

Contenido

DOCTRINA PRÁCTICA	JOSÉ CAMPOS BERMÚDEZ: La responsabilidad civil de los bancos por la indebida gestión de los riesgos de su actividad	200
NOS PREGUNTAN Y CONTESTAMOS	CONSULTA: ¿Cuál es naturaleza jurídica de la responsabilidad civil por errores judiciales y su plazo prescriptorio?	229
RESEÑA DE JURISPRUDENCIA	Accidente causado por falta de iluminación y señalización genera responsabilidad objetiva por infracción de normas de seguridad (Casación N.º 1740-2014 Lima)	232



**DOCTRINA PRÁCTICA**

**La responsabilidad civil de los bancos por la indebida gestión de los riesgos de su actividad**

**José Campos Bermúdez\***

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

**SUMARIO**

1. Introducción
2. Notas sobre los criterios de imputación
3. La responsabilidad de la empresa bancaria frente al consumidor
4. La gestión de los riesgos en la actividad bancaria
5. Responsabilidad civil bancaria por la indebida gestión de los riesgos de su actividad profesional
6. Conclusiones
7. Referencias bibliográficas

\* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socio del Estudio Campos, Herbozo & Toribio Abogados.

## 1. Introducción

Ulrich Beck decía que los riesgos de la modernización son un *big business*, necesidades insaciables que buscan los economistas, pues se puede calmar el hambre y satisfacer las necesidades, pero los riesgos de la civilización son un *barril de necesidades sin fondo*, inacabable, infinito, autoinstaurable. Es preciso por ello —agrega el autor— desplegar y analizar el potencial político de la sociedad del riesgo en una sociología y en una teoría del surgimiento y difusión del *saber de los riesgos*<sup>1</sup>. Algo de eso queremos hacer aquí.

Ante el avance de la sociedad del riesgo todo parece indicar que este tendrá una presencia mayor, lo que justifica plenamente su tratamiento jurídico, con miras a disciplinar su prevención, asunción, traslado o aseguramiento. Por eso, luego de un breve repaso sobre las nociones de la culpa y el riesgo como criterios de imputación, daremos cuenta de cómo se va delineando una tercera vía que incorpora el riesgo en la culpa.

Las entidades financieras, con la globalización y la desregulación crecieron exponencialmente hasta tener hoy una presencia mayor en la vida moderna, financiando las diversas industrias y al consumidor mismo en sus crecientes necesidades. La posición de preeminencia derivada de su capacidad organizativa, experiencia y conocimientos en el campo de su actividad, le confiere la

1 BECK, Ulrich, *La Sociedad de los Riesgos: Hacia una nueva Modernidad*, traducción de Jorge Navarro, Barcelona: Paidós, 1998, p. 29.

### RESUMEN

¿Los criterios para atribuir la responsabilidad civil a las empresas bancarias son subjetivos, objetivos y/o de diligencia profesional?, ¿debe evaluarse en la responsabilidad de las entidades bancarias la gestión de riesgos en sus actividades?, estas reflexiones son absueltas por el autor.

**Palabras clave:** Acuerdos de Basilea / Riesgo bancario / Diligencia profesional / Protección al consumidor/

### ABSTRACT

*Are the criteria to attribute civil liability to banking companies subjective, objective and/or of professional diligence? Shall be evaluated as part of the liability of banking entities the risk management in their activities? These thoughts are answered by the author.*

**Keywords:** Basel accords / bank risk / professional diligence / consumer protection

**Title:** Civil liability of banks for improper management of risks of their activity

**Recibido:** 09/05/16

**Aceptado:** 16/05/16

**Publicado online:** 01/08/16

responsabilidad para gestionar los riesgos inherentes a ella y precaver los daños que conlleva. El contenido de su deber de diligencia por eso, proponemos aquí, debe estar integrado por los postulados de su *lex artis*, de donde se desprende, entre otras cosas, su obligación de gestionar los riesgos operacionales y de crédito

instituidos en la disciplina financiera en las últimas décadas por los Acuerdos de Basilea.

**IMPORTANTE**

El riesgo de empresa, como criterio de imputación de responsabilidad civil, fue desarrollado por la doctrina italiana moderna. Así, [...] “quien quiera que en el ejercicio de una empresa o de una actividad cualquiera ocasione al derecho ajeno, un daño que sea consecuencia directa o indirecta de aquella actividad, debe resarcir este daño, no importando si en el evento dañino el agente no hubiera pecado por negligencia o imprudencia, y cuando también el evento mismo, aisladamente considerado, pueda parecer dependiente del caso fortuito o de fuerza mayor”. Luego [...] el principio que “el riesgo obliga”, este fue sustituida por *assurance oblique*, con lo cual quien debe asumir el riesgo es el que debe contratar el seguro que lo cubra [...].

Y es que si bien para los operadores financieros, Basilea II significó una mejora en la seguridad y solvencia del sistema financiero al permitir una mayor sensibilidad al riesgo e incentivar que los bancos mejoren sus capacidades de gestión y control del mismo; para los operadores del derecho, dicho acuerdo, nos ofrece una oportunidad de ampliar nuestra perspectiva y realizar la tarea de *repensamiento* que nos propone De Trazegnies, para quien la construcción de un nuevo derecho civil supone precisamente abrir las ventanas y

dialogar con el resto de la sociedad, aproximarlo a la realidad con los instrumentos de las otras ciencias sociales<sup>2</sup>. De esto trata el presente trabajo, incorporar los tópicos de los riesgos bancarios en el juicio de la diligencia profesional que le es exigida a los bancos.

