

Carga de la prueba en la responsabilidad civil por actividades financieras por el uso de canales electrónicos en Colombia, una mirada desde Michele Taruffo¹

Beatriz Eugenia Uribe García²

Resumen: En este artículo se evaluará lo atinente al principio de la carga de la prueba en el marco de la responsabilidad civil por actividades financieras derivadas del uso de canales electrónicos, ocupándose de establecer cómo debe aplicarse en el proceso, bajo la perspectiva de la importancia de la verdad y su relación con la carga de la prueba desde la obra de Michele Taruffo. Se partirá del estudio o exposición teórica de una serie de instituciones jurídicas sustanciales y procesales que han servido de marco general para resolver asuntos de responsabilidad civil como el expuesto en esta propuesta, continuando con su análisis de cara a la evolución de las relaciones contractuales con las entidades financieras a través de operaciones electrónicas, relevando lo atinente a la carga de la prueba entre las partes en los litigios que por ello puedan suscitarse. El asunto ha sido abordado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior de Medellín en diversas sentencias desde un enfoque jurídico y probatorio de los casos puestos de presente pero no a un ejercicio investigativo. Asimismo, los estudios a nivel científico han estado enfocados exclusivamente a los riesgos en las operaciones electrónicas y en la necesidad de protección a los consumidores financieros. Se evidencia la importancia y necesidad de abordar las dificultades que en el ámbito procesal plantea la falta de una regulación expresa y especial de cargas probatorias para el caso de una responsabilidad como la ya enunciada, vacío legislativo que ha determinado que sea el juez en cada caso sometido a su conocimiento, quien haga uso de las herramientas hermenéuticas e interpretativas con que cuenta para resolverlos, lo que puede generar decisiones encontradas en la jurisdicción y comprometer la verdad en el proceso.

Palabras clave: responsabilidad civil; canales electrónicos; actividad financiera; carga de la prueba; verdad.

1. Artículo inédito de investigación, resultado del proyecto de investigación denominado "Carga de la prueba en materia de responsabilidad civil por actividades financieras derivadas del uso de canales virtuales en Colombia, desarrollado al interior de la Maestría en derecho procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín.

2. Abogada. Especialista en Responsabilidad Civil Contractual, Extracontractual y del Estado de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana Maestranda en derecho Procesal contemporáneo de la Universidad de Medellín. Juez Trece Civil del Circuito de Oralidad de Medellín. Email: tatizuribe@gmail.com

Burden of proof on civil liability subjects related to financial activities derived from usage of electronic channels in Colombia, an overlook from Michele Taruffo

Beatriz Eugenia Uribe García

Abstract: In this article of theoretical reflection, the burden of proof principle will be evaluated associated with the framework of civil liability due to financial activities derived from the use of virtual channels, focusing on establishing how it should operate from the trustiness perspective and its relation with the burden of proof from Michele Taruffo's research. It will depart from the study, or the theoretical account of a series of legal institutions of the substantial and procedural order, which have served as a conceptual framework to solve civil responsibility affairs as exposed in this proposal, continuing its analysis faced up to contractual relations evolutions with financial entities through electronic operations, highlighting the burden of proof between the parties in litigation that may arise as a result from its reciprocal action. The point of consideration that serves as support of this text has been addressed by the Civil Court of the Supreme Court of Justice and the Superior Tribunal of Medellín at different stages, obeying the positions they're exposed to the legal and probatory analysis of the cases put forward, but not to an investigative exercise. Likewise, the studies carried out at a scientific level have been focused on the risks of electronic operations and the need to protect financial consumers, but they have not dealt with addressing this problem from the procedural standpoint and especially from the probatory framework reviewed under Michele Taruffo's hypothesis. Considering the foregoing, the importance and need to address the problem that in the procedural field raises the lack of an express and special regulation of evidentiary burdens in the case of liability such as the one already stated, a legislative gap that has determined that it is the judge in each case subject to his knowledge, who makes use of the hermeneutic and interpretive tools with which he has to solve them, which can generate contrary decisions in the jurisdiction and compromise the process truth, out the possession of Michele Taruffo's postulates.

Keywords: civil liability; electronic channels of communication; financial activity; the burden of proof

Introducción

El avance acelerado de la tecnología ha marcado la imposición de los medios electrónicos y las operaciones virtuales, entre otros, en el ámbito financiero, impulsando una transformación en la forma actual de entender el alcance de los contratos bancarios (Rodríguez Azuero, S. 2009), en especial de las obligaciones que se originan en su ejecución y, consecuentemente, determinando nuevas dinámicas de cara a la responsabilidad que pueda presentarse por el ejercicio de la actividad financiera por el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

La indagación previa sobre el tema que será objeto de investigación reveló que ha sido abordado desde la perspectiva judicial, en diferentes escenarios Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y Tribunales Superiores de Distritos Judiciales- en diferentes providencias. En el campo científico se halló un estudio denominado: *“Riesgos en las transacciones electrónicas bancarias. Una carga que debe ser asumida por la banca”* (Anaaya Saade, 2012) El estudio de los aspectos que guardan relación con los que aquí se expondrán se hizo desde una perspectiva diametralmente diferente y desde la óptica de la imputación del daño. Sumado a lo anterior, en el ámbito investigativo han sido abordadas algunas de las variables aludidas pero a partir del análisis de las teorías de la responsabilidad estructuradas con sustento en el riesgo y la imputación del daño, (Hernández, 2020), (Tamayo Jaramillo, 2019). asimismo, los demás estudios relacionados con el tema que se hallaron, están encaminados a abordar aspectos tales como los retos que trae para el derecho privado las nuevas tecnologías de la información (Rincón Cárdenas, 2004) o lo relativo a la protección del consumidor financiero, incluyendo temas relativos a fraudes virtuales (Jaramillo Salgado, 2012), pero sin ocuparse del escenario procesal, y específicamente de las cargas probatorias en el marco de la responsabilidad civil que pueda predicarse en las entidades financieras y sus implicaciones frente a la verdad desde la óptica de Michele Taruffo.

Conforme a ello, se propone exponer el marco de referencia teórico que permita identificar de qué modo se ha aplicado lo atinente a la carga de la prueba en la materia objeto de estudio y a partir de ello, de ser necesario, proponer la manera en que debe operar, conforme a las actuales dinámicas del derecho en lo que concierne a la actividad banco-cliente, entre las que se destacan aspectos tales como: la naturaleza de la actividad financiera, la exposición al riesgo derivado de las actividades electrónicas y la calidad especializada de las entidades financieras. Ello, a partir de la hipótesis consistente en que, en materia de responsabilidad civil por actividades financieras derivadas del uso de canales electrónicos en Colombia, no existe

una regulación puntual en relación con la carga de la prueba, cobrando especial trascendencia en este punto la mirada del tratadista Michele Taruffo, en lo que respecta a la verdad y la carga de la prueba.

