como punible por una ley a la que establece una sanción que generalmente son multas o pena privativa de la libertad.

Otros propósitos: abuso informático es cualquier delito que no puede ser cometido sin un aparato digital.

Dentro de la dogmática penal los delitos informáticos contienen los siguientes elementos:

- a. Las personas que cometen los “Delitos Informáticos” son aquellas que poseen ciertas características que no presentan el denominador común de los delincuentes, por ejemplo, los sujetos activos tienen habilidades para el manejo de los sistemas informáticos y por su situación laboral se encuentran en lugares estratégicos donde se maneja información de carácter sensible.

- b. Los delitos informáticos en su configuración no están de acuerdo al interés protegido, como en los delitos convencionales, sino de acuerdo al sujeto activo que los perpetra, así las cosas, el delincuente informático se caracteriza por entre otros: su estatus socioeconómico, la comisión de la conducta no se explica por la pobreza, ni por poca inteligencia o baja educación.
- c. En relación con el sujeto pasivo, es en quien recae la conducta de acción u omisión que realiza el sujeto activo, mientras las víctimas pueden ser individuos, instituciones financieras, gobiernos, clientes bancarios, y en general la sociedad.
- d. El bien jurídico protegido parte de la necesidad que se incorpore valores inmateriales y de la información como ámbito de protección penal, de esta forma se considera que la información es el objeto penal a proteger el cual a su vez puede proteger: i) el patrimonio, ii) la reserva, la intimidad y confidencialidad de los datos, iii) la seguridad o fiabilidad del tráfico jurídico y probatorio, y iv) el derecho de propiedad (Acurio del Pino, s.f.).

Por otra parte, existen diversos tipos de delitos informáticos, como son *los fraudes* que se conforman de datos falsos o engañosos conocido también como introducción de datos falsos o una manipulación de datos, la *manipulación de programas o los “caballos de Troya”* que consiste en modificar los programas existentes en sistemas de computadores o en insertar nuevos programas o nuevas rutinas, *la técnica del salami* en donde se aprovecha las repeticiones automáticas de los procesos de cómputo, verbigracia de transacciones financieras repetidamente de una cuenta a otra. En relación con las *falsificaciones informáticas*, cuando se alteran o modifican contra ley datos de los documentos almacenados digitalmente.

Respecto al *sabotaje informático* se tiene que es “el acto de borrar, suprimir o modificar sin autorización funciones o datos de computadora con intención de obstaculizar el funcionamiento normal del sistema” (Acurio del Pino, s.f., 25), sus principales técnicas son: a) *bombas lógicas* de tiempo que debe producir daños posteriormente, contrario a los virus o los gusanos, las bombas lógicas son difíciles de detectar antes de que exploten, también puede utilizarse como instrumento de extorsión y se puede pedir un rescate a cambio de dar a conocer el lugar en donde se halla la bomba, b) *Gusanos* se fábrica de forma análoga al virus, pero es diferente a este porque no puede regenerarse, por ejemplo, un programa gusano que subsiguientemente se destruirá puede dar instrucciones a un sistema informático de un banco para que transfiera continuamente dinero a una cuenta ilícita.

Por otra parte, están otras conductas como son los virus informáticos y malware, el ciberterrorismo, y los ataques de denegación de servicio. En ulterior lugar, se encuentra el *espionaje informático* (fuga de datos y reproducción no autorizada de programas informáticos de protección legal), el *robo de servicios*, por medio de las modalidades de hurto de tiempo del computador, apropiación de informaciones residuales, parasitismo

informático y suplantación de personalidad, así como el acceso no autorizado a servicios informáticos a través de las técnicas de las puertas falsas, la llave maestra, el pinchado de líneas que consiste en interferir las líneas telefónicas de transmisión de datos para recuperar la información, finalmente, están los conocidos piratas informáticos (Acurio del Pino, s.f.).

2.6.1 Colombia

En Colombia también dentro del Derecho del Consumidor electrónico (Ley 1480 de 2011), se contempla la reversión de pago cuando se presentan prácticas fraudulentas entre las cuales se encuentran: a) *Claves programáticas espías o software espía*, que se usan para obtener información que le permita al ciberdelincuente validarse en el sistema bancario, suplantando a la víctima; b) *Estafas a través de subastas en línea*, bajo esta modalidad los ciberdelinquentes ofertan servicios o productos a través de software de aplicaciones ilegales que, además, pueden ser una vía para la estafa, c) *Phishing*, en este caso se inicia con un mensaje de datos enviado al usuario en nombre de su entidad financiera, invitándolo a dar clic en algún enlace que en realidad corresponde a una página “fantasma” que no pertenece a la entidad bancaria pero se usa para recolectar la información del cliente, d) *Vishing*, consiste en utilizar medios externos a la entidad bancaria, como llamadas, para solicitar al cliente que se comuniquen a un número determinado y de esta manera recolectar sus datos bancarios para realizar el fraude, e) *Smishing*, es el uso de mensajes de texto a celulares aleatorios para engañar a los usuarios y obtener información personal y bancaria (Flórez, 2013).

Las anteriores expresiones de fraude electrónico igualmente pueden venir acompañadas de por lo menos dos situaciones a saber, la primera que es la “[i]nterceptación de los datos propios del medio de pago electrónico y su titular a través de los canales electrónicos por los cuales circula la información, v. gr. en la internet”, y la segunda “[c]onsecución de los datos propios del medio de pago electrónico y su titular a través de la extracción de la información de las bandas magnéticas de las tarjetas débito o de crédito, o del chip de la tarjeta inteligente, mediante la incorporación de mecanismos simulados en cajeros electrónicos y datafonos” (Rodríguez, 2014, 291).

En el ámbito penal colombiano, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en sus arts. 102 a 104 contempla una serie de cautelas a cargo de las entidades que ejercen la actividad financiera, particularmente los bancos, por lo que de esta manera el art. 102 en comento expresa: “Las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, estarán obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas.”

De esta forma el legislador colombiano ha contemplado diversas modalidades de crimen relacionada por el sistema financiero entre las cuales se resalta el lavado de activos y la financiación del terrorismo, el primero comprendido como “El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito [...]” (Art. 323 del CP).

Mientras que la financiación del terrorismo contemplada en la Ley 1453 de 2011 reformatoria del art. 345 del CP se entiende como “El que directa o indirectamente provea, recolecte, entregue, reciba, administre, aporte, custodie o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie o sostenga económicamente a grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas”.

Lozano Vila (2008) ha considerado meritorio crear unas estrategias de establecimiento de perfiles financieros con vista a degenerar en una detección oportuna de lavado de activos, que a su vez sirvieran para evitar fraudes electrónicos o cualquiera otra actividad punible en el desarrollo del sistema de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, por lo que conforme ello el autor en mención plantea los siguientes elementos a tener en cuenta: a. la información sobre el cliente y la transacción son incorrectas, b. el cliente fue al perfilado, c. existe una explicación lícita y razonable para la transacción que se sale del perfil, d. el cliente ha cambiado de actividad económica, y he. el cliente ha mejorado su situación patrimonial.

Sobre este punto en particular se presentarán en el capítulo tercero una serie de conclusiones a partir del análisis jurisprudencial de la Delegatura Jurisdiccional de la Superintendencia Financiera de Colombia, cómo la asimetría existente entre el Consumo Financiero –CF- y el Sistema Financiero –SF- se supera incluso volviéndose en la mayoría de los casos jurisprudenciales presentados, en contra de la Institución Financiera, particularmente los bancos por falta de una buena perfilación financiera o teniéndola al no haberla aplicado. Por ejemplo, en un caso en donde el autor fue

abogado defensor de una entidad financiera demandada por un Médico Consumidor Financiero cuyo perfil financiero estaba definido por un monto de consumo, unos establecimientos de comercio y unos horarios, fue condenada al pago de lo consumido, habiendo aceptado el Médico Consumidor Financiero, que se embriagó, que perdió su tarjeta crédito por su negligencia y alegando que los consumos realizados por los delincuentes no correspondían a su perfil, fue condenada la Institución Financiera.

Asimismo, se ha decantado como al interior de las relaciones económicas que surgen en el mercado, existe una en especial que por su importancia en el tema que acá se expone no solo suscita su interés, sino al mismo tiempo la necesidad de que sea desarrollado. De esta manera se está hablando del derecho de los consumidores de comercio electrónico en donde se parte de la premisa general que el consumidor es *prima facie* la parte débil de la relación contractual económica de producción de bienes y servicios dentro del mercado.

Análoga situación a la que acece con el trabajador en la relación laboral, como contrario al profesional que puede ser productor o intermediario que a su vez se erige como la parte dominante de tal negocio jurídico del consumo⁴¹.

Conforme a lo predicho y según lo expone Flórez Rojas (2013) son varias las causas que origina el nacimiento del moderno derecho del consumo⁴²:

1. La producción en masa de diversos bienes y servicios;
2. La aceptación *forzosa* a predisposiciones impuestas por el empresario⁴³,
3. El auge del comercio transfronterizo, y
4. El impacto de la publicidad, lo que conlleva a que se establezcan por lo menos tres finalidades fundamentales de este tipo de regulación: a. un fin de reparación con las medidas arbitrarias que la parte dominante de la relación contractual

⁴¹ En el derecho comparado, desde la postguerra se han creado instrumentos internacionales por la protección al consumidor, de tales instrumentos se encuentra el Tratado de Roma de 1957, que incorpora disposiciones que aluden al consumidor en los arts. 39, 85 y 86. Posteriormente, en 1972 se elaboró la Carta Europea de protección al consumidor, y en 1999 se adoptó la Resolución 39/248 de la Asamblea General de la ONU de 9 de abril de 1985, en la que se aprobaron directrices para la protección del consumidor (C-313, 2013).

⁴² En Colombia la regulación constitucional se encuentra en los arts. 13 y 78, desarrollados ampliamente por la Ley 1480 de 2011.

⁴³ Frente a este punto ha manifestado la Sala Civil de la Corte Suprema: “traspasa las relaciones tradicionales propias del derecho privado, para extenderse a las que se ajustan entre el Estado y los diversos actores del mercado, en la medida en que tengan injerencia en los intereses de la colectividad” (Sentencia del 3 de mayo de 2005. Referencia. Expediente: 5000131030011999- 04421-01, citado por Flórez Rojas, 2013).

genera en la satisfacción del consumo, b. un fin preventivo de evitar conductas lesivas a futuro, y c. un fin educativo de convertir al consumidor en una parte activa de la relación económica y un actor de primer orden en el mercado.

En similar sintonía se ha expresado el máximo tribunal de lo constitucional al afirmar que la protección legal que tiene el consumidor está “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” (Corte Constitucional, Sentencia C-749 de 2009); también ha manifestado cómo “los derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y aptitud para satisfacer sus necesidades” (C-1141, 2000).

- *Revocabilidad*

Al interior de las relaciones del consumo, es de especial interés como se aseveró anteriormente, la figura de la reversión de pago que el legislador creó en el art. 51 de la Ley 1480 y que opera para la devolución del dinero en las siguientes circunstancias cuando el consumidor lo solicite:

1. Cuando el consumidor haya sido objeto de fraude,
2. Cuando corresponda a una operación no solicitada,
3. Cuando el producto adquirido no sea recibido,
4. Cuando el producto entregado no corresponda a lo solicitado;
5. Cuando el producto sea defectuoso y,
6. Cuando el pago corresponda a cualquier servicio u obligación de cumplimiento periódico, por cualquier motivo.

2.7 Responsabilidad Civil en la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-

Dentro del ámbito de la responsabilidad civil, se ha entendido que, son tres los elementos que la estructuran: el hecho generador⁴⁴, el daño⁴⁵ y el nexo causal de los anteriores. Dado los tres elementos se hace alusión al deber de reparar⁴⁶, el cual puede surgir de una relación contractual, de un hecho ilícito intencional o no, y de un hecho dañoso extracontractual. Ahora bien, existen dos posiciones al interior del derecho privado en relación al establecimiento de la responsabilidad y que a su vez da origen a dos teorías, la subjetiva, cuya noción principal es la culpa entendida como “el actuar negligente de quien ha producido un daño” (Anaya, 2012, p. 293) y la objetiva, cuya concepción se basa en el riesgo, comprendido elemento en el cual se presentan “los eventos en que no existe un actuar culpable o negligente por parte de una persona que directamente esté relacionada con el hecho causante del daño, pero que, en sentido estricto, no ha sido su ejecutor” (Anaya, 2012, p. 294).

En el caso colombiano, la doctrina nacional considera que la responsabilidad de las instituciones bancarias⁴⁷ por los daños que se puedan generar a partir de la prestación de sus servicios vía electrónica se encuentra enmarcada en lo estipulado por el derecho interno del consumo, específicamente por la Ley 1480 de 2011 en sus arts. 20 (obligación de indemnización), 21 (elementos fundantes de la responsabilidad civil) y 5 (condiciones de calidad e idoneidad⁴⁸). Igualmente, existen normas específicas que regulan el consumo de productos financieros en virtud de la Ley 1328 de 2009, que para el caso de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- resulta de inexorable aplicación el principio de la debida diligencia que se convierte en ese deber de las entidades de emplear en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los

⁴⁴ Es un fenómeno que produce consecuencias jurídicas, tradicionalmente, se divide en actos jurídicos (declaraciones de voluntad con efectos jurídicos) y hechos jurídicos (hechos de la naturaleza con consecuencias en el derecho) (Yang, 2012, p. 83).

⁴⁵ “Es una aminoración en el patrimonio, sea de una manera material o inmaterial, o de ambas formas, que se produce en la esfera del interés de uno de los contratantes (contractual) o en la de un tercero con quien no se tenía una relación jurídica preexistente (extracontractual)” (Yong, 2012, p. 98).

⁴⁶ Este deber afirma Anaya (2012) nace en virtud del acaecimiento de un perjuicio, ya que sin este no existe la obligación de reparar, en palabras del autor en referencia “sin daño o transgresión a un patrimonio no hay responsabilidad” (293).

⁴⁷ Según el art. 2 numeral 2 del Decreto 663 de 1993: “Son establecimientos bancarios las instituciones financieras que tienen por función principal la captación de recursos en cuenta corriente bancaria, así como también la captación de otros depósitos a la vista o a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito.”

⁴⁸ De conformidad con la norma *supra* citada, se entiende por: “Calidad: Condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él”, y por “Idoneidad o eficiencia: Aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado”.

consumidores, la seguridad, calidad e información y atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan, así como en el desenvolvimiento normal de sus operaciones, acordes con la oferta, compromiso y obligaciones propias de los servicios financieros (Anaya, 2012).

En consonancia con lo anterior se vislumbra entonces que con la actual normatividad prevista en la Ley 1328 de 2009 y de conformidad con lo desarrollado por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea⁴⁹ tanto la teoría de la responsabilidad objetiva⁵⁰ cuyo principal elemento es el riesgo⁵¹ (Yong, 2012) como el principio de la debida diligencia, encuentran asidero para que dentro de este marco reglamentario opere la responsabilidad civil de las entidades bancarias por daños ocasionados dentro del sistema de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-. Así, por ejemplo, el Comité de Basilea consideró dentro del principio de la debida diligencia de los bancos, que se debe evitar la materialización de diversas modalidades de riesgo como son de reputación, operativos, legales y de concentración. En el capítulo siguiente se hace el desarrollo jurisprudencial del tema.

El riesgo de reputación: Amenaza especialmente a los bancos, puede definirse como “la posibilidad de que una publicidad negativa relacionada con las prácticas y relaciones de negocios de un banco, ya sea acertada o no, cause una pérdida de confianza en la integridad de la institución”, una forma de materialización de este tipo de riesgo es cuando las entidades bancarias pueden convertirse en vehículo o víctima de las actividades ilegales de sus clientes.

El riesgo operativo: Es una pérdida directa o indirecta a partir de un fallo en los procesos, personal y sistemas internos o de acontecimientos externo, por medio de insuficiencias

⁴⁹ Afirma la institución en mención: “Los supervisores de todo el mundo otorgan cada vez más importancia a los controles y procedimientos con los que deben contar los bancos para conocer a sus clientes. Ejercer la debida diligencia con respecto a clientes nuevos y antiguos es una parte muy importante de estos controles. Sin esta debida diligencia, los bancos podrían correr riesgos de reputación, operativos, legales y de concentración, lo que podría conllevar un coste financiero importante.”

⁵⁰ “El planteamiento hecho bajo el régimen de responsabilidad objetiva parte de un supuesto completamente distinto al indicado en el acápite anterior, pues en este caso si bien la responsabilidad continúa siendo contractual, ahora la entidad financiera no se exime de responsabilidad probando simplemente la máxima diligencia en la gestión de la seguridad informática, sino que debe garantizar un resultado.” (Rodríguez, 2014, p. 294).

⁵¹ Esta doctrina desarrollada desde la época de la industrialización se disgrega en dos tendencias: el riesgo creado que evoca la responsabilidad cuando se ha causado un perjuicio como consecuencia de una actividad que genera un riesgo, una situación de inseguridad, sin que exista necesidad de determinar la existencia de culpa; por su parte, el riesgo beneficio, al igual que la anterior, existe responsabilidad sin previamente acreditar la culpa, sin embargo, en este caso, el autor del daño, solo responde si ha obtenido provecho de la actividad que genero un menoscabo para la víctima (Yong, 2012, pp. 203-204).

en la aplicación de los programas del banco, procedimientos de control deficientes y el hecho de no practicar la debida diligencia.

El riesgo legal: Se refiere a procesos, sentencias adversas o contratos que resulten ser inaplicables cuyos efectos perjudiquen las operaciones de un banco, y que tengan por base el desconocimiento de la entidad de las normas o la no practica de la debida diligencia, ejemplos de materialización de este tipo de riesgo son multas, responsabilidad penal de las personas jurídicas en donde existe y sanciones especiales impuestas por los supervisores.

El riesgo de concentración: Se observa en el activo del balance general, a través de la identificación las concentraciones de crédito, en donde se evidencien por ejemplo un prestatario único o un grupo de prestatarios relacionados (Comité de Basilea, 2001).

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha venido decantando en su jurisprudencia⁵² la teoría del riesgo bajo el sentido de establecer los siguientes elementos como conformantes de esta:

1. No se debe de probar la culpa del demandado autor del daño,
2. En el caso de la responsabilidad bancaria, se haya tal cuando la actividad profesional financiera supone un lucro en el desarrollo de la misma,
3. La actividad bancaria entraña en si riesgos naturales que deben ser asumidos por quien la ejerce de forma reiterada, pública y masiva,
4. También existe la responsabilidad objetiva por “exposición al peligro” que decanta la asunción del compromiso de reparar el daño, cuando a quien se le imputa tal, está en la posición más adecuada para conducir el análisis de costo—beneficio, a través del aseguramiento de evitar el daño comparando los costos relativos y costo del daño.

También la doctrina nacional ha considerado la existencia de unos tipos de riesgo en la actividad bancaria⁵³ cuales son los riesgos de operación, los de reputación y los legales, similares a los ya expuestos *ex ante* por el Comité de Basilea. En relación a los riesgos

⁵² Sentencias de casación civil de 9 de septiembre de 1999, 8 de septiembre de 2003, y 24 de septiembre de 2009 (citado por Anaya, 2012).

⁵³ “[...] la posibilidad de obligar a las entidades financieras al pago de la indemnización derivada de los fraudes electrónicos al tenor de la responsabilidad objetiva se ha cimentado en las teorías del riesgo, que se han estructurado ya no bajo la órbita de la responsabilidad contractual, sino de la extracontractual, es decir, no se parte de la existencia de una relación contractual y el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad financiera, sino del riesgo originado en la actividad desplegada por el emisor de los medios electrónicos de pago, por lo que, bajo ese supuesto, deberá indemnizar perjuicios que se causen incluso a quienes no tienen ningún tipo de relación jurídica con este.” (Rodríguez Zárate, 2014, p. 294).

de operación se consideran que son los que tienen los usuarios de acceder a internet, de tal forma que las entidades bancarias están en la obligación de crear canales de seguridad para que personas distintas no puedan acceder a los depósitos del cliente, sin olvidar que tanto para la doctrina argentina como italiana al tenor del art. 2050 del Código italiano la informática es una actividad potencialmente peligrosa, ello en razón a la multiplicidad de campos en los cuales se aplica y la necesaria automaticidad de los procesos en que interviene (Altmark, et al., 1998, p. 69).

Por su parte, los riesgos de reputación radican en los perjuicios que asume el banco cuando sus sistemas de transacciones no son confiables, y finalmente están los de naturaleza legal que decantan los diversos vacíos jurídicos de la reglamentación que en el país tienen las operaciones electrónicas financieras (Rincón, 2006, p. 259-261).

A la par de la edificación de esta teoría para el establecimiento de la responsabilidad bancaria dentro del régimen de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, aparece desde la óptica doctrinal la posibilidad de tener eximentes que no les obligue a las entidades financieras al pago de la indemnización derivada de los fraudes electrónicos, conforme a lo cual, se podría poner a consideración la posibilidad de que fueran la fuerza mayor o caso fortuito, que para su configuración es necesaria la presencia de dos elementos, como son la imprevisibilidad y la irresistibilidad (art. 64 CC), por lo que, de esa manera, al emisor del medio de pago le es dable el hecho de que no era previsible, dado el grado de sofisticación en las herramientas de seguridad implantadas, el acaecimiento de un fraude electrónico y en su defecto no era resistible por las propias características en que acaeció el fraude (Rodríguez, 2014).

También afirma García Santiago citando a Rodríguez Zárate (2014) que la entidad financiera puede probar para eximirse de responsabilidad, que el titular actuó de forma fraudulenta (con dolo), que el titular actuó con negligencia, y por último, que el titular del instrumento electrónico de pago, tras las advertencias hechas por la institución bancaria decide asumir los riesgos. Cabe recordar no obstante que, aun en países de vieja data los cuales llevan usando la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, como es el caso de Sudáfrica, la doctrina ha observado una serie de problemáticas que tienen que ver con la seguridad que se le deben prestar a los usuarios, por lo que de esta manera, se está frente a tres situaciones: la primera, que tiene que ver con la privacidad del cliente, la segunda, respecto a la confianza del usuario⁵⁴, y la tercera, relacionada con la seguridad del pago (Mthembu, 2010).

⁵⁴ Dice el máximo tribunal de lo constitucional en Colombia: “La preservación de la confianza de quienes han entregado sus ahorros a estas instituciones y/o considerarían efectuar futuros depósitos, es objetivo fundamental de la preceptiva en cuestión, al igual que de las competencias públicas de inspección y vigilancia, y de gran parte de los deberes específicos que en desarrollo de dichas actividades atañen a quienes las ejecutan.” (C-609, 2012).

En relación con la privacidad, se tienen en cuenta los beneficios que obtiene las personas usando los mecanismos electrónicos de pago, así mismo la publicidad frente al consumidor, la discrecionalidad de la entidad bancaria en el uso de la información del cliente sin que medie consentimientos de este (Mthembu, 2010). Sin dejar de lado lo manifestado por Altmark & Molina (1998) en el sentido de la responsabilidad que recae sobre los bancos por la administración de las bases de datos de sus clientes, cual es un deber genérico de cuidado de dicha información u obligación tacita de seguridad. Asimismo, la responsabilidad existe cuando el daño (uso o difusión indebida de los datos personales contenidos en la base de datos) tiene origen en el hecho propio del gestor del banco de datos, como en el hecho de sus dependientes. El titular del banco de datos -entidad financiera- para eximirse de responsabilidad debe acreditar el hecho de un tercero por quien no deba responder, o el hecho de la misma víctima o el caso fortuito o la fuerza mayor.

Respecto a la confianza del cliente, se tiene como de suma importancia que el banco no debe revelar información de sus clientes adquirida de ellos mismos, más cuando es indirectamente, por lo que desde una perspectiva de la jurisprudencia constitucional colombiana: “[e]ste registro, sin embargo, no implica revelar información sobre las transacciones realizadas ni sobre la evolución de la actividad comercial. Aunque sí representa hacer pública cierta información para identificar el sitio web o la página de Internet, ésta es la misma que debe revelar cualquier agente económico sobre el cual recaiga el deber de efectuar un registro mercantil. Por eso, prima facie, tal deber resulta razonable, de lo contrario, quienes ejercen el comercio virtual tendrían privilegios frente a quienes también ejercen profesionalmente el comercio por la vía real” (Sentencia C-1147 de 2001). Finalmente, respecto a la seguridad del pago y en general del sistema de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, se considera de suma importancia atacar la ciberdelincuencia, mayor conocimiento por parte de los clientes acerca de los estándares de seguridad bancarios, falta de discusión pública informada en relación al derecho que tienen las personas de saber los riesgos a los que están expuestos cuando usan los los sistemas bancarios por internet (Mthembu, 2010).

Lo anterior no obsta para recordar que en virtud del negocio jurídico que vincula al cliente o titular de los productos electrónicos con el banco, se pueda dar un régimen de responsabilidad contractual por culpa, en donde la obligación de probar que se actuó diligente corresponde al banco, pues es este quien ejerce la actividad financiera cuya naturaleza es ser un servicio público, de interés general y desarrollado por profesionales de la materia, en palabras de la Corte Constitucional colombiana:

“Ha dicho la Corte que la actividad financiera es de interés general, pues en ella está comprometida la ecuación ahorro - inversión que juega papel fundamental en el desarrollo económico de los pueblos. Es por ello que cualquier actividad que implique esta forma de intermediación de recursos, o la simple captación del ahorro de manos del público, debe quedar sometida a la vigilancia estatal. En efecto, en el modelo ‘social de derecho’, en donde corresponde al Estado conducir la dinámica colectiva hacia el

desarrollo económico, a fin de hacer efectivos los derechos y principios fundamentales de la organización política, no resulta indiferente la manera en que el ahorro público es captado, administrado e invertido. La democratización del crédito es objetivo constitucionalmente definido (C.P art. 335) y la orientación del ahorro público hacia determinado propósito común se halla justificada como mecanismo de intervención del Estado en la economía (C.P. art. 334), para lograr la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. Además, la actividad propiamente financiera tiene repercusión en la soberanía monetaria del Estado, pues es sabido que el papel que el sistema financiero cumple dentro de la economía implica la emisión secundaria de moneda, mediante la creación de medios de pago distintos de los creados por la vía de la emisión, por lo cual su adecuada regulación, vigilancia y control compromete importantes intereses generales. Pero más allá de este interés público, corresponde también al Estado velar por los derechos de los ahorradores o usuarios, razón que también milita para justificar la especial tutela estatal sobre las actividades financieras, bursátil y aseguradora y sobre cualquier otra que implique captación de ahorro de manos del público” (sentencia C-1062 de 2003).

Conforme a lo predicho un sector importante de la doctrina nacional considera que en virtud del art. 1604 CC, la responsabilidad de las entidades bancarias por presentarse fraudes electrónicos puede ser hallada en virtud de dos tipos de culpa, leve o levísima, dependiendo la carga de la prueba lo que logre demostrar acerca su grado de diligencia en el desarrollo del contrato celebrado y de los productos adquiridos (Rodríguez, 2014, p. 292), o en otras palabras:

“Todo lo expuesto permite concluir que, bajo los supuestos planteados que como ya se indicó no comprometen la diligencia del titular del medio de pago en su custodia, basta su manifestación en torno al incumplimiento contractual por parte de la entidad bancaria que derivó en el fraude electrónico, acreditando la causación y el monto de los perjuicios, para que surja la responsabilidad civil como fuente de la obligación a cargo de la entidad bancaria de indemnizar los perjuicios, la que solo resultará indemne si acredita el mayor grado de diligencia.” (Rodríguez, 2014, p. 293).

2.8 Derecho comparado

2.8.1 Estado Unidos

En Estados Unidos el dinero electrónico se contempla únicamente como un medio de pago más dentro del amplio espectro de formas de pago a los que se puede tener acceso, y el cual no necesariamente ha de emitirse por una entidad de crédito. Frente al marco regulatorio se tiene los Money Services Businesses (MSB's) en la Uniform Money Services Act que está conformado en primer lugar por las siguientes instituciones:

The federal reserve system, que es el banco central de EE.UU. y tiene entre otras la función de supervisar y regular las actividades de las entidades bancarias.

The office of the comptroller of the currency, vinculada al departamento del tesoro, se encarga de regular y supervisar las entidades bancarias realizando labores de control sobre las diversas sucursales de las mismas localizadas en varios estados.

The federal deposit insurance corporation, es una agencia gubernamental cuya misión es velar por el mantenimiento de la estabilidad y la confianza generalizada en el sistema financiero nacional, a través del aseguramiento de los depósitos bancarios y la promoción de seguras y ortodoxas prácticas bancarias.

The office of thrift supervision vinculada al departamento del tesoro, que se introduce como una agencia gubernamental encargada del control y regulación de todas las entidades que se enfocan en promover el ahorro entre los particulares.

The national credit union administration, se encarga de supervisar y asegurar los *credit unions*.

The federal financial institutions examination council, es un organismo que se encarga de emitir principios de actuación uniforme y normas de conducta financieras institucionales.

Ahora bien, en relación con los instrumentos de pago enmarcados en el *money services business* la doctrina considera que ha sido objeto de regulación en la mayoría de los estados de la unión, aunque ello conlleve a que aún existan vacíos normativos que prevén una legislación uniforme prácticamente inexistente, pues “el legislador federal se ha venido mostrando remiso a establecer normas precisas, concretas y estrictas que pudieran limitar el desarrollo y empuje de la iniciativa privada y la implantación de las nuevas tecnologías aplicadas a los medios de pago” (Mateo, 2005, p. 263). Sin embargo, en el 2000 se aprobó la Uniform Money Services Act (UMSA) cuyo contenido puede sintetizarse de la siguiente forma:

- a. Tiene por finalidad la armonización estatal de la regulación de la intermediación de financiera de aquellos operadores económicos que captan dinero del público pero que no son bancos,
- b. Sus principales objetos de regulación son determinadas actividades financieras, entre las que se encuentran: transmisión de dinero, venta de instrumentos de pago, pago de cheques y cambio de divisas,
- c. Busca esencialmente crear un sistema general de licencias y supervisión de las actividades de los MSB's al mismo tiempo que establece un marco legal que proporciona seguridad y confianza, para evitar entre otros, conductas ilícitas con el blanqueo de dinero, concomitante con el deseo de promocionar y desarrollar novedosos instrumentos de pago, verbigracia las TEF y el uso de dinero electrónico,

- d. El esquema de pago concebido es la utilización de valores monetarios a través de internet para ser intercambiado por medio de redes de transmisión de datos, pero que no puede ser cambiado por dinero efectivo o *metálico* (Mateo, 2005).

En materia de regulación sobre protección de datos aplicables al dinero electrónico se tiene que con base en el *Report of the consumer electronic Payments Task Force* de 1998, los emisores del instrumento electrónico de pago tienen limitado el acceso y la utilización de la información de los consumidores que emplean dinero electrónico, no obstante que aún, la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. no ha establecido el consumer's right to financial privacy como derecho fundamental de especial protección. Igualmente, el texto de 1998 en referencia concretiza la necesidad de que los bancos comuniquen a los usuarios de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, la política de protección de datos del emisor (Mateo, 2005).

Asimismo en el país del norte el Congreso Federal aprobó en 1978 la Financial Institutions Regulatory and Interest Rate Control Act dentro del cual se fijaron los derechos y responsabilidades de los participantes en una transferencia electrónica de fondos, transacciones que se entendieron principalmente como:

1. Las iniciadas a través de cajero automático,
2. Las que se realizan en terminales de punto de venta,
3. Las que consisten en la realización de ingresos y retiradas de fondos,
4. Las transacciones iniciadas por teléfono,
5. Las que se ejecutan a través del sistema de compensación,
6. Las que se realizan por medio de la banca telefónica,
7. Las que se ejecutan por medio de las tarjetas de débito.