## 2. Notas sobre los criterios de imputación

### 2.1. La responsabilidad subjetiva: la culpa

Se entiende por culpa la ruptura o contravención del estándar de conducta<sup>3</sup>. No importa el aspecto subjetivo (moralista o religioso) que *a priori* evoca la palabra, lo que importa es el comportamiento a la luz de lo que el ordenamiento exige, dadas las circunstancias, para evitar la lesión de intereses ajenos.

Se ha distinguido la *culpa en abstracta u objetiva*, cuando el agente viola parámetros de comportamiento fijados por la ley<sup>4</sup> y para cuyo establecimiento se recurre a patrones “objetivos” como el del “hombre medio” u “hombre razonable”, analizando dicha violación bajo los criterios de prudencia y diligencia<sup>5</sup>; y la *culpa*

2 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El Derecho Civil ante la Postmodernidad”, en *Revista de Derecho PUCP*, vol. 45, Lima: diciembre de 1991, pp. 324 y 325.

3 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la Responsabilidad Civil*, 5.ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 136.

4 *Ibid.*, p. 137.

5 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil

*en concreto o subjetiva*, cuando su reconocimiento se sustenta en las características personales del agente, englobando ella la imprudencia y la negligencia<sup>6</sup>.

En relación con esta clasificación, Gastón Fernández ha expresado con acierto que, mientras subsista la regulación legal de valoración “in concreto” de la culpa en sede contractual (artículo 1320 del CC), esta se valorará así también en sede extracontractual, tomando como referencia “las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”<sup>7</sup>.

## 2.2. La responsabilidad objetiva

El principal fundamento de la responsabilidad objetiva es la teoría del riesgo, aquella sustentada en la fórmula según la cual, quien con su actividad crea condiciones de riesgo o peligro debe soportar las circunstancias adversas que se generen. Existe sin embargo otros supuestos de responsabilidad objetiva recogidos por la legislación, basados en situaciones de ventaja o beneficio que le reporta la actividad o situaciones legales por ella determinada. Lo que uniforma a todas las situaciones es que no se precisa de la culpa o del dolo para imputar la responsabilidad.

## 2.3. Noción de riesgo

Generalmente se dice que una acción determinada tiene riesgo cuando no co-

nocemos con certeza su resultado. Así, el riesgo no es más que la posibilidad de que obtengamos un resultado distinto al que buscábamos cuando iniciamos la acción<sup>8</sup>. Se dice también que es la probabilidad de que una amenaza se convierta en un desastre<sup>9</sup> o la posibilidad de que ocurra un suceso que puede ser susceptible o no de medición<sup>10</sup>.

Llevándolo al plano de la actividad empresarial, el riesgo es considerado como “la oportunidad de que suceda algo que tendrá impacto en los objetivos”, probabilidad que debe ser gestionada, valorada y analizada dentro de los procesos de gestión de riesgos que las empresas en forma organizada emprendan<sup>11</sup>.

Los economistas prefieren distinguir el concepto de “incertidumbre” del concepto de “riesgo” en sentido estricto: “mientras que el riesgo implica un conocimiento previo (o una estimación informada) de las probabilidades de

8 MASCAREÑAS, Juan, *Introducción al riesgo en la empresa*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2010, p. 2.

9 BELTRÁN PACHECO, Jorge y Marco TORRES MALDONADO, “La pérdida del bien cierto y la teoría del riesgo en la relación jurídica obligatoria. ¿Y qué pasó al bien? A propósito del *do ut des*”, en: *Los Contratos: Consecuencias Jurídicas de su Incumplimiento*, Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 222.

10 MESINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, *Riesgo de Empresa. Responsabilidad Civil del Empresario*, 1.ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 13.

11 ANAYA SAADE, Celina, “Riesgos en las transacciones electrónicas bancarias. Una carga que debe ser asumida por la banca”, en *Revista Mercatoria*, vol. 11, N.º 1, Colombia: 2012, p. 309.

peruano)”, en: *Themis*, Revista de Derecho, vol. 50, Lima: 2005, p. 244.

6 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la Responsabilidad Civil*, ob. cit., p.138.

7 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, ob. cit., p. 256.

ocurrencia de cada evento, la incertidumbre implica un desconocimiento de tal distribución de probabilidades<sup>12</sup>. Queda claro entonces que en condiciones de incertidumbre quien posea mayor información estará en capacidad de predecir con mayor exactitud el riesgo involucrado en una transacción<sup>13</sup>.

En otro aspecto, Coleman afirma que los contratos asignan riesgos *ex ante* mientras que el derecho de daños los asigna *ex post*<sup>14</sup>, correspondiendo a la jurisdicción imponer los derechos y deberes *ex post* que no fueron explicitados *ex ante*.

Actualmente, los riesgos de la modernización —como afirma Beck— son un *producto global* de la maquinaria del progreso industrial de *incalculables* e *impredecibles* efecto nocivos, y en tanto afectarán también tarde o temprano a quienes los producen o se benefician (en la salud, la legitimación, la propiedad y la ganancia), estos diversos riesgos en su contenido, espacio y tiempo, reclaman una uniformización y tratamiento con los nexos de responsabilidad social y jurídica<sup>15</sup>. En este último plano, Alpa afirma

que el riesgo no puede quedar inmune de “contaminaciones” de las doctrinas económicas de donde proviene, y por eso no puede adquirir ciudadanía aún en el mundo del derecho<sup>16</sup>.

Como vemos, este concepto que cada vez llama más la atención de los juristas, tiene implicancias y alcances también cada vez mayores y por eso no puede ser suficientemente abordado por la dogmática. Este trabajo pretende ser un aporte en esa tarea.