No puede perderse de vista que el derecho más que lógica es experiencia, debe ser entendido como algo esencial y continuamente mutable y en cuyo cambio los jueces tienen una función protagonista; es ante todo un medio para cumplir ciertos fines sociales, que no debe ser pensado como un fin en sí mismo. Lo relevante son los objetivos de las normas y sus efectos, entendiendo la coincidencia entre unos y otros. Del mismo modo, se explica que la sociedad cambia de manera continua y a mayor velocidad que el derecho, por lo que sus normas y sus instituciones han de ser continuamente adaptados al cambio social. Finalmente, ha de entenderse que los jueces no sólo tratan las normas, sino que también manejan o manipulan los hechos, siendo en este punto donde cobra plena vigencia las ideas del tratadista Michele Taruffo en cuanto a la necesidad de establecer la verdad en el proceso como una forma legítima de resolver de satisfactoriamente los conflictos sociales valiéndose de criterios normativos, alcanzando de este modo los fines del Estado de conformidad con el artículo 2 de la Carta Política relativos a la justicia y la paz social.

Todo ello ha dado lugar a proponer una investigación que buscaba dar respuesta al siguiente interrogante: ¿cómo debe operar la carga de la prueba en materia de responsabilidad civil por actividades financieras derivadas del uso de canales electrónicos en Colombia?, cuya respuesta se pretende abordar en el presente artículo, a través de un estudio teórico y analítico en tres secciones: (i) El marco de la responsabilidad civil en Colombia de manera general y en actividades financieras por fraudes virtuales; (ii) El principio de la carga de la prueba y los postulados de Michele Taruffo (iii) Discusión del alcance de la carga de la prueba en materia de actividades financieras por defraudaciones a través de canales virtuales, una mirada desde Michele Taruffo.

El mencionado análisis permite contextualizar el tema de la responsabilidad civil en general, para seguidamente entrar a mostrar lo concerniente de manera puntual frente a la responsabilidad civil derivada de actividades financieras y, dentro de esta, a su vez, cómo el avance tecnológico ha marcado nuevas dinámicas en las relaciones contractuales y comerciales con los bancos, dando lugar a la aparición de lo que se conoce como banca electrónica, lo que ha dado paso a la aparición de una serie de riesgos que ponen en entre dicho la administración y custodia de los recursos del consumidor financiero, evidenciando potenciales escenarios de responsabilidad civil. Posteriormente se aborda el análisis del alcance del concepto de carga de la prueba en el proceso, tanto de manera general como en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, para posteriormente

conectarlo con los postulados del tratadista italiano Michele Taruffo sobre el significado del *onus probandi* frente al postulado de la verdad en el proceso y la legitimidad de la decisión judicial, pudiendo concluir que ante la ausencia de regulación especial de cargas probatorias para el tema objeto de estudio, y desde la mirada de Taruffo en torno a la carga de la prueba y la verdad, se torna indispensable plantear varias propuestas que permitan superar los impases que esto comporta, dando un verdadero alcance al concepto de acceso a la administración de justicia.

1. Marco de la responsabilidad civil en Colombia de manera general y en actividades financieras por fraudes virtuales

1.1. Aproximación a la responsabilidad civil en Colombia

El concepto de responsabilidad civil tiene como sustento la obligación que tiene toda persona de asumir las consecuencias económicas surgidas en razón de un hecho, acto o conducta; responsabilidad que según provenga del incumplimiento, cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones contenidas en un contrato, convención o acuerdo de voluntades, o del desconocimiento de las obligaciones impuestas por la ley o con ocasión de la comisión de un delito o culpa, se ha clasificado como contractual o extracontractual, respectivamente.

Se puede concluir entonces que la responsabilidad civil es la “obligación de asumir las consecuencias patrimoniales o económicas de un hecho, conducta o acto que ocasiona daño a otro, bien sea en virtud de un acuerdo de voluntades o sea que se dé sin la existencia de vínculo entre los sujetos de la respectiva relación en disputa” (Tamayo Jaramillo, J. 2007). De allí la clasificación de la responsabilidad en civil contractual y extracontractual; pudiéndose decir que en la primera se parte de la existencia de un contrato, convención u acuerdo de voluntades válidamente celebrado en el que las partes o la ley por lo general imponen obligaciones recíprocas; mientras que la segunda se presenta cuando no media ningún negocio jurídico o vínculo obligacional, pero emana la obligación de responder e indemnizar de la ley, una fuente de obligaciones o hecho jurídico.

En el caso de la responsabilidad civil contractual, se insiste, habrá de materializarse para que surja, según se ha aceptado pacíficamente por la jurisprudencia y la doctrina en Colombia: 1. la existencia del respectivo contrato o el acuerdo de voluntades, 2. el incumplimiento o inejecución del contrato causante del perjuicio, cumplimiento defectuoso y 3. que el daño sea

atribuible a quien debía satisfacer la obligación; estos, son presupuestos inexcusables.

En lo que a la carga de la prueba respecta en materia de responsabilidad civil, se tiene que de conformidad con el artículo 2341 del Código Civil, pilar de ésta en la legislación colombiana, quien pretenda una indemnización de perjuicios a razón de un daño sufrido, tiene la carga probatoria de demostrar el hecho intencional o culposo del demandado, el daño sufrido y el nexo de causalidad entre uno y otro. Son premisas aplicables al régimen de responsabilidad contractual, guardando las proporciones, y considerando que, bajo tal supuesto, deberá probarse la existencia del contrato válidamente celebrado entre las partes, su incumplimiento, el daño ocasionado y el nexo entre incumplimiento y daño. Ello encuentra soporte en el artículo 167 del C.G.P. en cuya virtud, por regla, corresponde a la parte probar el supuesto de hecho de la norma cuyo efecto jurídico depreca.

1.2. Responsabilidad contractual en el ámbito de la actividad financiera

El caso de la responsabilidad derivada del ejercicio de operaciones financieras por canales virtuales y electrónicos, así como lo atinente a las cargas probatorias entre las partes de cara a la posible responsabilidad que pueden generarse, no encuentran consagración legal expresa en el derecho colombiano. Es decir, se está ante el fenómeno denominado jurídicamente como vacío legal, lo que constituye una problemática derivada de los cambios sociales y específicamente de los avances tecnológicos a todo nivel. En este punto se destaca que la regulación del derecho comercial se centra en lo atinente a contratos como el de depósito y el de cuenta corriente bancaria, así como lo relativo a las operaciones y funcionamiento de los establecimientos de crédito.