Finalmente menciona dicha norma las siguientes obligaciones a cargo de la entidad en la que se encuentra la cuenta del consumidor financiero: en primer lugar, y previo a recibir cualquier instrumento electrónico de pago o llevar a cabo cualquier operación, el emisor debe informar al portador todas las condiciones de funcionamiento, obligaciones, derechos y responsabilidades de cada una de las partes. Seguidamente, y una vez en ejecución la relación jurídica, la entidad está obligada a proporcionar información adicional especialmente recibos justificantes de cada transacción realizada por vía electrónica, además cualquier reforma las condiciones o términos contractuales en relación con la comisiones aplicables, los límites de responsabilidad del cliente o en su defecto límites a la posibilidad de realizar transacciones electrónicas deberá ser notificada al cliente con no menos de 21 días para hacerse efectiva. En último lugar, se encuentra la obligación para la entidad de colocar a disposición del usuario un

procedimiento de solución de errores, derivados de malfuncionamiento, pérdida o hurto del instrumento de pago (Mateo Hernández, 2005).

También la doctrina ha dividido la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- en dos modalidades, las transferencias telegráficas y ACH, y el dinero electrónico. Respecto a las primeras son un instrumento de pago que se coloca a disposición del usuario con base en instrucciones, y que a su vez se dividen en transferencias telegráficas, entendidas como el pago al “mayoreo” hecho entre los bancos y otras instituciones financieras, y cámara de compensación automática (ACH), que es un sistema de pago electrónico el cual data de la década del setenta del siglo XX en donde las instrucciones de pago son intercambiadas entre las instituciones financieras participantes que actúan entre consumidores, comercios y gobiernos, principalmente se usa para depósitos de pago de nómina, pagos de dinero automáticos, y pagos de impuestos corporativos (Weimer, 2000).

Respecto al dinero electrónico del cual se ha decantado bastante, solo es dable decir en relación con el sistema financiero estadounidense, su expresión en instrumentos de valor almacenado que a su vez pueden ser con un solo propósito como son entre otras, las tarjetas de transporte masivo, tarjetas de recarga de teléfono, certificados electrónicos de regalos, bonos electrónicos de compra, o multipropósito que son las que tienen implantado un chip, para su lectura por parte de las computadoras de los establecimientos comerciales o en general en donde quiera ser de su aceptación. Asimismo, dentro de la categoría del dinero electrónico se habla de micro pagos y cheques electrónicos corporativos⁵⁵ (Weimer, 2000).

Respecto a los pagarés electrónicos (*transferable records*) en el derecho bancario estadounidense, Rico Carrillo (2012) afirma que deben cumplir tres requisitos para que puedan ser equivalentes a los pagarés emitidos en papel: primero, que sea un pagaré, es decir, un documento que cumpla las condiciones legalmente exigidas para que pueda considerarse como tal; segundo, que el emisor haya convenido en forma expresa la utilización del AET⁵⁶ como medio para documentar su obligación y, por último, que el pagaré se emita para garantizar un préstamo sobre un bien inmueble.

⁵⁵ Refiere Rico Carrillo (2012): “En el caso de los cheques, aunque su emisión como documentos electrónicos está exceptuada de la normativa en análisis, existen disposiciones que permiten el procesamiento electrónico de estos instrumentos, tal es el caso de la regulación contenida en la Check 21, cuyas normas se aplican a la digitalización del tradicional documento emitido en papel, con la finalidad de facilitar el truncamiento del cheque y agilizar los sistemas de compensación interbancaria. También se han diseñado mecanismos que permiten el procesamiento del pago en forma electrónica, a partir de la emisión de un cheque en papel.” (24).

⁵⁶ Archivo electrónico en los términos del art. 3 del UCC, como pueden ser, un certificado de depósito, un conocimiento de embarque u otro título de tradición (art. 7 del UCC). Respecto a que un tradicional título-valor soportado en papel pueda ser sustituido por un AET se deben cumplir dos requisitos: a) que se trate

Respecto a los requisitos de forma del pagare electrónico, se entienden que comprenden el cumplimiento de las especificaciones indicadas legalmente (sección 3-104 del UCC) para la emisión de los pagarés en papel saber: a) emisión en papel, b) firma del emisor, c) inclusión de la promesa incondicional de pagar una cantidad específica de dinero, d) determinación del momento de pago (que puede ser a la vista o en un plazo determinado), y e) ser pagadero a la orden de una determinada persona o de la persona que esté en posesión del título (Rico, 2012). Todo lo anterior consonante con el principio de la autonomía privada de la voluntad en su versión material que se expresa en el documento electrónico a través de la inserción en este de la firma electrónica.

Ahora bien la doctrina en referencia en relación a los pagarés electrónicos exponen problemáticas asociadas a su eficacia, cuando por ejemplo se trata de la existencia de un ejemplo único⁵⁷, así las cosas, se evidencian dificultades como la aplicación del principio de equivalencia funcional en el ámbito de los títulos-valores respecto a la exigencia de un ejemplar único y a la necesidad de presentar el documento original para el ejercicio del derecho incorporado, elementos tradicionales de los títulos en papel. En similar vía se evidencia lo relacionado con la intangibilidad del documento y la relevancia jurídica de la presentación del documento original en los títulos emitidos en papel, pues es fácil la copia de los archivos electrónicos y las dificultades que se presentan a la hora de diferenciar entre un original y una copia. Finalmente, se encuentra la dificultad para al interior del sistema electrónico de documentos, entender cuando se haya frente a un original y cuando ante una copia, cuando en materia de mensajes de datos, los requisitos a acreditar son demasiado complejos.

2.8.2 Unión Europea

Por otra parte en el derecho comunitario de la Unión Europea se encuentra un amplia regulación sobre los instrumentos electrónicos de pagos, dentro de la cual la que mayor desarrollo tiene es la relacionada con dinero electrónico del cual se hizo alusión al comienzo del presente capítulo, en específico se tiene en cuenta lo estipulado por la Recomendación 97/489/CE de 30 de julio de 1997 relativa a las transacciones efectuadas mediante los instrumentos electrónico de pagos, en especial las relaciones entre los emisores y titulares de dichos instrumentos la cual se caracteriza por tener por finalidad completar los avances logrados para la consolidación del mercado interior en particular la liberalización de los movimientos de capitales contribuyendo a colocar en

de un pagaré o de un título de tradición, y b) que el emisor del documento haya convenido en forma expresa la utilización del AET (Rico, 2012).

⁵⁷ Rico Carrillo (2012) habla de dos: “la identificación de la persona que posee el control del documento (controller), que en el caso de los títulos-valores emitidos en papel sería el tenedor (holder) y la inalterabilidad del AET, esta última circunstancia está sometida a un estricto régimen de excepciones que se derivan de la necesidad de alterar el AET cuando hay una transferencia de derechos.” (15).

marcha la unión económica y monetaria, y cuyo ámbito de aplicación de la mentada Recomendación es las transferencias de fondos diferentes a las ordenadas y realizadas por entidades financieras y que se den por medio de un instrumento electrónico de pago.

Por otra parte, se encuentra la ya referenciada Decisión 2001/413/JAI de 28 de mayo de 2001 que en su art. 1 define a los instrumentos de pago como “todo instrumento material, exceptuada la moneda de curso legal (es decir los billetes de banco y las monedas metálicas), que por su naturaleza específica permita, por sí solo o junto con otro instrumento (de pago), al titular o usuario transferir dinero o un valor monetario -como, por ejemplo, tarjetas de crédito, tarjetas eurocheque, otras tarjetas emitidas por entidades financieras, cheques de viaje, eurocheques, otros cheques o letras de cambio- que esté protegido contra las imitaciones o la utilización fraudulenta, por ejemplo, a través del diseño, un código o una firma”.

También se debe tener en cuenta la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CELS) en lo relacionado con la celebración de un contrato por medios electrónicos, el empresario debe facilitar al consumidor información relativa al proceso de formación del contrato (art. 24 CELS) en específico:

1. los pasos técnicos para celebrar el contrato;
2. si se va a registrar o no el documento en donde consta el contrato, y en caso tal si será accesible;
3. los medios técnicos para detectar y corregir los errores de introducción de datos antes que la otra parte presente o acepte una oferta;
4. los idiomas para la celebración del contrato y
5. las cláusulas contractuales (Gómez, et al., 2012, p.15).

2.8.3 Chile

La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile en Circular del año 2008 definió a la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- como “todas aquellas operaciones realizadas por medios electrónicos que originen cargos o abonos de dinero en cuentas, tales como: trasposos automatizados de fondos efectuados por un cliente de una cuenta a otra; órdenes de pago para abonar cuentas de terceros (proveedores, empleados, accionistas, etc.); utilización de tarjetas de débito en puntos de venta; recaudaciones mediante cargos a cuentas corrientes (impuestos, imposiciones previsionales, servicios, etc.); giros de dinero mediante cajeros automáticos, etc.. En general, comprenden las descritas y cualquier otra operación que se efectúe por aquellos medios, en que un usuario habilitado para ello instruye o ejecuta movimientos de dinero en una o más cuentas” (pp. 2-3).

En relación con los requisitos que deben cumplir los sistemas de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- en el país austral se encuentran (Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile, 2008):

- a) Debe celebrarse un contrato en el banco y el cliente en el queden establecidos derechos y responsabilidades de cada una de las partes;
- b) Los sistemas utilizados junto con el registro y seguimiento íntegro de las operaciones realizadas, guardados en archivos que respalden los antecedentes de cada operación⁵⁸, necesarios para efectuar cualquier examen o certificación posterior;
- c) El sistema debe proveer un perfil de seguridad que garantice que las operaciones sólo puedan ser realizadas por personas debidamente autorizadas para ello, debiendo además proteger la privacidad o confidencialidad de la información transmitida o procesada por ese medio⁵⁹.
- d) Las instalaciones y configuraciones de los equipos y de las redes deben garantizar la continuidad de las operaciones frente a eventos fortuitos o deliberados, debiendo considerarse el uso de procedimientos alternativos, que permitan superar las contingencias que pudieren afectar o interrumpir el normal funcionamiento de los sistemas.
- e) Los sistemas deberán contener los mecanismos físicos y lógicos de seguridad para controlar que se ejecuten todas las operaciones que se inician, debiendo estar en condiciones de detectar cualquier alteración o intervención a la información transferida, entre el punto en que ésta se origina y aquel en que es recibida por el destinatario;
- f) Los sistemas que permitan ejecutar transferencias de fondos, junto con reconocer la validez de la operación que el usuario realice, deben controlar

⁵⁸ Debe incluir fechas y horas en que se realizaron, contenido de los mensajes, identificación de los operadores, emisores y receptores, cuentas y montos involucrados, terminales desde los cuales se operó, entre otros.

⁵⁹ Los procedimientos deben impedir que se desconozcan la autoría de las transacciones o mensajes y la conformidad de su recepción, debiendo utilizarse claves y mecanismos de acceso al sistema y al tipo de operación, que permitan asegurar su autenticidad e integridad, igualmente debe existir un canal de comunicación que permita al usuario ejecutar o solicitar el bloqueo de cualquier operación que intente efectuarse utilizando sus medios de acceso o claves de autenticación.

que los importes girados no superen el saldo disponible o el límite que se haya fijado para el efecto⁶⁰.

- g) Las instituciones que contraten los servicios de una empresa de intermediación electrónica deberán verificar el cumplimiento de los requisitos básicos mencionados con anterioridad y de los demás aspectos que garanticen la autenticidad, integridad y confidencialidad de los documentos electrónicos y de las claves de acceso⁶¹.
- h) Los bancos deben ponderar la exposición al riesgo financiero y operativo de los sistemas de transferencia a través de revisiones y autorizaciones previas que sean necesarias, por lo cual las entidades bancarias deben contar con profesionales capacitados para evaluar dichos riesgos mediante auditorías acordes con la tecnología utilizada, su funcionamiento, mantención y necesidades de adecuación de los diversos controles computacionales y administrativos que aseguran su confiabilidad.

Del mismo modo, la Circular del año en comento, determina que para la prevención de fraudes, los bancos deben contar con sistemas o procedimientos que identifiquen, evalúen, monitoreen y detecten en el menor tiempo las operaciones con patrones de fraude y potencialmente fraudulentas en varias instancias como son las operaciones del cliente, del no cliente, de los puntos de acceso. Frente a la detección de lavado de activos, la Superintendencia chilena considera que una forma de mitigar el riesgo de dicha práctica es que las instituciones bancarias cuenten con esquemas de autenticación robusta, mecanismos o herramientas de identificación, evaluación de riesgos, monitoreo y detección de lavado de activos, para facilitar la detección de patrones predefinidos en la operación de lavado de activo y el rastreo transaccional para la detección de formas o prácticas emergentes.

Asimismo, la entidad en comento ha logrado observar mediante cifras estadísticas cómo la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- en el sistema bancario chileno es aun deficiente su utilización de tal manera que solo el 15% de hogares registrados en el sondeo hacen trasferencias por vía telefónica o usando la web, también se logró evidenciar en la encuesta que la transferencia electrónica alcanza los \$200.000 pesos chilenos, de esta manera en 2015:

“las cuentas corrientes son la principal cuenta proveedora de fondos, tanto en número como en monto de las operaciones. Las tarjetas de crédito y débito, junto a las

⁶⁰ También deben cumplir con de cualquier restricción normativa que pueda afectar una transacción, como es el caso de límites de crédito, sobregiros y retenciones, extracción desde cuentas de ahorro con giro diferido.

⁶¹ Dichas empresas deben certificar a petición de cualquiera de las partes involucradas, la validez y oportunidad de emisión y recepción de los mensajes transmitidos.

transferencias electrónicas, se presentan como los principales instrumentos de pago. Respecto a los montos promedio, los cheques y mandatos automáticos de pagos presentan montos por sobre los de tarjetas, pero con un nivel de uso menor. En el ítem canales de pago sobresalen los POS y cajeros automáticos, con un alto uso y con montos promedio de las operaciones por debajo de \$70 mil.” (Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile, 2016, p. 35).

2.8.4 Venezuela

La doctrina venezolana de su parte, considera que los operadores no bancarios se han venido desarrollando en razón a que los medios de pago no solamente son un negocio en sí mismo demasiado lucrativo, sino que igualmente es un excelente negocio para la banca por dos razones: representa una línea considerable de ingresos, y significa una herramienta efectiva de captación de nuevos clientes por las siguientes razones: i) baja bancarización, ii) escasez de servicios de intermediación financiera, iii) baja terminalización, iv) presencia masiva del internet y v) economías de escala, lo que conlleva a su vez a ser exitoso por cuanto es más accesible, seguro, ágil, de fácil acceso (Campos, 2010).

2.8.5 México

En México por ejemplo luego de entrar a regir la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros (LTOSF) en 2004 el sector bancario tuvo que remover las barreras de acceso al sector a través de la provisión de servicios de pagos y eliminación de prácticas discriminatorias concretadas en las siguientes medidas: i) obligación de los bancos de recibir cheques y ordenes de transferencia de fondos de otros bancos para el pago de créditos y servicios dados por la entidad receptora; ii) colaborar con la administración pública para que existan reglas de mercado financiero en donde puedan ingresar a prestar servicios empresas no bancarias; y iii) eliminar la cláusula contractual que establecía como los bancos adquirentes podían obligar a los comercios afiliados a aceptar tarjetas de débito y de crédito (Castellanos, et al., 2008).

Además, se logró demostrar cómo desde la implementación de la Ley en comento, la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- acrecentó su participación como modo de pago, pues entre el 2002 y el 2006 se dio un incremento pasando del 3.12 millones de operaciones en el primer año a 23.18 millones en el último, considerando a) operaciones nacionales en internet internas en el mismo día y programadas, b) operaciones por banca electrónica internas e interbancarias, y c) operaciones por teléfono internas e interbancarias (Castellanos, et al., 2008).

En el caso del país azteca, el sistema de pagos electrónicos interbancario (SPEI) es propiedad al igual que administrado por el Banco de México, y en él participan los bancos privados de país entre ellos que sean instituciones de banca múltiple y de banca en

desarrollo y, entre estos y sus clientes. Sus principales características son (Gómez, 2006):

1. No existe monto mínimo para el envío de transferencias de fondos;
2. El sistema permite que los ordenantes de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- sean o no clientes del banco, lo cual da mayor flexibilidad y capacidad de clientes potenciales;
3. El horario de operaciones es de 8.30 a 17.00 horas;
4. Los bancos emisores deben enviar al sistema las órdenes de pago dentro de los diez minutos inmediatos siguientes al momento en que reciban la solicitud, siempre y cuando tenga fondos suficientes para la transacción;
5. Los bancos receptores deben acreditar en la cuenta del beneficiario los recursos correspondientes dentro de los diez minutos siguientes a que reciba del sistema, el aviso de se efectuó el abono respectivo;
6. Las instituciones participantes deben enviar a los clientes la información para identificar la razón del pago;
7. El sistema no acepta sobregiros, que son un riesgo en el sistema;
8. Los participantes pueden asignar prioridad a algunos pagos;
9. Si un pago no puede realizarse por falta de fondos de alguno de los participantes, este permanece en la fila de pendientes, hasta el cierre de operaciones de ese día;
10. Los banco no deben cobrarse comisiones entre sí por el envío, recepción, devolución o ejecución de las órdenes de pago;
11. El Banco de México cobra mensualmente a cada participante una cantidad con base en: a. el número de órdenes de pago y solicitudes de traspaso, b. el número de devoluciones que reciba, c. el número de firmas electrónicas verificadas por el sistema, y d. la cantidad de información retransmitida por el SPEI que haya solicitado la institución participante;
12. Finalmente, cada participante debe pagar al Banco de México una cuota anual por el uso del equipo y la infraestructura respectiva.

Del mismo modo, la jurisprudencia mexicana en relación con el régimen probatorio de la autorización de operaciones en las –TEF- ha manifestado que, en primera instancia, las transferencias electrónicas se conciben como un instrumento de pago, mediante el movimiento de fondos que consiste en el cargo que recibe la cuenta del ordenante y el abono que se produce en la cuenta del beneficiario, en donde se necesita la intervención

de uno o varios bancos, según se trate de una operación entre cuentas de una misma institución o de varios bancos, en donde estos actúan como expedidores, intermediarios o receptores de los fondos (Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, 2005).

En segunda instancia, afirma el togado, para que tal posibilidad entre cuentahabientes de una misma entidad bancaria o de diferentes instituciones financieras se efectivice, es indispensable que exista un iniciador de tal secuencia a través de la autorización de un cuentahabiente ordenante, y un destinatario final que concluya el enlace de nexos, esto es, un cuentahabiente beneficiario. Ahora bien, si se da una Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- cuyo importe no se aceptó como cargo a la cuenta de la parte ordenante de la operación, se debe acreditar que dicha operación fue realizada directamente por la institución de crédito, incumpliendo así su obligación de abstenerse de realizar retiros que sólo puede hacer la parte depositante (Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, 2005).

Así las cosas, desde el régimen probatorio se debe tener en cuenta como la transferencia de fondos al ser en forma electrónica, se realiza por medio de un sistema que enlaza el ordenador del contribuyente con el sistema del banco, y en ambos sistemas informáticos quedan registradas las operaciones de envío de la instrucción y recepción de la misma (un número, con fecha, monto, origen y destino), lo que permite al cuentahabiente obtener un comprobante de la operación, pero también el sistema de la institución bancaria registrar de forma automática la operación (Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, 2005).

De esta manera, el banco es quien tiene mayores elementos para acreditar no sólo la realización de las operaciones de transferencias electrónicas de fondos, sino también las autorizaciones correspondientes, ya que únicamente con base en la orden recibida por el sistema informático de la institución de crédito se puede realizar el traspaso de capitales, esta situación por ejemplo, se evidencia en todas las operaciones de pagos a terceros, como proveedores de bienes y servicios, esto conforme lo prevé el artículo 57 de la Ley de Instituciones de Crédito (Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, 2005).

Conforme a lo predicho, entonces se predica que, si el ordenante de la transferencia afirma que no dio la autorización al banco del cual es cuentahabiente para que se hiciera la operación, y la institución bancaria afirma que sí recibió la instrucción correspondiente, le corresponde la carga probatoria en razón a quien es la que conserva un registro de operaciones, de esta manera:

“por regla general, la carga de la prueba sobre la existencia de la autorización para efectuar una transferencia electrónica de fondos corresponde a la institución bancaria, sin embargo, cuando el cuentahabiente afirma que el banco duplicó el traspaso por un error atribuible al mismo, a pesar de existir el registro de dos autorizaciones distintas, toca al

propio cuentahabiente demostrar que fue el banco quien se apartó de la forma de operar un pago a terceros, y en particular una transferencia electrónica, para lo cual podrá exigir no sólo la aportación de los registros del banco sino, inclusive, ofrecer la prueba pericial en informática, entre otros medios de comprobación a su alcance.” (Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, 2005).

2.8.6 Ecuador

En el Ecuador, por ejemplo, Carvajal Izquierdo (1999) partiendo de la noción que las – TEF- son la reubicación de los fondos de una cuenta a otras u otras, a través de la disminución del saldo de una para “depositar” en otras el valor del dinero, los principales servicios que ofrece la institución financiera que fue objeto de su disertación académica son:

1. Servicios de créditos o débitos a instituciones para el pago de acreencias laborales, comerciales y de servicios públicos;
2. Orden permanente de pago, a través de un contrato de Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- en el cual se debita de una cuenta para acreditar otra que puede ser del mismo titular de la que se debita o de un tercero, orden que debe incluir frecuencia y valor del pago;
3. Cajero automático a través de retiros de sumas de dinero de cuentas corriente o de ahorros, o avances de tarjetas de crédito, depósitos de cheques, giros;
4. Audiomático en donde el cliente ordena transacciones por medio de su teléfono.

2.8.7 España

La doctrina española al referirse al régimen de las TEF habla en primera instancia, del genero del que hace parte cual es, la *banca electrónica*, término que hace alusión a “aquellas entidades tradicionales que utilizan las nuevas tecnologías para la prestación de servicios bancarios y financieros como un canal más, complementario a los ya habituales (bancos tradicionales y cajas de ahorros por Internet), como a aquellas entidades que operan principalmente por canales no presenciales (correo, teléfono e Internet entre otros), es decir, la “banca online” Internet (Momparler, 2008, p. 61). Subsiguientemente, caracteriza a la banca electrónica u online con los siguientes elementos: a) conectada directamente con el cliente final, b) opera las 24 horas del día los 365 días del año, y c) le permite al usuario operar por correo, por teléfono, por Internet, o a través de oficinas bancarias.

Asimismo, la dogmática de la madre patria ha considerado como los factores más importantes que permitieron el desarrollo de la banca electrónica en España los siguientes:

- a. El número total de hogares que tienen conexión a Internet.
- b. La distribución por edades del número de usuarios de Internet.
- c. El grado de confianza de los usuarios en Internet como medio adecuado para realizar transacciones.
- d. La accesibilidad de la red de oficinas bancarias en función de la localización y el tipo de población en la que residen los potenciales usuarios.
- e. Las características de la oferta de cada uno de los bancos que operan en Internet, incluyendo condiciones exclusivas para usuarios de banca por Internet (Momparder, 2008, p. 62).

En relación con los índices sociodemográficos de la banca electrónica española es interesante algunos datos que arroja el estudio doctoral de autoría de Momparder Pechuan (2008), en el sentido del perfil del usuario de banca electrónica que se encuentra determinado por factores como el sexo, la edad, el nivel de estudios o la situación laboral, de esta manera, el usuario medio de banca electrónica tiende a ser hombre, de edad comprendida entre 25 y 44 años, con estudios básicos terminados, formación profesional superior y, en mayor medida, universitarios, trabajador activo y residente en una localización de más de 50.000 habitantes. Por otro lado, se evidencian saldos positivos en lo que refiere al crecimiento de la banca online, por ejemplo, las entidades bancarias que ofrecen el sistema de la Transferencia Electrónica de Fondos - TEF-registran tasas de crecimiento de activos superiores a las de las entidades tradicionales, igualmente su operación se encuentra asociada al orden de la eficiencia operativa en tiempo, recursos, calidad del servicio.

2.8.8 Organización de Estados Americanos -OEA-

Un ejemplo de negocio jurídico de transferencia electrónica de fondos al que se tuvo la posibilidad de acceder es el relacionado con el de la cooperativa de ahorro y crédito de la OEA (Organización de Estados Americanos), en el cual se posibilidad el uso de cualquiera de las modalidades que se indican a continuación (OAS Staff Federal Credit Union, 2015):

Fondos-E – Tarjeta de Débit: Puede ser usada para comprar bienes y servicios de comerciantes afiliados al sistema, al igual que para pagar los bienes o servicios por Internet. Está prohibido usar la Tarjeta para cualquier transacción que sea ilegal bajo la ley federal, estatal o local vigente. Los fondos para cubrir las compras hechas son deducidos de la cuenta corriente. Para transacciones de débito únicas, el titular de la tarjeta debe autorizar el plan de protección por sobregiro para que la transacción sea cubierta bajo su plan. Finalmente, sin autorización de este, la Cooperativa de Ahorro y

Crédito no puede autorizar y pagar un sobregiro como resultado de estos tipos de transacciones.

Audio Respuesta: Se usará por medio de un PIN (Número de Identificación Personal), junto con a un número de cuenta para tener acceso. Se puede usar este servicio para: a) Transferir fondos desde la cuenta de ahorros y cuenta corriente, b) Obtener información de saldo para la cuenta de ahorros y cuenta corriente, c) Hacer pagos del préstamo desde la cuenta corriente y cuenta de ahorros, d) Determinar si un artículo en particular ya se refleja cargado a la cuenta, e) Obtener información tributaria en las cantidades ganadas en las cuentas de ahorros y corriente o en el interés pagado en cuentas de préstamos. Finalmente, al acceso a este servicio solo es posible por medio de un teléfono de tonos únicamente, y es disponible las veinticuatro (24) horas del día. El servicio puede ser interrumpido por un periodo corto cada día para el proceso de datos, aunque no hay un límite para el número de consultas, transferencias, o solicitudes de retiro en un día.

Transferencias Electrónicas previamente autorizadas. Bajo las siguientes modalidades:

1. **Depósito Directo.** Bajo orden del (i) empleador o (ii) el Departamento del Tesoro u (iii) otras instituciones financieras, la Cooperativa de Ahorro y Crédito aceptará depósitos directos del cheque de sueldo u otros pagos federales recurrentes, como el Seguro Social, cuenta corriente, cuenta de certificado y/o cuenta de préstamo.
2. **Débitos previamente autorizados.** Al recibir instrucción, el emisor pagara ciertas transacciones recurrentes desde la cuenta de ahorros y cuenta corriente.

Respecto a los **Derechos de Detención de Pago** se tiene que el titular que de manera reiterada hace la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, puede detener el pago de transferencias pre-autorizadas desde su cuenta, por medio de un aviso oral o escrito en cualquier momento con tres -3- días hábiles antes de la fecha programada de la transferencia, orden que podrá aplicarse a todas las transferencias posteriores, a menos que el titular retire su solicitud.

En relación al **Aviso de Cantidades Variables** en el pago por medio de las TEF, el contrato en mención estipula que se puede variar en cantidad, con 10 días antes de cada pago, avisando cuándo le será hecho y de cuánto será la cantidad.

Frente a la **Responsabilidad por Falta de Detención de Pago de Transferencias previamente autorizadas** se estipula que sí, dentro de los tres -3- días hábiles siguientes a la orden por parte del titular de detener un pago de una transferencia previamente autorizada o programada, la Cooperativa de Ahorro y Crédito no lo hace, ésta se hace responsable de las pérdidas y daños ocasionados.

Referente a la **conversión de Cheques Electrónicos/Tarifas por Cheques Electrónicos Devueltos**, es posible que el pago en cheque pueda ser autorizado por el titular de la cuenta para ser convertido en una transferencia electrónica de fondos, al igual que se puede autorizar a comerciantes u a otros receptores del pago a debitar de la cuenta de forma electrónica cargos por cheques devueltos.

Finalmente, frente a los límites de las transferencias, se tiene que, para las cuentas de ahorros, el titular no puede hacer más de seis (6) transferencias y retiros desde su cuenta a otra cuenta que sea de él o de terceros en cualquier mes por medio de una transferencia automática o por Internet, por orden o instrucción por teléfono, o por cheque, giro, tarjeta de débito u orden similar, previamente autorizada. En caso de exceder dichas restricciones, la cuenta puede estar sujeta a una tarifa o ser cerrada.

2.8.9 África

En el caso del país africano de Ghana dentro del sistema de pagos (pagos en efectivo, cheques, con tarjeta y con móviles), el más comúnmente usado por la mayoría de la población es el dinero físico, el cual permea la mayoría de las transacciones. Sin embargo, la dificultad que se ha venido presentando es la inseguridad que acompaña a gran parte del país y en general del continente generado por la cruenta violencia política y de guerras civiles que lo asecha desde que acaecieron los procesos independentistas en los años sesenta del siglo XX. Así las cosas, el uso del dinero físico no solamente degenera en inseguridad a quienes lo portan, sino igualmente dependencia para poder hacer sus transacciones pues de igual modo son pocos los establecimientos comerciales y del mismo Estado que reciben otros medios de pago diferentes (Kwashie, 2010).

No obstante, lo anterior, el gremio comercial y financiero en este país ha logrado desarrollar un sistema que tenga una aceptación generalizada que funciona a través de transferir dinero por un *Short Message System (SMS)* que hace parte del MPS que funciona desde ordenadores sencillos, diferente de otros sistemas de países como Kenia y Sudáfrica en donde usan masivamente el celular es como tener una billetera. El banco central de Ghana define el sistema de pagos como “la matriz entera de procesos, arreglos y procesos de infraestructura institucional en un país para iniciar y transferir dineros bajo un esquema de responsabilidad comercial y de banco central” (Kwashie, 2010).

El MPS consiste en la aplicación que se usa en dispositivos móviles como teléfonos móviles, tabletas inalámbricas y otros dispositivos conectados a una red de telecomunicaciones móvil para iniciar una transacción, como una solicitud de compra, y finalizar esa transacción autorizando pagos para el intercambio de bienes y servicios. Esto hace que MPS sea una forma de pago electrónico, con la excepción de que las transacciones se llevan a cabo en el teléfono móvil. En lugar de pagar con efectivo,

cheques o tarjetas de crédito/débito, una persona puede usar su teléfono móvil para hacer pagos. Las ventajas que ofrece la aplicación en mención son:

1. Reducción del sistema de efectivo,
2. Fácil facilitación de micro finanzas,
3. Servicios bancarios y financieros eficientes,
4. Eficiencia empresarial,
5. Aumentar las oportunidades de empleo (Kwashie, 2010).

Asimismo, se entienden que son principios de esta modalidad de pago:

- a. **Confidencialidad:** se relaciona con la forma de proteger la información de la transacción, tal como PIN, contraseña y otros intercambiados durante una transacción.
- b. **Autenticación:** asegura que ambas partes en el flujo del sistema MPS son quien ellos dicen ser. es decir: proveedor de servicios MPS, Cliente, Comerciantes, bancos y otros.
- c. **Integridad:** garantiza que no haya datos erróneos o modificaciones entre el momento en que se enviaron los datos y el tiempo de los datos recibidos.
- d. **Autorización:** permite que solo las partes autorizadas puedan acceder al Sistema MPS.
- e. **No repudio:** asegura que ninguna parte en la transacción de MPS puede alegar falsamente que no participaron en una transacción (Kwashie, 2010).

En ulterior lugar, se encuentra el tratado bilateral firmado por China y Turquía para el desarrollo de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- en materia de pagos internacionales, el cual contiene en primer lugar una definición de transferencia electrónica de fondos, para lo cual hace una remisión a la Guía legislativa de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- de UNCITRAL contenida en el párrafo 6.6, que a su vez es similar a otra definición estipulada en dicho tratado que las entiende como “el movimiento de capital entre dos puntos de medios electrónicos” (Yuksel, 2012, p. 367).