#### 2.4. El riesgo como criterio de imputación

Fueron los juristas franceses Raymond Saleilles y Louis Josserand, quienes a finales del siglo XIX y principios del XX, promovieron la objetivación de la determinación de la responsabilidad civil en su afán de resolver casos de accidentes de trabajo y socorrer al obrero<sup>17</sup>. Para hacer responsable al patrón sin tener que probar la culpa, el primero lo hacía con su teoría del “riesgo beneficio” resumida de la siguiente manera: “El que crea una fuente de daño, así el que explota una fábrica, debe reparación si los riesgos se concretan. El exclusivo hecho del perjuicio compromete su responsabilidad; es la contrapartida de los

12 KAFKA, Folke, *Teoría Económica*, 3.ª Ed., Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 1996, p. 76, citado por José Juan HARO SEIJAS, “¿Periculum est dubitabilis? Algunas precisiones sobre el papel del riesgo en la contratación privada”, en: *Themis Revista de Derecho*, N.º 49, Lima: 2004, p. 190.

13 HARO SEIJAS, José Juan, ob. cit. p. 191.

14 COLEMAN, Jules, *Riesgos y daños*, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 29.

15 BECK, Ulrich, *La Sociedad de los Riesgos: Hacia una nueva Modernidad*, ob. cit., 28.

16 ALPA, Guido, *Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y cuestiones*, traducción de Juan Espinoza, Lima: Gaceta Jurídica, 2001, pp. 86 y 87.

17 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “Responsabilidad por Riesgo”, en *Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, vol. II, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 74.

beneficios que obtiene de la empresa”<sup>18</sup>. Fue así como nació la teoría del riesgo.

Por su parte, Josserand postuló la tesis del “riesgo creado”, indicando que se es responsable por el hecho propio, por el de las personas de las que se deba responder “o de las cosas que se tienen bajo guarda (*ex art. 1384 del Code*)”<sup>19</sup>, argumentando que basta establecer que se ha producido un daño y la existencia del vínculo de causalidad entre este y el hecho del trabajo para configurar la responsabilidad del dueño de la cosa, en este caso de la empresa.

La teoría del riesgo ha transitado por tres caminos principales. El primero el del riesgo beneficio, de acuerdo con el cual quien en el desarrollo de una actividad genere un riesgo y obtenga de esta una ventaja o utilidad, debe indemnizar los perjuicios que se causen derivados de tal riesgo, sin importar si actuó diligentemente. El segundo, el del riesgo creado, que postula que quien en desarrollo de una actividad genere un riesgo, está en la obligación de indemnizar los perjuicios generados sobre terceros, sin importar si el agente obtiene un provecho o no. El tercer camino es el del riesgo profesional, del cual se habla para referirse al desempeño en forma profesional de actividades que

entrañan riesgo para terceros como el fundamento de la responsabilidad<sup>20</sup>.

Citando a Pacchioli, sentencia Alpa que cuando un sujeto no actúa “biológicamente”, pero organiza una actividad económica con fines de lucro debe sufrir también las desventajas, resarcido los daños ocasionados a terceros aun cuando sea inocente<sup>21</sup>. En síntesis, cualquiera que emplee fuente de riesgos debe soportar las consecuencias negativas. Esto nos lleva a lo que trataremos enseguida: el riesgo de empresa.

## 2.5. Riesgo de empresa

El riesgo de empresa, como criterio de imputación de responsabilidad civil, fue desarrollado por la doctrina italiana moderna. Para Orlando “quien quiera que en el ejercicio de una empresa o de una actividad cualquiera ocasione al derecho ajeno, un daño que sea consecuencia directa o indirecta de aquella actividad, debe resarcir este daño, no importando si en el evento dañino el agente no hubiera pecado por negligencia o imprudencia, y cuando también el evento mismo, aisladamente considerado, pueda parecer dependiente del caso fortuito o de fuerza mayor”<sup>22</sup>.

18 MAZEAUD, Henry y León y André, TUNC, *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil*, vol. I, t. I., Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1963, p. 87.

19 JOSSE RAND, Louis, *Derecho Civil*, t. II, vol. I, Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 410.

20 Cfr. ALPA, Guido, *Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y cuestiones*, ob. cit., p. 86; RODRÍGUEZ ZARATE, Alejandro, “Análisis Económico de la Responsabilidad bancaria frente los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional”, en *Vniversitas*, vol. 128, Colombia: 2014, pp. 295 y 296.

21 *Ibid.*, p. 86.

22 *Ibid.*, p. 87.

Luego que se propusiera al comienzo en Italia el principio que “el riesgo obli-ga”, esta frase fue sustituida por *assurance oblique*, con lo cual quien debe asumir el riesgo es el que debe contratar el seguro que lo cubra. Ahora bien, lo que debe ser soportado por la empresa es el riesgo asegurable, esto es, el normalmente previsible y típicamente conocido por la actividad económica. Y es que —como afirma Alpa— lo que busca la doctrina no es tanto endosar a la empresa un mayor número de costos, sino el de repartirlos en un número más amplio de personas<sup>23</sup>.

Esto que se conoce como proceso de socialización de los costos de los daños como apunta Franzoni<sup>24</sup> o colectiviza-ción de las pérdidas como apunta Alpa<sup>25</sup>, se realiza directamente, emparejando la responsabilidad civil con el seguro obligatorio para algunas actividades o, indirectamente, a través de criterios de imputación de responsabilidad que, prescindiendo de la culpa, permiten colocar el costo de los daños en cabeza del sujeto que esté en mejor condición de redistribuirlos sobre la colectividad, ya sea aumentando el precio de los bienes y servicios o recargando en el mismo, los costos de las primas de seguros.