Al margen de lo anterior, es indispensable aludir al contrato como institución que sirve de sustento al tipo de responsabilidad objeto de estudio y para el efecto es medular indicar que, en efecto, en el ámbito patrimonial la autonomía privada se manifiesta principalmente a través de la institución jurídico-económica del contrato, definido legalmente como el “concurso real de las voluntades de dos o más personas” por el cual “una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa” (Código Civil [C.C.], 1887, art.1494 y 1495), o, en términos de la legislación mercantil, “acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial” (Código de Comercio [C.Com], 1971, art. 864), cuya fuerza vinculante, jurídicamente tutelada, garantiza su idoneidad como vehículo de satisfacción de intereses de naturaleza pecuniaria. De ahí que el artículo 1602

del Código Civil establezca que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Es por ello que la institución de la responsabilidad civil cobra importancia como mecanismo tendiente a la protección de los intereses del acreedor contractual que, a pesar de “haber cumplido o haberse allanado a cumplir” las obligaciones a su cargo (art. 1609 C.C.), ha visto frustrada la expectativa jurídica en que su crédito consiste a raíz de la inejecución de la prestación debida por su contraparte contractual. En tal sentido, los postulados contenidos en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio coinciden en preceptuar que, en los contratos bilaterales, en caso de mora o de incumplimiento de lo pactado de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.

Así las cosas, en el ámbito de la actividad financiera perfectamente pueden presentarse escenarios de responsabilidad contractual, pues son varias las modalidades en cuya virtud se puede deprecar un incumplimiento que dé lugar al surgimiento de la misma, como el caso del contrato de cuenta corriente o depósito de ahorros. En efecto, el libro cuarto del Código de Comercio regula los “contratos y obligaciones mercantiles”, dedicando el título XVII a los “contratos bancarios”, entre los cuales están el de cuenta corriente (arts. 1382 a 1392 Código de Comercio) y el de depósito de ahorro (arts. 1396 a 1398 Código de Comercio) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC18614, 2016).

Por su parte el Decreto 663 de 1993,³ compilador de las normas que conforman el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en Colombia, señaló de manera expresa como integrantes de éste a los establecimientos de crédito, de los cuales hacen parte los establecimientos bancarios, que en el artículo 2° se definen como 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”

Al referirse a las relaciones contractuales a las que se ha hecho alusión y que pueden darse en el ámbito financiero, la Sala Civil del Corte Suprema de Justicia explicó que:

3. Modificado por el Decreto Nacional 2359 de 1993, Modificado por el Decreto Nacional 1577 de 2002, Modificado por los Decretos Nacionales 206, 288 de 2004.

En ambos contratos, la institución bancaria no solo tiene la obligación de custodia de los dineros recibidos del depositante, sino de garantizar la seguridad de los servicios que ofrece y de las operaciones que permite realizar en relación con tales depósitos, labores en las que, como las demás inherentes a su actividad, debe obrar con la diligencia propia de un profesional, de tal forma que el sector no pierda la confianza del público (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC18614, 2016).

Interesa, además, conocer que la banca ha tenido que marchar al ritmo del avance tecnológico, lo que ha dado lugar a que se hayan incorporado diferentes tipos de actividades y mecanismos tendientes a dinamizar y agilizar las operaciones bancarias, destacándose los referentes a la modernización de la distribución de productos y servicios financieros, dando lugar a pasar 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 y aplicaciones para dispositivos móviles.

Con relación a los canales electrónicos, en efecto, la tecnología y las comunicaciones han invadido varias esferas de la vida, y por supuesto, la financiera, porque no puede olvidarse que el comercio por su naturaleza y finalidad demanda agilidad; la cual a la fecha está innegablemente atada a los avances tecnológicos y, por ende, a los diversos canales electrónicos que se han ido desarrollando y aceptando en la práctica mercantil para hacer las operaciones financieras más ágiles y sencillas.

Surge entonces el concepto de banca electrónica basado en el cambio de paradigma de las oficinas físicas y las transacciones en papel para sustituirlo por el intercambio de datos a través de impulsos electrónicos de diversa índole, lo que consigo trae la necesidad de aplicar una serie de herramientas de carácter tecnológico con el fin de su implementación, aun sus evidentes riesgos. De este modo, la banca ha tenido que adaptarse al cambio, modificando sus sistemas operativos y garantizando acceso directo en línea para obtener información y realizar transacciones financieras de diferente índole, tales como: servicios de caja o sistema de pagos, obtención de crédito, transferencias, retiros en cajeros electrónicos, utilización tarjetas débito (datáfonos y operaciones en línea), tarjetas inteligentes y tarjetas de crédito, por solo citar algunos.

Tal realidad, se ve incluso reflejada en la Carta Política, que en su artículo 71 dispone que:

La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para

personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 71).

A su turno, el legislador, en ejercicio de su libertad configurativa, ha venido consagrando una serie de normas relativas a la materia, así como la Ley 527 de 1999, por medio de la cual se definió y reglamentó el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, la que en su artículo 2 consagró, avanzando hacia la consagración de conceptos tales como el de mensaje de datos, comercio electrónico y firma digital.

Bajo la misma línea creó la Ley 1273 de 2009 - ley de delitos informáticos, la ley 1328 de 2009, régimen de protección del consumidor financiero, ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor; artículos 53 a 57, 59 y 63 del Código Contencioso Administrativo; artículos 243 y 247 del Código General del Proceso, artículos 15 y 16 de la Ley 1676 de 2013.

Debe destacarse en este punto que, aunque es innegable la importancia de la implantación de tecnologías para la ejecución de operaciones financieras de diversa índole y con ellas del comercio electrónico, esto implica una serie de riesgos inherentes no solo a la actividad bancaria, sino al uso de los sistemas tecnológicos; riesgos entre los que se destacan los atinentes a la seguridad en línea, que puede incluir “ataques internos como externos, así como indebida utilización del sistema de computación del banco” (Maruchi, 1999). Es que el internet por sí es inseguro, se trata de una red pública de acceso libre y disponible incluso a ciber criminales que bien pueden “transferir fondos de una cuenta a otra, realizar compras no autorizadas, así como obtener dinero de terceras personas” (Maruchi, 1999, p. 233) Se trata, entonces, de un volumen inmenso de datos que viajan y constantemente se transfieren por la red, que continuamente se encuentran expuestos a ser leídos y manipulados por terceras personas, dando lugar a escenarios en el que se pueda deprecar de manera eventual el incumplimiento de la obligación de seguridad y custodia de los recursos por parte de las entidades financieras.

Otro de los escenarios planteados, se presenta por ejemplo cuando son burlados los mecanismos de identificación o autenticación de datos de los clientes, pues es innegable que bajo las nuevas dinámicas de relaciones comerciales y puntualmente financieras, deben existir unos protocolos de autenticación tendientes a “verificar la identidad [del] cliente, entidad o usuario», mediante «algo que se sabe [como las claves personales], algo que se tiene [como los tokens], algo que se es [la biometría]” (Banco de la República, DG-T-294, 2021). Bajo esa perspectiva, bien pueden presentarse la interceptación de los datos fuere por canales electrónicos como cajeros

automáticos o datáfonos, “al extraerla de las bandas magnéticas de las tarjetas débito o de crédito, o del chip de la tarjeta inteligente, incorporando mecanismos detectores en cajeros electrónicos y datafonos” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC18614, 2016), ora por medio de canales virtuales dando pie a otra serie de modalidades de fraude.