También en el mentado documento bilateral la transferencia de fondos puede ser operada como una transferencia de crédito o como una transferencia de débito dependiendo de la forma en que se dieron las instrucciones de pago al banco del emisor. En la transferencia de crédito, los fondos son enviados desde el emisor al beneficiario ya que el instruye directamente al banco del emisor, mientras que, en la transferencia de débito, los fondos se transfieren del originador al beneficiario porque el primero debe

instruir al banco a través del beneficiario para que recoja los fondos del originador. Cabe señalar que "la mayoría de las transferencias de fondos internacionales son transferencias de crédito" (Yuksel, 2012, p. 368).

2.9 Lex Electrónica

Se parte de la premisa que todo lo anteriormente dicho se consideran normas jurídicas que al tenor del principio del derecho privado de autonomía privada de la voluntad en su versión material⁶² en lo que se refiere a un aspecto puntual del ciberespacio y el comercio que por allí se desarrolla como son las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-, sin embargo, no en vano la doctrina ha considerado la necesidad de establecer un régimen de fuentes del ciberespacio y para ello tiene en cuenta las diversas técnicas de codificación que a continuación se relacionan:

1. Coordinación: indaga en los ordenamientos jurídicos de los Estados con la finalidad de trazar directrices universales;
2. Aproximación: se presenta cuando los Estados incorporan a sus ordenamientos internos, los criterios generales internacionales dentro de un proceso de coordinación de un tema determinado;
3. Armonización: busca que al interior del cumulo de legislaciones se hallen soluciones que minimicen los conflictos de leyes. Es más flexible que la unificación, en cuanto no implica que los Estados tengan que adoptar un conjunto normativo uniforme;
4. Unificación: se configura bajo los presupuestos de identidad, eliminación de toda barrera de interpretación y aplicación, y se expresa en la creación de normas jurídicas estandarizadas que tengan criterios legales, económicos comerciales y políticos aplicables a diversos Estados (Scotti, 2016).

Dada así las diversas técnicas se debe considerar el tipo de regulación a tener en cuenta, pues existen de tres naturalezas, la nacional, la supranacional y la transnacional. Respecto a la primera, los Estados mantienen un rol significativo en la regulación de las relaciones jurídicas privadas internacionales, en especial en el ciberespacio. Respecto a la segunda, de talante internacional o convencional, el instrumento por antonomasia es el tratado que como rasgo esencial dispone coercitivamente normas comunes a los Estados que le suscriban y ratifiquen, en todo caso con la posibilidad de aplicar reservas en la manera en que se introducirá el contenido del tratado en el derecho nacional, respecto al derecho privado de orbita internacional se inscriben dos tipos de tratados, el primero que

⁶² Las partes pueden asimismo convenir reglas, normas para que rijan al contrato (Scotti, 2016).

regula un aspecto puntual, verbigracia, atribución de jurisdicción, determinación de ley aplicable o cooperación jurídica internacional, por su lado, del segundo tipo están aquellos cuya finalidad es la creación de reglas sustanciales que tienen incidencia en el campo del derecho internacional privado o del derecho mercantil internacional (Scotti, 2016). No debe pasarse de lado el hecho que bajo lo que actualmente se conoce como derecho de la integración, también se dan procesos de regulación comunitaria que afectan la autonomía legislativa de los Estados y les imponen ciertas, procedimientos y metas a seguir dentro de los mecanismos de integración, el caso más paradigmático sigue siendo sin lugar a dudas la Unión Europea a nivel comparado, y en el caso latinoamericano, la CAN y el MERCOSUR.

Finalmente, se encuentra la regulación transnacional, que es una consecuencia de la erosión que en las últimas décadas presenta el monopolio regulatorio del Estado en las relaciones jurídicas de derecho privado a través de la emergencia de normas de carácter extra-estatal especialmente en materia de comercio internacional. “La máxima expresión del derecho no estatal, la encontramos en lo que se conoce como *lex mercatoria*. En este supuesto son exclusivamente los operadores del comercio internacional quienes la elaboran, generando un orden de tipo transnacional. A su turno, en el ámbito de las relaciones que se desarrollan en el espacio virtual, hace ya unos años, se ha comenzado a hablar de una surte de *lex electrónica*, *cyberlaw* o *lex informática*” (Scotti, 2016, p. 96).

Peña Valenzuela (2003) desarrolla de una manera muy concreta pero no por ello ajeno a la rigurosidad, los principales elementos materiales de la *lex electrónica*, los cuales son:

- 1. Desmaterialización e intangibilidad:** el documento material con soporte de papel ha cedido lugar a registros en bases de datos, archivos electrónicos y de contenido digital. Así la desmaterialización significa que el documento, verbigracia el contrato, pasa de lo corpóreo a lo intangible, lo no aprehensible físicamente, sino de carácter representativo virtual. Aspecto importante de este elemento es la seguridad digital, de la cual ya se ha decantado bastante anteriormente.
- 2. Deslocalización y globalización:** a consecuencia de lo anterior, se ha dado mayores facilidades para el impulso de la cultura de los negocios migrantes, por ejemplo, en una página web en donde se ofrece un producto no solo puede ser ofertado al público nacional del país en donde tiene domicilio el productor o intermediador, sino que todos los cibernautas pueden ser receptores de esa oferta, por ello, en la actualidad se habla entonces de un domicilio virtual de talante global que no encuentra asidero físico como otrora fue aquel se entendía como atributo de la personalidad según la decantada teoría del derecho civil del siglo XIX. Igualmente este elemento significa que no será como otrora planteaba el derecho internacional privado fácil determinar el régimen jurídico aplicable.
- 3. Consumo digital e información:** como se vio anteriormente del desarrollo del derecho del consumo se ha visto la necesidad de crear normas de protección a

quien consume servicios o bienes de carácter virtual o quien negocia a través de la web, de esta manera una efigie en esa área es la protección del consumidor financiero, que asimismo inserta a quien usa las TEF.

4. **Virtualidad e intercambio de contenidos:** respecto a ello se plantea diversas problemáticas entre las cuales se encuentran dos, la primera respecto al régimen de adquisición de bienes intangibles en lo relacionado con su titularidad, trasmisión del dominio, y posibilidad de cesión de derechos litigiosos. Por otra parte, esta lo relacionado con la protección a la información, el régimen de obras exclusivas y la actividad paralela de terceros.

3.CAPÍTULO III: Asimetría entre el consumidor financiero y los establecimientos de crédito - bancos- en Colombia.

El planteamiento del tema y su problemática es el siguiente: la vieja operación bancaria hecha hoy por medios electrónicos ha dado lugar al surgimiento del estudio jurídico de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF- o las Electronic Funds Transfer -EFT-. Dichas Transferencias Electrónicas de Fondos -TEF- se encuentran inmersas en un marco teórico denominado a.- Sistema de Pagos, o más recientemente b.- uno de los dos elementos de los Sistemas de Pago Electrónico -SPE-, junto con los Instrumentos de Pago Electrónico -IPE-, en los términos de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de noviembre, sobre servicios de pago (Carrillo, 2015).

Perteneciendo al – Sistema de Pago Electrónico SPE-, hay que considerar el cómo se hace y una perspectiva de quién normalmente realiza el pago. Así, el pago se hace mediante un sistema que permite efectuar el movimiento del dinero, que será la noción de Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, sistema que es suministrado por los sujetos que componen el Sistema Financiero -SF-, quienes en Colombia serán un grupo de Instituciones Financieras, dentro las cuales se encuentran los Establecimientos de Crédito, en los términos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -EOSF-, Decreto Ley 663 de 1993, y, en forma más amplia, las instituciones financieras a las que se

refiere la Ley 1735 de 2014, que trata sobre Depósitos y Pagos Electrónicos, incluyendo las sociedades que proveen servicios financieros denominadas FINTECH⁶³.

Quien normalmente hace el pago será un usuario de dicho Sistema Financiero -SF-, que es un Consumidor Financiero –CF-. Este Consumidor Financiero - CF- , en los términos de la las leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011, en donde está definido.

Planteadas así las cosas, los dos extremos, es decir, el Consumidor Financiero –CF- y el Sistema Financiero -SF-, sus operadores autorizados en Colombia, según los artículos 335, 150 #18 letra e) y 189 #24, de la Constitución Política, y el Decreto Ley 663 de 1993, se encuentran en una relación asimétrica, por lo que surge la necesidad de la intervención del Estado colombiano en este caso, para aminorar en lo posible, los efectos jurídicos desastrosos para la parte débil que será el Consumidor Financiero –CF-.

Esta relación jurídica asimétrica entre el Consumidor Financiero –CF- y el Sistema Financiero –SF-, será regulada con base en el principio de la autonomía privada de la voluntad negocial material o conflictual. El *principio de la autonomía privada de la voluntad*, nace en su 1- versión *material*, a diferencia de la 2- versión *conflictual* actual, según el cual, en la 1- *material*, el Estado moderno consciente de su incapacidad de regular todas las situaciones jurídicas de los sujetos jurídicos (su elemento subjetivo), delega soberanía en los particulares (artículo 1602 del Código Civil Colombiano), para que ellos se auto regulen, siempre respetando las normas obligatorias o imperativas (artículo 16 del Código Civil Colombiano); mientras que en la 2- *conflictual* las partes eligen el derecho aplicable a sus relaciones jurídicas internacionales y, eventualmente, el tribunal que resolverá sus diferencia (Ravassa, 2007)

La idea es que la autonomía privada de la voluntad negocial material se diferencia de la conflictual, en que la primera se mueve en el ámbito de un ordenamiento jurídico en concreto –básicamente para las relaciones puramente internas-, es decir, al interior del Estado, y sólo se puede actuar en el marco del derecho positivo, es decir, *del ius cogens* o Derecho Imperativo, mientras que la conflictual, tiene su ámbito de acción en las relaciones privadas internacionales, y no está limitada por el derecho interno (Urbina, 2012).

El planteamiento consiste en que lo establecido o estipulado en los contratos, pactos o convenios celebrados entre el Consumidor Financiero –CF- y los sujetos del Sistema Financiero –SF-, particularmente los Establecimientos de Crédito en Colombia, llamados Establecimientos Bancarios, simplemente Banco, será la imposición de un clausulado

⁶³ Se trata de un nuevo concepto de negocio que revoluciona el mercado financiero a escala mundial ya que define a aquellos **servicios financieros** que usan la tecnología para facilitar la vida al cliente y mejorar la experiencia de usuario. Es decir, créditos online, cambio de divisas a través de la red, pagos online, banca digital, entre otros servicios. (Zauzich, 2016)

que tiene un trasfondo o fundamento, algo que subyace al ejercicio de dicho principio de la autonomía privada de la voluntad material ó conflictual.

Efectivamente, dichos sujetos pertenecientes al Sistema Financiero -SF-, en Colombia, tanto las instituciones financieras de Depósitos y Pago Electrónico, como los Establecimientos de crédito, que hacen parte de nuestro objeto de estudio, componen los denominados emisores de un conjunto de instrumentos de derecho flexible –soft law- y derecho duro –hard law-, cuya finalidad es armonizar o unificar el Derecho Mercantil, a niveles más allá de lo local, como puede ser el internacional o global, fenómeno que algunos llaman Nova Lex Mercatoria –NLM-, en los siguientes términos: “...se define... la *nueva lex mercatoria* como un conjunto de principios e instrumentos que tienen distintos emisores, animados por el propósito de la unificación o armonización del derecho mercantil a nivel internacional, para facilitar y agilizar las transacciones internacionales comerciales...” (Urbina, 2012, p. 19).

Este fenómeno de la Nova Lex Mercatoria –NLM- aceptado y en discusión de fuentes, o negado, aparece a su vez en la denominada época de la Globalización actual, tema también debatido.

Desde diferentes orillas del pensamiento, bastarían pocas citas sobre el entendimiento de la Globalización actual, así por ejemplo, Benedicto XVI en su Encíclica Caritas in Veritate, sostiene que “...La globalización es un fenómeno multidimensional y polivalente que exige ser comprendido en la diversidad y en la unidad de todas sus dimensiones incluida la teológica...” (CV.42).

Del mismo modo, de Sousa Santos dice “...Esta es mi definición de globalización: es un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales...” (De Sousa Santos, 1999).

El autor citado da como ejemplo la lengua inglesa, que como lengua franca y local, se globaliza o universaliza. Más adelante afirma que establece asimetrías que dan lugar a cuatro formas de Globalización, una de las cuales denomina -globalizado localizado-, el cual entiende como “...el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales, que son así desestructuradas y reestructuradas con el fin de responder a dichos imperativos. Tales globalismos localizados incluyen: enclaves de libre comercio...” (De Sousa Santos, 1999). De manera que es en el contexto de la actual Globalización que surge el fenómeno de la Nova Lex Mercatoria –NLM-. Y es dentro de ella que en el mundo actual, y particularmente en Colombia, existen unos emisores que para el tema de las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF-, serían los Establecimientos de Crédito, los Bancos, y algunos instrumentos de derecho flexible, como por ejemplo, los Acuerdos Interbancarios, expedidos por la asociación de bancos e instituciones financieras de Colombia gremio

denominado Asobancaria de Colombia, o la red S.W.I.F.T., los que se ocupan de la regulación de la Transferencia Electrónica de Fondos –TEF- nacional o internacional.

De aceptarse la existencia de la NOVA LEX MERCATORIA –NLM-, algunos hablan incluso del apareamiento de una NOVA LEX ELECTRÓNICA –NLE-, así:

“...La doctrina internacional sugiere que lo más conveniente para regular el comercio electrónico sería una ley global aplicada por una cibercorte con competencia universal, lo que se denomina la lex electrónica, o al menos una lex mercatoria electrónica, es decir, una ley en sentido material, uniforme, aplicada por los comerciantes en sus transacciones. Frente a tal situación ideal, y por el momento actual, se plantea que la forma de lograr mayor seguridad jurídica es darle un alcance amplio a los instrumentos internacionales tradicionales como la CICM y la Convención de Roma....” (Peña, 2003, pp. 229-230)

Se itera, el problema preponderante en el empleo de las -TEF-, es la asimetría existente entre el consumidor financiero y las instituciones financieras o establecimientos de crédito, en especial con los establecimientos bancarios.

La asimetría entre el Consumidor Financiero –CF- y el Sistema Financiero–SF-, en particular con las Instituciones Financieras, en relación con la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, reconocida por la jurisprudencia colombiana, plantea una situación en la cual se esperaría que el Estado entrara a tomar partido por la parte débil en dicha relación desigual.

Dicha situación puede ser abordada desde diferentes perspectivas a partir de unas premisas que el Dr. Castro Guillermo recuerda y denomina el acceso al derecho al respeto absoluto de la libertad y la igualdad de los individuos accediendo 1.- a un libre albedrío liminar que le permitiría a los individuos hacer todo aquello que no estuviera expresamente permitido y 2.- ser tratado de manera igualitaria, esto es, sin ser discriminado respecto de sus semejantes, bajo ninguna razón que adujera sus convicciones, sus creencias, sus características físicas, de proveniencia o sus simples condiciones materiales (Castro, 2017).

Agrega el autor citado en una narrativa que pasa por la influencia de la Primera Enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos, en el constitucionalismo moderno que en el marco de los años setenta encontró asidero el presuroso afán de las entidades bancarias de verificar a futuro, la certera recaudación de sus dineros y pareció legítima la creación de unas centrales de seguimiento de la conducta bancaria de los individuos, que en una reinterpretación del autor de éstas líneas se va a verificar en lo que se denominará específicamente en Colombia el Perfil del Consumidor Financiero. Este tema será abordado desde el punto de vista jurisprudencial. (Castro, 2017, pp 176 - 177).

Así, una primera perspectiva sería que dicha intervención estatal se hace en un ambiente que se puede entender como la “cuestión social”, la cual ha sido entendida como: “...el rótulo en el que se resume la adquisición de conciencia política, por parte de reformadores políticos católicos, liberales y socialistas, de las injustas penurias que trabajadores, mujeres, niños y otros desposeídos sufrieron hacia finales del siglo XIX causados,... por los “excesos del capitalismo”. Esta forma de conceptuar el problema indujo a que los reformadores moderados (por oposición a los más radicales) llegaran a pensar que mecanismos meramente privados, sin necesidad de compulsión legal estatal, pudieran remediar la condición de aquellos sectores de la población. Esta manera de analizar el creciente proletariado urbano y los desafíos políticos que presentaba era diametralmente opuesta tanto al terco individualismo capitalista como al radicalismo comunista. De esta forma se constituye la tercera vía, la llamada “reforma social cristiana”, dirigida en contra de los excesos del individualismo capitalista y del colectivismo comunista...”. (López, 2005, p. 245).

La segunda perspectiva sería, siguiendo a Calderón (Calderón, 2011) la injerencia en los intereses como el eje central del problema de la constitucionalización del derecho privado. Dicho autor presenta tres historias acerca de los impactos de la constitucionalización judicial en el derecho privado, examinando el camino seguido por la jurisprudencia para la calificación de la actividad bancaria como un servicio público y su reflejo en la autonomía de la voluntad. El asunto es que por esta vía se puede detectar que la Corte Constitucional acompañaría la calificación de la actividad bancaria como servicio público, con un planteamiento acerca de la funcionalidad de la igualdad sustancial en las relaciones bancarias, creando por esa vía un ambiente para la constitucionalización del derecho privado, que no es otra cosa que la limitación a la autonomía privada de la voluntad.

Esta asimetría es de especial interés por parte del Estado colombiano, porque el consumidor es la parte débil y debe ser protegido de los posibles abusos de la parte fuerte, por carecer aquellos de lo que éstos sí tienen, es decir, de capacidad técnica, operativa o presupuestal para realizar las –TEF-. Es por esto que se pretende blindar al consumidor estableciendo una protección especial, para animarlo a utilizar recurrentemente estos canales electrónicos y activar la economía desde el denominado e-commerce⁶⁴.

⁶⁴ La masificación de pagos electrónicos genera beneficios a todos los actores del ecosistema de pagos. Los consumidores ven aumentada su seguridad al disminuir la necesidad de almacenar y transportar dinero en efectivo. El Estado ve mejorada su capacidad fiscal y tiene mejores herramientas para garantizar la transparencia de la economía. Las empresas del sector real obtienen beneficios en aumentos en la facturación, mejoras en el manejo de la tesorería, aumento en las condiciones de seguridad, y se benefician de las ventajas en términos de acceso a la formalización y la inclusión financiera. (ASOBANCARIA, 2016, p. 2) Así mismo, la migración hacia pagos electrónicos disminuye la aceptación de efectivo para realizar ciertas

“Colombia es uno de los países con mejor pronóstico para las ventas digitales en la región⁶⁵, sin embargo aún hay aspectos inmaduros del comercio electrónico, estos son principalmente dos: la baja penetración de ciertas categorías menos afines al e-commerce (como alimentos, medicamentos o vehículos) y la dificultad de ciertas poblaciones para adaptarse a la compra digital (personas de mayor edad, personas con menor acceso a dispositivos y planes de datos y personas que no confían en los pagos online)” (BlackSip, 2017, pág. 4) Subrayado fuera del texto.

Esta desconfianza que revela el estudio en el empleo de los pagos online impacta otros sectores de la economía como los servicios, la construcción o el transporte, los cuales encuentran en el efectivo un instrumento ampliamente aceptado, fácil, rápido de usar, y de conveniencia para controlar los gastos. Sin embargo, la prevención del consumidor ante los pagos electrónicos, posiciona desfavorablemente a Colombia frente a otras economías siendo así que: “A pesar de que los pagos electrónicos han registrado tasas de crecimiento del 10,7% anual en los últimos 5 años, el colombiano promedio solo hace 12 pagos electrónicos al año, lo cual contrasta con los niveles de Chile (46), Turquía (53), Rusia (88), y Brasil (135), sin mencionar los niveles promedio de países desarrollados como los Estados Unidos con 357 y Suecia con 429” (Arango, et al., 2017, p. 2).

Ante esta situación el Estado colombiano debe adoptar medidas y canales de seguridad, propiciando la transformación de los servicios financieros en la era digital con la finalidad de que el consumidor se adapte y responda eficientemente a los pagos electrónicos, para lo cual debe, “generar un ambiente balanceado entre estabilidad financiera, innovación, seguridad y protección, que maximice los beneficios para el consumidor” (Superintendencia Financiera, et al. 2016, p. 166). La supervisión por parte del Estado debe hacerse directamente a las entidades financieras por ser éstas las que cuentan con toda la capacidad tecnológica, presupuestal y operativa, para desarrollar los pagos electrónicos, lo que las ubica en una posición dominante respecto del consumidor, aspecto reconocido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de junio del 2011, con ponencia del Magistrado Edgardo Villamil Portilla:

“Tampoco ha de negarse que las empresas dedicadas a esa labor en principio ostentan una posición dominante, pues según se sabe, «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 ‘barrenando los principios liberales de la contratación’ como lo dijera un renombrado tratadista (...), les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la

transacciones que dan cabida a las actividades al margen de la ley, pues la alta trazabilidad de estos medios de pago permite disminuir este riesgo. (ASOBANCARIA, 2016, p. 3)

⁶⁵ El “REPORTE DE INDUSTRIA: EL E-COMMERCE EN COLOMBIA 2017”, sostiene que hacia el 2019 dicho comercio alcanzará para América Latina la cifra de U\$85.000.00 millones de dólares (BlackSip, 2017, p. 4).

cual pueden predeterminar unilateralmente e imponer a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar. (Sent. Cas. Civ. de 19 de octubre de 1994, Exp. No. 3972)...” (Sent. Cas. Civ. de 22 de abril de 2009, Exp. No. 11001-31-03-026-2000-00624-01)”

De la anterior cita se deduce la importancia del tratamiento de la mencionada asimetría entre, de una parte, el *Consumidor Financiero –CF-* quien normalmente hace el pago, es el usuario del Sistema Financiero -SF-, y al mismo tiempo es Consumidor Financiero –CF-, y de la otra, con las instituciones financieras que componen ese Sistema Financiero. El Consumidor Financiero -CF-, en los términos de la las leyes 1328 de 2009, art. 2º, letra d) y 1480 de 2011, el artículo 5º, punto 3, respectivamente, están definidos como, “Consumidor financiero: Es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas...”, y “... Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario...”. Y la *Institución Crediticia -IC-* compuesta por las Instituciones Financieras –IF-, dentro las cuales se encuentran los Establecimientos de Crédito, en los términos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -EOSF-, Decreto Ley 663 de 1993, y, en forma más amplia, las instituciones financieras a las que se refiere la Ley 1735 de 2014, que trata sobre Depósitos y Pagos Electrónicos, incluyendo las sociedades que proveen servicios financieros denominadas FINTECH.

“La tendencia del derecho privado moderno es la de “buscar el equilibrio contractual en ciertas relaciones jurídicas que son consideradas (...) desproporcionadas (...)” (Villalba, 2009, p. 307) entre los intervinientes. El derecho del consumo traería en tal caso una definición legal y regulatoria de los términos de dicha protección, entre ellos los sujetos de protección, que son los consumidores, y los derechos que estos tienen.” (Barón, 2012, p. 139)

El Estado desde diferentes aristas debe resguardar al consumidor, porque éste espera del Estado que le brinde mecanismos de protección tanto materiales como jurídicos⁶⁶. Es por esto que el Estado dispone todos sus medios para contrarrestar estas problemáticas, siendo así que, “El legislador, la jurisprudencia y la doctrina se esfuerzan, por diversos medios, con procedimientos técnicos adecuados, por ayudar a las víctimas, sobre todo asegurándoles, desde el punto de vista de la prueba y en la lucha judicial, una situación tan favorable como sea posible” (Josserand, 2009, p. 80).

⁶⁶ Sucede entonces naturalmente que, desprovistos de la seguridad material, aspiramos cada vez más a la seguridad jurídica (Josserand, 2009, p. 59).

Siendo así, una de las finalidades de este capítulo es analizar las medidas que ha tomado el Estado colombiano para contrarrestar la asimetría contextualizada anteriormente. Primero, se analizarán las medidas preventivas que toma el Estado con la finalidad de brindarle suficientes garantías al consumidor y para que éste no se vea afectado patrimonialmente, por lo que el Estado desde el Legislativo, profiere leyes y le otorga la función de vigilar, controlar e inspeccionar a la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que en desarrollo de dichas actividades regulará sobre temas tales como requisitos de seguridad, hablando de los derechos del consumidor, en particular el financiero, sobre las obligaciones de las partes y la función pública de las instituciones crediticias -IC-. Segundo, se analizarán las medidas de contención del Estado con la finalidad de reducir los perjuicios provenientes de la asimetría entre el consumidor financiero y la institución crediticia, analizando la problemática desde la perspectiva de la responsabilidad, y de forma práctica se analizará cómo se ha manejado la problemática desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Delegatura jurisdiccional de la Superintendencia Financiera de Colombia.

3.1 Medidas de prevención en contra de la problemática

La primera acción del Estado para contrarrestar los perjuicios derivados de la asimetría entre el consumidor y la institución financiera, es de carácter preventivo. Es a través del legislativo que se pueden establecer las directrices, los derechos, las obligaciones, las medidas de seguridad, entre otros, tendientes a la protección del Consumidor Financiero. Leyes que evidencian el “deber ser” en cuanto a la protección del consumidor y le otorga herramientas a las instituciones de ejecución para que caso a caso, examinen y logren el equilibrio en cada situación en particular en la que se vea comprometido un consumidor. Con la finalidad de realizar un análisis adecuado de cada subtema, se señalará el fundamento normativo y cómo se da cada situación en la praxis.

3.1.1 Derechos del consumidor

Estos provienen del precepto Constitucional, consagrado en el art. 78 de la Constitución Política –CP-, en especial los incisos 1 y 3:

“La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.” ... “El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.” Subrayado fuera del texto.

Este artículo evidencia notoriamente la responsabilidad que tiene el Estado desde el orden constitucional en salvaguardar los intereses del consumidor. Así, el Estado pone a

la disposición del –CF- sus tres poderes para garantizar la seguridad del mismo, desde la creación de leyes, pasando por los organismos de control que supervisan el cumplimiento de estas y finalizando en el análisis caso a caso que se da la rama judicial.

El artículo 78 de la –CP- menciona que “La ley regulará”. Este precepto se cumplió a cabalidad de forma general por la ley 1480 de 2011, que regula las relaciones de consumo en general, y con la ley 1328 de 2009, en particular, que regula el caso de los consumidores financieros, que es el tema ateniendo a esta Tesis. La sentencia C- 909 de 2012 con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, dice respecto a la diferenciación de consumidor financiero lo siguiente:

“... la Ley 1328 de 2009, *“Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”*, al consagrar la definición de consumidor financiero, no hizo cosa diferente que enfocar la noción cardinal de consumidor, a los sujetos eventuales o potenciales de bienes y servicios que ofrecen las entidades de los sectores bancario, financiero, asegurador y de valores, vigiladas por la Superintendencia Financiera, conforme al mercado en el que participan, en calidad de productor/proveedor (entidades vigiladas) y consumidor (cliente o usuario), propio de la actividad económica que protege la Constitución”

La ley 1328 de 2009 en el art. 5, establece los derechos que los consumidores financieros tienen al adquirir los productos de las entidades crediticias, entre los que están: la debida diligencia o derecho de recibir de parte de las entidades vigiladas productos y servicios con estándares de seguridad y calidad, obtener información clara sobre las características de los productos que adquieren, recibir una adecuada educación respecto al manejo de los productos adquiridos, presentar de forma respetuosa consultas, peticiones, solicitudes, quejas o reclamos ante la entidad vigilada y los demás que establezca la Superintendencia Financiera.

Uno de los principales avances en la protección de los derechos del consumidor financiero, es el “Defensor del consumidor”, según el art 13 de la ley 1328 de 2009, al establecer que es una institución orientada a la protección especial de los consumidores financieros, teniendo entre sus funciones: atender de forma oportuna a los consumidores, resolver en forma objetiva y gratuita las quejas que estos, los consumidores, le presenten, actuar como conciliador entre los consumidores financieros y la respectiva entidad vigilada, ser vocero de los consumidores financieros, efectuar recomendaciones a la entidad vigilada, proponer a las autoridades competentes las modificaciones normativas y las demás que asigne el Gobierno Nacional.

La creación de esta institución, es de gran importancia, porque ataca uno de los puntos que más impide la materialización de los derechos. Cuando se despliega un catálogo muy completo de derechos pero no se crean las instituciones dedicadas a vigilar e impulsar su cumplimiento, los derechos son ineficaces, por ello la creación del Defensor del Consumidor contribuye a solucionar ese problema, debido a que es una persona con

experiencia tanto teórica como práctica en la temática, que puede materializar efectivamente los derechos del consumidor, lo que ayuda a que la protección de la parte débil sea más personalizada y eficaz, a causa de que se analiza caso a caso y se obtienen mejores resultados, lo que brinda más seguridad al consumidor, y redundando en la perspectiva de contar con más mecanismos para defender sus derechos.

Sin embargo, el Defensor del Consumidor presenta una problemática respecto a la naturaleza jurídica del su cargo, porque es un particular elegido por las entidades vigiladas y no tiene ninguna vinculación con el Estado, por lo que la Corte Constitucional ha dicho en C- 1150 de 2003 con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett:

“El propósito del legislador es que dicho defensor sea un particular elegido, nombrado y financiado por las mismas entidades vigiladas. Luego, no es posible admitir que a partir de una dudosa interpretación extensiva de sus competencias, se pueda calificar como un particular con funciones públicas, como un particular que desarrolla funciones típicamente administrativas o como un particular que desarrolla una competencia paralela a la de la Superintendencia Bancaria”

Que el Defensor del Consumidor no tenga ningún vínculo estatal o no sea supervisado por una entidad pública como la Procuraduría General de la Nación u otra autoridad de control, presenta un problema de la eficiencia en la función de este, puesto que si es designado y pagado por la entidad que comete las irregularidades, se cuestiona la objetividad que puede brindar esta persona, o más precisamente cuando se trate de una conciliación entre el consumidor y la entidad crediticia, por lo que se presentaría un conflicto de intereses por ser el Defensor quien recibe el pago por la entidad crediticia, lo que resulta muy peligroso para la defensa de los derechos del consumidor. La sentencia reitera:

“Esto significa entonces que esas funciones de inspección, vigilancia y control son estatales, y no pueden ser delegadas en un particular... La facultad esencial del defensor del cliente (resolver quejas individuales) es, para todos los efectos, distinta a la de inspección y vigilancia, pues no tiene la competencia expresa para imponer sanciones ni para declarar responsabilidad administrativa. Por el contrario, su función se restringe a la de ser el vocero de los usuarios ante las entidades vigiladas y a la de conocer y resolver las quejas relacionadas con la prestación de los servicios. “. Subrayado fuera del texto.

Ante lo anterior, se infiere que el rol dado por la Corte Suprema al Defensor del Consumidor, como sólo vocero, se presenta ineficaz por los argumentos anteriores, y porque desde las altas cortes pareciera que se le resta importancia a la figura, a causa de que no se está materializando adecuadamente la protección al consumidor, función que entre otras también es de carácter estatal. La institución es importante, pero hasta que no se regule quién ejercería las funciones de vigilancia a la labor del Defensor del Consumidor o se establezca cómo un particular ejerciendo funciones públicas, el consumidor se verá desde este punto de vista también en desigualdad ante la institución

financiera, porque cómo podría ser defendido por una institución pagada por la contraparte, y en este punto es necesario establecer que el principio de la buena fe, no sería suficiente, si lo que se quiere es eliminar la asimetría entre el consumidor y la institución financiera, porque el Estado no puede dejar sólo a la buena fe de una de las partes, la protección del consumidor que es la parte débil, por lo que dicho Estado tiene que propender medidas objetivas para la protección del consumidor.

3.1.2 Obligaciones de las partes

Para tener una comprensión adecuada del fenómeno de la asimetría entre el consumidor y la institución crediticia, es necesario tener claro las obligaciones de cada una de las partes. Por lo tanto a continuación se hará un recuento de las obligaciones principales tanto del consumidor financiero como de la institución crediticia.