23 *Idem*.

24 FRANZONI, Massimo, *La evolución de la Respon-sabilidad a partir del análisis de sus funciones*, en *Responsabilidad Civil Contemporánea*, 1.ª ed., Lima: Ara Editores, 2009, p. 38.

25 ALPA, Guido, *Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y cuestiones*, ob. cit., p. 93.

Como vemos, junto con el derecho a la iniciativa privada y la organiza-ción de la empresa, están, primero, la obligación de previsión de los daños que genere la actividad y segundo, su obligación de aseguramiento. Y es que si el mecanismo resarcitorio sirve para transferir los riesgos sobre el sujeto que se encuentre en mejor posición de soportarlos, este puede asegurarlos distribuyendo la prima entre toda la colectividad a través del precio. En efecto, es el empresario el que está en mejores condiciones de administrar el riesgo de los daños a través del seguro y de incorporar la asunción del mismo (la prima), al costo de la producción, el cual es distribuido entre el público a través del precio de los productos y servicios.

Esta tesis es compartida por De Trazegnies, para quien no es razonable tratar la responsabilidad civil extracon-tractual (esto es, aplicable también a la contractual por lo menos respecto de los riesgos no distribuidos o mal distribuidos), como un problema de dos: causante y víctima, sino que la responsabilidad moderna alcanza, dentro de relaciones con carácter sistémico y estadístico, a cada uno de los miembros de la sociedad. En ese sentido, “todos somos de alguna manera causantes y, por tanto, todos debemos contribuir económicamente a reparar los daños causados” y, dado que nuestras sociedades viven dentro de una organización de mercado, agrega el profesor peruano, se debe cargar el

pago de la reparación a la parte que esté en mejores condiciones económicas de asumir el costo e ingresarlo a esa red universal de distribución que es precisamente el mercado. Es la empresa la llamada a considerar los riesgos como parte de sus costos y, tenerlos en cuenta al momento de fijar sus precios. De esta manera, concluye nuestro autor, el monto pagado por el daño será asumido por todos los consumidores<sup>26</sup>.

**IMPORTANTE**

En la actividad empresarial, el riesgo es considerado como “la oportunidad de que suceda algo que tendrá impacto en los objetivos”, probabilidad que debe ser gestionada, valorada y analizada dentro de los procesos de gestión de riesgos que las empresas en forma organizada emprendan.

Pues bien, este riesgo de empresa como criterio objetivo de imputación se aplica según Alpa en tres situaciones: el daño ocurrido al dependiente en oportunidad del trabajo, el daño al consumidor y el daño al medio ambiente<sup>27</sup>. De la segunda nos ocuparemos en las líneas siguientes.

26 *Ibid.*, p. 81.

27 MESSINA DE ESTRELLA, Graciela, *Riesgo de Empresa. Responsabilidad Civil del Empresario*, ob. cit., p.199. Esta posición ha sido acogida por la doctrina argentina en las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín: 1994.

**3. La responsabilidad de la empresa bancaria frente al consumidor**

**3.1. La responsabilidad de las entidades financieras: del derecho común a la tutela consumerista**

Se sostenía hasta antes que se promulgaran las leyes o códigos de protección al consumidor, que la responsabilidad de las instituciones financieras estaba regulada por los principios generales contenidos en el Código Civil y el Código de Comercio. Se decía que a falta de norma específica que regule la responsabilidad de los banqueros, en términos generales, ella pertenece al Derecho Común y se rige por los principios contenidos en el Código Civil, requiriéndose en consecuencia la demostración del daño y la relación de causalidad entre este y el hecho<sup>28</sup>.

Actualmente, en vista de que el Código Consumo (artículo IV) define como *servicio* a toda actividad que se presta en el mercado e incluye dentro de ellas a la bancaria y financiera, no existe duda acerca de que la tutela del código alcanza a los clientes o usuarios de los servicios bancarios. Ello queda corroborado por el tratamiento especial que el código otorga a estos servicios en el capítulo V del título II, denominado *productos o servicios financieros*, en el que existe un elenco de dispositivos legales que se aplican a la relación de consumo

28 FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán, *Derecho del Mercado Financiero*, vol. I, Lima: Grijley, 2010, p. 495.



bancaria. Para nosotros, sin embargo, la tutela que otorga este capítulo y el código en general es deficiente, pues por ejemplo no alcanza al consumidor a crédito<sup>29</sup>.

El reconocimiento del consumidor bancario no es de larga data. Alpa nos habla de cómo, salvo en el ámbito del crédito al consumo (precisamente en el que nuestro código guarda silencio), las medidas de tutela del consumidor bancario en sede comunitaria no tiene muchos años. Él advierte que las razones del retardo se debieron a (i) la falta de conciencia de la situación de inferioridad del consumidor; (ii) la idea formada de que el mercado financiero como construcción jurídica es indiscutible e inmodificable; (iii) el poder económico y político de los bancos; (iv) la prioridad de las políticas públicas en materia de salud y de seguridad antes que en los intereses económicos de los consumidores y (v) la prioridad en materia de producción y distribución de bienes antes que en los servicios<sup>30</sup>.