En punto de los canales virtuales que vienen de mencionarse, se presentan modalidades tales como; el Phishing; misma “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” (Arias, A., 2014) ésta se destaca por lograr acceder a los datos de autenticación del cliente por distintos medios tales como: “ataques al servidor DNS, las URL falsas, los formularios HTML falsos en correos electrónicos, vishing y por mensajería instantánea” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC18614, 2016).

Situaciones como las que vienen de plantearse, dan paso al escenario procesal de reclamación de la correspondiente indemnización de perjuicios, en cuyo marco se plantea la problemática que es objeto de análisis en este escrito, de cara al alcance de la carga de la prueba, porque es innegable que a la postre quien crea el riesgo y obtiene el mayor lucro de la actividad no es precisamente el cliente, sino quien adapta su funcionamiento a estas nuevas herramientas tecnológicas, los que, por demás, cuentan con los programas y herramientas para su marcha, amén del acceso y custodia de toda la información relativa al manejo de las correspondientes operaciones y programas técnicos y especializados.

2. El principio de la carga de la prueba y los postulados de Michele Taruffo

2.1 Teoría general de la carga de la prueba

La carga de la prueba se ha considerado por la doctrina como un principio fundamental en el proceso y de especial relevancia en el civil (Devis Echandia, H., 2022), en tanto le permite al juez proferir una decisión de fondo ante la falta de prueba y, en tal virtud, ha sido entendida como:

Una regla de juicio dirigida al juez, que le señala el modo de decidir en el fondo cuando falta la prueba de los hechos que fundamentan las pretensiones y excepciones en cada proceso; regla que no pertenece al sistema de la prueba o tarifa legales, sino al derecho procesal. Pero simultánea e indirectamente, dicha regla determina qué hechos debe probar cada parte para no resultar perjudicada cuando el juez la aplique ... (Devis Echandia, H., 2022, p. 405).

A partir de la referida noción se ha concebido que comprende, de un lado,

una regla de juicio específicamente dirigida al juez para señalarle cómo tomar la decisión, esto es, con sustento en las pruebas allegadas por las partes o partiendo de las consecuencias que comportan las ausencias probatorias para cada una de ellas, para en todo caso evitar fallos Non Liquiet (Devis Echandia, H., 2022, p. 405) o sentencias inhibitorias; y, de otro, como una regla de conducta dirigida puntualmente a las partes de cara a indicarles cuáles son los hechos que particularmente les corresponde probar so pena de asumir las consecuencias legales de una omisión en tal sentido.

De esa manera, se crea una regla que resulta trascendental para la función jurisdiccional, seguridad jurídica, garantía de sentencia de mérito y, con ella, el derecho el acceso a la administración de justicia y garantía del debido proceso, constituyéndose en columna vertebral del proceso. Aquella guarda íntima conexión con el principio de la necesidad de la prueba, como pilar de la decisión judicial, la cual ha de estar ineludiblemente fincada en pruebas oportuna y legalmente allegadas al proceso y previa valoración de las mismas a la luz de las reglas que para el efecto están concebidas.

2.2 La carga de la prueba en la legislación colombiana.

Aterrizando los conceptos enunciados en el numeral anterior al escenario local, se tiene que en lo que a la carga de la prueba respecta, por regla, corresponde a quien invoca el efecto de una norma, probar el supuesto de hecho que la misma comporta, convirtiéndose aquella máxima del derecho en una pauta para el juez y las partes procesales, tendiente a establecer cuál de estas últimas es la llamada a asumir la falta de acreditación de los hechos y afirmaciones, según sea el caso. El Código Civil en su artículo 1757 dispone que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”, mientras que el Código General del Proceso, a su turno especifica en su artículo 167 que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, reproduciendo en igual sentido lo que frente al particular consagraba el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

La Corte Constitucional Colombiana ha acogido este criterio sobre la carga de la prueba al destacar la importancia de probar en el marco procesal, pues resulta determinante para la litis la función de la prueba y así lo reconoce al indicar que:

Probar indica una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio. Lo que se prueba es una afirmación; cuando se habla de probar un hecho, ocurre así por el acostumbrado cambio entre la afirmación y el hecho afirmado. Como los medios para la verificación son las razones, esta actividad se

resuelve en la aportación de razones.

Prueba, como sustantivo de probar, es, pues, el procedimiento dirigido a tal verificación. Pero las razones no pueden estar montadas en el aire; en efecto, el raciocinio no actúa sino partiendo de un dato sensible, que constituye el fundamento de la razón. En lenguaje figurado, también estos fundamentos se llaman pruebas; en este segundo significado, prueba no es un procedimiento, sino un *quid sensible* en cuanto sirve para fundamentar una razón (Corte Constitucional. Sentencia C-202. 2005)

2.3 La carga de la prueba y la verdad bajo la perspectiva de Michele Taruffo

A lo largo de su vasta obra, el profesor Taruffo se ha ocupado de diversos e importantes aspectos de relevancia procesal. Entre ellos, con especial ahínco y como columna vertebral de sus disertaciones procesales y filosóficas, lo relativo a la verdad y al proceso. En sentir del referido tratadista solo puede hablarse de una decisión del proceso de manera justa, a través de una aplicación correcta del principio de legalidad, que en contexto de la decisión judicial implica la correcta impartición del derecho por parte del juez, siendo condición de ello, establecer qué ocurrió de verdad, a efectos de predicar una decisión justa (Taruffo, M. 2017).

Según el autor en estudio:

La averiguación de la verdad de los hechos es condición necesaria para la justicia de la decisión. Esta afirmación parece fundada, simplemente si se tiene en cuenta que ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en una averiguación falsa o errónea de los hechos relevantes: la aplicación correcta de la norma de derecho presupone que haya ocurrido el hecho indicado en la prótasis (o en el frástico) de la norma (la *abstrakte Tabestand* de la doctrina alemana), y que la misma norma identifique como condición necesaria para que se den, en el caso específico, los efectos jurídicos que la misma disciplina (...) que los hechos no sean establecidos de manera verdadera, basta para que la decisión sea injusta, aunque el proceso se haya desarrollado correctamente y la norma de derecho haya sido interpretada válidamente (Taruffo, M. 2013, pp. 13-14).

Ahora bien, en el marco de establecer la verdad de los hechos, toma un papel determinante la prueba y con ella las cargas probatorias y su distribución, pues “la función de la prueba se cumple típicamente dando al juez los elementos cognoscitivos con base en los cuales hace falta determinar el grado de confirmación lógica de los enunciados de hecho” (Taruffo, M. 2013, p. 47).