▪ Obligaciones del Consumidor Financiero

Están contempladas en la ley 1328 de 2009, art. 6. Esta norma fue desarrollada con la finalidad de que el consumidor como el principal catalizador de peligros, tenga prácticas de autocuidado con los servicios que adquiere de la institución crediticia y reduzca los riesgos propios de la utilización de estos canales: “al consumidor financiero se le fija, al tiempo con sus derechos, la indicación de ejercer buenas prácticas de protección en su propio favor” (Barón, 2012, p. 147). Entre sus obligaciones están: Cerciorarse si la entidad con la cual desean contratar o utilizar los productos o servicios se encuentre autorizada y vigilada, informarse sobre los productos o servicios que piensa adquirir o emplear, observar las instrucciones y recomendaciones que imparta la entidad vigilada sobre el manejo de productos o servicios financieros, revisar los términos y condiciones del respectivo contrato e informarse sobre los órganos y medios de que dispone la entidad para presentar peticiones, solicitudes, quejas o reclamos.

Las obligaciones que más presentan problemas en la práctica son: “observar las instrucciones y recomendaciones que imparta la entidad vigilada sobre el manejo de productos o servicios financieros” a consecuencia de que el consumidor en ocasiones no es consciente de seguir minuciosamente las medidas de seguridad recomendadas por la institución crediticia, por lo que se presentan atentados a la seguridad de sus fondos, y esto es muy común cuando se habla de las -TEF-, puesto que la intermediación de la tecnología posibilita el acceso de terceros a los fondos o recursos, con mucha más facilidad de la que se presenta con el uso del efectivo. Las instituciones crediticias ponen a disposición del cliente recomendaciones para cuidar su patrimonio, entre las que se encuentran, el uso exclusivamente personal de tarjetas y claves, hacer compras online en lugares seguros con el botón PSE, la constante instalación y supervisión de antivirus, entre otras.

Aun así, el legislador como el principal garante de la protección al consumidor financiero y previendo este tipo de situaciones, instituyó en el parágrafo 1 del mismo artículo, el

restablecimiento del equilibrio poniendo en condición más favorable al consumidor, de la siguiente forma:

“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.”

Otra de las obligaciones con dificultad de cumplir por parte del –CF-, es la de revisar los términos y condiciones del respectivo contrato, si bien la lectura del contrato hace que el consumidor se concientice a lo que se está obligando, lo que se torna ineficaz en la práctica, debido que el consumidor, así tenga la diligencia de revisar el contrato, no tiene formas de controvertirlo porque estos contratos son adhesivos⁶⁷, las cláusulas son predispuestas⁶⁸ y el usuario no tiene más remedio que aceptar así no esté de acuerdo con las disposiciones del contenido, si quiere acceder a un producto que cada vez se le hace más indispensable. El Estado previendo esta situación de asimetría manifiesta, establece en el estatuto general del consumidor la forma de controvertir los contratos mediante el análisis de las cláusulas que puedan resultar perjudiciales para el consumidor, es decir, las cláusulas abusivas⁶⁹, así es que la ley 1480 de 2011 en su art. 3, numeral 1.6, hablando de los derechos del consumidor dice que debe “ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en los términos de la presente ley” y el art. 43 establece el efecto jurídico sancionatorio que estas tienen diciendo “Cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho”.

▪ **Obligaciones de la Institución Crediticia –IC-**

La manifestación más importante que tiene el Estado para eliminar la asimetría analizada, es la mayor carga de las obligaciones que impone el legislador a las Instituciones Crediticias. De forma cuantitativa en la ley 1328 del 2009, se establece que

⁶⁷ Artículo 5, numeral 4: aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas (L. 1480,2011)

⁶⁸ Son contratos de adhesión aquellos cuyo clausulado general es predispuesto, es decir, redactado previamente por uno de los contratantes para regular uniformemente determinadas relaciones convencionales.” (Farina, 2014, p. 97)

⁶⁹ Artículo 42: Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza (L. 1480,2011)

las obligaciones del consumidor son 6, contra 21, más las previstas en las normas concordantes⁷⁰ que tienen las Instituciones Crediticias.

La ley 1328 de 2009 en el art 7 establece las obligaciones de estas entidades, entre las que están: Suministrar al público información del defensor del consumidor financiero, entregar el producto o prestar el servicio debidamente empleando estándares de seguridad y calidad, suministrar información comprensible y publicidad transparente, contar con un Sistema de Atención al Consumidor Financiero, evitar abusos contractuales, abstenerse de hacer cobros no pactados o no informados previamente al consumidor financiero, guardar la reserva de la información suministrada, atender y dar respuesta oportuna a las solicitudes, quejas o reclamos formulados por los consumidores financieros, disponer de los medios electrónicos y controles idóneos para brindar eficiente seguridad a las transacciones, desarrollar programas y campañas de educación financiera a sus clientes, entre otras.

Con la finalidad de hacer un estudio adecuado del tema se analizarán las más importantes obligaciones de la institución crediticia, es decir, la debida diligencia, el deber de información y la seguridad de sus productos.

Debida diligencia

El fundamento normativo de la debida diligencia es el art 3, literal a, de la ley 1328 de 2009, que lo consagra como uno de los principios orientadores de las relaciones entre el consumidor financiero y las entidades vigiladas:

“Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones.”. Subrayado por fuera del texto.

El deber de diligencia se debe desde dos momentos distintos, el primero, en “el ofrecimiento de sus productos”. Las instituciones crediticias en el momento de ofrecer sus servicios deben contar con información completa y cierta de los productos, manifestarle al consumidor tanto las ventajas de la adquisición como los riesgos de la misma; “en el caso de los consumidores financieros, se requerirá disponer de oficiales de información en las entidades financieras que expliquen a los clientes las características y

⁷⁰ Artículo 7, literal u: las demás previstas en esta ley, las normas concordantes, complementarias, reglamentarias, las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los consumidores financieros, así como de las instrucciones que emita la Superintendencia Financiera de Colombia en desarrollo de sus funciones y los organismos de autorregulación en sus reglamentos (L. 1328, 2009)

los riesgos de los productos financieros” (Barón, 2012, p. 142). Respecto a este apartado la misma ley en el artículo 7, literal c, establece el deber de “suministrar información comprensible y publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de sus productos y servicios ofrecidos en el mercado”, y en el literal j, “dar constancia del estado y/o las condiciones específicas de los productos a una fecha determinada, cuando el consumidor financiero lo solicite”.

El segundo momento es “la prestación del servicio”, por lo que para que el desarrollo de las operaciones bancarias sean ágiles, seguras y eficientes, las instituciones crediticias tienen un mayor grado de diligencia debido a que son profesionales en la materia, poseen conocimientos y experiencia en el campo financiero. En este sentido, la legislación comercial y la legislación financiera han establecido en cabeza de las instituciones financieras mayores niveles de diligencia en la prestación de sus servicios que aquellos determinados por la actuación de un buen padre de familia (Hernandez, et al., 2008, p. 129). En el apartado de responsabilidad se desarrollará esta idea con más profundidad.

En el mismo art 3, literal a, de la ley 1328 de 2009, es importante resaltar, la especificación clara de la prioridad del consumidor financiero:

“En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas.” Subrayado fuera del texto.

Todos los productos y el actuar de las entidades vigiladas o las instituciones de crédito deben desarrollarse de forma que satisfagan al consumidor financiero de forma óptima con estándares de calidad altos y de acuerdo con las obligaciones contractuales pactadas. El legislativo tiene clara la asimetría y exalta la participación del consumidor de una forma especial, siempre satisfaciendo las necesidades del consumidor.

Deber de informar

Su fundamento normativo es el art 3, literal c, de la ley 1328 de 2009, que dice:

“Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas.” Subrayado fuera del texto.

Todos los productos que adquiera el consumidor deben estar precedidos de una información clara, suficiente, cierta y oportuna, por lo que de esta información dependerá

del grado de simplicidad o complejidad de bienes, servicios y productos que se requieren. Así, entre más simples sean las decisiones a tomar, el lenguaje lo será en igual forma: un lenguaje exotérico⁷¹, al alcance de todas las personas. Por el contrario, si las decisiones son más complejas, por las características técnicas o tecnológicas de los bienes, servicios o productos y el mayor riesgo en el que se incurre, el lenguaje será esotérico o para especialistas (Barón, 2012, p. 141- 142).

Independientemente de la complejidad que representen los productos, la institución crediticia deberá encontrar un lenguaje sencillo y adecuado para expresarle al consumidor sus obligaciones, especificaciones del producto, riesgos y ventajas, cumpliendo con los contenidos mínimos de la información de los productos que se establecen en el art 9 de la ley 1328 de 2009:

“(...) Las entidades vigiladas deben informar a los consumidores financieros, como mínimo, las características de los productos o servicios, los derechos y obligaciones, las condiciones, las tarifas o precios y la forma para determinarlos, las medidas para el manejo seguro del producto o servicio, las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato, y la demás información que la entidad vigilada estime conveniente para que el consumidor comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio.”

El interés del legislador en el deber de la información, se ve materializado en la defensa de los derechos de los consumidores puesto que “no basta con indicar que la información es el instrumento para conocer la existencia, calidades y precios de bienes, servicios y productos (lo económico), sino que también es el mecanismo que los consumidores tienen para conocer sobre la existencia de sus derechos y los canales de reclamo o queja en caso de que estos no puedan ejercerse, así como de resarcimiento de perjuicios (lo jurídico)” (Barón, 2012, p. 142).

La información no solo debe contar con estas características en el momento que se va a adquirir el producto, sino que la entidad debe comprometerse a tener la información actualizada y dársela a conocer periódicamente al consumidor, así el inciso 3° del parágrafo 1, del art. 9°, de la ley 1328 de 2009, establece: “Esta información deberá ser suministrada a los clientes de la entidad vigilada, con una periodicidad por lo menos anual”, unido al deber que tiene la entidad de capacitar en educación financiera a sus clientes establecido en el art. 3°, literal f, ibídem: “Las entidades vigiladas, las asociaciones gremiales, (...) procurarán una adecuada educación de los consumidores financieros respecto de los productos y servicios financieros que ofrecen las entidades vigiladas, de la naturaleza de los mercados en los que actúan, de las instituciones

⁷¹ Lo esotérico, lo esotérico utiliza unos códigos de lenguaje reservado a unos pocos ‘iniciados’. Es el lenguaje utilizado en los medios de comunicación especializados de carácter financiero o económico, como Financial Times, Wall Street Journal o The Economist. Ver en Misas (2005).

autorizadas para prestarlos, así como de los diferentes mecanismos establecidos para la defensa de sus derechos”, y art. 7° literal t, ibídem: “Desarrollar programas y campañas de educación financiera a sus clientes sobre los diferentes productos y servicios que prestan, obligaciones y derechos de estos y los costos de los productos y servicios que prestan, mercados y tipo de entidades vigiladas, así como de los diferentes mecanismos establecidos para la protección de sus derechos”. Subrayado fuera del texto.

De forma práctica, en cuanto a este punto la Superintendencia Financiera en sentencia del 05/ 12/ 2013, Rad. int: 2013069313, Expediente: 2013-0425 dijo:

“En consecuencia, encuentra la Delegatura que el comportamiento del **XXXX** resulta contrario al patrón de conducta y a la diligencia que debe caracterizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la entidad financiera demandada (artículo 24 de la ley 795 de 2003 y 5° de la Ley 1328 de 2009) dado que la información suministrada al cliente resultó completa y suficiente, para generar la convicción del pago, pero completamente errónea (por acreditarse un pago no cubierto) y prematura (por no esperar el término del proceso de canje), información que el señor **XXXX** podía y debía tener por confiable, cierta y verificada”. Subrayado por fuera del texto.

Esta sentencia muestra que la obligación de la institución crediticia debe ser absoluta y cumplir con todas las características de la obligación de informar, es decir, completa, suficiente, cierta y oportuna; la responsabilidad de la entidad no se aminora por que la haya cumplido parcialmente, es por lo que la Delegatura analizó en esta sentencia la totalidad de los requisitos de la información condenando a la institución por no cumplirlas todas cabalmente. En este punto la Delegatura jurisdiccional es inflexible propendiendo el resguardo del consumidor.

Seguridad

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19 de diciembre de 2016, con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez, hablando sobre la obligación de seguridad dice:

«La obligación de seguridad puede considerarse como aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o en sus bienes, sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, ser impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato a través de su integración sobre la base del principio de buena fe»

El fundamento normativo se encuentra en el art. 7°, literal b de la ley 1328 de 2009: “Entregar el producto o prestar el servicio debidamente, es decir, en las condiciones informadas, ofrecidas o pactadas con el consumidor financiero, y emplear adecuados estándares de seguridad y calidad en el suministro de los mismos”, y en el art. 7°, literal u), ibídem: “(…) así como de las instrucciones que emita la Superintendencia Financiera

de Colombia en desarrollo de sus funciones y los organismos de autorregulación en sus reglamentos”, y la remisión específica del tema de seguridad en el art. 3°, literal a, ibídem “ (...). Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros.”.

Con fundamento en la norma anteriormente descrita la Superintendencia Financiera, emitió en cuanto al tema relativo a la seguridad, la Circular externa 052 de 2007, sobre requerimientos mínimos de seguridad y calidad en el manejo de información a través de medios y canales de distribución de productos y servicios para clientes y usuarios. En el art. 3°, desarrolla los requerimientos básicos de seguridad y calidad que deben atender las instituciones crediticias en cumplimiento de sus obligaciones. Entre los requerimientos más importantes están: Disponer de equipos para prestar los servicios, gestionar la seguridad de la información, disponer de medios de envío de información, proteger las claves de acceso de acceso a los sistemas de información, disponer de los mecanismos necesarios para que los clientes puedan personalizar las condiciones bajo las cuales se les prestara el servicio, establecer mecanismos necesarios para mantenimiento, establecer procedimiento para el bloqueo de canales y elaborar el perfil de las costumbres transaccionales del cliente. Las últimas dos exigencias mínimas de seguridad se analizarán en el componente práctico en el análisis de sentencias de la Delegatura de la Superintendencia Financiera.

La seguridad es la obligación más importante que tiene la institución financiera, ya que en esta reposa la confianza de los consumidores y la posibilidad de potencializar los productos del e-commerce, por lo que sería inapropiado afirmar que la descripción de los requisitos de seguridad que hace la Circular 52 de 2007 son suficientes, debido a que no es posible prever todas las situaciones de peligro y las medidas de seguridad que puede adoptar la institución financiera con la finalidad de mitigar los daños al consumidor financiero. Sin embargo, estas medidas denotan la importancia que se le debe dar al tema de seguridad con la finalidad de no mitigar recursos, infraestructura e investigación a estas causas. La seguridad hacia el consumidor debe ser vista como un principio rector en todas las actividades que desempeñe la banca y así se mitigaría en cierto punto la asimetría desfavorable para el consumidor.

3.1.3 Función pública de las instituciones crediticias

La función pública es esencial para entender el intervencionismo del Estado en todos los frentes, con creación de leyes, supervisión y judicialización, por lo que no solo se trata de establecer una condición más beneficiosa al consumidor, sino que el hecho de captar recursos al público infiere que la confianza en el sector financiero sea mucho mayor y se considere como una responsabilidad del Estado. Es por esto que desde la constitución política en el artículo 335, se consagra el interés público de las actividades realizada por las instituciones crediticias estableciendo:

“Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo 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”⁷² Subrayado fuera del texto.

Por cumplir con una función pública el Estado Social de Derecho debe proteger a los consumidores, en tanto están en condiciones desiguales frente a quienes sí tienen los medios de adquirir los bienes, servicios y productos que suplan sus necesidades. Así, la CP establece que “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (...)” (República de Colombia, 1991, artículo 3°, inciso 2), y así mismo que “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición socioeconómica (...) se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (...)” (República de Colombia, Artículo 3, inciso 3) (Barón, 2012, p. 140).

Por dicha desigualdad, es que se manifiesta la obligación del Estado de acudir al *intervencionismo económico* que tiene como objeto racionalizar la economía a fin de lograr el desarrollo económico y el progreso social” y es éste, en el que nos centraremos para el estudio del intervencionismo del Estado en el sector financiero (Hernández, et al., 2008, p. 97).

Existen cuatro modalidades de intervención del Estado en el sector financiero:

- 1- Intervención legislativa o regulatoria: Se ejerce de manera directa mediante la expedición de leyes. También se ejerce por conducto del Gobierno, el Banco de la Republica y la Superintendencia Financiera, mediante disposiciones de inferior

⁷² **Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-640 del 18 de agosto de 2010, con MP, Mauricio González Cuervo , estableció que** “Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y otras afines, se fundan en la confianza en el sistema financiero que garantiza el cumplimiento de “... la obligación a futuro a que se compromete la respectiva entidad...”, como es el caso del cuentahabiente que deposita su dinero en la entidad bancaria, quien “... presume y confía que al día siguiente podrá retirar esa misma suma, más las anteriores que hubiese podido depositar...”, confianza que depositada en las entidades financieras al momento de optar por sus servicios, da lugar a que recaiga en ellas la responsabilidad en el ejercicio y contraprestaciones que recibe de su actividad financiera.”

En el mismo sentido, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (expediente 2010- 00320-00) en sentencia de tutela del 11 de marzo de 2010 MP, Arturo Solarte Rodríguez, al referirse al tema, precisó que “...las instituciones financieras, y particularmente las bancarias, están sujetas a un especial régimen de responsabilidad civil frente a los daños que puedan sufrir los clientes o usuarios de sus servicios,(...); que reciben una especial habilitación del Estado para desarrollar su actividad en virtud de la confianza que se deposita en ellos al conferirles la posibilidad de manejar el ahorro del público, por lo que surgen a su cargo especiales deberes de diligencia; que en las operaciones de captación de recursos ordinariamente celebran contratos de depósito irregular en los que el banco se convierte en titular de los recursos transferidos y asume, por ende, obligaciones de resultado para efectos de su restitución”

categoría, pero que se imponen en el sector financiero con el mismo carácter que las leyes (Hernández, et al., 2008, p. 100).

- 2- Supervisión: Se define como la vigilancia y control del sistema financiero. Esta modalidad de intervención se debe ejercer de manera independiente, por una misma entidad que vigile el sistema financiero de manera integral, especializada y con autonomía financiera, administrativa y técnica (Hernández, et al., 2008, p. 101).
- 3- Apoyo: Está relacionada con los mecanismos de actuación del Estado para recuperar a las instituciones bancarias de graves condiciones de iliquidez o de insolvencia que amenazan con extenderse a todo el sector financiero (Hernández, et al., 2008, p. 103).
- 4- Intervención a través de las sociedades o entes descentralizados: El Estado también puede intervenir de manera indirecta en el sistema financiero, a través de la banca pública u oficial, en virtud del cual, “el ejercicio de la función pública las autoridades organizan un establecimiento de crédito con el objeto de cumplir los fines mismos del Estado y no simplemente para actuar en el mercado como simples particulares.” (Hernández, et al., 2008, p. 103)

3.2 Medidas de contención en contra la problemática

Las medidas de prevención adoptadas por el Estado analizadas anteriormente brindan un marco normativo atinente a la protección del consumidor, por lo que es este apartado se tratará de la materialización de esa normatividad. Se iniciará con el análisis de la responsabilidad, que tiene la finalidad de establecer cuáles directrices deben atender los procesos judiciales cuando medien perjuicios a los consumidores en ocasión del uso de un servicio financiero, para luego analizar cómo el sistema judicial toma esas medidas preventivas y las directrices de responsabilidad para fallar en casos concretos, en relación con –TEF-.

3.2.1 Responsabilidad por fraudes electrónicos

“Ciertamente, la responsabilidad se ha elevado al primer rango de la actualidad judicial y doctrinaria: es la gran estrella del derecho civil universal; es muy solicitada dondequiera.” (Josserand, 2009, p. 56)

Como se ha manifestado reiteradamente el impacto de la tecnología transforma la concepción del derecho, y en el caso de la responsabilidad esta realidad no es ajena, siendo así que los pagos o transacciones realizados con -TEF- cada vez son más proliferantes y por lo tanto expuestos a más riesgos: “Es posible afirmar que el riesgo de daño es inherente a los sistemas de información y que las repercusiones que puede

tener un daño en un sistema de información son incalculable en una sociedad como la nuestra: global e interconectada.” (Peña, 2007, p. 83). Aunque en Colombia según expertos, esta no sea una problemática tan latente⁷³, no quiere decir que no se deban tomar medidas cuando se presenten, ya que como se mostrará en el análisis jurisprudencial, los eventos han ocurrido y han sido objeto de debate tanto en las altas cortes como en la Delegatura de la Superintendencia Financiera.

- **Fraude electrónico**

El fraude electrónico necesariamente debe efectuarse por medio de una -TEF-, ya sea de forma material, con una tarjeta o de forma inmaterial por cualquier medio electrónico en internet. La conducta se efectúa por la extracción irregular de fondos de la cuenta del titular sin su autorización. Esta conducta debe efectuarse por un tercero que se apropia de los datos o medios necesarios para efectuar la -TEF-, ya sea tarjetas o claves de acceso, suplantando al titular de la cuenta y superando todos los filtros de seguridad que la entidad financiera proporciona al efectuar este tipo de deducciones.⁷⁴

La sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 18 de diciembre de 2009, con ponencia de la Magistrada Luz Magdalena Mojica Rodríguez, establece la fuente de la responsabilidad civil, en cuatro clases de actos generadores:

a) *El ilegal*, que viola un mandato o una prohibición del derecho; b) *el abusivo*, que no es ilícito en sí sino por la circunstancia del fin para el cual se ejecutó, o sea, que corresponde al ejercicio de un derecho en sentido contrario a su finalidad ontológica; c) *El negativo*, o por omisión, que resulta de la inejecución de obligaciones positivas impuestas a determinadas personas, o bien en la omisión de un acto o en la falta de una intervención o de una iniciativa, cuando se les considera como deberes jurídicos positivos; d) *El de riesgo o excesivo*, desarrollo de la teoría de la culpa objetiva, en donde el deber de reparar el daño deriva de la idea de que quien ejecuta una actividad

⁷³ Según información de la plataforma de pagos PayU, en Colombia la tasa de fraude electrónico es muy baja (0,45%) y es de esperar que se mantenga en ese nivel. Según PayU, un nivel de seguridad adecuado debe tener una tasa que no supere el 1% de fraude. México, por ejemplo, que es un mercado sensible en este aspecto, tiene un nivel de fraude del 1,5% (BlackSip, 2017, p. 25)

⁷⁴ El fraude electrónico, puede referirse a “medios de pago de carácter electrónico e individual, entre otros, las tarjetas débito, las tarjetas de crédito, las tarjetas inteligentes, así como los mecanismos de transferencia electrónica de fondos” (Rodríguez, 2014, p. 290) , “circunscribe o delimita a la hipótesis por virtud de la cual el titular de una cuenta de ahorros o corriente ve menguado su patrimonio por cuenta de sustracciones irregulares e ilegales de dinero efectuadas por medios transaccionales electrónicos que involucran la internet y/o el uso de la tarjeta débito” (Blanco, 2016, p. 13) o como lo establece Mariño López “un tercero se apropia de los datos de identificación de la tarjeta de crédito [o de cualquier medio electrónico de pago individual] y de su titular y, empleando los mismos, celebra contratos a distancia por medios electrónicos, telefónicos o telemáticos” (Rodríguez, 2014, p. 290).

generadora de riesgo tiene que responder de las consecuencias de su realización, por la abstracción hecha de la consideración de culpa.

De acuerdo con la consideración del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuanto a los hechos generadores y con la salvedad que el tema principal es el uso de las -TEF- en cuanto a la asimetría planteada, en el análisis de este apartado sólo se mencionarán los dos últimos tipos de hechos generadores, es decir, *el negativo*, por las omisiones de los deberes consagrados en el marco normativo descrito en las medidas preventivas, en las que puede incurrir la entidad crediticia, y *la de riesgo o excesivo*, por cuanto la actividad financiera se considera que es generadora de riesgos propios de su función, que merece un carácter de responsabilidad especial por tratarse de entidades que obtienen un lucro mediante ese tipo de riesgo. Ante esto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 24 de octubre de 1994, con ponencia del Magistrado Carlos Esteban Jaramillo Schloss, dice: “uso de títulos bancarios de esta índole el peligro de falsificación y el costo económico de tener que pagarlos se compensa sin duda con el lucro que para los bancos reporta el cúmulo de operaciones que en este ámbito llevan a cabo”, subrayado fuera del texto. En esta parte resaltada se evidencia claramente este tipo de hecho generador por riesgo, aceptando que la actividad bancaria debe responder por las falsificaciones, ya que es un riesgo correspondiente a la actividad, y el lucro que representa compensa esas eventualidades.

3.2.2 Planteamiento del problema respecto a la responsabilidad subjetiva

Toda la teoría tradicional de la responsabilidad se basaba en el viejo concepto de culpa: no hay responsabilidad sin culpa comprobada (Josserand, 2009, p. 62). Este régimen se basa en la noción de “culpa”, es decir, en la intención de inferir daño por parte de su causante, o el grado de impericia o de negligencia que genera tal daño (Rodríguez, 2014, p. 292).

El argumento principal que defiende esta teoría reposa en la debida diligencia⁷⁵ de las instituciones crediticias analizada antes, la que busca demostrar que el grado de negligencia o impericia fue nulo, que se cumplieron todas las normas de seguridad diligentemente y que si ocurrió un daño, fue por la responsabilidad del consumidor, partiendo del supuesto que “toda transacción u operación electrónica efectuada con el medio electrónico de pago y la contraseña entregada a su titular, se entiende realizada por este” (Rodríguez, 2014, p. 293).

⁷⁵ Se debe partir del supuesto de que por tratarse de responsabilidad subjetiva, la entidad bancaria está obligada a desarrollar sus actividades tendientes a brindar seguridad en transacciones electrónicas con el mayor grado de diligencia, pero no puede garantizar un resultado, pues trascendería entonces su obligación al ámbito de la responsabilidad objetiva (Rodríguez, 2014, p. 293).

El argumento presentado es cierto, pero hay que analizarlo con cuidado, porque la debida diligencia de la institución financiera se debe acreditar en el cumplimiento de todas las normas que regulan su actuar, pero una responsabilidad subjetiva pondría en igualdad de condiciones al consumidor financiero, que es la parte débil de la relación, frente a una institución financiera que cuenta con toda la infraestructura tecnológica y financiera. Las siguientes justificaciones demuestran la poca idoneidad de esta figura para atender estos casos, y la ineficacia en la reducción de la asimetría, problema central de este capítulo.

Desde el punto de vista de las partes, la institución crediticia tiene un gran despliegue normativo de obligaciones de carácter imperativo, el cumplimiento a cabalidad, completa y oportunamente es la “debida diligencia” de la que hablan los precursores de esta teoría. Pero, si se mira desde la perspectiva del consumidor, la culpa es desvirtuada por el precepto normativo consagrado en la ley 1328 de 2009, art. 6°, parágrafo 1°, que dice: “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.”. Entonces, la institución crediticia no puede alegar la culpa del consumidor en un proceso y de esa forma exonerarse de la responsabilidad, porque desde un precepto legal lo prohíbe, lo que pone en duda la aplicación de la teoría subjetiva.

Desde el punto de vista de la prueba, la responsabilidad subjetiva se empieza a ver vulnerable para este tipo de casos, porque la culpa debe ser comprobada, y para un consumidor financiero, por su misma condición asimétrica con la institución financiera, le es muy difícil demostrar que dicha institución financiera fue la responsable de su perjuicio. Así, la figura de la inversión de la carga de la prueba sería la solución, ya que la entidad crediticia tiene todos los medios, infraestructura, recursos y tecnología para demostrar su “debida diligencia”, por lo que la inversión de la carga de la prueba implicaría que se esté hablando de la responsabilidad objetiva⁷⁶.

3.2.3 Planteamiento del problema respecto a la responsabilidad objetiva

⁷⁶ Hay que mencionar en los casos de responsabilidad objetiva, la regla resulta invertida, por cuanto no es al demandante a quien le corresponde demostrar la culpabilidad de su contraparte para establecer su responsabilidad (por cuanto dicho elemento subjetivo se presume), sino que es al demandado a quien le corresponde aportar las pruebas sobre las cuales se sustenta la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad (Díaz, et al., 2014, p. 284).

El desarrollo de la sociedad y la adecuación de la responsabilidad, ha hecho que la responsabilidad subjetiva pierda su auge, tan es así que Josserand la desvirtúa diciendo: “La teoría tradicional de la responsabilidad reposaba manifiestamente en bases demasiado mezquinas; se mostraba, cada día más, ineficaz y caduca; se hacía sentir imperiosamente la necesidad de ampliar los fundamentos sobre los cuales descansaba el viejo edificio, que ya no satisfacía a las necesidades de los tiempos nuevos y se tornaba inhabitable (2009, p. 63)⁷⁷

La descripción de esta teoría, es totalmente adversa a la explicada anteriormente: “el régimen de responsabilidad objetiva parte de un supuesto completamente distinto al indicado en el acápite anterior, pues en este caso si bien la responsabilidad continúa siendo contractual, ahora la entidad financiera no se exime de responsabilidad probando simplemente la máxima diligencia en la gestión de la seguridad informática, sino que debe garantizar un resultado” (Rodríguez, 2014, p. 294)

La aplicación de la responsabilidad objetiva de la forma anteriormente descrita, tampoco resulta muy pertinente en la responsabilidad de la institución financiera, específicamente en los fraudes electrónicos, puesto que afirmar que es una obligación de resultado, es un extremo que desalentaría las actividades financieras, y aunque se parte de la buena fe, la aplicación de esta teoría podría llevar a que el consumidor no tenga ningún tipo de cuidado con los productos financieros que adquiere o que sea cómplice de desfalcos en sus mismas cuentas. Por esta razón se desarrolla una teoría de carácter jurisprudencial proveniente de la responsabilidad objetiva, en la que se analiza es el riesgo.

▪ **Teoría del riesgo:**

La responsabilidad tiende a objetivarse; el riesgo se opone a la culpa y la rechaza. No quiere decir esto que la antigua teoría de la culpa alquiliana deba condenarse, pero su insuficiencia es cierta y resalta cada vez más (Josserand, 2009, p. 80). En el caso de la tecnología, se puede afirmar que “el riesgo de daño es inherente a los sistemas de información y que las repercusiones que puede tener un daño en un sistema de información son incalculables en una sociedad como la nuestra: global e interconectada” (Peña, 2007, p. 83).

La teoría del riesgo en el uso de las -TEF-, lo que pretende es elevar el grado de responsabilidad de la institución crediticia, acercándola a una responsabilidad objetiva,

⁷⁷ En otro texto del mismo autor, reafirma el argumento diciendo ““la concepción subjetiva podría bastar en una sociedad en que las relaciones comerciales e industriales estuvieran pocos desarrolladas, en un pueblo de agricultores y guerreros, no está ya a la medida de nuestra sociedad moderna más compleja, más emprendedora, en la que las relaciones se intensifican, los riesgos se multiplican y revisten las más variadas formas.” (Josserand, 1950)

justificado por su actividad profesional, el lucro que representa, y por la asimetría evidente ante el consumidor.

“Dentro de esta nueva concepción, quien quiera que cree un riesgo, si este riesgo llega a realizarse a expensas de otro, tiene que soportar sus consecuencias, abstracción hecha de cualquier culpa cometida” (Josserand, 2009, pág. 75)

Es una medida de contención brindada por el Estado desde el poder judicial, ya que desde los inicios de su aplicación y todo su desarrollo corresponde a análisis jurisprudenciales, principalmente de la Corte Suprema de Justicia y la adaptación a los consumidores financieros que realiza la Superintendencia Financiera en sus funciones jurisdiccionales.