Se considera incluso actualmente que los servicios financieros forman parte de un sector específico alejado del núcleo básico de la protección de los consumidores. Por ello, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre del 2011, sobre los de-

rechos de los consumidores, no se aplica a los servicios financieros, no obstante lo cual como anota Zunzunegui, el Tribunal Supremo español ha reconocido que la inexistencia de una normativa bancaria de transparencia y protección de los consumidores no es óbice para que sea aplicable la legislación general de protección de los consumidores<sup>31</sup>.

Y es que en la Unión Europea no existe un código que recoja y sistematice toda la regulación financiera protectora del consumidor financiero. La norma principal es la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril del 2004, referida a los mercados de instrumentos financieros.

Alpa nos habla sobre como los programas comunitarios, impulsados por el principio de subsidiariedad, se adhirieron a la orientación liberal, dejando de lado la orientación intervencionista anterior. Ello a partir de considerar al consumidor ya no como el sujeto a “tutelar” sino el sujeto a “informar”. Se sostenía que siendo el consumidor un *homo economicus* era necesario colocarlo en una posición de paridad con su contraparte el banco y ello se lograba a través de la información, elemento con el cual el consumidor podría realizar elecciones libres y conscientes<sup>32</sup>.

29 CAMPOS BERMÚDEZ, José, “El desdoblamiento de la operación económica de venta plazos y la indefensión del consumidor a crédito”, *Actualidad Civil*, vol. 18, Lima: 2015, p. 235.

30 ALPA, Guido, *Derecho del Consumidor*, traducción de Juan Espinoza, Lima: Gaceta Jurídica 2004, p. 323.

31 ZUNZUNEGUI, Fernando, “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos”, en *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Madrid: 2013, p. 4.

32 ALPA, Guido, *Derecho del Consumidor*, ob. cit., pp. 330 y 331.

Este modelo de regulación fue puesto en cuestión por la crisis financiera. Antes de ella se confiaba en el incentivo de las propias entidades interesadas en proteger su reputación mediante buenas prácticas financieras, pero luego los abusos y comportamientos oportunistas de los bancos forzaron la revisión del modelo.

La reunión del G-20 de noviembre del 2008 dejó claro que estábamos ante una crisis de confianza y que, además de reforzar la solvencia del sistema, era necesario aprobar medidas de protección del cliente financiero. Esta es la dirección que se ha tomado, un cambio hacia la intervención directa en la protección del consumidor financiero y un mejor control del diseño de servicios, reformas que buscan alinear los intereses de los bancos con los de la clientela, en una relación fiduciaria. Se pasa así de hacer responsable al cliente a través de la educación financiera y el subministro de información técnica, a la protección directa del cliente como consumidor<sup>33</sup>.

En la experiencia argentina, Lorenzetti<sup>34</sup> considera que no obstante que la Ley N.º 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor de 1993) no menciona a los negocios tradicionalmente bancarios en su artículo 1, para él sí los incluye. Ello a partir de estimar que el derecho del consumidor es un microsistema autorreferente, por lo

que el vocablo *servicio* se autoabastece de significado dentro del referido derecho especial (financiero). Menciona además que la jurisprudencia se ha inclinado por aplicarla a los contratos bancarios. Por eso afirma “el banco siempre es proveedor profesional”<sup>35</sup>. Gerscovich agrega que los tribunales argentinos, frente a los problemas suscitados en el ámbito del derecho bancario especial, han resuelto de manera pragmática, aplicando el derecho común y el derecho tuitivo de los consumidores<sup>36</sup>.

En la experiencia colombiana se ha afirmado también que está claro que los bancos prestan servicios financieros y como tal, se encuadran dentro de la clase de servicios que mencionaba el Decreto N. 3466 de 1982 y el nuevo Estatuto del Consumidor, por lo que ellos están obligados a prestar servicios en condiciones de calidad e idoneidad<sup>37</sup>.

35 Orlando Muño cita en su trabajo “Actividad bancaria y derecho del consumidor”, en *In Iure*, Año 1, vol. 2, La Rioja, 2011, p. 24, la jurisprudencia del 11 de mayo del 2011 en el que se indica que los bancos y demás entidades financieras están comprendidos en las normas de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 en tanto empresas profesionales dedicadas a la prestación del servicios financiero a consumidores finales.

36 GERSCOVICH, Carlos, “Marcos del derecho bancario y financiero”, en: *Derecho Bancario y Financiero Moderno. Principios generales. Mercados. Contratos. Responsabilidad. Insolvencia*, Buenos Aires: Ad-Hoc Villela Editor, 2003, p. 97.

37 ANAYA SAADE, Celina, “Riesgos en las transacciones electrónicas bancarias. Una carga que debe ser asumida por la banca”, ob. cit., p. 298.

33 ZUNZUNEGUI, Fernando, “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos”, ob. cit., p. 10.

34 LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Ed., 2003, p. 16.

En la experiencia brasileña, luego de las grandes discusiones que en el ámbito doctrinario se planteó al inicio de la vigencia de su Código de Defensa del Consumidor (1990), actualmente la doctrina y la jurisprudencia (que siempre se pronunció por su aplicación), consagran la sujeción de las instituciones financieras a la legislación consumerista, considerándolas como prestadores de servicios<sup>38</sup>.

Ahora bien, una cosa es que el cliente bancario sea considerado un consumidor y por tanto objeto de tutela de la legislación consumerista y otra que se aplique a las entidades financieras en los casos de daños generados en el desarrollo de su actividad, el criterio objetivo de imputación del riesgo, ya que como veremos más adelante, este es solo aplicable en nuestra legislación a los casos de *productos* defectuosos y los bancos generalmente solo ofrecen *servicios*. La culpa entonces gobierna la responsabilidad bancaria y de ahí la importancia de desarrollar su perfil profesional.