Siguiendo este postulado y específicamente lo que a la carga de la prueba concierne, es innegable, como lo expone el autor que ocupa estas líneas, que no siempre las partes tienen todas las pruebas relevantes, dando lugar a un problema clásico de los poderes probatorios del juez, mismo que debe ser

evaluado a la luz de cada sistema jurídico, siendo del caso resaltar que varios de ellos, incluyendo el colombiano, le otorgan al fallador poder de ordenar de oficio la práctica de la prueba en pro de la búsqueda de la verdad. Con todo, la mera facultad de decreto oficioso de pruebas no siempre resulta suficiente para superar el problema que comporta la ausencia de prueba, lo que le da cabida a otro asunto controversial, cual es la carga de la prueba y su distribución entre las partes, la que cobra puntual trascendencia ante las hipótesis en las cuales no se tiene al alcance las pruebas relevantes, aun habiéndose ejercido los poderes oficiosos en dicha materia por parte del juez, pues en todo caso y como garantía del acceso a la administración de justicia y el debido proceso, ha de descartarse una decisión de *non liquet*.

Así lo reconoce el tratadista Taruffo al indicar que:

Una cuestión muy distinta, de carácter jurídico y epistemológico, es la referida a la forma en que la ley procesal regula las modalidades de decisión en el caso en que la falta de pruebas deja incierta la hipótesis sobre el hecho. En rigor, la situación de incertidumbre debería llevar a una decisión de *non liquet*, pero son conocidas las razones por las que los ordenamientos modernos tienden a excluir esta posibilidad. Entran entonces en juego las reglas de la carga de la prueba, que permiten en cualquier caso tomar una decisión en el supuesto incertidumbre sobre el hecho, subjetivizando las consecuencias de la incertidumbre (Taruffo, M. 2005, p. 247).

Bajo esta línea de estudio, el tratadista destaca que la regla general sobre la carga de la prueba tiene una evidente función epistémica: “apunta ante todo a imponer a quien haya alegado un hecho la carga de demostrar con pruebas que ese hecho ocurrió verdaderamente” (Taruffo, M. 2010, p. 256).

Con todo, la aplicación del *onus probandi* se ha tornado en un aspecto cuando menos problemático o controversial, según es reconocido por el autor en estudio, pues no en pocas ocasiones reclama reservas o excepciones de cara a la garantía de la tutela judicial efectiva, considerando que son numerosos los casos en los que, como el que da lugar al problema jurídico objeto de estudio, la aplicación estricta de este principio “llevaría con toda probabilidad, a que fueran derrotados los sujetos que, sin embargo, se supone que son los titulares de los derechos, a causa de las dificultades o de la imposibilidad de probar el fundamento fáctico” (Taruffo, M. 2010, p. 258).

Las excepciones a la aplicación de las reglas de la carga de la prueba, las cuales determinan la decisión final, son cuestionadas por Taruffo en tanto a si favorecen o se oponen a la verdad de los hechos, porque esa variación de las cargas probatorias obedece a distintas modalidades, que pueden resultar cuestionables y a las que se hará alusión de manera puntual en el acápite subsiguiente por su trascendencia para la discusión jurídica que aquí se plantea.

3) Discusión del alcance de la carga de la prueba en materia de actividades financieras por defraudaciones a través de canales virtuales

Como fuera enunciado, al evaluar las normas que regulan los contratos bancarios, como el caso de las distintas modalidades de depósito, así como el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los mismos, específicamente en el caso de fraudes por operaciones electrónicas, se presenta un problema tendiente a establecer las reglas probatorias en materia de la responsabilidad de los bancos, y específicamente en punto del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Se encuentra que la primera de las dificultades está enmarcada dentro del alcance del incumplimiento contractual, pues no es pacífico ni surge con claridad la inobservancia de sus obligaciones contractuales por parte de los establecimientos financieros, cuando quiera que se presentan hipótesis de fraude financiero, dado los diferentes factores externos que pueden confluír en los mismos o incluso la imputación de las mismas a la falta de cuidado de los propios clientes con sus datos personales.

En segundo lugar, se encuentra lo atinente al sistema probatorio o cargas probatorias en el ámbito de la responsabilidad civil bancaria o financiera, esto, en tanto no es claro cómo están distribuidas las cargas probatorias entre demandante y demandado en estos eventos, pues en principio no emerge con nitidez si ha de estarse al sistema general de culpa probada, donde es el demandante quien debe desplegar la mayor actividad probatoria, o se ha consolidado algún otro criterio que permita invertir o morigerar las cargas probatorias favor del extremo activo. Lo cierto, es que no existe una regulación legal para este tipo de hipótesis en particular, lo que quiere decir que se está ante un vacío legislativo, al margen de las construcciones jurisprudenciales que hayan podido erigirse sobre la materia, con sustento en diversos criterios y fuentes de imputación del daño.

En este punto cobra relevancia lo analizado por el tratadista Michele Taruffo en cuanto a que la carga de la prueba, en sí, representa un problema, pues enmarca aspectos trascendentales para definir la litis. De este modo plantea que no se trata solo de la carga de probar per se, sino que, ésta también implica la de alegar un cierto hecho que es el que deberá ser probado, siendo cuestiones con consecuencias diferentes, en la medida que la primera – alegar un hecho, guarda íntima conexión con la titularidad de la relación sustancial, al paso que la segunda -probar-, es una cuestión de carácter eminentemente procesal.

Así, resulta indispensable acudir al supuesto de carácter sustantivo con el fin de determinar la correlativa carga probatoria de las partes como criterio

para determinar las consecuencias jurídicas; aspecto que en los eventos que son objeto de análisis resulta problemático, dando lugar, entre otros matices, a plantear el problema de la investigación que sirvió de sustento a este artículo.

Como quiera entonces que no existe una regulación puntual para el caso de una especie de responsabilidad civil como la analizada y por consiguiente se echan de menos reglas claras y puntuales para los sujetos procesales de cara a las cargas probatorias de los extremos litigiosos, al alegar un hecho dañoso como fuente de la obligación indemnizatoria, obligatoriamente ha de acudir al sustento legal o supuesto sustantivo de la misma, que de paso determina el *onus probandi*.

En ese orden de ideas y como se dejara expresado con suficiencia en el numeral 1.1 de este artículo, el marco normativo de índole sustancial que sirve de referente viene dado por el artículo 2341 del Estatuto Civil, que consagra los elementos estructurales de la responsabilidad civil en Colombia como fuente de indemnización de perjuicios, el que igualmente sirve de sustento a los asuntos que implican el incumplimiento de obligaciones en el marco contractual; casos en los que, como se indicara en el mencionado aparte, deviene indispensable al demandante probarse la existencia del contrato válidamente celebrado entre las partes, su incumplimiento, el daño ocasionado y el nexo entre incumplimiento y daño.