Esta teoría nace desde la expedición de la ley 46 de 1923 que en su artículo 191 consagraba: “Todo banco será responsable a un depositante por el pago, que aquél haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al banco, dentro de un año después de que se le devuelva el comprobante de tal pago, que el cheque así pagado era falso o que la cantidad de él se había aumentado”. Este artículo mostraba notoriamente la responsabilidad objetiva de las entidades crediticias. Sin embargo, este artículo trajo mucha discusión tanto jurisprudencial como doctrinalmente, debido a su origen americano que no era compatible con el régimen tradicional de culpa utilizado en Colombia, por lo que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de diciembre de 1936, con ponencia del Magistrado Antonio Rocha, dijo:

“Es verdad que el código civil colombiano se inspira también en el principio tradicional de que la culpa es el fundamento de la responsabilidad civil (...) En todo caso, los principios generales de la legislación civil no son lo que inspiran la ley de instrumentos negociables (L. 46 de 1923). Apenas será necesario recordar el origen anglo-americano de esta ley y el modo de recepción global como fue adoptada” Subtítulos fuera del texto.

Después de arduos debates jurisprudenciales, en los que en 1937 la Corte indica que aquél que origina un riesgo se encuentra al margen de cualquier análisis de culpa o elemento subjetivo, seguidamente en providencia de 14 de marzo de 1938, la misma corporación precisó que el artículo 2356 del Código Civil, contiene una presunción de responsabilidad y no una presunción de culpabilidad, desvirtuable mediante la prueba de causa extraña. Después en 1940, la Corte invirtió su criterio diciendo que la fecha en la que se profirió un fallo en el que nítidamente se indicó que cuando se había hablado de la teoría del riesgo en fallos anteriores, no se realizó sobre la base de un escenario de responsabilidad objetiva (Blanco, 2016, pp. 20-21)

El problema fue aparentemente solucionado en el año 1974 con la promulgación del Código de Comercio, que en su artículo 1391 establece lo siguiente “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 sección señalada ya aceptaba que el cuentacorrentista debía actuar con diligencia y la responsabilidad ya no recaía de forma eminentemente objetiva en la institución crediticia. Sin embargo, años después la Corte Suprema, en sentencia del 22 de mayo de 2000, con ponencia del Magistrado Jorge Santos Ballesteros, aún reconoce los problemas de comprensión de la teoría del riesgo diciendo:

“(…) a pesar de la utilización más o menos esporádica del término “Riesgo”, por la época en que afloró la teoría que lleva su nombre, la Corte Suprema ha insistido en que la responsabilidad civil extracontractual prevista en el código civil viene impregnada de las tesis subjetivas que entronizan la culpa como criterio fundamental”

El desarrollo jurisprudencial fue basado en la responsabilidad bancaria que utilizan como instrumentos cheques, concepto que se hizo extensivo a las operaciones que utilicen -TEF-, básicamente porque las -TEF- también son instrumentos que utilizan los bancos para generar lucro, solo que estos tienen la connotación de ser inmateriales, pero los principios de responsabilidad deben ser los mismos ante todos los productos que ofrecen los bancos, así cambien la forma como presenten sus productos. Otro punto que fundamenta esta aplicación es que se lo que se quiere es minimizar la asimetría entre el consumidor financiero y la institución financiera, por lo que el consumidor debe contar con la seguridad jurídica que todos los productos que adquiere con el banco tienen el mismo grado de seguridad y ante una posible contingencia la institución debe responder de acuerdo a los mismos fundamentos. Lo anterior fundamentado normativamente en el art. 8° de la ley 153 de 1887, que dice así: “(…) **Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido**, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho (...)”, subrayado fuera del texto.

Como se dijo anteriormente el desarrollo de esta teoría es de carácter jurisprudencial por lo que se han evidenciado tres corrientes, que son a.- riesgo creado, b.- riesgo provecho y c.- riesgo profesional. En sentencia del 19 de diciembre de 2016, con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez, respecto a las teorías enuncia:

“En una primera época, la del «riesgo creado» en virtud de la cual quien en desarrollo de una actividad genere un peligro o contingencia, debe indemnizar los perjuicios que de aquel deriven para terceros, con independencia de si ha actuado de manera diligente o culposa, o de si ha obtenido o no un provecho; después se dio aplicación a la teoría del «riesgo provecho» que carga con la obligación resarcitoria a quien ejerza la actividad que genera un riesgo o peligro y, además, saca de la misma una utilidad o percibe lucro, sin que importe que su conducta haya sido diligente o imprudente; por último, se acudió a la teoría del «riesgo profesional» que es una derivación de la anterior, empleada también en otras áreas del derecho como, por ejemplo, en materia de accidentes y enfermedades

laborales. En esta última, la obligación de asumir los riesgos inherentes al ejercicio de la actividad se basa en el profesionalismo que esta requiere.” Subrayado fuera del texto

La corriente que tiene aplicación actualmente es la del riesgo profesional o principio de responsabilidad de empresa⁷⁸, considerando el riesgo derivado de aquellas actividades que requieren cierto grado de profesionalismo (Rodríguez, 2014, p. 296). En el caso de las instituciones crediticias, se tiene en cuenta que son un comerciante especializado en los productos que ofrece, que conoce el manejo operativo y tiene el control de los mismos, se lucra de dichas operaciones y debe cumplir con las obligaciones legales, donde le impone deberes especiales y de suprema diligencia. Ante esta premisa en sentencia del 17 de septiembre de 2002, dice la Corte:

“(…) se nutre en la teoría de la responsabilidad profesional, pues es por imposición legal que la entidad girada debe correr con las contingencias que surgen del desempeño de sus tareas, y concretamente con la del pago de cheques alterados o falsificados, y sólo la presencia de circunstancias excepcionales...permiten liberar a las entidades bancarias de su responsabilidad”. Subrayado fuera del texto.

El desarrollo de la teoría de riesgo profesional, es otra medida que reduce la asimetría objeto de estudio, no basta con que el legislativo establezca normas en beneficio del consumidor sino que se desarrollen mecanismos en la práctica que ataquen este mismo problema, el avance del riesgo profesional está en que no es una responsabilidad objetiva pura, ya que si fuera así el consumidor no tendría ningún incentivo para la custodia de los medios electrónicos de pago y los elementos que la entidad crediticia le entrega en tenencia para el uso de los mismos, pero si establece cargas adicionales en la interpretación de cada caso, para la entidad financiera por su actividad profesional, lo que hará más complejo el eximente de responsabilidad y el consumidor se encuentre mayormente protegido.

“En otros términos, a diferencia de lo que ocurre con la culpa contribuyente en la que con cualquier negligencia de la víctima la indemnización equivale a cero, en este caso, judicialmente se pondera la contribución de la víctima en el perjuicio que a ella misma se

⁷⁸ Ante esto en la sentencia del 19 de diciembre de 2016, con Magistrado Ponente, Ariel Salazar Ramírez, dice: La obligación del Banco de resarcir los perjuicios ocasionados al cuentacorrentista con el pago de cheques espurios surgía, según lo expuesto, del «principio de responsabilidad de empresa», en virtud del cual es a la entidad que desarrolla la actividad empresarial a la que le corresponde asumir las contingencias o riesgos que acarrea su operación, entre los cuales está el pago de cheques cuya falsificación no pueda imputarse al librador, no solo por cuanto son inherentes a aquella, sino porque se trata de una actividad realizada bajo su control y de la cual obtiene beneficio, razón por la cual al cliente no se le exige demostrar la culpa de la entidad, pues el legislador, a efectos de imponer que aquella debía asumir el riesgo, no reparó en su obrar, de ahí que si había sido diligente o culposo no era una cuestión relevante. Subrayada fuera del texto

le ha causado y disminuye en tal proporción el valor de la indemnización” (Rodríguez, 2014, p. 308)

3.3 Análisis de la asimetría respecto a las sentencias más relevantes de la Corte Suprema de Justicia

En este apartado se analizarán las sentencias de mayor relevancia en el tratamiento de la responsabilidad bancaria en el caso de fraudes mediante una -TEF-. Josserand decía citando a Jean Cruet: ““al derecho evolucionar bajo una legislación inmóvil”, y los jueces han sido el alma del progreso jurídico, los artífices laboriosos del derecho nuevo contra las fórmulas caducas del derecho tradicional” (2009, p. 81). La anterior afirmación es una realidad latente cuando se habla de tecnología y más de pagos electrónicos, siendo ésta la razón más importante para analizar desde la práctica cómo las altas cortes han desarrollado la problemática.

3.3.1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (tutela), 11 de marzo de 2010, MP: Arturo Solarte Rodríguez.

Antecedentes: Los demandantes suscribieron con el banco demandado contrato de cuenta corriente, asignándoseles la No. 024-01239-5, y consecuentemente les entregaron chequera y tarjeta débito, con su respectiva clave. En octubre de 2004 desaparecieron de la cuenta de los demandantes, la suma de \$ 6'481.000.00. El banco demandado, alego que la demandante no atendió a los requerimientos mínimos de seguridad para la realización de transacciones por Internet, firmados por la demandante en el contrato de cuenta corriente en donde los cuenta habientes adhesivamente aceptan cláusulas relativas a la utilización de servicios por Internet “home Banking o banca remota”.

El proceso en primera instancia correspondió al Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá, en donde profirió no acoger las excepciones de mérito y condenó al Banco a pagar la suma de \$ 8' 042.115.00 por daño emergente, con valores indexados hasta febrero de 2008, más la corrección monetaria que se causara hasta la ejecutoria de la sentencia; más los intereses moratorios a una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente, a partir del día siguiente a la ejecutoria del fallo y hasta cuando se verificara el pago.

En segunda instancia lo decidió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 18 de diciembre de 2009 con ponencia de la Magistrada Luz Magdalena Mojica Rodríguez, de donde se extraen los siguientes argumentos relevantes:

Primero, ubicó el asunto en el campo de la responsabilidad civil contractual edificada en el postulado de responsabilidad a cargo del Banco, por atender operaciones bancarias no realizadas por los cuentahabientes, y que afectó los depósitos por ellos realizados, haciendo después un breve recuento del desarrollo por parte de la Corte Suprema de Justicia, sobre este tipo de responsabilidad, diciendo:

“Este tipo de responsabilidad, en principio fue analizada por la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, bajo el lente del artículo 191 de la Ley 46 de 1923, atendiendo criterios diversos en su interpretación, comenzando en una primera fase con la aplicación de la “teoría del riesgo creado”⁷⁹; luego con la “presunción de responsabilidad”⁸⁰, y excepcionalmente con la “presunción de culpa civil contractual”⁸¹(...) “la teoría del riesgo atenuado”, lo que hizo en providencias de 29 de noviembre de 1976⁸² y de 24 de octubre de 1994⁸³; en ésta última, retomando el fallo de 15 de julio de

⁷⁹ **Sala de casación civil y agraria, fecha 09/12/1936, MP Antonio Rocha:** “Es verdad que el código civil colombiano se inspira también en el principio tradicional de que la culpa es el fundamento de la responsabilidad civil y que él contiene la organización técnica de esa responsabilidad (...). En todo caso, los principios generales de la legislación civil no son lo que inspiran la ley de instrumentos negociables (L. 46 de 1923). Apenas será necesario recordar el origen anglo-americano de esta ley y el modo de recepción global como fue adoptada. El hecho es que el artículo 191 de la ley 46 de 1923 por su contexto consagra el sistema del riesgo creado: es decir, el aludido principio de que la responsabilidad por el pago de un cheque falso es el riesgo normal del comercio de banco.” Subrayado fuera del texto.

⁸⁰ **Sala de casación civil y agraria, fecha 23/04/1959, MP Hernando Morales Molina:** “Hablando del art 191 de la ley 46 de 1923 “el anterior precepto se inspira en una presunción de responsabilidad, pues como lo ha expresado la corte “no impide que el Banco pueda exonerarse de responsabilidad demostrando culpa, negligencia o imprudencia de parte del girador o de sus empleados” Subrayado fuera del texto.

⁸¹ **Sala de casación civil y agraria, fecha 07/04/1964, MP Julián Uribe Cadavid:** “Hay una presunción de culpa –dice la Corte- en quien no las satisface (las obligaciones) en el modo y el tiempo debidos, porque el incumplimiento es un hecho o una omisión que afecta el derecho ajeno. El deudor puede destruir esa presunción probando que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor o caso fortuito que sobrevino sin culpa, pero la culpa proviene de no obrar con la diligencia o cuidado que la ley gradúa según la naturaleza del contrato, resulta que, al deudor para exonerarse de responsabilidad, no le basta probar el caso fortuito, sino que empleo la diligencia, o cuidado debido para hacer posible la ejecución de su obligación.” Subrayado fuera del texto.

⁸² **Sala de casación civil y agraria, fecha 26/11/1976, MP Humberto Murcia Ballén :**A la luz de la regulación contenida en la norma transcrita , mediante la cual consagraba en el punto de la teoría del riesgo creado, al banco correspondía soportar las consecuencias derivadas del pago de un cheque falsificado o cuya cantidad se hubiera aumentado, responsabilidad de la cual no se exoneraba ni aun con la prueba de la falsedad o adulteración habían encontrado su causa determinante en la conducta negligente del cuenta correntista, en la guarda del instrumento” Subrayado fuera del texto.

⁸³ **Sala de casación civil y agraria, fecha 24/10/1994, MP: Carlos Esteban Jaramillo Schloss:** En efecto, según esta línea de pensamiento que hoy en día encuentra visible reflejo en el artículo 1391 del Código de Comercio, se estima que el ejercicio de la banca de depósito se equipara fundamentalmente al 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 la responsabilidad de

1938, calificó la responsabilidad con soporte en que la organización y ejecución de la empresa bancaria, hace nacer un tácito deber general de seguridad y garantía, pues tal es la consecuencia de ejercer una actividad profesional y hacer suyas las contingencias inherentes al desarrollo de la banca de depósito (...) "riesgo profesional" que se deriva del ejercicio y del beneficio que reporta su actividad financiera especializada, regla aquella que la jurisprudencia construyó con base en la interpretación acompañada de los artículos 732 y 1391 del Código de Comercio." Subrayado fuera del texto.

Segundo, describe la importancia de la debida diligencia, como los deberes especiales que recaen sobre el sistema financiero, por la confianza depositada en las instituciones crediticias, por la responsabilidad civil de su actividad profesional y el beneficio que reporta, especifica que la responsabilidad no debe ser la de buen padre de familia, referida por tanto a los negocios propios, sino a la de un profesional que deriva provecho económico de un servicio en el que existe un interés público, en concordancia con el art 335 de la Constitución Publica, y estableciendo lo siguiente:

"(...) la infracción de una cualquiera de las normas legales o estatutarias llamadas a gobernarlas, no sólo puede repercutir en el patrimonio de las personas directamente vinculadas a la respectiva operación de crédito, sea ella activa o pasiva, sino también en el de terceros que, por rebote, pueden resultar afectados por la desatención del establecimiento bancario, en el entendido que ha incumplido los deberes y las obligaciones que les son propias".

La afirmación resaltada resulta importante, porque el Tribunal está difuminando el concepto de la responsabilidad contractual propio de las relaciones entre el consumidor financiero y la institución crediticia. Es correcto que la debida diligencia de las entidades sea mucho más rigurosa, pero al aceptar los perjuicios de terceras personas ya le está negando los efectos inter partes característicos de los contratos, para volverlos erga omnes, con una responsabilidad extracontractual que puede resultar excesiva. Las instituciones crediticias al tener que responder no solo por los perjuicios de sus clientes, si no de terceras personas, elevaría los costos de los productos financieros, lo que sería perjudicial para el consumidor que en últimas es el encargado de sufragar esos gastos adicionales.

Tercero, en cuanto a la responsabilidad contractual, menciona que el contrato de cuenta corriente bancario del artículo 1382 del C. de Co. que es debatido no contiene acuerdo alguno sobre transacciones electrónicas o similares, aun así en tanto que es un producto ofrecido por el banco y conlleva un riesgo al realizar la captación de fondos provenientes

empresa, cuyos rasgos objetivos no pueden pasar desapercibidos, que el establecimiento bancario asumiendo una prestación tácita de garantía"

del público, su custodia va implícita⁸⁴, tanto desde el punto de vista físico, como del registro electrónico. Que el Tribunal determine una “custodia implícita” es fundamental para el tratamiento de la asimetría, a causa de que la tecnología es imperante y se desarrolla antes de que el legislativo o la Superintendencia Financiera regulen las obligaciones adicionales para cada evento de peligro que se presente en contra del consumidor. Establecer una responsabilidad tácita para las instituciones crediticias, permite prever y proteger al consumidor de posibles ataques que sean novedosos, carga justificable si se tiene en cuenta que es un servicio profesional, así, el Tribunal dijo: “(...) lo que le exige para enfrentar los problemas que presenta el servicio que ofrece la utilización de medios de seguridad actualizados y apropiados, como también la realizaciones de acciones correctivas para responder a cada uno de los diferentes riesgos”.

Cuarto, el Tribunal recae en un problema sobre la comprensión de las situaciones de fraude en las -TEF-, que en realidad son las mismas que se pueden presentar materialmente solo que se utiliza un medio electrónico para consumarlas. El Tribunal describiendo las situaciones de fraudes en cheque dice, respecto a las transacciones por internet:

“(...) Situaciones que no se consolidan tratándose de transacciones realizadas por Internet porque su misma dinámica difiere de la materialidad que representa el cheque, sin que por ello pueda predicarse que el banco queda liberado de responsabilidad frente a retiros o traslados efectuados por persona diferente a quien está autorizado, en tanto que 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”. Subrayado fuera del texto

Las situaciones que se presentan ante un cheque como las firmas adulteradas o falsificadas, no es que sean ajenas a las transacciones hechas por internet, se presenta la misma conducta pero realizada de forma distinta ya que no es una persona falsificando mecánicamente una firma, si no es un hacker modificando el código de una firma electrónica, o suplantando a la persona, por lo que la situación es la misma, sólo que se presenta por medios inmateriales, y así, esta eventualidad debe estar tratada de la

⁸⁴ Precísase que aun cuando el mencionado contrato (**cuenta corriente**) no contiene acuerdo alguno sobre transacciones electrónicas o similares, el deber antes comentado se mantiene, en tanto que tal conlleva un riesgo y siendo que la entidad bancaria es la que ofrece ese servicio al realizar la captación de fondos provenientes del público, su custodia va implícita, tanto desde el punto de vista físico, como del registro electrónico. Pág 7

misma forma. Sin embargo, hay que resaltar que el Tribunal no aminora la responsabilidad de la entidad crediticia por el hecho de ser una -TEF-.

Quinto, respecto a la prueba, el demandante afirma “que nunca entregaron la clave a terceros, a más que “nunca han dispuesto de dineros por Internet es decir nunca utilizaron el servicio” (Hechos 9 y 11)”, lo que constituye efectivamente una negación indefinida, por lo que el banco debe probar que el consumidor no actuó con debida diligencia, siendo el fundamento normativo el art 167 del CGP⁸⁵. Pero para la institución financiera se denota imposibilidad o un trabajo muy dificultoso el de establecer la indebida diligencia del consumidor, sólo con cámaras de video las 24 horas del día, podría demostrar cómo y en qué momento fue negligente, con la excepción que haya un denuncia formal ante la Fiscalía, y que el consumidor no haya informado oportunamente ante la entidad para que esta tome medidas de protección de los fondos del consumidor, por lo que en este caso si sería más sencillo demostrar el incumplimiento de las obligaciones del consumidor. Aunque esto es beneficioso para el consumidor, no se trata de solo exaltar al consumidor sino lograr el equilibrio, con este tipo de prácticas ya que se impondría una carga extralimitada a la institución financiera, a causa de que se presentaría una imposibilidad de probar la indebida diligencia del consumidor, sumado a que por orden legal, así el consumidor incumpla, éste no se puede excusar en sus responsabilidades, según el dicho del art. 6º, parágrafo 1º, de la ley 1328 de 2009.

Por último, esta sentencia del Tribunal resuelve confirmando la sentencia de primera instancia y en este punto la Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela del 11 de marzo de 2010, con Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez dice respecto al caso:

Primero, resalta el carácter residual de la tutela estableciendo:

“la Sala ... que la acción de tutela no puede considerarse como un recurso más para controvertir las decisiones judiciales o buscar una nueva valoración de las pruebas

⁸⁵ **Artículo 167.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, 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.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

recaudadas, de modo que “no es posible acudir a [ella] para obtener un pronunciamiento diferente del que avalaron los Jueces del conocimiento (...), menos aún si la determinación cuestionada obedece a una interpretación racional, la cual, con independencia de su valor doctrinal o de su peso dialéctico y con prescindencia de que ciertamente se comparta, no puede ser enjuiciada por el Juez constitucional, quien de hacerlo, se estaría inmiscuyendo -de manera inconsulta- en el ámbito propio de otra jurisdicción”. Subtítulos fuera del texto

La Corte encontró que los argumentos utilizados por el Tribunal corresponden a un criterio objetivo, de ningún modo fue arbitrario y aunque la Corte no los comparte en totalidad, no resultaron contrarios al ordenamiento jurídico y fueron acordes a los principios que estructuran la actividad judicial de “autonomía e independencia”. Sin embargo, la Corte analizó algunas temáticas relacionadas a las consideraciones del Tribunal.

Segundo, mantiene el criterio de la responsabilidad de las instituciones financieras, particularmente las bancarias, como entidades que desarrollan una actividad que genera un riesgo, pero debe ser atendido por su carácter profesional, habla de su función pública y deberes de debida diligencia, diciendo:

“(...)están sujetas a un especial régimen de responsabilidad civil frente a los daños que puedan sufrir los clientes o usuarios de sus servicios, el que ha estado presidido, entre otros, por lineamientos tales como que dichos establecimientos son empresarios profesionales que se consideran expertos en la intermediación financiera; que reciben una especial habilitación del Estado para desarrollar su actividad en virtud de la confianza que se deposita en ellos al conferirles la posibilidad de manejar el ahorro del público, por lo que surgen a su cargo especiales deberes de diligencia.” Subrayado por fuera del texto.

Tercero, el aporte más importante de esta intervención, es que establece que a pesar de que el régimen de responsabilidad por riesgo profesional implica más cargas para la institución financiera, este no debe ser considerado como una “*responsabilidad absoluta*”, en contra de la institución crediticia, como tampoco debe verse como criterio objetivo de imputación. Respeto los derechos fundamentales del debido proceso y el derecho de defensa, con la finalidad de desvirtuar algunos de los presupuestos de la pretensión indemnizatoria, siendo esto importante para que el consumidor se concientice de su obligación de autocuidado, la institución puede utilizar todos los medios probatorios para acreditar, por lo que dice la Corte: “, *v.gr.*, que el perjuicio reclamado no ha existido o que la causa del daño que se le imputa no se encuentra en sus acciones u omisiones sino en la conducta exclusiva del cuentacorrentista o de sus vinculados o, en fin, que el daño ha sido consecuencia de un evento imprevisible e irresistible, ajeno, además, al círculo de control que corresponda a su actividad”. Esta intervención de la Corte es muy adecuada si lo que se trata es de no solo disminuir la asimetría entre el consumidor y la institución

financiera si no de crear mecanismos justos que cumplan con preceptos constitucionales, brindando una verdadera igualdad material.

3.3.2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de diciembre de 2016, Magistrado Ponente, Ariel Salazar Ramírez

Antecedentes: En el año 2002 la demandante mediante vínculo contractual con la entidad demandada dio apertura a una cuenta de ahorros para usos de recaudo de cartera, pago a proveedores y consulta de saldos mediante el portal de internet y red informática. Las transacciones electrónicas siempre se realizaron desde un mismo computador, que contaba con programas firewall, antivirus y antispam, y su operación correspondía a dos operadores del demandante. El 22 de noviembre de 2007, uno de los operadores intentó ingresar al portal de la entidad bancaria pero la página web reportó que no estaba disponible hasta dentro de 12 horas; el día siguiente se realizó la consulta en el mismo portal bancario, evidenciando un faltante de dinero por \$124'590.000, e inmediatamente se puso la situación en conocimiento de la entidad bancaria. El ingeniero de la entidad bancaria informó al demandante que el fraude se realizó bajo la modalidad de “phishing o spoofing”⁸⁶.

En primera instancia, la juez a quo accedió a las pretensiones de la sociedad; en consecuencia, condenó a la parte demandada al pago de \$124'590.000 más intereses desde el veinticuatro de noviembre de dos mil siete hasta su satisfacción, con el siguiente fundamento:

“Lo anterior con fundamento en que la sustracción de dineros se produjo a través del portal de internet del Banco AV Villas, sin que con las pruebas recaudadas se hubiera demostrado la omisión o conducta imprudente de la demandante que posibilitó las transacciones fraudulentas”

Se comprobó que la institución financiera no adoptó las medidas necesarias para evitar el fraude, ni cumplió con sus deberes de educación para que el demandante tomara medidas necesarias de autoprotección, evidenciado por el alto volumen de transacciones electrónicas que el banco debió tener una mayor vigilancia y constante supervisión.

⁸⁶ El término procede de la palabra «fishing» que quiere decir pesca, y es una forma de fraude electrónico «caracterizada por intentos de adquirir datos personales de diversos tipos: contraseñas, datos financieros como el número de las tarjetas de crédito y otros datos personales». Su creación «data de mediados de 1996, cuando los crackers que practicaban el robo de cuentas de la América Online (AOL), defraudaban contraseñas de usuarios».

Segunda instancia, confirmo la sentencia del a quo, argumentando el actuar con mayor grado de diligencia por ser un profesional que deriva su provecho económico de un servicio en el que existe un interés público. También se refirió con el mismo criterio que el Tribunal, sobre la inmaterialidad de las transacciones y su diferencia con la materialidad del cheque, aspecto analizado anteriormente.

Por último, en esta instancia, se refirió a un aspecto novedoso, que refiere a la negligencia de la institución financiera, por no implementar como medida de seguridad el TOKEN, es decir, un dispositivo de seguridad el cual genera una serie de números que varían constantemente, o la instalación de conexiones VPN, para que las transacciones solo se efectuaran desde la dirección IP del consumidor y que así se vieran disminuidos los riesgos de engaños bajo la modalidad “phishing”. La exigencia que hace la Corte Suprema es muy importante puesto que a medida que se desarrollen tecnologías de prevención y seguridad, van a ser exigidas las instituciones financieras para que las pongan a disposición de los clientes consumidores, por lo que no se trata simplemente de una lista de medidas de seguridad establecidas por la Superintendencia Financiera, sino todo lo que pueda proteger al consumidor de forma recurrentemente actualizada, aporta un gran avance en la ruptura de la asimetría, porque garantiza una protección constante ante cualquier eventualidad.

En las consideraciones de la Corte en la sentencia de Casación comentada, lo primero que establece es la asimetría entre el consumidor y la institución crediticia, objetivo de este capítulo, diciendo:

“Toda vez que los adquirentes de los productos ofrecidos por los bancos, entre los cuales están los titulares de cuentas corrientes y de ahorro, constituyen la parte débil de la relación y el Banco, en principio, tiene una posición dominante, la intromisión estatal en esa dinámica mercantil tiene entre sus objetivos que «esté en concordancia con el interés público»; se tutelen preferentemente las expectativas de ahorradores y depositantes; y las operaciones «se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia» (...)Por otra parte, entre el Banco y sus clientes se entabla una relación de consumo, en la cual los últimos son reconocidos como la parte débil, de ahí que el ordenamiento jurídico promueva su protección y exija a la entidad un proceder consonante con el interés colectivo trascendente de protección al consumidor que emana de lo estatuido por los artículos 78 y 335 de la Constitución Política, lo que justifica la serie de obligaciones, cargas y conductas exigibles a dicho profesional.” Subrayado fuera del texto.

Igual que las sentencias anteriores se justifica la responsabilidad bancaria por riesgo profesional, derivado del ejercicio y del beneficio de la entidad financiera, con un argumento nuevo que consiste en: “La teoría del riesgo, impregnada por el valor moral de la solidaridad, parece sobre todo inspirada por la equidad: Por su actividad, el hombre puede procurarse un beneficio (o, al menos, un placer). Es justo (equitativo) que en contrapartida él repare los daños que ella provoca. Ubi emolumentum, ibi onus (ahí donde está la ventaja, debe estar la carga)”. La reducción de la asimetría entre el

consumidor financiero y la institución crediticia se ve justificada con el anterior argumento, exaltar la protección del consumidor, en todos los aspectos que le es posible al Estado es justo si se analiza la ventaja económica que representa para el banco el uso de los productos financieros virtuales, y es por este beneficio que debe tener mayor cuidado a causa de que su ventaja es mucho mayor que la del consumidor.

Esta sentencia es representativa por que trata temas específicamente de pagos efectuados mediante una -TEF-, en donde la Corte se concientiza de las consecuencias del uso de la tecnología y analiza el tipo de responsabilidad que corresponden a estos eventos. Analizando las siguientes eventualidades:

Primero, la insuficiencia normativa que regula estos casos. Las normas de los artículos 732,733 y 1391 del C. de Co, sólo contemplan los fraudes efectuados por un solo medio, es decir, el cheque, todos los demás mecanismos para movilizar fondos no quedaron enunciados o regulados en la normativa, entre esos las -TEF-⁸⁷, pero si corresponden al mismo evento, cuando el consumidor financiero pone a disposición de la institución financiera unos fondos propios, para que ésta los custodie. Sin embargo, la Corte relata que por tratarse de una red de internet, de carácter público y abierto, se caracteriza por un mayor grado de inseguridad, en vista de que las operaciones pueden ser monitoreadas por terceros⁸⁸, teniendo así que “El riesgo, entonces, se materializa con el ofrecimiento a los clientes de una plataforma tecnológica para realizar sus transacciones en línea, la cual puede ser vulnerada por delincuentes cibernéticos a través de diversas acciones, atendida la vulnerabilidad inherente a los sistemas electrónicos”. Ante esta situación de incertidumbre la Corte, fundamentada en la obligación de diligencia, establece:

“El banco debe mantener las precauciones, diligencias y cuidados indispensables para que los actos de movimiento de la cuenta del usuario se alcance con plena normalidad; por eso, cualquier desviación constituye un factor de desatención del contrato, dado su particular diseño”; de modo que “si llega a producirse una operación de transferencia de

⁸⁷ **En la misma sentencia enuncia:** Entre los avances tecnológicos que han sido incorporados a la actividad de la banca en los últimos años para permitir que las operaciones bancarias se efectúen con mayor agilidad, se destacan los referentes a la modernización de la distribución de productos y servicios financieros, lo que determinó el paso de las oficinas físicas de las sucursales a la atención al cliente por otros canales transaccionales como los cajeros automáticos, los receptores de cheques, los receptores de dinero en efectivo, los sistemas de audio respuesta, los centros de atención telefónica, los sistemas de acceso remoto para clientes (RAS), el internet y, recientemente, las aplicaciones en dispositivos móviles

⁸⁸ **En la misma sentencia:** La circunstancia de que internet sea una red abierta y pública, hace que esté caracterizada por una inherente inseguridad, pues eventualmente cualquier transferencia de datos puede ser monitoreada por terceros, lo que incrementa la potencialidad de pérdidas y defraudaciones, cuyos patrones de operación, por lo menos en lo que atañe a la banca electrónica, cambian constantemente y se manifiestan a través de la alteración de registros encaminada a la apropiación de fondos; la suplantación de la identidad de los usuarios, y la simulación de operaciones, compras y préstamos

fondos que incida en el saldo, cualquier reclamo o inconformidad que muestre el cuentacorrentista puede comprometer la responsabilidad de la entidad bancaria que para exonerarse debe acreditar, por cualquier medio idóneo, que contó con la autorización de aquel”. Subrayado fuera del texto.

La misma responsabilidad por riesgo profesional descrita en oportunidades anteriores, es aplicada en los casos donde intermedia la tecnología, estableciendo que son riesgos propios de la actividad financiera y agregando que también son riesgos naturales de las corporaciones que participan en el e-commerce, de las que obtienen grandes beneficios económicos, pues “son estos los que para disminuir costos y obtener mejores rendimientos, han puesto al servicio de sus clientes los recursos informáticos y los sistemas de comunicaciones a través de la red, en una estrategia de ampliación de la oferta y cobertura de productos y servicios financieros”.