### 3.2. Perfiles de la culpa profesional. Del profesional liberal a la empresa profesional

En principio, debemos mencionar que no nos vamos a referir aquí a las hipótesis de responsabilidad derivadas del artículo 1762 del Código Civil calificado con acierto de “saldo de inmuni-

dad histórica”<sup>39</sup>. Tampoco hablaremos de la culpa profesional derivada de la actividad de los profesionales liberales. Nos ocuparemos de la responsabilidad de las organizaciones empresariales de estirpe moderna, es decir, aquellas que han proliferado con el desarrollo de la ciencia y la tecnología y las nuevas o renovadas necesidades.

#### IMPORTANTE

**El hecho que la responsabilidad civil bancaria sea subjetiva, no impide sin embargo, como se viene haciendo últimamente, que se introduzcan criterios que la objetiven, o que el riesgo tenga un perfil distinto al de criterio de imputación objetiva, [...], que consista en consagrar la culpa como principio de responsabilidad pero inmediatamente definirla con criterios objetivos en su evaluación.**

Ya Alpa había advertido con acierto que hoy son dos los perfiles relevantes de la culpa profesional: (i) el de la organización de medios y personas de los que se vale el profesional para desarrollar la actividad y (ii) el de los profesionales individuales sujetos a estatutos que regulan su actividad. En el caso del primero advierte también nuestro autor que estaría operando un deslizamiento del área de la culpa al área de la responsabilidad de la

38 ALVERGARIA COSTA, María, *As institucoes financeiras e a sua efetiva responsabilidade na ordem socioeconómico*, Lima: Nova, 2006, p. 19.

39 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la Responsabilidad Civil*, ob. cit., p. 143.

empresa<sup>40</sup>. De este perfil nos ocuparemos en este trabajo.

Partamos primero por definir lo que se entiende por culpa profesional. Se dice que esta no es más que la culpa en que puede incurrir un profesional en el ejercicio de su quehacer específico<sup>41</sup>, es la falta de la diligencia profesional y esta no es más que la diligencia común que es debida en un acto profesional, esto es, la reclamada por la naturaleza del acto profesional que ha de ejecutarse según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar<sup>42</sup>.

No existe entonces un concepto autónomo o especial de culpa profesional, ella consiste solo en la culpa del profesional como manifestación de la culpa ordinaria en el desarrollo de las actividades profesionales que suponen una competencia técnica en la materia. Su contrapartida, la diligencia profesional, “comprende no solo la atención de los actos profesionales, sino además el aspecto técnico específico requerido por las circunstancias [...] una exigencia de buena y esmerada conducta”<sup>43</sup>.

A tal punto se ha llevado esta exigencia, que se afirma que es frecuente que

a los profesionales se les coloque en un pedestal como si fueran poco menos que omnipotentes, solo para poder requerirle toda clase de resultados o censurarle hasta la más pequeña falta<sup>44</sup>, sobre todo en el ámbito del Derecho del Consumidor. No se puede desconocer, sin embargo, que el que brinda un servicio profesional debe tener los conocimientos suficientes que le posibiliten ocupar con holgura el lugar del que sabe y en ese sentido se puede hablar de una jerarquía cognitiva<sup>45</sup>.

En el ámbito contractual se sostiene que son los intereses involucrados en el contrato los que marcan el esfuerzo debido, dando paso así a la “diligencia circunstanciada”<sup>46</sup>. Al profesional se le exige así la máxima prueba de haber empleado todas las medidas idóneas para evitar el daño, porque el profesional está en una situación de “superioridad contractual”<sup>47</sup>.

Estos conceptos de culpa profesional son desde luego aplicables a la empresa como organización profesional que desarrolla una actividad, que es el modelo que actualmente tiene mayor presencia en el mercado de bienes y servicios, y en tanto proveedores de estos, sujeto de la regulación consumerista.

40 ALPA, Guido, *Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y cuestiones*, ob. cit. p. 272.

41 MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, vol. VIII, “Responsabilidad de los Profesionales”, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 362.

42 WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *La Responsabilidad Civil de los Profesionales*, Lima: Ara Editores, 2002, p. 523.

43 *Idem*.

44 RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Negocios Fiduciaros: su significación en América Latina*, Bogotá: Legis, 2005, p. 367.

45 GHERSI, Carlos, *Responsabilidad Profesional*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 24.

46 WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *La Responsabilidad Civil de los Profesionales*, ob. cit., p. 524.

47 GHERSI, Carlos, *Responsabilidad Profesional*, ob. cit., p. 48.

### 3.3. La responsabilidad profesional de las entidades financieras

La prédica de la responsabilidad profesional de las entidades financieras no es actual. Escribió Ferri en 1958 que la concepción subjetiva del banquero como profesional goza de actualidad en Francia, mientras que en Italia se da una mayor importancia a la organización de la empresa bancaria. La “profesionalidad” de la actividad bancaria es empleada por la doctrina como parámetro de determinación de los niveles de diligencia debida<sup>48</sup>.

Actualmente se sostiene que la responsabilidad agravada del banco por su profesionalidad es cuestión pacífica en la doctrina tanto nacional como extranjera<sup>49</sup>. Se afirma que ellos deben obrar de buena fe, teniendo en cuenta los intereses de sus clientes, con lealtad y con la diligencia de un *profesional* en la materia, porque el viejo patrón del buen padre de familia o del buen hombre de negocios (estándar del derecho civil y comercial, respectivamente), han sido superadas por el concepto de la *profesionalidad* en el

ejercicio de la función de intermediación financiera<sup>50</sup>.