Ahora bien, el *onus probandi* en los términos así descritos puede resultar desproporcionado, dada la naturaleza de la actividad financiera y la falta de igualdad entre quienes participan de contratos de esa índole, es innegable que no empee estar bajo el marco de una actividad contractual de derecho privado, desde ninguna perspectiva se puede hablar de igualdad de las partes en estricto sentido, dado que no son equiparables la actividad de las entidades financieras con la de sus clientes. Por demás, el manejo de los medios tecnológicos, necesarios para la operación de canales virtuales, tampoco se plantea en equidad de condiciones, porque si bien es innegable que las dinámicas sociales y mercantiles han marcado la inminente necesidad de la aplicación de medios tecnológicos a la mayoría de aspectos de la cotidianidad, dentro de los que por obvias razones se destacan los financieros y comerciales, es evidente que son los bancos y en general las entidades financieras quienes cuentan con los recursos tecnológicos propios para el manejo y dominio de la actividad, en contra posición con el cliente o consumidor financiero. Por ello, resultaría cuando menos desproporcionado exigir que sea la parte débil de la relación, quien asuma la carga probatoria en los términos de la norma mencionada.

En esos términos, resulta determinante entender igualmente en este punto, que los bancos se erigen en profesionales participantes del mercado en

razón de unas calidades específicas, que operan bajo la siguiente lógica:

Se trata de:

Instituciones intermediarias de crédito, en su actividad comercial ejecutan operaciones, asumiendo los riesgos inherentes a la organización y ejecución de sus distintos servicios, como el de caja, visación, captación masiva de dineros del público, situándolos en poder de quienes los requieren para el cumplimiento de actividades económicas o la satisfacción de necesidades inmediatas. Ciertamente también, que por estos servicios reciben una remuneración, en todos los casos, mediante el pago del manejo de cuentas, el uso de tarjetas débito y crédito, consultas y transacciones telefónicas o por internet, extractos, el pago por sobregiros, el uso de cajeros propios y de otras entidades financieras, pago de talonarios, pago de intereses a quien deposita tales dineros en la entidad bancaria o, mediante el cobro de los mismos a quienes los utilizan por adquirirlos en virtud de un crédito y demás operaciones internas. (Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, 2009).

Permitiría concluir lo anterior, que el ejercicio y provecho de la actividad financiera y el control de los medios tecnológicos para la operación de su actividad, sumados a la confianza pública depositada en las instituciones bancarias por sus clientes, reclaman de ellas unos deberes especiales de diligencia, con mayor razón, cuando se trata del uso de canales electrónicos para transacciones e igualmente unas exigencias probatorias mayores en el escenario procesal cuando quiera que se ha ejercido el derecho de acción ante la jurisdicción con el fin de procurar una indemnización de perjuicios.

En atención a lo que viene de referirse, puede indicarse que la ausencia de consagraciones legales puntuales para la especie de responsabilidad civil objeto de análisis y sus consecuentes matices, dejan al juez que está encargado de resolver una pretensión de tal naturaleza a dar aplicación a las reglas de la carga de la prueba de manera general o, en su defecto, a acudir a normas de orden constitucional y herramientas procesales diversas como al carga dinámica de la prueba para resolver el asunto, lo que sin duda puede prestarse a diversas interpretaciones y, de paso, a decisiones encontradas que bien podrían atentar contra los principios de la confianza legítima y la seguridad jurídica. Amén de ello, tales circunstancias pueden presentar un evidente problema frente a la verdad en el proceso, bajo los lineamientos del tratadista Taruffo, quien se ocupó de analizar detenidamente casos como este.

En efecto Michele Taruffo en su obra *Simplemente la verdad: el Juez y la construcción de los hechos*, aborda con detalle el estudio de este aspecto, contribuyendo a evidenciar de manera clara la problemática que es objeto de análisis, de este modo, confirmando la situación que viene de describirse, se permite explicar como en los ordenamientos del *civil law* si bien se admite como válida la regla de *onus probandi*, en no pocas ocasiones se acaba cediendo ante diversas circunstancias que bien pueden ser tomadas como excepciones y que terminan por afectar la distribución originaria de la carga de

la prueba, ello, generalmente en procura de facilitar:

La tutela de los derechos que son considerados como particularmente débiles, y que se encontrarían en graves dificultades -o incluso en imposibilidad- de proporcionar la prueba sobre los hechos en que se fundan sus pretensiones, otras veces se plantea la necesidad de hacer que proporcione una prueba la parte que está en posesión de ella o que puede conseguirla más fácilmente; otras veces se advierte la necesidad de reequilibrar -en el interior del proceso- situaciones caracterizadas por la existencia de una diferencia significativa de posibilidades de defensa de las partes (Taruffo, M. 2010, p. 258).

Esta variación intencional de la carga de la prueba en determinados eventos, que para el caso del ordenamiento colombiano se traduce en un deber del juez, de cara a la garantía de la máxima constitucional de la igualdad y el acatamiento de los postulados del artículo 42 numeral 2 del C.G.P, en tanto al hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, bien puede ver comprometido el postulado de la verdad y así lo plantea el tratadista en estudio al explicar que la asignación de cargas probatorias entre las partes tiene como función determinar el resultado de la contienda jurídica, pues quien no pruebe el hecho alegado, será el derrotado, como del mismo modo se presenta en el caso de las excepciones a la regla, bajo el cual se hace una nueva asignación de cargas probatorias, con las mismas consecuencias para el caso de que se omita su cumplimiento. Es precisamente en este punto donde Taruffo plantea:

En todo caso, dado que las excepciones a la regla general determinan directamente la decisión final, tiene sentido preguntarse si estas favorecen o bien se oponen a la determinación de la verdad de los hechos, teniendo presente que la alteración de las cargas probatorias se realiza predominantemente bajo dos modalidades diversas (Taruffo, M. 2010, p. 259)

Adentrándose en esas dos modalidades, expone en primer lugar que en algunas oportunidades es el legislador quien interviene para realizar consagraciones legales en cuanto a presunciones de ciertos hechos, imponiendo a la otra parte el deber de desvirtuarlas, como para el caso colombiano ocurre con la responsabilidad civil derivada del ejercicio de actividades peligrosas, para solo citar un ejemplo. De este modo, es el mismo ordenamiento jurídico el que impone al fallador tener por cierto un determinado hecho, sin que exista prueba respecto del mismo, deviniendo en vinculante para la decisión de mérito si no se demuestra lo contrario por el otro extremo litigioso. Para Taruffo esta primera posibilidad no está encausada a materializar la verdad, de hecho, la considera contra epistémica "(...)" en la medida que pretende evitar que se pruebe el hecho presumido" (Taruffo, M. 2010, p. 260), considerando a la postre que es un asunto que se ubica en el plano de la "política del derecho sustantivo" (Taruffo, M. 2010, p. 261), relevando al juez a simplemente ejecutar elecciones políticas determinadas

antes y por fuera del proceso.