Segundo, la Corte menciona las obligaciones de seguridad contenidas en la norma técnica NTC NTC-ISO/IEC 27001, sobre “Tecnología de la información. Técnicas de seguridad. Sistemas de gestión de la seguridad de la información (SGSI)”, esta norma se aplicaba con fundamento en el Decreto 2269 de 1993 del art 2 literal b⁸⁹, y como quiera que en el caso analizado por la Corte Suprema, aún no entraba a regir la Circular Externa 52 de 2007 de la Superintendencia Financiera, sobre “Requerimientos mínimos de seguridad y calidad en el manejo de información a través de medios y canales de distribución de productos y servicios”, esta norma técnica aún está vigente, debido a que la citada Circular 052 de 2007 en su art 3 numeral 3.1.2⁹⁰, autoriza su aplicación.

La norma ISO/IEC 27001 es un estándar de seguridad de la información, según la Corte Suprema “reconocida a nivel mundial en esa materia, de ahí que muchas entidades públicas y privadas busquen certificarse en ella, es decir, que una entidad de certificación externa, independiente y acreditada audite su sistema y determine si se encuentra conforme a dicho estándar.” En Colombia es aplicada por organizaciones públicas y privadas.

El Sistema de Gestión de la Seguridad de la Información –SGSI-, impone una serie de pautas que consisten en “establecer, implementar, operar, hacer seguimiento, revisar, mantener y mejorar un SGSI documentado, en el contexto de las actividades globales del negocio de la organización y de los riesgos que enfrenta” (NTC-ISO/IEC 27001, 2006),

⁸⁹ Artículo 2, literal b: Documento establecido por consenso y aprobado por un organismo reconocido, que suministra, para uso común y repetido, reglas, directrices y características para las actividades o sus resultados, encaminados al logro del grado óptimo de orden en un contexto dado. Las normas técnicas se deben basar en los resultados consolidados de la ciencia, la tecnología y la experiencia y sus objetivos deben ser los beneficios óptimos para la comunidad;

⁹⁰ Artículo 3, numeral 3.1.2: Gestionar la seguridad de la información, para lo cual podrán tener como referencia los estándares ISO 17779 y 27001.

destacando las siguientes obligaciones de las entidades sujetas a control: definir, identificar y analizar los riesgos, seleccionar objetivos de control, elaborar una declaración de aplicabilidad, medir la eficacia del sistema, entre otras (NTC-ISO/IEC 27001, 2006).

En la misma sentencia establece los objetivos de gestión de riesgo para las transacciones electrónicas y el e-commerce diciendo: “1) «garantizar la seguridad de los servicios de comercio electrónico, y su utilización segura»; 2) Que la información «involucrada en el comercio electrónico que se transmite por las redes públicas debe estar protegida contra actividades fraudulentas, disputas por contratos y divulgación o modificación no autorizada», y 3) La información de las transacciones en línea «debe estar protegida para evitar transmisión incompleta, enrutamiento inadecuado, alteración, divulgación, duplicación o repetición no autorizada del mensaje».”

Tercero, habla de la forma cómo la institución financiera puede exonerarse de responsabilidad, lo que es notorio en este tipo de situaciones en donde media la electrónica, lo que en principio no supone un descuido o negligencia del consumidor, porque este tipo de fraudes pueden ocurrir con independencia del deber de custodia de las tarjetas y aún de las claves, aunado lo anterior con el principio de buena fe que presume que el consumidor actuó diligentemente. La única forma de controvertir la responsabilidad de la institución financiera es con pruebas. La Corte afirma que la única forma de exonerarse de responsabilidad es demostrando que la transacción la realizó el consumidor o alguno de sus dependientes y que para realizar esta labor cuenta con medios especializados: “pues amén de que es éste quien tiene el control de mecanismo que le permiten hacer seguimiento informático a las operaciones a través de controles implantados en los software especializados con los que cuentan”. Mecanismos totalmente válidos para que la entidad financiera ejerza el derecho de defensa, es importante resaltar que no se exonera demostrando la indebida diligencia del consumidor, sino que fue el consumidor quien efectuó la transferencia, puesto que demostrar que el consumidor no actuó diligentemente, no exonera de las obligaciones que debe cumplir la institución crediticia.

3.4 Análisis de la asimetría desde la perspectiva de la Superintendencia Financiera: Perfil del Consumidor.

Anteriormente se estableció las medidas preventivas del Estado para tratar la asimetría entre el consumidor financiero y la institución crediticia. También se describió parte de las medidas de contención que utiliza el Estado a través de la Corte Suprema de Justicia con

la finalidad de tratar dicha asimetría. Ahora, corresponde analizar el mismo fenómeno desde la perspectiva de la Superintendencia Financiera facultada en funciones jurisdiccionales, por el art 57, inc 2^o⁹¹ de la ley 1480 de 2011.

Ya se ha fundamentado rigurosamente, la obligación de las instituciones financieras en mantener altos estándares de seguridad en sus productos, y con la finalidad de hacer un análisis más cercano a la praxis, se analizará solo un tipo de requerimiento de seguridad, que corresponde al del perfil financiero del consumidor, conforme a la Circular externa 52 de 2007, que como se dijo atrás, establece requerimientos mínimos de seguridad y calidad en el manejo de información a través de medios y canales de distribución de productos y servicios.

El perfil financiero es una obligación de seguridad de la entidad crediticia, en la que debe establecer los patrones y conductas de los consumidores, para el caso en que estos se vean alterados, la entidad pueda tomar medidas preventivas de confirmación o bloqueo de los medios de pago. Esta obligación tiene su fundamento normativo en la Circular externa 52 de 2007, numeral 3 que establece obligaciones generales específicamente en los numerales 3.1.12 y 3.1.13:

“3.1.12 Establecer procedimientos para el bloqueo de canales o de instrumentos para la realización de operaciones, cuando existan situaciones o hechos que lo ameriten o después de un número de intentos de accesos fallidos por parte de un cliente, así como las medidas operativas y de seguridad para la reactivación de los mismos.

3.1.13 Elaborar el perfil de las costumbres transaccionales de cada uno de sus clientes y definir procedimientos para la confirmación oportuna de las operaciones monetarias que no correspondan a sus hábitos.”⁹²

Con la finalidad de realizar un análisis apropiado de esta obligación de perfilar se consultaron 54 sentencias con un nicho temporal de 3 años, es decir, desde 2013 hasta 2016, la mayoría en audio y con un tema en común, el deber del banco de establecer medidas a su alcance para la protección al consumidor, en especial la de establecer los

⁹¹ **Artículo 57, Inc 2:** En desarrollo de la facultad jurisdiccional atribuida por esta ley, la Superintendencia Financiera de Colombia podrá conocer de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público.

⁹² Estas obligaciones se mantienen en Circular Externa 042 de 2012, título 1, Capítulo 12, numeral 3, 3.1.12 y 3.1.13

patrones y características de los hábitos de transacciones de los clientes o perfil financiero⁹³.

Dentro de ese margen se encontró que 70.3 % de las sentencias se fallan con base a la responsabilidad por riesgo profesional, en donde se resaltan los siguientes argumentos:

Sentencia de la Superintendencia Financiera, del 25/ 11/2013, Rad. int: 2013055994, Expe: 2013-0325: “Toda vez que la indebida intromisión informática es un riesgo al que está sujeta la actividad financiera (Corte Suprema de Justicia, sentencia de tutela del 11 de marzo de 2010, expediente 2010-00320-00), por lo que su realización no resultaría un evento externo, ajeno o extraño a la actividad bancaria, sino interno, intrínseco o propio, faltando así uno de los elementos configuradores de la llamada causa extraña liberatoria.” Subrayado fuera del texto, la sentencia destacada corresponde a la Sentencia de Arturo Solarte Rodríguez, analizada anteriormente, por lo que se puede evidenciar que la Delegatura continúa materializando los mismos argumentos enunciados en la Corte.

Sentencia de la Superintendencia Financiera, del 20/01/2014, Rad. int: 2013069313, Expe: 2013-0425: “La implementación, operatividad y eficacia de dichos requerimientos, fuerza decirlo, integra las obligaciones de la entidad financiera. Con estas se busca mitigar los riesgos naturales y propios de la actividad que asume en su ejercicio profesional y de la que consecuentemente se beneficia, sin que -en todo caso- se entienda dispensada de adoptar otros mecanismos adicionales que resulten más adecuados para minimizar la ocurrencia de situaciones que afecten el normal desarrollo de sus operaciones o representen peligro para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales con los consumidores financieros.” Subrayado fuera del texto, la teoría del riesgo profesional sigue siendo imperante y aplicable tanto en la Corte Suprema de Justicia como en la Delegatura. Cabe resaltar que cuando la Delegatura enfatiza diciendo: “otros mecanismos adicionales que resulten más adecuados para minimizar la ocurrencia de situaciones”, se encuentra totalmente congruente con las manifestaciones de la Corte Suprema cuando habla de una custodia implícita y de la exigencia de tener todos los controles de seguridad novedosos que no estén en el listado taxativo de la Circular Externa 52 de 2007, anteriormente analizados.

El 29.6% de las sentencias analizadas, evidencian una responsabilidad subjetiva donde la culpa de las partes jugó un papel fundamental, la debida protección del patrimonio por parte del consumidor y la diligencia en adoptar medidas de protección por parte de la entidad financiera, los cuales fueron los argumentos centrales de las sentencias. Ejemplo de esto son:

⁹³ La información condensada del análisis de estas sentencias se encuentra en el ANEXO 2

Sentencia de la Superintendencia Financiera del 22/07/2015, Rad. Int: 2014113811, Expe: 2014-1470: “(...) Se evidencio que el consumidor descuidó las tarjetas en la grabación del cajero donde se efectuaron los retiros se evidenciaba una persona diferente al titular, y después del bloqueo el consumidor se acercó dos meses después de las transacciones a presentar la solicitud de la tarjeta nueva, por lo que está presente y probada el incumplimiento de los deberes de custodia y cuidado por parte del consumidor”

Esta sentencia demuestra lo inadecuado para la reducción de la asimetría entre el consumidor financiero y la entidad crediticia, poniendo en igualdad de condiciones al consumidor y a la entidad financiera, lo cual resulta inadecuado; en esta sentencia el banco si cumplió con la medida de seguridad de bloquear los canales, para que no se efectuaran más retiros, pero es un abrupto que se haya exonerado de responsabilidad, porque aun así las falencias de seguridad se presentaron y por eso una persona ajena realizó las transacciones, por lo que el efecto debió ser concurrencia de culpas. Sin embargo, por casos de esta índole es que en la sentencia de casación de 2016 analizada anteriormente, se estableció que la única forma que la institución crediticia puede eximirse de responsabilidad es si demuestra que el consumidor o sus dependientes fueron los que efectuaron la transacción.

De acuerdo al tema específico de análisis, es decir, el deber de las instituciones crediticias de perfilar o perfil financiero, se analizará la problemática que brinda más inseguridad al consumidor, lo que amplía la asimetría estudiada. Se trata de la confusión del procedimiento de perfilación, que tienen tanto las entidades financieras como la Delegatura, lo que crea un espacio para la inseguridad jurídica y el perjuicio del consumidor.

Del análisis de la norma, es decir la Circular Externa 52 de 2007, se desprenden tres momentos en el proceso de perfilar a un consumidor, siendo así:

“3.1.12 Establecer procedimientos para el bloqueo de canales o de instrumentos para la realización de operaciones, cuando existan situaciones o hechos que lo ameriten o después de un número de intentos de accesos fallidos por parte de un cliente, así como las medidas operativas y de seguridad para la reactivación de los mismos.

3.1.13 Elaborar el perfil de las costumbres transaccionales de cada uno de sus clientes y definir procedimientos para la confirmación oportuna de las operaciones monetarias que no correspondan a sus hábitos.”

De la norma anteriormente transcrita se infiere los siguientes momentos: el bloqueo, la elaboración del perfil y la confirmación oportuna. Sin embargo, en el momento de la praxis se invierte el orden, ya que lo primero que se debe hacer desde el momento que se adquiere el producto es empezar con la elaboración del perfil para nutrirlo con las costumbres transaccionales de cada cliente (que es realidad en donde se construye el

perfil en la praxis, por ejemplo, un número de retiros mensuales por determinado valor en ciertos cajeros automáticos, etc.), después el bloqueo, que se activará con las alertas que proporcione el perfil hecho anteriormente y de esta forma actuar de manera preventiva asegurando los fondos, para finalizar confirmando con el cliente si se trata de una deducción de fondos realizada por él o por un tercero.

Pareciera que la Delegatura no tiene en claro el proceso, porque según las sentencias, en algunos casos analiza si la confirmación debe ocurrir primero que el bloqueo, por lo que para evidenciar esta circunstancia, la sentencia de la Superintendencia Financiera del 20/02/2015, Rad. Int: 2014091502, Expe: 2014-1152 dice:

“Los hábitos del demandante no correspondían a las transacciones que se efectuaron, la entidad financiera manifiesta que realiza al log transaccional con base del monto y la hora, cosa que según la Delegatura se manifestó que debió activar las alarmas de la entidad, por lo que debió buscar canales de confirmación que avalaran la transacción, sin embargo esto no ocurrió, el demandante tuvo que comunicar la irregularidad dos veces para que la entidad financiera tomara medidas y bloqueara el servicio” (2 h :45m – 2 h:47 m)

Otro ejemplo de la incompreensión de las etapas del proceso de perfilación, es que la Delegatura, equipara la confirmación y el bloqueo, lo anterior se evidencia en la sentencia de la Superintendencia Financiera, del 04/03/2014, Rad. Int: 2013085460, Expe: 2013-0550:

“Si a pesar de detectarse su inusualidad o existir movimientos sospechosos, se materializa el riesgo que los requerimientos mínimos de seguridad buscan conjurar, con lo cual -ha de decirse- no se cumple la consabida “*confirmación oportuna*” pues oportuno es aquello que ocurre en tiempo, cuando conviene, es decir, que se da en el momento adecuado con relación a un fin o propósito determinados, en estos casos, impedir la defraudación de los recursos depositados o a disposición de los clientes del sistema financiero, por lo que fácil es colegir que el bloqueo o confirmación realizados a mediados de ese segundo día devino ineficaz y contrario a las obligaciones de seguridad y calidad que le resultaban exigibles.”.

El problema de la Delegatura, en las sentencias, de no saber el proceso, es que la norma analizada anteriormente de la Circular Externa no es clara en los momentos, y tampoco establece cómo se debe realizar el proceso, con la finalidad de darle protección al consumidor. Si se aceptara la eventualidad que se confirmara antes de bloquear, qué pasaría en los eventos que no es posible confirmar la transacción porque el consumidor no está disponible, para manifestar su aceptación o rechazo, es decir, se dejaría un importante periodo de tiempo, en el que se pueden hacer transacciones perjudiciales al consumidor, lo cual se ejemplifica, con la sentencia de Superintendencia Financiera, del 29/04/2014, Rad. Int: 2013085264, Expe: 2013-0548:

“Tampoco puede catalogarse como oportuno el bloqueo realizado a la cuenta y la llamada que la entidad realizó al actor luego de la consumación de operaciones discutidas, comoquiera que ya se había materializado el daño que los requerimientos mínimos de seguridad y calidad buscan conjurar, pues oportuno es aquello que ocurre en tiempo, cuando conviene, es decir, que se da en el momento adecuado con relación a un fin o propósito determinados”

Si se equipara bloqueo y confirmación, qué pasa cuando las transacciones sí son efectuadas por el consumidor, y sin poderse comunicar con la entidad, tendría bloqueados sus productos lo que también le causaría un perjuicio o de forma más gravosa si las transacciones no las realiza el cliente y ni se perfila ni se confirma. La Superintendencia Financiera en sentencia del 05/05/2016, Rad. Int: 2015078321, Expe: 2015-1339, denota esa eventualidad:

“las transacciones efectuadas coinciden con el patrón de conducta según el log transaccional del cliente, la institución financiera envió mensajes al celular registrado por la demandante e informo de las transacciones efectuadas, hecho que confirmo el consumidor, este se intentó comunicar con la entidad desde su teléfono pero no tuvo éxito, solicitando un teléfono prestado llamo al banco y comunico que no había realizado las transacciones a lo que la institución financiera procedió a bloquear, por lo que la Delegatura estableció que la entidad si cumplió sus deberes” (min 13- min15). Subrayado fuera del texto.

En la anterior sentencia también se evidencia una problemática muy importante, consistente en el deber de confirmación que tiene que ser idóneo, no bastando con el sólo informe de que se efectuó la transacción y que éste sea oportuno; éste debe ser completo y comunicar directamente con el cliente para que éste expresamente manifieste si es él o una tercera persona no autorizada.

4. CONCLUSIONES GENERALES

- El avance de la sociedad en términos tecnológicos ha permeado, todos los aspectos de la vida humana, y las formas de pago no son la excepción... Los sistemas electrónicos de pago fueron la solución a la problemática de los usuarios, creando instrumentos de pago de tipo inmaterial que se adecuaron fácilmente a la electrónica, dando origen a las Transferencias Electrónicas de Fondos –TEF- , que son un mecanismo para enviar fondos de una cuenta a otra instantáneamente haciendo uso de la tecnología.

- Las Transferencias Electrónicas de Fondos -TEF-, se clasifican en dos grandes grupos, el primer grupo son las transferencias interbancarias, pioneras en el uso de las -TEF-, que funcionan con sistemas electrónicos de compensación de baja cuantía como -ACH-, -CEDEC-, -CENIT- y Cámaras de Compensación de redes de cajeros y tarjetas Débito y Crédito, y de alta cuantía como Cuentas de depósito, -SEBRA-, TARGET y -SWIFT-. El proceso de este grupo de Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- inicia con un negocio jurídico subyacente, u originario, entre el Ordenante y el Beneficiario, que puede ser por ejemplo compraventa, donación, entre otros, de tipo tradicional (verbal o escrito) o de tipo electrónico; en seguida el Ordenante le da orden de pago a la Institución financiera O, en donde aquél es titular de la cuenta, para que le transfiera los fondos a la cuenta del Beneficiario; para esto la Institución financiera O mediante un Sistema

Electrónico de Compensación -SEC- transfiere los fondos a la Institución financiera B., para que ésta finalmente ponga a disposición del Beneficiario los fondos.

En el segundo grupo se encuentra la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- empleada solo por los usuarios; generalmente no interfiere una entidad financiera; para esta Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, se crea el dinero electrónico, que no es más que el almacenamiento de fondos en una tarjeta o en un programa de computador, con la finalidad de hacer la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- en la red y así cumplir con sus obligaciones dinerarias contraídas generalmente gracias al comercio electrónico, por medio de contratos electrónicos, sin que esto quiera decir que no se pueda efectuar un contrato tradicional que cuente como instrumento de pago con el dinero electrónico, por lo que todo quedará sujeto a la autonomía privada de las partes.

-La regulación de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF- se encuentra basada en acuerdos interbancarios y acuerdos de operación de los Sistemas Electrónicos de Compensación- SEC-, en el caso del primer grupo de las -TEF- y de la autonomía privada de la voluntad en el segundo grupo de las -TEF-. Sin embargo se describió una regulación incipiente en Colombia sobre el tema, donde no se define ni reglamenta, solo se acepta su existencia y se hace un llamado a la regulación de otras instituciones como el Gobierno Nacional. Lo anterior no soluciona el problema de la globalización de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, por lo que se puede regular con parámetros brindados en la Nova Lex Mercatoria cuando intermedie un componente internacional.

-No obstante la globalización en el empleo de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, los desarrollos tecnológicos, el poder económico de las Instituciones Financieras existen estudios que revelan cómo los colombianos no aceptan el uso de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, por diferentes motivos que tienen que ver con la composición del Estado colombiano, la edad, la profesión el empleo, el género, el estrato social entre otros, lo cual comparado con otros países denota que es mucho lo que hace falta para enrutar el dinero y dejar esa economía subterránea que maneja grandes cantidades de dinero que entre otras tiene que ver con la base de buena parte de los problemas en Colombia que se llama el narcotráfico.

-La regulación de la Transferencia Electrónica de Fondos -TEF-, aunque incipiente, debe ocuparse de los problemas que se relacionan con los aspectos penales de la misma mediante un desarrollo dogmático propio que hoy no existe de parte de las altas cortes en Colombia.

-El Estado colombiano interviene en la protección del consumidor financiero frente a las desventajas que ofrece un mundo globalizado en donde la Nova Lex Mercatoria tiene unos emisores como lo son las Instituciones Financieras principiando por el Comité de Basilea que adopta una serie de instrumentos de derecho flexible tales como las Recomendaciones de Basilea I, II y III, y los Acuerdos Interbancarios que son adoptados en Colombia a través de la asociación de bancos llamada Asobancaria o la ANIF. Esta

intervención se verifica con la expedición de la ley de protección al Consumidor Financiero ley 1328 de 2009, y mediante la ley 1480 de 2011, por la cual se crea la Delegatura Jurisdiccional al interior de la Superintendencia Financiera, para conocer de los asuntos en donde se debata la responsabilidad contractual de las Instituciones Financieras, particularmente de los bancos, y decidiendo inclusive en equidad. Para probar lo anterior se anexaron y estudiaron 54 sentencias proferidas en un periodo de tres años en donde desde el Perfil Financiero se analizó como la Delegatura ha sido proclive en la defensa de la parte débil en la relación asimétrica reconocida por la Corte Constitucional entre el Consumidor Financiero y las Instituciones Financieras en Colombia, en un 70% de los fallos.

- Para combatir la asimetría entre el CF- y el –SF- el Estado colombiano debe establecer medidas y canales de seguridad, propiciando la transformación de los servicios financieros en la era digital con la finalidad que el consumidor se adapte y responda eficientemente a los pagos electrónicos
- Para contrarrestar la asimetría entre el consumidor financiero y las entidades crediticias, el Estado desde el orden constitucional debe salvaguardar los intereses del consumidor, este debe poner a disposición sus tres poderes, para garantizar así, la seguridad del mismo, desde la creación de leyes, pasando por los organismos de control que supervisan el cumplimiento de estas y finalizando en el análisis caso a caso que se da la rama judicial.
- El Defensor del Consumidor es una importante figura para la materialización de derechos de los consumidores, pero hasta que no se defina su naturaleza jurídica y su supervisión se crea un conflicto de interés perjudicial para el consumidor.
- La debida diligencia de las entidades financieras se prestar en todo momento de la relación contractual desde el ofrecimiento de los productos, hasta la efectiva prestación del servicio con estándares de seguridad y calidad
- Independientemente de la complejidad que representen los productos, la institución crediticia deberá encontrar un lenguaje sencillo y adecuado para expresarle al consumidor sus obligaciones, especificaciones del producto, riesgos y ventajas
- La seguridad es la obligación más importante que tiene la institución financiera, ya que en esta reposa la confianza de los consumidores y la posibilidad de potencializar los productos del e-comerse, por lo que sería inapropiado afirmar que la descripción de los requisitos de seguridad que hace la Circular 52 de 2007 son suficientes, debido a que no es posible prever todas las situaciones de peligro y las medidas de seguridad que puede adoptar la institución financiera con la finalidad de mitigar los daños del consumidor. Ante esto la Corte Suprema de

Justicia ha desarrollado el concepto de “custodia implícita” que permite tener a la vanguardia todos los procesos de seguridad para la protección del consumidor

- La debida diligencia del banco se debe acreditar en el cumplimiento de todas las normas que regulan su actuar, no se puede analizar como una responsabilidad subjetiva por que pondría en igualdad de condiciones al consumidor financiero, que es la parte débil de la relación, frente a una institución financiera que cuenta con toda la infraestructura tecnológica y financiera.
- La institución crediticia no puede alegar la culpa del consumidor en un proceso y de esa forma exonerarse de la responsabilidad, porque desde un precepto legal lo prohíbe, lo que pone en duda la aplicación de la teoría subjetiva.
- La responsabilidad subjetiva vista desde la perspectiva de la prueba también es desvirtuada, ya que le es muy difícil demostrar que el banco fue el responsable de su perjuicio, la figura de la inversión de la carga de la prueba sería la solución, ya que la entidad crediticia tienen todos los medios, infraestructura, recursos y tecnología para demostrar su “debida diligencia”, pero la inversión de la carga de la prueba implica que ya se esté hablando de la responsabilidad objetiva
- La responsabilidad objetiva absoluta tampoco resulta muy pertinente en la responsabilidad bancaria específicamente en los fraudes electrónicos, puesto que afirmar que es una obligación de resultado, es un extremo que desalentaría las actividades financieras, y aunque se parte de la buena fe, la aplicación de esta teoría podría llevar a que el consumidor no tenga ningún tipo de cuidado con los productos financieros que adquiere o que sea cómplice de desfalcos en sus mismas cuentas lo que da origen a la teoría del riesgo, que respetan el derecho de defensa y debido proceso de la institución financiera
- El concepto de la teoría del riesgo profesional se hizo extensivo a las operaciones que utilicen -TEF-, básicamente porque las -TEF- también son instrumentos que utilizan los bancos para generar lucro, solo que estos tienen la connotación de ser inmateriales, pero los principios de responsabilidad deben ser los mismos ante todos los productos que ofrecen los bancos, así cambien la forma como presenten sus productos.
- El Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia analizada, esta difuminando el concepto de la responsabilidad contractual propio de las relaciones entre el consumidor financiero y la institución crediticia, por lo que es correcto que la debida diligencia de las entidades sea mucho más rigurosa, pero al aceptar los perjuicios de tercera personas ya le está negando los efectos inter partes característicos de los contratos, para volver erga omnes con una responsabilidad extracontractual que puede resultar excesiva

- Las situaciones que se presentan ante un cheque como las firmas adulteradas o falsificadas, no son ajenas a las transacciones hechas por internet, se presenta la misma conducta pero realizada de forma distinta ya no es una persona falsificando mecánicamente una firma si no es un hacker modificando el código de una firma electrónica, o suplantando a la persona, la situación es la misma solo que se presenta por medios inmateriales
- La norma ISO/IEC 27001 es un estándar de seguridad de la información, reconocida según la Corte como “reconocida a nivel mundial en esa materia, de ahí que muchas entidades públicas y privadas busquen certificarse en ella, es decir, que una entidad de certificación externa, independiente y acreditada audite su sistema y determine si se encuentra conforme a dicho estándar.”
- La única forma de que la institución financiera para exonerarse de responsabilidad es demostrando que la transacción la realizó el consumidor o alguno de sus dependientes y que para realizar esta labor cuenta con medios especializados.
- El perfil financiero es una obligación de seguridad de la entidad crediticia, en la que debe establecer los patrones y conductas de los consumidores, para el caso en que estos se vean alterados, la entidad pueda tomar medidas preventivas de confirmación o bloqueo de los medios de pago.
- Ni las entidades financieras ni la Superintendencia Financiera tienen claro la forma o el procedimiento para perfilar a un consumidor, lo cual brinda un espacio de inseguridad material y jurídica, que perjudica directamente al consumidor, y expande la asimetría estudiada.

5.ANEXO 1: Instrumentos Inmateriales de Pago

INSTRUMENTOS INMATERIALES DE PAGO		
Instrumento de pago electrónico	Según los sujetos intervinientes	<u>Wholesale payment systems</u> : sistema de pagos entre instituciones financieras
		<u>Retail payment systems</u> : sistema de pagos para consumidores
	Según la cuantía	<u>Micropayments</u> : micro pagos
		<u>High value payments</u> : pagos de alta cuantía
	Según participación de terceras partes	<u>Off- line</u> : la operación solo se realiza con la participación de vendedor y comprador.
		<u>On line</u> : intervención de una tercera parte de confianza
	Según el momento en el que se retiran o son cargados los fondos	<u>Cash-like systems o prepaid system</u> : una cantidad de dinero es retirada con anterioridad a la compra
		<u>Bank-card-based-system</u> : la cantidad adeudada se carga en la cuenta del comprador

	Según la intención del pagador y beneficiario	<u>Sistemas directos</u> : interacción es entre el pagador y beneficiario. <u>Sistemas indirectos</u> : una parte inicia el proceso sin que la otra este envuelta en la operación.
Instrumentos de pago electrónico según la relación entre emisor y titulares de los instrumentos. (reconocidos en la Recomendación 97/489/CE)	Tarjetas de pago	Tarjetas bancarias
		Tarjetas comerciales
		Tarjetas financieras
		Tarjeta debito
		Tarjeta crédito
		Tarjeta debito diferido
	Tarjeta de prepago	
	<u>Mobile payment, wireless payment</u> : se reconvierte un terminal inalámbrico en un instrumento electrónico de pago	
	<u>Dinero electrónico o electronic token</u> : almacenamiento en la memoria de un ordenador o en una tarjeta un valor monetario que permite la realización de pagos en la red.	
	Servicios que tradicionalmente se realizaban a través de oficinas y ahora se hacen por internet	Banca telefónica: realización de determinadas operaciones utilizando el teléfono.
		Home banking: operaciones bancarias de una conexión directa al banco sin utilizar la red de internet.
		Internet banking, e- banking, banca a través de internet: operaciones bancarias desde internet.
Instrumentos de pago en el comercio electrónico	<u>Aplicados al comercio electrónico</u> : formas o instrumentos tradicionales para una operación que se realiza por internet.	
	Adaptados al comercio electrónico	Pagos con tarjeta crédito
		Pago por medio de transferencia electrónica de fondos
		Pago por medio de instrumentos debito
Especialmente diseñados para	<u>Cumulative collection services</u> : pequeños pagos acumulados durante un periodo de tiempo	

	el comercio electrónico	<u>m-payments</u> : pagos por medio de teléfonos móviles.
		<u>Sistemas prepago</u> : el usuario transfiere determinado valor a proveedor de servicios de pago, a un aparato o tarjeta.