La diligencia exigible a la entidad financiera entonces “es la de un profesional experto [...] que en función de su actividad, debido a la especialización de las operaciones que realiza, tiene que guardar objetiva y subjetivamente la diligencia que comporta los riesgos derivados de su alta cualificación”<sup>51</sup>. Se alude a dicha diligencia como la de un *profesional* que “está dotado de una específica competencia técnica y de medios idóneos para llegar a una precisa valoración de las condiciones patrimoniales de quien contrata con él”<sup>52</sup>. Se resalta así que la responsabilidad del banco es agravada por su condición de experto en la materia. Se dice por eso que “la diligencia de un banco ha de ser la de un comerciante prudente y experto y, en consecuencia, deberán juzgarse con mayor severidad sus errores o negligencias, al tratarse de la actuación de un técnico en el que se confía el cliente, carente, en generalidad, de conocimientos específicos sobre la materia”<sup>53</sup>.

Como vemos, la actividad financiera es una actividad profesional y especia-

48 Tomado de ANELLI, Franco, “La responsabilidad resarcitoria de la banca por ilícitos cometidos en el otorgamiento de créditos”, en: *Derecho Bancario y Financiero Moderno. Principios generales. Mercados. Contratos. Responsabilidad. Insolvencia*, ob. cit. p. 636.

49 MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “Responsabilidad Civil de las Entidades Financieras por la Generación, Difusión, y Mantenimiento de Información Crediticia Errónea”, en *Revista de Derecho Informático*, vol. 80, Perú: 2005, p. 15.

50 GONZÁLES BRICEÑO, Álvaro, “Responsabilidad Civil y Administrativa por ejercicio de la función de intermediación financiera”, en *Revista de Derecho Privado*, vol. 24, Colombia: 2005, p. 92.

51 Tomado de MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, ob. cit., p. 15.

52 MARIÑO LÓPEZ, Andrés, *Responsabilidad por utilización indebida de Tarjetas de Crédito*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004, p. 217, con abundantes citas de autores españoles coincidentes.

53 *Ibid.*, p. 218.

lizada, para cuyo ejercicio debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios, y obrar conforme a las reglas y métodos aplicables a dicha actividad, con la diligencia y previsión indispensables a ella, máxime si tiene frente a sí a un consumidor profano. Se puede concluir en este punto entonces, que a las entidades bancarias se les debe exigir actuar en todos los ámbitos y circunstancias, con la máxima diligencia y cuidado dignos de un profesional en la materia.

### 3.4. La responsabilidad agravada del experto en la actividad. La *lex artis*

Dada la especial diligencia exigible a los bancos, nosotros pensamos que el juicio de su responsabilidad civil debe tomar en cuenta la gestión de los riesgos de su actividad, los que se encuentran instituidos en la legislación especial y que vigorizan el estándar de su culpa profesional. El Derecho Civil en esta materia tiene que ser repensado, tal como nos invita a hacer el profesor De Trazegnies, para no permanecer estático.

El banco tiene que ser apreciado ahora, más que profesional, de experto. Ya no basta el mero esfuerzo, se ha dicho ahora que “se requiere que tales esfuerzos sean idóneos, adecuados, eficientes y conducentes conforme a la *lex artis*; por consiguiente, el grado de diligencia y cuidado que debe observar es y debe ser más exigente que el que se exige a un profesional común”<sup>54</sup>. La *lex artis* se

<sup>54</sup> BAENA CÁRDENAS, Luis, *Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario*, Bogotá:

erige entonces como un criterio valorativo de la corrección de la actuación del profesional de la actividad bancaria, que tiene en cuenta las circunstancias en que la misma se desarrolla.

El término *lex artis* proviene del latín y significa “ley del arte”, o regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate. Ha sido empleada para apreciar si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse. Afirma Martí que la jurisprudencia española denomina *lex artis* a los niveles de calidad en la prestación de servicios<sup>55</sup>.

Si bien este concepto es ampliamente utilizado en materia de responsabilidad médica, es posible extrapolarlo a cualquier ámbito en el que se espere que una persona o la organización de estas (las empresas) desempeñen su trabajo de acuerdo a unos estándares de profesionalidad<sup>56</sup>.

Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 23.

<sup>55</sup> MARTÍ MARTÍ, Joaquim, *La responsabilidad civil del Abogado, del Procurador y de sus sociedades profesionales*, Barcelona: Bosch Editor, 2009, p. 59.

<sup>56</sup> La *lex artis* ha sido también aplicado a la actividad bancaria no solo en España, sino también en Colombia, que alude directamente a él en diversas sentencias, indicándose que para apreciar la conducta de un banco se puede acudir a la *lex artis*, esto es, criterios técnicos, lógicos, empíricos o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados. Así, a efectos de la concreción de la conducta, se puede acudir a las reglas que cada profesión tiene para su buen hacer o *lex artis*, en su esencia cambiante

La *lex artis* es, pues, una referencia objetiva en la valoración de la conducta que se hace con base en criterios derivados del conocimiento que existe sobre un problema específico en un momento histórico determinado.

Con el riesgo de adelantar una conclusión, sostenemos que son las reglas expedidas por el Comité de Basilea en materia de riesgo operativo y riesgo de crédito, las que resultan aplicables en materia de responsabilidad del profesional bancario respecto del consumidor.