El segundo escenario planteado por el tratadista italiano es el que se presenta cuando le corresponde la juez la distribución de la carga de la prueba; escenario en el cual plantea que se presentan a su vez varias hipótesis con sus correspondientes implicaciones y consecuencias. Preliminarmente, expone el caso en el que esté regulada jurídicamente la posibilidad de alteración de las cargas probatorias, reconociendo y legitimando el poder discrecional del juez, delimitando su campo de aplicación; como ejemplo, cita la ley de enjuiciamiento civil española. Luego, se refiere a los ordenamientos que en exclusivo regulan las reglas generales del *onus probandi* sin otorgar al juez el poder discrecional de asignar las cargas de manera diversa, ejemplificando el ordenamiento jurídico italiano. Finalmente, alude a los ordenamientos donde se permite que el juez que caso a caso manipule esa distribución de cargas probatorias entre las partes, en atención a diversos criterios, ejemplificando para estos eventos al ordenamiento jurídico alemán e identificando esta opción con la llamada carga dinámica de la prueba, que sería puntualmente la que aplicaría para el caso colombiano de conformidad con las disposiciones del inciso 2 del artículo 167 del C.G.P.⁴

En todo caso, este conjunto de hipótesis de manipulaciones probatorias es fuertemente criticado por el profesor Taruffo con independencia de su génesis y finalidad, exponiendo al respecto:

Con todo, justificaciones como esta parecen bastante débiles. Por una parte, suponer que corresponde al juez una especie de poder general de manipular las posiciones probatorias de las partes en favor de la parte que el juez considere que merece gana el caso, en razón de sus cualidades subjetivas, significa atribuir al juez un poder equitativo (o judicialista) muy amplio, que no se concilia adecuadamente con la debida imparcialidad del juez con respecto a las partes. Una cosa es que sea el legislador -sobre la base de opciones de política jurídica que siempre pueden ser discutidas, pero que al menos tienen la ventaja de ser expresas y de ser formuladas en términos generales -quien modifique a través de presunciones la distribución de las cargas probatorias entre las partes, mientras algo muy diferente sucede cuando quien lo hace es el juez, sobre la base de sus preferencias subjetivas respecto de la solución justa de la controversia del caso concreto.

También es débil la justificación que se funda en la mayor proximidad de una parte a u medio de prueba y, por tanto en la necesidad de facilitar la aportación de esa prueba al proceso. Este argumento podría parecer epistémicamente válido, pues apunta a favorecer la adquisición de la prueba en el

4. 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.

juicio. Esta incrementaría efectivamente la posibilidad de que la decisión final sobre el hecho se funde en la prueba más que en la falta de prueba, pero este fin se perseguiría de un modo errado y excesivo. (Taruffo, M. 2010, p. 263).

Visto esto, podría resultar paradójica la postura de Taruffo de cara a la verdad, porque si bien critica por antiespistémica la consagración de presunciones, termina dándole mayor fuerza que a la postura de la discrecionalidad judicial, no empece considerarla epistémica o pro verdad, sin embargo, es claro que para el autor el fin de la verdad no justifica los medios para conseguirla, pues no de otro modo puede leerse que al método de distribución de cargas por parte del juez como errado y excesivo.

Partiendo de los postulados que vienen de analizarse y aunque el ordenamiento jurídico colombiano consagra la regla de la carga dinámica de la prueba, la que podría considerarse como una efectiva salida al problema de la falta de consagración legal de cargas probatorias especiales para la responsabilidad por actividad financiera derivada de fraudes a través de canales electrónicos, se comparte con Taruffo que este privilegia la discrecionalidad y subjetividad no obstante pueda representar la verdad de los hechos alegados que es lo que se busca finalmente. No obstante, puede verse en entredicho la seguridad jurídica, como que resultaría ser cada caso concreto y las disposiciones subjetivas del juez respecto del mismo las que finalmente determinen la aplicación de la carga de la prueba para cada uno de ellos.

Una situación como la descrita reclama que se acuda a criterios objetivos que más que servir de herramienta para una determinada interpretación en un caso puntual, sirvan de inspiración, incluso para elevar una propuesta legislativa, tendiente a regular de manera clara la materia pudiendo superar los escollos que se han enunciado ya. Es por esto que se comparte la opción de una consagración legislativa a partir de un sistema de presunciones.

En atención a lo anterior, puede pensarse válidamente que se podría avanzar hasta el punto de establecer en casos de responsabilidad como los que ocupan estas líneas, que opere una inversión de la carga de la prueba en favor del consumidor financiero que ha sido víctima de un fraude por medios electrónicos, quien estaría relevado de determinar el elemento subjetivo en el incumplimiento de las obligaciones por parte del banco, debiendo asumir este último la carga de acreditar su diligencia y cuidado en el cumplimiento de sus deberes. Ésta sería una manera de equilibrar las cargas contractuales entre quienes participan del contrato sin estar en igualdad de condiciones, porque no se puede perder de vista que el banco es y será, según lo que ya se ha analizado en este estudio, la parte fuerte de la relación contractual y quien, por demás, crea el riesgo de fraude al establecer canales virtuales para operaciones financieras, sumado a que controla todo el ejercicio tecnológico, contando con

toda la información sobre el particular.

Finalmente, no quiere dejar de exponerse la solución que para casos como el presente propone el propio profesor Taruffo, la que es diversa a las que vienen de esgrimirse, y aunque en esencia ajenas al *civil law*, como sistema jurídico al que se encuentra adscrito ordenamiento colombiano, no puede dejar de ser presentada de cara a superar la problemática planteada en estas líneas, pues eventualmente podría ser considerada bajo una consagración legal clara, como diáfananamente lo propone el tratadista en los siguientes términos:

No es necesario manipular las cargas probatorias: es suficiente prever una obligación de *disclosure*,⁵ adecuadamente sancionada en virtud de la cual cada parte deba producir todas las pruebas relevantes que posea o que estén disponibles, comprendidas las pruebas que producirían efectos desfavorables hacia ella. Si se trata de lograr que una parte pueda utilizar las pruebas que están disponibles para la otra parte, tampoco es necesario intervenir en la distribución de las cargas probatorias: sería suficiente – y más correcto – prever un orden de exhibición, efectiva y adecuadamente sancionada, que impusiera a la parte que dispone de la prueba que sería útil a la otra parte aportarla a juicio (Taruffo, M. 2010, p. 263).