NOTA: la información contenida en la tabla es de (Mateo Hernández, 2005), y el cuadro es de autoría propia

6. ANEXO 2: Análisis sentencias perfil financiero

Sentencia	Negocio jurídico			Bloqueo	Responsabilidad			Eximente	Fallo		
	Ct a. Ah o.	Ct a. Co rr.	Ap e. Cr é.		Obj	Sub	Ries go		Fav or Ban co	Con tra Ban co	Con c. Culp a
1- Rad. int: 2013047367 Expe: 2013-	X			NO			X			X	

0263 Fecha: 5 / 11/ 2013											
2-Rad. int: 2013055994 Expe: 2013-0325 Fecha: 25/ 11/2013		X		NO			X	Incumplimiento del demandante y culpa de la victima			X
3- Rad. int: 2013044253 Expe: 2013-0230 Fecha: 5 / 12/ 2013			X	NO	X					X	
4- Rad. int: 2013049404 Expe: 2013-0277 Fecha: 10/12/ 2013	X			NO			X			X	
5- Rad. int: 2013069313 Expe: 2013-0425 Fecha: 20/01/2014		X		NO			X			X	
6- Rad. int: 2013085460 Expe: 2013-0550 Fecha: 04/03/2014	X			SI			X	Permitió o posibilitó el acceso y conocimiento por parte de un tercero			X

								a la información transaccional requerida para realizar las transacciones disputadas			
7- Rad. int: 2013107878 Expe: 2013-0793 Fecha: 25/03/2014	X			NO	X					X	
8- Rad. int: 2013083232 Expe: 2013-0530 Fecha: 26/03/2014	X			NO			X	Colige el Despacho que bajo su órbita de control se produjo la apropiación por parte de un tercero de la información requerida para realizar los retiros.			X
9- Rad. int: 2013091250	X			NO			X	El consumidor puso en			X

Expe: 2013-0610 Fecha: 28/03/2014								situación de vulnerabilidad la confidencialidad que se le exige en el manejo de su clave.			
10- Rad. int: 2013085264 Expe: 2013-0548 Fecha: 29/04/2014	X			SI			X			X	
11- Rad. inte: 2013093766 Expe: 2013-0639 Fecha: 06/05/2014		X		NO		X				X	
12- Radi. int: 2013079661 Exp: 2013-0491 Fecha: 13/05/2014			X	NO		X		Hecho exclusivo de la víctima, se constató que era el consumidor quien había dado origen al hecho dañoso al incumplir con sus	X		

								obligaciones contractuales.			
13- Rad. int: 2013109349 Expe: 2013-0807 Fecha: 05/06/2014	X			NO		X		Hecho exclusivo de la víctima ya que este acreditó que había cumplido con sus deberes provenientes de la obligación contractual	X		
14- Rad. int: 2013100573 Expe: 2013-0698 Fecha: 19/06/2014	X			NO	X					X	
15- Rad. int: 2013110582 Expe: 2013-0815 Fecha: 20/06/2014	X			NO			X	Hecho exclusivo de la víctima, ya que los movimientos realizados estaban dentro del perfil del consumidor financiero.	X		

16- Rad. int: 20140043 69 Expe: 2014- 0031 Fecha: 18/07/2014		X		NO		X		Hecho exclusivo de la victima	X		
17-Rad. Int: 20140331 05 Expe: 2014- 0317 Fecha: 12/08/ 2014	X			NO			X	Incumplimi ento del contrato por parte del demandan te			X
18- Rad. int: 20140326 64 Expe: 2014- 0284 Fecha: 22/08/2014			X	NO		X		El consumido r no cumplió con el deber de custodiar la clave y proteger el plástico de la tarjeta crédito			X
19 -Rad. int: 20140552 34 Exp: 2014- 0628 Fecha: 03/10/2014	X			NO	X					X	
20- Rad. int: 20140027	X			NO			X			X	

56 Expe: 2014002756 Fecha: 7/10/ 2014											
21- Rad. int: 2014039031 Expe: 2014-0367 Fecha: 16/10/2014	X			NO			X			X	
22- Rad. int: 2013099870 Expe: 2013-0691 Fecha: 24/10/2014	X			NO			X			X	
23- Rad int: 2014049291 Expe: 2014-0524 Fecha: 18/11/2014	X			NO			X			X	
24- Rad. int: 2014091502 Expe: 2014-1083 Fecha: 20/02/2015	X			SI			X	Hecho exclusivo de la víctima			X

25-Rad. int: 2014096983 Expe: 2014-1152 Fecha: 23/02/2015	X			SI		X		Hecho exclusivo de la victima	X		
26- Rad. int: 2014094194 Expe: 2014-1126 Fecha: 25/03/2015	X			NO			X			X	
27- Rad. int: 2014058750 Expe: 2014-0669 Fecha: 26/03/2015	X			NO			X	El banco realizo una investigación de donde concluyo que el retiro fraudulento o se presentó por culpa exclusiva de la víctima.			X
28- Rad. Int: 2014087273 Expe: 2014-1030 Fecha: 31/03/2015	X			SI		X		Culpa Exclusiva de la victima		X	

29- Rad. int: 2014100070 Expe: 2014-1234 Fecha: 13/04/2015	X			NO		X		Se demostró que los valores alegados fueron reembolsados, y no se demostró perjuicio alguno.	X		
30- Rad. int: 2014083686 Expe: 2014-0965 Fecha: 16/04/2015	X			NO			X			X	
31- Rad. int: 2014078729 Expe: 2014-0923 Fecha: 20/04/2015	X			NO			X			X	
32- Rad. int: 2014098522 Expe: 2014-1177 Fecha: 13/05/2015		X		SI			X	Desatendió deberes de custodia y cuidado de la tarjeta		X	
33- Rad. int:	X			NO			X	Desatendió deberes			X

2014087066 Expe: 2014-1027 Fecha: 21/05/2015								de custodia y cuidado de la tarjeta			
34- Rad. int: 2014099367 Expe: 2014-1193 Fecha: 01/06/2015	X			NO			X	Desatendi ó deberes de custodia y cuidado de la tarjeta			X
35- Rad. int: 2014100105 Expe: 2014-1238 Fecha: 25/06/2015	X			NO			X			X	
36- Rad. int: 2014097444 Expe: 2014-1166 Fecha: 26/06/2015	X			SI		X		- Desatendi ó deberes de custodia y cuidado de la tarjeta -No aviso oportunamente	X		
37- Rad. int: 2014110586 Expe: 2014-1412 Fecha:	X			NO			X	Desatendi ó deberes de custodia y cuidado de la tarjeta			X

07/07/2015											
38- Rad. int: 2014113811 Expe: 2014-1470 Fecha: 22/07/2015			X	NO		X		Desatendi ó deberes de custodia y cuidado de la tarjeta Culpa exclusiva de la victima	X		
39- Rad. int: 2014114172 Expe: 2014-1477 Fecha: 31/07/2015			X	NO			X			X	
40- Rad. int: 2015003555 Expe: 2015 - 0031 Fecha: 04/08/2015	X			NO			X	Desatendi ó deberes de custodia y cuidado de la tarjeta			X
41- Rad. int: 2015024412 Expe: 2015-0379 Fecha: 11/09/2015		X		NO			X	Contrato no cumplido			X
42- Rad. int: 2015015461 Expe: 2015-	X			NO		X		Omisión de las condicione s de	X		

0229 Fecha: 20/10/2015								seguridad			
43- Rad. int: 2015057449 Expe: 2015-0791 Fecha: 23/02/2016	X			NO		X			X		
44- Rad. int: 2015015236 Expe: 2015-0220 Fecha: 25/02/2016			X	NO			X	Incumplimiento de la relación contractual	X		
45- Rad. int: 2015081386 Expe: 2015-1372 Fecha: 02/05/2016		X		NO		X		Incumplimiento de la relación contractual se encuentra dentro del perfil	X		
46- Rad. int: 2015078321 Expe: 2015-1339 Fecha: 05/05/2016		X		SI			X	Incumplimiento de la relación contractual Culpa del consumidor	X		
47- Rad. int: 2015126108	X			NO			X	Incumplimiento de la relación		X	

Expe: 2015-2157 Fecha: 06/07/2016								contractual			
48- SIN RADICADO Expe: 2015-1832 Fecha: 27/07/2016	X			NO		X		Incumplimiento de la relación contractual	X		
49- Rad. int: 2016011633 Expe: 2016-0154 Fecha: 01/08/2016	X			NO			X	Incumplimiento de la relación contractual	X		
50- Rad. int: 2015093522 Expe: 2015-1578 Fecha: 03/08/2016	X			NO			X	Desatención de obligaciones de seguridad			X
51- Rad. int: 2015095561 Expe: 2015-1618 Fecha: 03/08/2016		X		NO		X		Desatención de obligaciones de seguridad	X		
52- Rad. int:	X			NO			X	Negligencia en			X

2015129362 Expe: 2015-2209 Fecha: 05/08/2016								Internet			
53- Rad. int: 2015098978 Expe: 2015-1596 Fecha: 24/08/2016		X		NO		X		Las transacciones fueron realizadas por la persona autorizada	X		
54- Rad. int: 2016006802 Expe: 2016-0098 Fecha: 02/09/2016	X			SI, PERO INOP ORTU NO			X	Incumplimiento de la relación contractual			X

7.ANEXO 3: Normatividad

1- Estados Unidos

Electronic Fund Transfer Act -EFTA-, tiene como objeto proteger a los consumidores que participan en transferencias electrónicas de fondos. Sus temáticas son:

- Transferencias originadas por cheque o un instrumento similar
- transferencia de fondos para un consumidor dentro de un sistema que se utiliza principalmente para transferir fondos entre instituciones financieras o empresas

- Cualquier transferencia de fondos que tenga como finalidad principal la compra o venta de valores
- Transferencias automáticas interinstitucionales en virtud de un acuerdo entre un consumidor y un institución
- Las transferencias iniciadas por teléfono entre un consumidor y una institución financiera
- Transferencias pre autorizadas

2- CNUDMI

Ley modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito, es relevante por su ámbito de aplicación es de carácter internacional vista desde dos perspectivas, cuando sean transferencias entre bancos o transferencias entre un banco y otras entidades en el curso normal de sus negocios, mientras estas ejecuten órdenes de pago –TEF-, proceso de la transferencia internacional, revocación, tratamiento en caso de error y la conclusión de la transferencia de crédito.

3- Unión Europea

Recomendación 87/598/CEE: Código Europeo de buena conducta en materia de pago electrónico. El código es creado con la finalidad de que los nuevos desarrollos en cuanto a pago electrónico puedan ser seguros, productores y crear un mercado importante en la industria europea.

Recomendación 88/590/CEE: Relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas, distingue entre el pago por medios electrónicos que supongan el uso de tarjetas y el pago por medios electrónicos realizados por un particular sin necesidad de utilizar la tarjeta, como pueden ser las operaciones bancarias desde el propio domicilio (Rico,2000) y establece responsabilidad por fallos técnicos.

Recomendación de la Comisión (90/109/ CEE): sobre transparencia de las condiciones bancarias en las transacciones financieras transfronterizas, con recomendaciones principalmente encaminadas a la transparencia en las operaciones transfronterizas.

Recomendación 97/489/CE: Recomendación de la Comisión de 30 de julio de 1997 relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos. Lo trascendental de esta recomendación se encuentra en la división en el ámbito de aplicación ya que hace una distinción entre las transferencias electrónicas realizadas por entidades financieras y las efectuadas por sujetos diferentes a dichas entidades. Las entidades diferentes a las financieras son las reguladas en dicha recomendación.

Directiva 97/05/CE: Esta directiva solo es aplicada en divisas cuyo importe no supere 50.000 euros, establece las condiciones de transparencia frente a los clientes, al momento de finalizar la transacción un recuento detallado por escrito de la operación y obligaciones de las partes con el fin de la defensa ante el cliente.

Reglamento 2560/200/CE: Sobre los pagos transfronterizos en euros, incluye conceptos claves como pagos electrónicos transfronterizos, cheques transfronterizos, instrumentos de pago electrónico e instrumento de pago de acceso a distancia, que amplían el espectro de análisis de las –TEF-.

Informes del Banco Central Europeo se septiembre de 1999 y 2000: sobre las mejoras de los servicios de pagos transfronterizos. En el cual hace un breve recuento sobre sistema de pagos, especialmente del TARGET y el sistema de corresponsalía.

Reglamento 1781/2006: Relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos. El ámbito de este reglamento es exclusivo a transferencias de fondos en cualquier moneda enviadas o recibidas por un prestador del servicio de pagos establecido en la Comunidad. No se aplica a transferencia utilizando tarjetas de débito o crédito, dinero electrónico, transferencias mediante un dispositivo móvil.

Directiva 2007/64/CE: El objetivo principal de la directiva sobre servicios de pago se centra, en la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito, con la finalidad de crear un mercado de pagos integrado, de modo que los pagos realizados en cualquiera de los Estados que conforman la UE puedan realizarse con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales internos de los Estados miembros. En la creación del mercado de pagos integrado se presta especial importancia al fenómeno de la competencia y a la protección de los derechos de los usuarios de los servicios de pago. (Rico, 2012, p. 60) Esta directiva amplía la responsabilidad en las transferencias y actualiza los conceptos derogando la Directiva 97/05/CE.

Directiva del 2009/110/CE: Sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades.

“La finalidad es de introducir un concepto neutro que incluya todas las situaciones en las que el proveedor de servicios de pago emita un instrumento de valor almacenado y prepagada cambio de fondos, que pueda utilizarse como modo de pago por una tercera persona distinta del emisor” (Rico, 2012, P. 127).

Reglamento 924/2009/CE: Relativo a los pagos transfronterizos, que deroga el Reglamento (CE) nº 2560/2001 y amplía el ámbito de aplicación del Reglamento a los adeudos domiciliados; el Reglamento elimina las diferencias entre las comisiones cobradas a los usuarios de servicios de pago por los pagos nacionales y transfronterizos efectuados en euros en la Unión Europea y se aplica a todos los pagos procesados por medios electrónicos.

Reglamento 260/2012/CE: Por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, y se modifica el Reglamento (CE) no 924/2009. Uno de los aportes más importantes atinentes al tema son los requisitos de las transferencias.

Reglamento 2015/847/CE: El objetivo es establecer normas sobre la información que debe acompañar a las transferencias de fondos, en cualquier moneda, en lo referente a los ordenantes y beneficiarios de las mismas, a efectos de la prevención, detección e investigación del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo cuando al menos uno de los prestadores de servicios de pago participantes en esa transferencia de fondos esté establecido en la Unión.

4- Colombia

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF- (1993): En el art 48, literal j, establece que el Gobierno Nacional tiene la facultad de regular los sistemas de pago y las actividades vinculadas con este servicio que no sean competencia del Banco de la República. En este grupo se encuentran los sistemas dinero electrónico, no regulados en Colombia.

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF- (1993): En el art.325, numeral 2, párrafo 1, dice que podrán ser sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren los sistemas de pagos y de compensación. Entre estos están los sistemas de compensación electrónica y los sistemas de dinero electrónicos anteriormente descritos.

Circular Externa 007, Circular Básica Jurídica (1996): En el Título segundo, capítulo primero, numeral 8, respecto al tema de los pagos electrónicos establece que podrán efectuarse a través de las entidades vigiladas por esta Superintendencia e indica las reglas mínimas relativas a las transacciones a través de tarjetas de crédito y débito, terminales, cajeros automáticos, puntos de servicio en oficinas y establecimientos comerciales que deben observar los establecimientos de crédito.

Decreto 1425 de (1998): Por el cual se obliga que desde 1 de enero de 1999 todos los pagos del gobierno se hagan a través de ACH.

Decreto 266 de (2000): Modificando el art. 4 del Decreto 2150 de 1995, abre la posibilidad que las cancelaciones de obligaciones dinerarias, derechos y multas a favor de las entidades de la Administración Pública, se realizan a través de cualquier medio de pago, incluyendo las -TEF-.

El Decreto 1400 de (2005): El Ministerio de Hacienda estableció la inspección, vigilancia y control de las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor. A través de esta norma se definen principios y reglas que garantizan eficiencia, seguridad, integridad,

confiabilidad, desarrollo tecnológico, interconexión, transparencia, libre competencia y respeto y equidad con los consumidores.

Circular Externa número 100 de 1995, adicionado por la Circular Externa 049 de (2006): De la cual se pueden deducir básicamente dos cosas, para los efectos del presente análisis, a) son los particulares, específicamente las instituciones financieras, dentro de las cuales se puede incluir a las Sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos, creadas mediante la Ley 1735 de 2014, y b) el Estado colombiano cumple una función de vigilante pero no de desarrollador o si se quiere de impulsor tecnológico de las mismas.

En concepto de la Superintendencia Financiera, número 2006033594-001 de (2006): Sostuvo que las condiciones del servicio de la -TEF- que ofrecen las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera están determinadas por lo pactado en el contrato por el principio de la autonomía de la voluntad y que las -TEF- surten sus efectos únicamente cuando la orden de transferencia ha sido aceptada por el respectivo sistema, cumpliendo con procedimientos y controles de riesgos definidos por la entidad encargada de procesarlas.

CONPES 3620 de (2009): Donde el Gobierno Nacional busca estimular los servicios de pago electrónicos, creando plataformas de pago con el objeto de profundizar en la fase de pago en el comercio electrónico.

En concepto de la Superintendencia Financiera, número 2009096216-00116 de (2010): la Superintendencia Financiera señaló sobre la banca móvil, las -TEF-, dispositivos móviles, y celular: “No existe norma que regule de manera particular el servicio de transferencias de dinero vía telefonía celular. Sobre la distribución de servicios a través del canal denominado “dispositivos móviles”, los establecimientos de crédito han venido adelantando los desarrollos operativos y tecnológicos requeridos para facilitarles a sus clientes la realización de determinadas operaciones por intermedio del celular. La realización de una determinada operación vía celular deberá estar precedida del cumplimiento de los procedimientos establecidos por cada establecimiento de crédito, así como de los protocolos de seguridad previamente señalados y que en el caso de transferencia de dineros, cuando menos deberá estar precedida de la preinscripción de la cuenta o cuentas receptoras junto con los demás mecanismos de validación y autenticación del cliente.”

Decreto 4687 de (2011): Del ministerio de hacienda y crédito público según el cual es necesario definir los alcances de los nuevos instrumentos que permitan la realización de transacciones electrónicas, que tiene lugar como resultado de los avances tecnológicos.

Decreto 19 de (2012): Dice que el pago de obligaciones a favor del Estado o de los particulares que recauden recursos públicos podrá realizarse a través de cualquier medio de pago incluyendo las -TEF-.

Ley 1735 de (2014): Regulan las sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos en instituciones financieras.

8.ANEXO 4: Protocolos de seguridad

Secure Socket Layer –SSL-: Es un protocolo diseñado para garantizar la seguridad en la comunicación entre servidores web y navegadores web (Martínez González, 2007, p. 20), funciona de la siguiente forma:

“Una conexión u operación SSL tiene dos fases. En la primera el cliente o navegador (por ejemplo, el del comprador) y servidor (del comercio o intermediario) pactan los parámetros de la comunicación, el servidor se autentica ante el cliente (navegador) y

acuerdan una clave de sesión. En la fase de acuerdo una vez han llegado a este acuerdo comienza el intercambio de datos propiamente dicho, durante el cual los datos viajan encriptados con la clave de sesión que acaban de negociar cliente y servidor” (Martínez González, 2007, p. 53).

Secure Electronic Transaction –SET-: Es un sistema de administración de riesgo: hoy tiene una solución que funciona en el mundo físico, las ordenes por teléfono, el correo, y lo que busca es pasar, transponer o mover esa garantía de pago y los mecanismos establecidos al ciberespacio reforzando las relaciones existentes entre las partes hoy (Orfei, 1999, pág. 291). El objetivo que se persigue con este protocolo es asegurar el pago mediante tarjetas electrónicas de crédito, garantizando la inviolabilidad de los datos transmitidos a través de internet, autenticando las partes y manteniendo la privacidad de sus datos y de la transacción (Rico Carrillo , 2000)

3D SECURE: Este protocolo diseñado para el pago con tarjeta, este protocolo se proponía como una herramienta para aumentar el nivel de seguridad de los pagos electrónicos en Internet (Martínez González, 2007, p. 21)

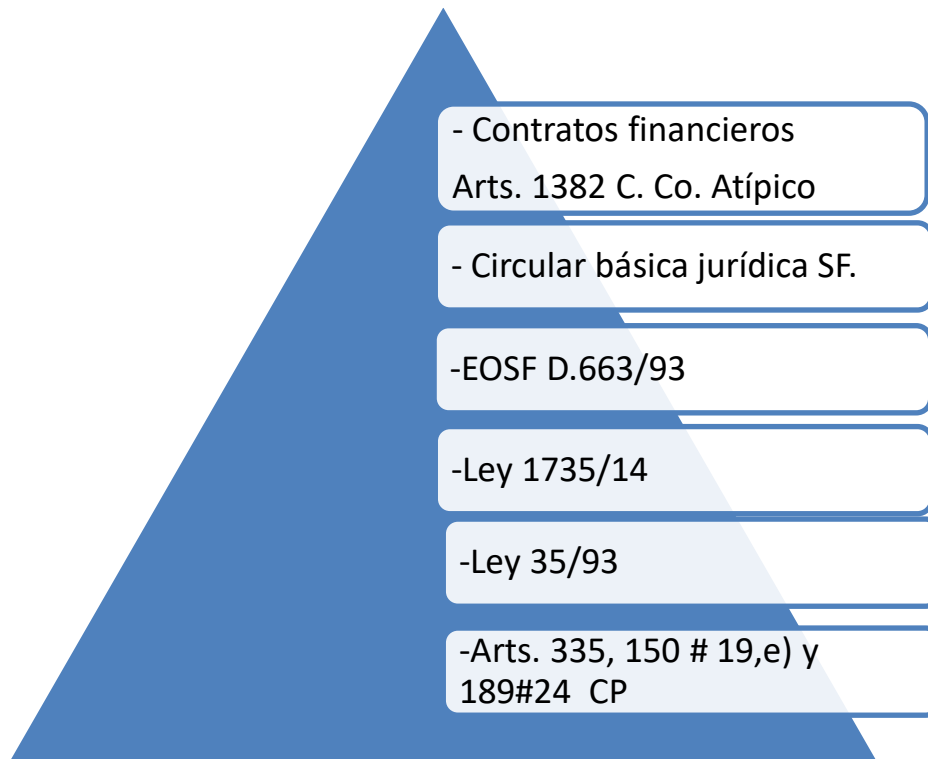
TRANSPORT LAYER SECURITY –TLS-: En caso de que el cliente web (navegador web) no sea capaz de comprobar satisfactoriamente todas las cuestiones advierte al usuario presentado una ventana emergente para que este decida si quiere proseguir o no con la comunicación: Si el usuario decide seguir, lo hará consiente de que la comunicación no es segura (Martínez González, 2007, p. 57).

9. ANEXO 5: Nova Lex Mercatoria

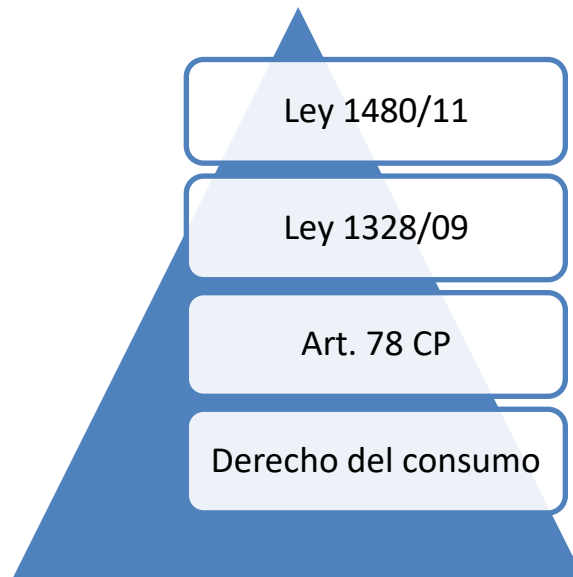
<u>NOVA LEX MERCATORIA</u>				
<u>INSTRUMENTOS</u>		<u>EMISORES</u>	<u>FIN: Unificar o Armonizar el Derecho Mercantil a nivel internacional</u>	<u>COLOMBIA</u>
Derecho duro	Convención de Budapest sobre Ciberdelincuencia	Estados		Ley 1237 de 2009, Arts. 269 A a la J
	Tratados	Organización internacional		
	Decisiones	Estados integrados (CAN)		
	Directivas	Estados integrados (Unión Europea)		
	Decisión marco de 28 de mayo de 2001 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo (2001/413/JAI).	Consejo de Europa		

<u>INSTRUMENTOS</u>		<u>EMISORES</u>	<u>FIN: Unificar o Armonizar el Derecho Mercantil a nivel internacional</u>	<u>COLOMBIA</u>
Derecho flexible	Ley modelo y Guía jurídica sobre –TEF-	UNCITRAL o CNUDMI		
	Documentos I, II y III	Comité de Basilea		
	Manual para la Prevención y Control de los Delitos Informáticos de 1994	ONU		
	Funciones relacionadas con la debida diligencia y prevención de la responsabilidad en los –SPE-	Banco Central Europeo		
	<i>Principios generales para vigilancia de los sistemas de pago</i>	Comité de Sistemas de Pago y Liquidación CPSS		

10. ANEXO 6: Régimen Jurídico del Sistema Financiero



11. ANEXO 7: Derechos y obligaciones del consumidor



12. Bibliografía

Abushihab, C. A. (2016). Sistemas Informáticos. Necesidad de protección penal. *EMPERIA*, 185-199.

Acuario-Pino, S. *Delitos informáticos: Generalidades*. Disponible en [http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf]

Alfonso, U., Amesti, M., Aragón, R., Bonardell, L., Cuesta, R., Embid, I., y otros. (1992). *Contratos Bancarios*. Madrid: CIVITA.

Álvarez-Correa, (1991). *Transferencias electrónicas de fondos*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.

Altmark, D., & Molina, Q. (1998). *Informática y Derecho: Régimen jurídico de los bancos de datos*. Buenos Aires: Dopalma.

Amaya, S. (2012). Riesgos en las transacciones electrónicas bancarias. Una carga que debe ser asumida por la banca. *e- Mercatoria*, 287- 331. Disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3206/2852>.

Arango, A., Suárez, A. & Garrido, M. (2017). ¿Cómo pagan los colombianos y por qué? *Borradores de economía*, 1-26.

Araújo , C., Maciel , P., Zimmermann, A., Andrade, E., Sousa, E., Callou, G., y otros. (2010). *Performability modeling of electronic funds transfer systems*. Springer.

Arbeláez, M., & Nieto, A. (2006). *El mercado de tarjetas en Colombia y el debate sobre la tarifa de intercambio*. Bogotá D.C.: FEDESARROLLO. Mal citado en el texto, dos apellidos por autor nunca se entendieron por qué...

Arbeláez, M., & Zuluaga, S. (2006). *Medios de pago electrónicos en Colombia: Evolución y perspectivas*. Bogotá D.C.: FEDESARROLLO.

ASOBANCARIA. (1999). *Tendencias tecnológicas del sector financiero para el siglo XXI*. Bogotá D.C.: Asobancaria.

ASOBANCARIA. (22 de marzo de 2011). Medios electrónicos de pago: alternativa para promover la formalización y la inclusión financiera. *Semana económica*, 1-19.

ASOBANCARIA. (20 de mayo de 2013). ¿Cuál debe ser el rol del Defensor del Consumidor Financiero? *Semana económica*, 1-10.

ASOBANCARIA. (2016). Construyendo una ruta hacia la masificación de los pagos electrónicos. *Semana Económica*, 1-12.

ASOBANCARIA. (04 de enero de 2016). En Concepción, Antioquia, se olvidaron del dinero en efectivo en [<http://www.asobancaria.com/sabermassermas/en-concepcion-antioquia-se-olvidaron-del-dinero-en-efectivo/>]

Azuero, R. (2009). *Contratos Bancarios: Su significación en América Latina*. (Sexta edición). Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.

Banco Central de Venezuela. (2010). *Sistemas de pago: Tendencia mundial retos y oportunidades*. Caracas.

Banco Central Europeo. (2000). *Informe anual 1999*. Alemania: Banco Central Europeo.

Banco de la República. (2017). *Banco de la República*. Recuperado el 13 de octubre de 2017, de CEDEC: <http://www.banrep.gov.co/es/temas-a3/6918>

Banco de la república. (2017). los sistemas de pago de bajo valor en Colombia. *Revista del Banco de la República número 1043*, 5-12.

Banco Interamericano de Desarrollo. (1965). *Sistemas de Pagos en América Latina*. Instituto para la integración de América Latina.

Bank for International Settlements. (1996). *Implications for central banks of the development of electronic money*.

Bank for International Settlements. (19 de Enero de 2001). *Principios Básicos para los sistemas de pago de importancia sistémica*. Recuperado el 27 de octubre de 2017, de [<https://www.bis.org/cpmi/publ/d43es.htm>]

Barón, C. B. (Enero- Julio de 2012). La información como instrumento de protección de los consumidores, los consumidores financieros y los inversionistas consumidores. *Opinión Jurídica*, 11(21), 135-152.

Bielsa, R. (1991). *Informática y Derecho: La etapa precontractual en los contratos informáticos*. Buenos Aires: Dopalma.

BlackSip. (2017). *Reporte de industria: El E-commerce en Colombia 2017*. Bogotá- México: BlackSip.

Blanco, B. (2012). La información como instrumento de protección de los consumidores, los consumidores financieros y los inversionistas consumidores. *Opinion Jurídica*, 11(21), 135-152.

- Blanco, G. (2016). *Vicisitudes y controversias jurisprudenciales en la responsabilidad bancaria por fraude electrónico*. Bogotá: Universidad Externado.
- Boaventura de Sousa Santos. (1998). *La Globalización del Derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá D.C.: UNIBIBLOS.
- Cáceres, G., & Martínez, G. (2003). *Negociación Internacional: Medios de cobro y pago*. Madrid: ESIC.
- Calderón, V. (2011). *La constitucionalización del derecho privado*. Bogotá: Temis Editores S.A. y Universidad de los Andes.
- Carrascosa, J. (2006). Medios de Pago Internacionales. En J. Carrascosa, & L. Calvo, *Curso de Contratación Internacional*. Madrid: COLEX.
- Campos, J.R. (2010). Desarrollo del mercado de pagos por operadores no bancarios. En *Sistemas de pago: tendencia mundial, retos y oportunidades*. Caracas: Banco Central de Venezuela.
- Candelario, M., & Oviedo, A. (2005). *Derecho Mercantil Contemporáneo*. Bogotá D.C.: Ibáñez.
- Cartes, S. (1999). Comercio electrónico en NationBank. En ASOBANCARIA, *Tendencias tecnológicas del sector financiero para el siglo XXI* (págs. 259-275). Bogotá D.C.: ASOBANCARIA.
- Carvajal, I. (1990). *Sistema de transparencia electrónica en el banco del pácifico*. Ecuador: Escuela Superior Politecnica del Litoral.
- Casanova, V., & Villazán, O. (2017). Clasificación de los modelos de negocio en el comercio electrónico. *Revista de investigación en ciencias y administración*, 330-344: [file:///C:/Users/Carolyn/Downloads/311-1167-1-PB%20(1).pdf]
- Castellanos, S., & Garrido, D. (2008). La importancia de la ley para la transparencia y ordenamiento de los servicios financieros para propiciar el uso de sistemas y medios de pago eficientes en México. *El trimestre Económico*, 224-251: [https://www.jstor.org/stable/20857155?seq=1#page_scan_tab_contents]
- Castro, G. (2017). Contexto y Certeza de los Límites Aplicativos de la Vigencia Estatal del Habeas Data en el Derecho Colombiano. En C. N. Güecha Medina & Torres Ibler. *Las tensiones entre libertad y seguridad* (págs. 175-189). Bogotá D.C.: Universidad Santo Tomás - Ibáñez.
- Cataño, B. (2010). *La autonomía privada en la transnacionalización de capitales*. Medellín : Universidad de Antioquia .

Cifuentes, M., Ospina, V. & Serna, J. (2002). *Globalización de la transferencia electrónica de fondos a través de cajeros automáticos*. Bogotá D.C.: Ibañez.