Conclusiones

El presente artículo tuvo como propósito presentar un análisis de las implicaciones de la falta de regulación de la responsabilidad civil por fraudes financieros derivados de canales electrónicos en Colombia, y concretamente del principio de la carga de la prueba en esa materia, en concordancia con los postulados sobre la verdad en el proceso desde la óptica de Michele Taruffo. Así, pudo evidenciarse que dadas las nuevas dinámicas de las relaciones comerciales, específicamente en el área financiera y el vertiginoso avance tecnológico en la prestaciones de los servicios financieros no existe una regulación expresa en lo que concierne al derecho aplicable y carga de la prueba en relación con los fraudes que por el empleo de dichos medios puedan presentarse, lo que termina determinando que sea el juez en cada caso quien determine cuál es el derecho aplicar, y de paso cómo operará la carga de la prueba, evidenciando los serios compromisos que una postura como esta puede conllevar de cara a la seguridad jurídica, la confianza legítima, el debido proceso y al postulado de la verdad desde la perspectiva de Michele Taruffo, por lo que pasa a evidenciarse la necesidad de una nueva regulación normativa sobre el particular a través de un sistema de presunciones para inversión o morigeración de carga de la prueba o, en su defecto, se expone la solución que para casos semejantes plantea Michel Taruffo, consistente en la consagración

5. *Divulgación*

TEMAS PROCESALES 37

Carga de la prueba en la responsabilidad civil por actividades financieras por el uso de canales electrónicos en Colombia, una mirada desde Michele Taruffo.

legal de una “obligación de disclosure” o divulgación previa de pruebas por las partes, como una salida que concilie el debido proceso y el postulado de la verdad.

Bibliografía

- Arias, Ángel. (2014). *Las Estafas Digitales*. Medellín. It Campus Academy.
- Arrubla Paucar, J. A. (1997). *Evolución del Derecho Comercial*. Medellín. Biblioteca Jurídica Diké.
- Bernal García, M. y García Pacheco, D.M. (2003). *Metodología de la investigación jurídica y sociojurídica*. Tunja, Ediciones Uniboyacá.
- Devis Echandía, H. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá Temis.
- Domingo, R. (2006). *Principios de Derecho Global. 1000 reglas y aforismos jurídicos co-mentados*. Navarra, España. Editorial Thomson Aranzadi. Segunda edición.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Medellín, Tomo 1. Segunda Edición
- Maruchi, M. (1999) *The Brave new world of Banking on the Internet: The Revolution of Our Banking Practices*, 23 *Nova Law Review* 739.
- Muñoz Sábato, L. (2008). *Suma de Probática Civil*. Madrid, España. Editorial La Ley.
- Reglero Campos, F. (2002). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Navarra, España. Aranzadi S.A.- A Thomson Company.
- Rodríguez Azuero, S. (2009). *Contratos Bancarios: su significación en América Latina*, Bogotá. Legis.
- Santos Ballesteros, J. (2007). *Los Contratos en el Derecho Privado*. Tema correspondiente a “La Responsabilidad Civil Contractual Aplicada a la Actividad del Empresario”. Bogotá Legis, Editores-Colegio Nuestra Señora del Rosario-Facultad de Jurisprudencia. 1ª Edición.
- Suescun Melo, J. (2004). *Derecho privado estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá, Legis.
- Taruffo, M. (30 de enero de 2017). *Conferencia Verdad y Decisión en el proceso civil*. 40º Edición de los Cursos de Especialización en Derecho de la Universidad de Salamanca.
- Taruffo, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los Hechos*. España, Madrid. Trotta.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad: el Juez y la construcción de los hechos*. Madrid, España. Marcia Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Fuentes Normativas

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). Legis.

Código Civil [C.C.]. (1887). Legis.

Código de Comercio [C.Com.]. (1971). Legis.

Código de Procedimiento Civil [C.P.C.]. (1970). Legis.

Código General del Proceso [C.G.P.]. (2012). Legis.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA]. (2011). Legis.

Presidencia de la República de Colombia. (2 de abril de 1994). Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. [Decreto 663 de 1993]. DO: 40.820.

Congreso de la República de Colombia. (5 de enero de 2000). De la protección de la información y de los datos. [Ley 1273 de 2009]. DO: 47.223.

Congreso de la República de Colombia. (15 de julio de 2009). Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. [Ley 1325 de 2009]. DO: 47.411.

Congreso de la República de Colombia. (12 de octubre de 2011). Por medio de la cual se expiden el estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones. [Ley 1480 de 2011]. DO:48.220.

Congreso de la República de Colombia. (20 de agosto de 2013). Por medio de la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan sobre garantías moviliarias. [Ley 1676 de 2013]. DO:48.888.

Banco de la República de Colombia. (08 de septiembre de 2021). Circular Externa Operativa y de Servicios DG-T-294. De la Firma Electrónica.

Fuentes Jurisprudenciales

Corte Constitucional. (8 de marzo de 2005). Sentencia C-202 de 2005. [M.P. Rentería, J.A.]

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (6 de julio de 2000). Exp. No 5020. [M.P. Ramírez Gómez, R.G.]

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (3 de agosto de 2004). Exp. No 7447. [M.P. Villamil Portilla, E.]

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (6 abril 2005). Exp. No. 08001 31 03 013 1997-0115. [M.P. Arrubla Paucar, J.A.]

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (18 octubre de 2005). Exp. No. 14.491. [M.P. Mu-nar Cadena, P.O.]

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (15 de enero de 2008). Exp. No. 11001 31 03 037 2000 67300 01. [M.P. Villamil Portilla, E.]

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (16 de junio de 2008). Exp. No. 11001-3103-007-1995-01394. [M.P. Villamil Portilla, E.]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (19 de diciembre de 2016). Exp. No. 05001-3103-001-2008-010312. Sentencia SP SC18614 [M.P. Salazar Ramírez, A]

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. (18 de diciembre de 2009). Exp. 110013103008200500049 01. [M.P. Mojica Rodríguez, L.M.]

Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil. (22 de noviembre de 2011). Exp. 2009-00353. [M.P. Agudelo Ramírez, M.]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (18 de diciembre de 2020). Exp. No. 11001-31-03-028-2006-00466-01. Sentencia SC5176-2020 [M.P. Rico Puerta, L.A.]

Publicaciones electrónicas

Anaya Saade, C.P. (2012). Volumen 11 N° (1). Revista Emercatoria Universidad Externado de Colombia.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/issue/view/332>.

Hernández, J. (2020). La responsabilidad de las entidades financieras por fraudes electrónicos. Universidad Pontificia Bolivariana.
<http://hdl.handle.net/20.500.11912/6161>.

Jaramillo Salgado, P. (Julio Diciembre 2012). La Protección del consumidor de seguros en Colombia: antecedentes, evolución, retos y perspectivas. RIS Bogotá Colombia.
<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/11471>

Rincón Cárdenas, E. (Julio Diciembre 2004). Últimos Restos para el Derecho Privado: Las nuevas tecnologías de la Información. Revista Estudios Socio Jurídicos Bogotá Colombia.
<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/301>.

Tamayo Jaramillo, J. (2019). La responsabilidad contractual bancaria no se basa en la teoría de las actividades peligrosas o riesgosas. Revista Ámbito Jurídico. Bogotá Colombia.
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/administrativo-y-contractual/la-responsabilidad-contractual-bancaria>