CNUDMI (1992). *Nota explicativa de la CNUDMI sobre Transferencia Internacional de Crédito del 25 de XI*. [<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/payments/transfers/ml-creditrans-s.pdf>]

CNUDMI (1994), "Ley modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito": [<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/payments/transfers/ml-creditrans-s.pdf>]

Cohen M., A. (2010). *Protecting the underserved extending the electronic fund transfer act and regulation to prepaid debit cards*. New York: Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law: [<http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1117&context=bjcfcl>]

Colombia, Congreso Nacional de la República (1887, 15 de agosto), "Ley 153 de 15 de Agosto de 1887, "Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887", en Diario Oficial, núm. 7151 y 7152 de agosto 28 de 1998, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1923, 11 de Julio), "Orgánica del Banco de la República.", en Diario Oficial, núm. 19101, 16 de Julio de 1923, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1887, 26 de Mayo), "Ley 57 del 26 de Mayo de 1887, Ley 57 de 1887, art. 4o. Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución.", Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1990, 18 de Diciembre), "Ley 45 del 18 de Diciembre de 1990, por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones.", en Diario Oficial, núm. 39.607, 19 de Diciembre de 1990, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1992, 29 de Diciembre), "Ley 31 de 1992 Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasarán los Fondos de Fomento que administra el Banco y se dictan otras disposiciones.", en Diario Oficial, núm. 40.707, 4 de Enero de 1993, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1993, 02 de Abril), "Decreto-Ley 663 del 02 de Abril de 1993, por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema

Financiero y se modifica su titulación y numeración", en Diario Oficial, núm. 40820, 05 de Abril de 1993, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1999, 18 de Agosto), "Ley 527 del 18 de Agosto de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones", en Diario Oficial, núm. 43.673, 21 de agosto de 1999, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2009, 05 de Enero), "Ley 1273 del 05 de Enero de 2009 "Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado - denominado "de la protección de la información y de los datos"- y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones.", en Diario Oficial, núm. 47.223 , 05 de Enero de 2009, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2009, 15 de Julio), "Ley 1328 del 15 de Julio de 2009, por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones", en Diario Oficial, núm. 47411, 15 de Julio de 2009, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2011, 12 de Octubre), "Ley 1480 del 12 de Octubre de 2011, por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones", en Diario Oficial, núm. 48220, 12 de Octubre de 2011, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2014, 21 de Octubre), "Ley 1735 de 21 de Octubre de 2014, por el cual se dictan medidas tendientes a promover el acceso a los servicios financieros transaccionales y se dictan otras disposiciones", en Diario Oficial, núm. 49311, 21 de Octubre de 2014, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (8 de junio de 2000), "C-662 de 2000", M.P. Fabio Morón Díaz, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (30 de agosto de 2000), "C-1141 de 2000", M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (08 de agosto de 2001), "C-831 de 2001", M.P. Álvaro Tafur Galvis, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (31 de octubre de 2001), "C-1147 de 2001", M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (11 de noviembre 2003), "C-1062 de 2003", M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (3 de diciembre de 2003), “C- 1150 de 2003”, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (12 de octubre de 2004), “C-989 de 2004”, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (8 de marzo de 2006), “C-172 de 2006”, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (24 de julio de 2008), “C-750 de 2008”, M.P. Clara Ines Vargas Hernández, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (29 de enero de 2009), “T-040 de 2009”, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (18 de marzo de 2009), “C-172 de 2009”, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (21 de octubre de 2009), “C-749 de 2009”, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (03 de agosto de 2010), “C-608 de 2010”, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (18 de agosto de 2010), “C- 640 de 2010”, M.P. Mauricio González Cuervo, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (20 de octubre de 2011), “C-792 de 2011”, M.P. María Victoria Calle Correa, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (02 de noviembre de 2011), “C-823 de 2011”, M.P. María Victoria Calle Correa, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (01de agosto de 2012), “C-609 de 2012”, M.P. María Victoria Calle Correa, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (7 de noviembre de 2012), “C- 909 de 2012”, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (24 de abril de 2013), “C-249 de 2013”, M.P. María Victoria Calle Correa, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (22 de abril de 2015), “C-219 de 2015”, M.P. Mauricio González cuervo, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (06 de abril de 2016), “C-157 de 2016”, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, (09 de diciembre de 1936), *Publicada en Gaceta Judicial: Tomo XLIV n.º 1918 -1919, pág. 405 - 415*, M.P. Antonio Rocha, Bogotá

Colombia, Corte Suprema de Justicia, (23 de abril de 1959), *Publicada en Gaceta Judicial: Tomo XC n.º 2210, pág. 345 - 354*, M.P. Hernando Morales Molina, Bogotá

Colombia, Corte Suprema de Justicia, (07 de abril de 1964), M.P. Julián Uribe Cadavid, Bogotá

Colombia, Corte Suprema de Justicia, (26 de noviembre de 1976), M.P. Julián Uribe Cadavid, Bogotá

Colombia, Corte Suprema de Justicia, (24 de octubre de 1994), M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Bogotá

Colombia, Corte Suprema de Justicia, (22 de mayo de 2000), "Exp.6264.", M.P. Jorge Santos Ballesteros, Bogotá

Colombia, Corte Suprema de Justicia, (11 de marzo de 2010), "Rad. 1999-00019-01", M.P. Arturo Solarte Rodríguez, Bogotá

Colombia, Corte Suprema de Justicia, (30 de junio de 2011), "T. 2010- 00320-00", M.P. Edgardo Villamil Portilla, Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, (19 de diciembre de 2016), "Rad. 73268-31-84-002-2001-00233-01", M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Colombia, Tribunal Superior del distrito Judicial, (18 de diciembre de 2009), M.P. Luz Magdalena Mojica Rodríguez, Bogotá.

Colombia, Departamento Nacional de Planeación (2009, 09 de Noviembre), "Conpes 3620, Lineamientos de política para el desarrollo e impulso del comercio electrónico en Colombia ", Bogotá.

Colombia, Presidencia de la Republica de Colombia (1993, 02 de Abril), "Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración", en Diario Oficial, núm. 40.820, 02 de Abril de 1993, Bogotá.

Colombia, Presidencia de la Republica de Colombia (1998, 24 de Julio), "Por el cual se dictan algunas disposiciones en materia de Cuenta Única Nacional.", en Diario Oficial, núm. 43.349, 24 de Julio de 1998, Bogotá.

Colombia, Presidencia de la Republica de Colombia (2000, 22 de Febrero), "Por el cual se dictan normas para suprimir y reformar las regulaciones, trámites y procedimientos.", en Diario Oficial, núm. 43.906, 22 de Febrero de 2000, Bogotá.

Colombia, Presidencia de la Republica de Colombia (2005, 04 de Mayo), "Por el cual se someten a inspección, vigilancia y control las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor y se dictan otras disposiciones.", en Diario Oficial, núm. 45900, 06 de Mayo de 2005, Bogotá.

Colombia, Presidencia de la Republica de Colombia (2011, 12 de Diciembre), "Por el cual se adiciona un Título al Libro 1 de la Parte 2 del Decreto 2555 de 2010, con el objeto de promover el acceso y la profundización de los servicios financieros.", en Diario Oficial, núm. 48281, 12 de Diciembre de 2011, Bogotá.

Colombia, Presidencia de la Republica de Colombia (2012, 10 de Enero), "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública", en Diario Oficial, núm. 48308, 10 de Enero de 2012, Bogotá.

Colombia, Superintendencia Financiera (1995), Circular Externa 100 de 1995, adicionado por la Circular Externa 049 de 2006.

Colombia, Superintendencia Financiera (1996), Circular Externa 007 de 1996.

Colombia, Superintendencia Financiera (2006), Concepto número 2006033594-001 de 2006.

Colombia, Superintendencia Financiera (2009), Concepto 2009051225-003 de 2009.

Colombia, Superintendencia Financiera (2010), Concepto 2009096216-00116 de 2010.

Colombia, Superintendencia Financiera (2016), Concepto 2006033594-001 de 2016.

Colombia, Superintendencia financiera, (05 de noviembre de 2011). Radicado interno: 2013047367. Expediente No. 2013-0263. .

Colombia, Superintendencia financiera, (25 de noviembre de 2013). Radicado interno: 2013055994. Expediente No. 2013-0325.

Colombia, Superintendencia financiera, (05 de diciembre de 2013). Radicado interno: 2013044253. Expediente No. 2013-0230.

Colombia, Superintendencia financiera, (10 de diciembre de 2013). Radicado interno: 2013049404. Expediente No.2013-0277.

Colombia, Superintendencia financiera, (10 de diciembre de 2013). Radicado interno: 2013049404. Expediente No. 2013-0277.

Colombia, Superintendencia financiera, (20 de enero de 2014). Radicado interno: 2013069313. Expediente No. 2013-042.

Colombia, Superintendencia financiera, (40 de marzo de 2014). Radicado interno: 2013085460. Expediente No. 2013-0550.

Colombia, Superintendencia financiera, (25 de marzo de 2014). Radicado interno: 2013107878. Expediente No. 2013-0793.

Colombia, Superintendencia financiera, (26 de marzo de 2014). Radicado interno: 2013083232. Expediente No. 2013-0530.

Colombia, Superintendencia financiera, (28 de marzo de 2014). Radicado interno: 2013091250. Expediente No. 2013- 0610.

Colombia, Superintendencia financiera, (29 de abril de 2014). Radicado interno: 2013085264. Expediente No. 2013-0548.

Colombia, Superintendencia financiera, (06 de mayo de 2014). Radicado interno: 2013093766. Expediente No.2013-0639.

Colombia, Superintendencia financiera, (13 de mayo de 2014). Radicado interno: 2013079661. Expediente No. 2013-0491.

Colombia, Superintendencia financiera, (06 de junio de 2014). Radicado interno: 2013109349. Expediente No. 2013-0807.

Colombia, Superintendencia financiera, (19 de junio de 2014). Radicado interno: 2013100573. Expediente No. 2013-0698.

Colombia, Superintendencia financiera, (20 de junio de 2014). Radicado interno: 2013110582. Expediente No. 2013-0815.

Colombia, Superintendencia financiera, (18 de julio de 2014). Radicado interno: 2014004369. Expediente No.2014-0031.

Colombia, Superintendencia financiera, (12 de agosto de 2014). Radicado interno: 2014033105. Expediente No.2014-0317.

Colombia, Superintendencia financiera, (22 de agosto de2014). Radicado interno: 2014032664. Expediente No. 2014-0284.

Colombia, Superintendencia financiera, (03 de octubre de 2014). Radicado interno: 2014055234. Expediente No. 2014-0628.

Colombia, Superintendencia financiera, (07 de octubre de 2014). Radicado interno: 2014002756. Expediente No. 2014-0014.

Colombia, Superintendencia financiera, (16 de octubre de 2014). Radicado interno: 2014039031. Expediente No. 2014-0367.

Colombia, Superintendencia financiera, (24 de octubre de 2014). Radicado interno: 2013099870. Expediente No. 2013-0691.

Colombia, Superintendencia financiera, (18 de noviembre de 2014). Radicado interno: 2014049291. Expediente No. 2014-0524.

Colombia, Superintendencia financiera, (20 de febrero de 2015). Radicado interno: 2014091502. Expediente No. 2014-1083.

Colombia, Superintendencia financiera, (23 de febrero de 2015). Radicado interno: 2014096983. Expediente No. 2014-1152.

Colombia, Superintendencia financiera, (25 de marzo de 2015). Radicado interno: 2014094194. Expediente No. 2014-1126.

Colombia, Superintendencia financiera, (26 de marzo de 2015). Radicado interno: 2014058750. Expediente No. 2014-0669.

Colombia, Superintendencia financiera, (31 de marzo de 2015). Radicado interno: 2014087273. Expediente No. 2014-1030.

Colombia, Superintendencia financiera, (13 de abril de 2015). Radicado interno: 2014100070. Expediente No. 2014-1234.

Colombia, Superintendencia financiera, (16 de abril de 2015). Radicado interno: 2014083686. Expediente No. 2014-0965.

Colombia, Superintendencia financiera, (16 de abril de 2015). Radicado interno: 2014083686. Expediente No. 2014-0965.

Colombia, Superintendencia financiera, (20 de abril de 2015). Radicado interno: 2014078729. Expediente No. 2014-0923.

Colombia, Superintendencia financiera, (13 de mayo de 2015). Radicado interno: 2014098522. Expediente No. 2014-1177.

Colombia, Superintendencia financiera, (21 de mayo de 2015). Radicado interno: 2014087066. Expediente No. 2014-1027.

Colombia, Superintendencia financiera, (01 de junio de 2015). Radicado interno: 2014099367. Expediente No. 2014-1193.

Colombia, Superintendencia financiera, (25 de junio de 2015). Radicado interno: 2014100105. Expediente No. 2014-1238.

Colombia, Superintendencia financiera, (26 de junio de 2015). Radicado interno: 2014097444. Expediente No. 2014-1166.

Colombia, Superintendencia financiera, (07 de julio de 2015). Radicado interno: 2014110586. Expediente No. 2014-1412.

Colombia, Superintendencia financiera, (22 de julio de 2015). Radicado interno: 2014113811. Expediente No. 2014-1470.

Colombia, Superintendencia financiera, (31 de julio de 2015). Radicado interno: 2014114172. Expediente No. 2014-1477.

Colombia, Superintendencia financiera, (04 de agosto de 2015). Radicado interno: 2015003555. Expediente No. 2015 - 0031.

Colombia, Superintendencia financiera, (04 de agosto 2015). Radicado interno: 2015003555. Expediente No. 2015 - 0031.

Colombia, Superintendencia financiera, (11 de septiembre de 2015). Radicado interno: 2015024412. Expediente No. 2015-0379.

Colombia, Superintendencia financiera, (20 de octubre de 2015). Radicado interno: 2015015461. Expediente No. 2015-0229.

Colombia, Superintendencia financiera, (23 de febrero de 2016). Radicado interno: 2015057449. Expediente No. 2015-0791.

Colombia, Superintendencia financiera, (25 de febrero de 2016). Radicado interno: 2015015236. Expediente No. 2015-0220.

Colombia, Superintendencia financiera, (02 de mayo de 2016). Radicado interno: 2015081386. Expediente No. 2015-1372.

Colombia, Superintendencia financiera, (05 de mayo de 2016). Radicado interno: 2015078321. Expediente No. 2015-1339.

Colombia, Superintendencia financiera, (06 de julio de 2016). Radicado interno: 2015126108. Expediente No. 2015-2157.

Colombia, Superintendencia financiera, (27 de julio de 2016). Radicado interno:-. Expediente No. 2015-1832.

Colombia, Superintendencia financiera, (01 de agosto de 2016). Radicado interno: 2016011633. Expediente No. 2016-0154.

Colombia, Superintendencia financiera, (03 de agosto de 2016). Radicado interno: 2015093522. Expediente No. 2015-1578.

Colombia, Superintendencia financiera, (03 de agosto de 2016). Radicado interno: 2015095561. Expediente No. 2015-1618.

Colombia, Superintendencia financiera, (05 de agosto de 2016). Radicado interno: 2015129362. Expediente No. 2015-2209.

Colombia, Superintendencia financiera, (24 de agosto de 2016). Radicado interno: 2015098978. Expediente No. 2015-1596.

Colombia, Superintendencia financiera, (02 de septiembre de 2016). Radicado interno: 2016006802. Expediente No. 2016-0098.

Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal. Seminario 3: El fortalecimiento de las respuestas de prevención del delito y justicia pena frente a las formas de delincuencia en evolución, como la ciberdelincuencia y el tráfico de bienes culturales, incluidas las lecciones aprendidas y la cooperación internacional. Disponible en [https://www.unodc.org/documents/congress/Documentation/A-CONF.222-12_Workshop3/ACONF222_12_s_V1500666.pdf]

Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (2001). *Debida diligencia con la clientela de los bancos*. Disponible en <http://www.bis.org/publ/bcbs85s.pdf>

Córdova, P., Quesada, B., G., Montenegro, F., Uceda, G., & Zegarra, A., (2015). *Planeamiento Estratégico para el Sector Comercio Electrónico en el Perú*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú .

Cuéllar, M., Sani, J., & Silvani, L. (Octubre 23 de 2009). Avances y Desafíos para los Instrumentos Electrónicos en Colombia. *ASOBANCARIA Semana Económica*.

Davara R (2001). *Manual de Derecho Informático*. Navarra: ARANZADI.

Davara, R. (1993). *Derecho informático*. Navarra: ARANZADI.

Del Pino , D. (2008). *Delitos Informáticos: Generalidades*. Ecuador : PUCE.

Delpiazzo, C. (2005). Regulación de las transferencias electrónicas de fondos. *Revista de la Facultad de Derecho UDELAR* , 11-34: [<http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/467/0>]

Díaz, B., Henao, C., Jácome, S., Jaramillo, S., Murillo, R., Osorio, H., y otros. (2014). La inversión de la carga de la prueba en el derecho aeronáutico. Desproporción de la carga de la prueba en el contrato de transporte aéreo de pasajeros, equipaje y mercancías. *Univ. Estud. Bogotá (Colombia)*, 265-302.

Ebers, M. (2016). *Obligaciones, contratos y protección del consumidor en el derecho de la Unión Europea y los estados miembros*. Bogotá : Universidad Libre .

Echebarría, S. (2007). El dinero electrónico: Construcción del régimen jurídico emisor-portador. En R. Mata y Martín , & A. Javato Martín , *Los medios electrónicos de pago: Problemas Jurídicos* (págs. 219-266). Granada: Comares .

Ettore, G. (1997). *Informática y Derecho: Transferencia electrónicas de fondos y autonomía privada* . Argentina : Depalma.

Eugen, R., & Andreea, V. (2015). Electronic money- Payment instrument nowadays. *Knowledge Horizons - Economics*, 7, 47-53: [https://econpapers.repec.org/article/khejournal/v_3a7_3ay_3a2015_3ai_3a3_3ap_3a47-53.htm]

Farina, J. (2014). *Contratos Comerciales modernos*. Buenos Aires - Bogotá: Editorial ASTREA- Universidad de la Sabana.

Fernández , M. (1999). Iniciativas del Estado colombiano frente a los crecientes cambios tecnológicos del sector financiero . En ASOBANCARIA, *Tendencias tecnológicas del sector financiero para el siglo XXI* (págs. 23-47). Bogotá D.C.: ASOBANCARIA.

Flórez, R. (2013). La reversión del pago dentro del contexto del comercio electrónico y sus implicaciones prácticas en el régimen jurídico colombiano. *GECTI 10*: [https://derechoytics.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=143%3AAla-reversion-del-pago-dentro-del-contexto-del-comercio-electronico-y-sus-implicaciones-practicas-en-el-regimen-juridico-colombiano&catid=12%3A10&Itemid=45&lang=es]

García,S. (2006). *Los medios de pago: evolución y responsabilidad de sus emisores, en Estudios jurídicos sobre comercio electrónico*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Cámara de Comercio de Bogotá.

García, M. (28 de Mayo de 2017). 9 de cada 10 pagos en el país se hacen en efectivo. *El tiempo* , pág. 18.

Gómez, A. (2006). *El comercio y las transferencias electrónicas de fondos en México*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Gómez, P., & Gili, S.(2012). *El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: un breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos* . Barcelona : Indret.

Gómez, V., & Ramírez, Z., (2002). *Los sistemas electrónicos de compensación y liquidación de pagos*. Bogotá D.C.: Universidad Javeriana.

Gómez, V., & Ramírez, Z. (2012). *Los sistemas electrónicos de compensación y liquidación de pagos* . Bogotá D.C.: Universidad Javeriana .

González, D. (2000). Sistemas de pagos electrónicos y eficiencia financiera y monetaria . *Boletín del CEMLA*, 144-150: [https://econpapers.repec.org/article/cmlboletn/v_3axlvi_3ay_3a2000_3ai_3a3_3ap_3a144-150.htm]

Group of ten. (1997). *Electronic money: Consumer protection, law enforcement, supervisory and cross broder issues*. Report of the working party on electronic money: [https://www.bis.org/publ/gten01.htm]

Gual, A., & Villalba, C. (2013). *Derecho del Consumo: Problematicas actuales* . Bogotá D.C.: Universidad Santo Tomás- Ibañez.

Guimarães, M. (2007). El pago mediante tarjetas de crédito en el comercio electrónico. Algunos problemas relativas a su naturaleza jurídica; Marco contractual y régimen aplicable desde una perspectiva comparada en los derechos Portugués, Español y Comunitario. En M. Guimãres , *Los medios electrónicos de pago: Problemas jurídicos* (págs. 167-215). Granada: Comares .

Hernández, G. & Ibáñez, G. (2008). *Protección al consumidor financiero en el ordenamiento jurídico colombiano*. Bogotá. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.

Hughes, S. (2013). *Virtual uncertainty: Developments in the Law of electronic payments and financial services*. Indiana: Maurer Faulty.

IBAN. (2017). *International Bank Account Number*. Recuperado el 11 de Octubre de 2017, de [https://es.iban.com/abreviaturas.html]

Illescas, O. (2009). *Derecho de la Contratación electrónica*. Pamplona: CIVITAS.

Informe de Inclusión Financiera en Chile (2016). Disponible en [http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_11243.pdf]

Investopedia. (2017). *Comité de Sistemas de Pago y Liquidación - CPSS*. Recuperado el 27 de Octubre de 2017, de [http://www.investopedia.com/terms/s/settlementrisk.asp]

Jallath, E., & Negrín , J. (2001). Evolución y estructura de los medios de pago distintos al efectivo en México. *Banco de México*: [http://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-discursos/publicaciones/documentos-de-investigacion/banxico/%7B24B03F28-CF5A-2056-D55D-40574D6A5FED%7D.pdf]

Josserand, L. (2009). La evolución de la responsabilidad. En L. Josserand, *Monografías Jurídicas: Del abuso de los derechos y otros ensayos* (págs. 55-81). Bogotá D.C.: TEMIS S.A.

- Krueger, M. (2002). Pagos a través del teléfono móvil: un reto para bancos y organismos de regulación. *The IPTS Report*, 5-12: [<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/pagos-telefono-movil-reto-organismos-145063>]
- Kwashie, K. (2010). *Mobile Payments system: The Challenges to Its Adoption in Ghana and What can be done to make it catch on?* en [<https://air.ashesi.edu.gh/handle/20.500.11988/124>]
- Laguado, G. (1996). Comercio y Dinero electrónico: Dos realidades en tecnología. *Sistemas*.
- López, G. (2007). *Derecho Comercial y Societario*. Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- Lozano, V. (2008). El perfil financiero: una estrategia para detectar el lavado de activos. *Revista Criminalidad* , 43-44: [[file:///C:/Users/Carolyn/Downloads/03elperfil%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Carolyn/Downloads/03elperfil%20(1).pdf)]
- Madrid, P. (2001). Seguridad, pago y entrega en el comercio electrónico. *Revista de derecho mercantil*(241), 1189-1264.
- Manjarrés Bolaño, I. (2012). Caracterización de los delitos informáticos en Colombia. *Pensamiento Americano* , 71-82: [<http://www.coruniamericana.edu.co/publicaciones/ojs/index.php/pensamientoamericano/article/viewFile/126/149>]
- Martínez, G. (2007). Mecanismos de seguridad en el pago electrónico. En R. Mata y Martín , & A. Javato Martín, *Los medios electrónicos de pago; Problemas Jurídicos* (págs. 5-65). Granada : Comares.
- Martínez, N. (2003). *El dinero electrónico: Aproximación jurídica* . Madrid: CIVITAS.
- Marzorati, J. (2003). *Derecho de los negocios internacionales*. Buenos Aires- Bogotá D.C.: Editorial ASTREA.
- Mateo, H. (2005). *El dinero electrónico en internet: Aspectos técnicos y jurídicos*. Granada: Comares.
- México, Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 495/2005. Banco Santander Mexicano, S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Santander Mexicano. 18 de agosto de 2005. Disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/176/176621.pdf>
- Momparler, P. (2008). *El desarrollo de la banca electrónica en España: Un análisis comparativo entre entidades online y tradicionales en España y en Estados Unidos*. Valencia : Universidad de Valencia.

Morales , R. (2012). *Vigilancia de los sistemas de pago en América Latina y el Caribe*. CEMLA: [http://cemla.org/actividades/2012/2012-12-vigilanciasistemasdepago-backgroundnote-sp.pdf]

Mthembu, M. (2010). Electronic Funds Transfer: exploring the difficulties of security. En *Journal of International Commercial Law and Techonlogy*, vol 5, número 4 (2010): [https://media.neliti.com/media/publications/28771-EN-electronic-funds-transfer-exploring-the-difficulties-of-security.pdf]

NACHA. (2017). *The electronic payments association*. Recuperado el 09 de Octubre de 2017, de [https://www.nacha.org/about]

Naciones Unidas. (1994). *Manual de las Naciones Unidas para la Prevención y Control de los Delitos Informáticos*.

Naranjo, M., Blanco, B., Monroy, C., Amador, C., & Pinzón, C. (2013). *El derecho del consumo*. Bogotá D.C.: Universidad Externado .

NTC-ISO/IEC 27001. (2006). *Tecnología de la información, técnicas de seguridad, Sistemas de Gestión de la Seguridad de la Información -SGSI-*. Colombia: INCONTEC.

OAS Staff Federal Credit Union. (2015). *Contrato y declaración de transferencias electrónicas de fondos de 31 de marzo de 2015*, en [https://www.oasfcu.org/_design/documents/transferencias_de_fondos_electronicos.pdf]

Orfei, S. (1999). El comercio electrónico SET. En ASOBANCARIA, *Tendencias tecnológicas del sector financiero para el siglo XXI* (págs. 275-299). Bogotá D.C.: ASOBANCARIA.

Pacifici, E. (2015). *Making paypal pay: Regulation and Its application to alterna ative payment services*. Duke: [https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1272&context=dltr]

Peña, V. (2003). *Compraventa Internacional de Mercancías y Comercio Electrónico*. En Departamento de Derecho de los Negocios , & Universidad Externado de Colombia , *El contrato por medios electrónicos ; Homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963-2003* (págs. 221-245). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Peña, V. (2003). Lex electrónica: ¿Mito o realidad? Perspectiva desde la contratación por medios electrónicos. En *Revista La propiedad inmaterial*, número 7, 2003: [http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/issue/view/126]

Peña, V. (2015). *De la firma manuscrita a las firmas electrónica y digital*. Bogotá D.C.: Universidad Externado .

- Perales, V. (2014). *Derecho Comercial Internacional*. Bogotá: Temis.
- Pérez, L. (2012). *Los Derechos Humanos en la sociedad tecnológica*. España: Editorial Universitas S.A.
- Posada, M. (2012). El delito de transferencia no consentida de activos. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías* , 2-27.
- Quiroz, M., Woolcott, O., Durán, V., Parra, B., & Vargas, E. (2016). *Problemas actuales del Derecho privado y Derecho laboral: Reflexiones y propuestas*. Bogotá D.C.: Universidad Santo Tomás- Ibañez.
- Rico, C. (2000). El pago mediante tarjetas en el comercio electrónico a través de internet . *Contratación Electrónica* , 3-45: [<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/mediante-tarjetas-comercio-electronico-traves-128696>]
- Rico, C.. (2012). *El pago electrónico en internet: Estructura Operativa y Régimen Jurídico*. Pamplona: ARANZADI.
- Rico Carrillo , M. (2012). Los pagarés electrónicos en el Derecho Estadounidense. *GECTI 10*, 2- 25.
- Rincón, C. (2006). *Manual de derecho de comercio electrónico y de internet*. Bogota D.C.: Universidad del Rosario .
- Rincón, C.. (2006). *Contratación electrónica*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Roa, M. (Julio-Septiembre de 2013). Inclusión financiera en América Latina y el Caribe: acceso, uso y calidad. *Boletín del CEMLA*, 121-148: [http://www.cemla.org/PDF/boletin/PUB_BOL_LIX03-01.pdf]
- Rodner S. (1999) *El crédito documentario: La carta de crédito comercial, la carta contingente (Stand-by) y la garantía bancaria independiente*. (Segunda edición). Caracas: Editorial Arte Caracas.
- Rodríguez, Z. (2014). Análisis económico de la responsabilidad bancaria frente a los fraudes electrónicos: El riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional. *Vniversitas*, 285- 314: [<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/10176>]
- Schilze, R., & Stuyck, J. (2014). *Towards a European Contract Law*. Germany: European law publisher: [http://www.beck-shop.de/fachbuch/leseprobe/9783866532014_Excerpt_003.pdf]
- Scotti, L. (2016). *Derecho Internacional Privado: Globalizacion e Internet*. México: Porrúa.

STAFF, O. (2015). *Contrato y declaración de transferencias de fondos electrónicos*. OAS STAFF:

[https://www.oasfcu.org/_design/documents/transferencias_de_fondos_electronicos.pdf]

Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile. (2008). *Circular N° 3.444/21.08.08*.en [http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/norma_7010_3.pdf.]

Superintendencia financiera y Banca de Oportunidades . (2016). *Reporte inclusión financiera 2016*. Bogotá D.C.: Superintendencia financiera de Colombia y Banca de oportunidades .

SWIFT. (2016). *General Terms and Conditions*. SWIFT.

SWIFT. (2017). *The global provider of secure financial messaging services*. Recuperado el 11 de Octubre de 2017, de [<https://www.swift.com/about-us/discover-swift>]

Tamayo, J. (2016). *Responsabilidad por productos defectuosos*. Bogotá D.C.: Legis .

Twiming, W. (2000). *Derecho y Globalización*. Bogotá D.C. : Universidad de los Andes .

Unión Europea, Parlamento Europeo y del Consejo (1987, 08 de Diciembre), Recomendación/87/598/CEE, “Sobre un Código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico”, en Diario Oficial, núm. L 365/72.

Unión Europea, Comisión de las comunidades Europeas (1990, 14 de Febrero), Recomendación 90/ 109/CEE, “sobre la transparencia de las condiciones bancarias en las transacciones financieras transfronterizas”, en Diario Oficial, núm. ° L 67/39.

Unión Europea, Comisión de las comunidades Europeas (1997, 30 de Julio), Recomendación 97/489/CE, “Relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos”, en Diario Oficial, núm. ° L 208/52.

Unión Europea, Parlamento Europeo y del Consejo (1997, 27 de Enero), Directiva 97/05/CE, “Relativa a las transferencias transfronterizas”, en Diario Oficial, núm. L 43/25.

Unión Europea, Parlamento Europeo y del Consejo (2001, 28 de Mayo), Reglamento N. 2560/2001, “Sobre los pagos transfronterizos en euros”, en Diario Oficial, núm. L 344/13.

Unión Europea, Parlamento Europeo y del Consejo (2001, 19 de Diciembre), Decisión marco del Consejo 413/2001, “Sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo”, en Diario Oficial, núm. L 149/1.

Unión Europea, Parlamento Europeo y del Consejo (2006, 15 de Noviembre), Reglamento No 1781/2006, “Relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos”, en Diario Oficial, núm. L 345/1.

Unión Europea, Parlamento Europeo y del Consejo (2007, 13 de Noviembre), Directiva 2007/64/CE, “sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE”, en Diario Oficial, núm. L 319/1.

Unión Europea, Parlamento Europeo y del Consejo (2009, 16 de Septiembre), Directiva 2009/110/CE, “sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE”, en Diario Oficial, núm. L 267/7.

Unión Europea, Parlamento Europeo y del Consejo (2009, 16 de Septiembre), Reglamento No 924/2009, “relativo a los pagos transfronterizos en la Comunidad y por el que se deroga el Reglamento (CE) no 2560/2001”, en Diario Oficial, núm. L 266/11.

Unión Europea, Parlamento Europeo y del Consejo (2012, 14 de Marzo), Reglamento No 260/2012, “por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, y se modifica el Reglamento (CE) no 924/2009”, en Diario Oficial, núm. L. 94/22.

Unión Europea, Parlamento Europeo y del Consejo (2015, 20 de Mayo), Reglamento No 2015/847, “relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1781/2006”, en Diario Oficial, núm. L 141/1

U.S. Congress, (1978, 10 de Noviembre), “EFTA- Electronic Fund Transfer Act, “An Act to extend the authority for the flexible regulation of interest rates on deposits and accounts in depository institutions”, promulgado en 95th United States Congress.

U.S Department of the Treasury. (s.f.). *Financial Crimes Enforcement Network* . Recuperado el 12 de Septiembre de 2017, de Appendix D - Fundamentals of the funds transfer process: https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/Appendix_D.pdf

Urbina Sánchez, E., Acosta Rodríguez, J., Durán Vinazco, R., & Palomares García, J. (2011). *Derecho de los contratos en Colombia: Tendencias Globalizantes*. Bogotá D.C.: Universidad Santo Tomás- Ibañez.

Urbina Sánchez, E., Acosta, J. E., Durán Vinazco, R., & Palomares, J. R. (2012). *Los contratos en la era global*. Bogotá D.C.: Universidad Santo Tomás- Ibañez.

Valderrama, R. (2013). *Perspectivas del Derecho del Consumo* . Bogotá D.C.: Universidad Externado.

Vera, V., & Valadez, T. (2004). La Factura Electrónica y la firma digital en las transacciones comerciales. Requisitos para su reconocimiento y validez en el nuevo Código Fiscal de la Federación. En *Boletín técnico*, número 16 de 2004: [http://www.imef.org.mx/publicaciones/boletinstecnicosorig/BOL_16_04_CTN_EF.PDF]

Weiner , S. (2000). *Una panorámica de los pagos electrónicos en la economía de Estados Unidos* . Boletín de CEMLA.: [https://ideas.repec.org/a/cml/boletn/vxlviy2000i2p92-101.html]

Yüksel , B. (2012). *Facilitating International Trade Between Turkey and China by International Payments Via Electronic Funds Transfer: Problems and Possible solution under the UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers*. Ankara University.

Yong, S. (2012). *Introducción a la responsabilidad pública y privada*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

Zuluaga, C. A. (1999). Experiencias y aplicaciones de la tarjeta inteligente en Colombia. En ASOBANCARIA, *Tendencias tecnológicas del sector financiero para el siglo XXI* (págs. 151- 169). Bogotá D.C.: ASOBANCARIA.