### 3.5. Los sistemas expertos y la actividad financiera

Giddens<sup>57</sup> describe los “sistemas expertos” como sistemas técnicos que organizan el ámbito social y material en el que transcurre nuestra vida. Comparando esta definición, agrega Lorenzetti<sup>58</sup> que la organización económico-social en una economía global tiende a configurarse como un sistema experto en numerosas actividades, citando como ejemplo de ellas, el viaje en avión, el turismo, los servicios informáticos, los bancarios ya que todos presentan características similares en el plano organizacional: a) son sistemas en

---

por la propia naturaleza renovadora de ciertas profesiones, que surge de experiencias y costumbres, y que marcan un especial modo de actuar propias de cada profesión. Véase, al respecto, lo recuperado de <<http://bit.ly/29MrPXi>>.

57 GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza, 1994, p. 37.

58 LORENZETTI, Ricardo Luis, *La responsabilidad extracontractual en el campo del derecho del consumidor*, extracto de Roma e América, Diritto Romano Comune, II/2001, p. 82.

que el individuo no se relaciona con otro individuo, sino con un sistema de individuos; b) son expertos ya que presentan características tecnológicas inescrutables y el individuo solo se relaciona con su presentación externa y simplificada.

Resaltando la relevancia de este tipo de sistemas para el derecho, agrega Lorenzetti<sup>59</sup> que los modelos de comportamiento racional y los estándares de “contratante medio” deben reformularse, puesto que la conducta del individuo se basa ahora en la confianza y esta se construye a partir de la “apariencia” que crea el “sistema experto”. Y es que sería imposible de vivir y se elevarían los costos de transacción si el consumidor tuviera que verificar y entender razonablemente cada acto del sistema con los cuales se relaciona. Esto lo llevaría hacia un agotamiento psicológico<sup>60</sup>.

Como vemos, hoy ya se afirma que la actividad bancaria forma parte de lo que se considera como un “sistema experto”, en el que el “consumidor profano” confía en que funcionará siempre razonablemente bien, esto es, que la prestación del servicio bancario no solo será correctamente ejecutado, sino que será técnicamente eficaz. Y es que el consumidor profano desconoce los detalles del funcionamiento del sistema y se limita a realizar actos parciales de la cadena total

---

59 LORENZETTI, Ricardo Luis, “La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza”, en: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 35, São Paulo: 2000, p. 14.

60 Loc. cit.

de acciones que este implica. En este sentido, el sistema experto bancario crea una apariencia que genera confianza, de modo que esta debe ser tutelada.

**IMPORTANTE**

El contenido del deber de diligencia impuesto a las entidades financieras, sostenemos, está integrado por los postulados de la llamada *lex artis*, esto es, la regulación de los riesgos de su actividad, de donde se desprende, entre otras cosas, la obligación de desarrollar, establecer, implementar y mantener un sistema de gestión de riesgos, acorde con su sistema experto, su estructura y organización profesional. Esto permitirá evitar pérdidas propias y de los consumidores profanos con quienes entablan sus relaciones.

Este es el sustento de la obligación de las entidades financieras de contar con adecuados procedimientos y metodologías para la gestión de los riesgos de su actividad, así como de contar con una adecuada estructura organizacional, capacidad operativa y soporte tecnológico para asegurar una eficaz prestación de sus servicios.

**4. La gestión de los riesgos en la actividad bancaria**

**4.1. El riesgo en los servicios financieros y la justificación de su regulación por el Estado**

El fenómeno de la globalización y la desregulación hicieron que las entidades

financieras crezcan y lleguen a tener una presencia mayor en las relaciones contractuales y la vida moderna. Estas instituciones realizan actividades en múltiples mercados, financian diversas industrias y al consumidor en sus crecientes necesidades y por ello han tenido que desarrollar perfiles de riesgo cada vez más complejos. Y es que son ellas, más que otras, las que conllevan en el desarrollo de su actividad y obtención de sus beneficios, la asunción de la mayor cantidad de riesgos. Se dice sencillamente por eso que “los bancos se dedican a gestionar riesgos”<sup>61</sup>, son constantes evaluadores y tomadores de riesgos, los cuales son inherentes a la mayoría de las decisiones que constantemente deben tomar<sup>62</sup>.

Los bancos, en el desarrollo de sus operaciones activas, pasivas y neutras, pueden engendrar riesgos que impactan en el bienestar social y económico de las personas, quienes pueden perder sus ahorros o ingresos confiados a la gestión bancaria. El riesgo para los bancos es consustancial a su negocio y por ser fuente de sus beneficios, es imprescindible una adecuada gestión de los mismos. El propósito de esta gestión no solo es evitar la afectación del patrimonio bancario, sino también el de sus clientes y terceros que entran en contacto con la actividad.

61 BOATRIGHT, John, “La ética de la gestión de riesgos: una perspectiva poscrisis”, en *Valores y Ética para el siglo XXI*, España: BBVA, 2011, p. 510.

62 GERSCOVICH, Carlos, “Marcos del derecho bancario y financiero”, en *Valores y Ética para el siglo XXI*, ob. cit., 2003, p. 55.



Ahora bien, es natural que las entidades bancarias tratarán siempre de maximizar sus ganancias y ello puede ir en detrimento y de hecho así lo demuestra la experiencia de los últimos años, del consumidor, el Estado, a través de la regulación, tiene la obligación de insertar en el mercado financiero no solo reglas de transparencia, seguridad y de información a favor de los consumidores, sino además reglas de gestión de los riesgos de su actividad.

No olvidemos que el consumidor se encuentra en una posición sumamente débil y su “poder negociador” dada la modalidad de contratación que se emplea (de adhesión), es sumamente restringido. No olvidemos tampoco que una crisis financiera puede llegar a convertirse en un problema público y surtir efectos sobre el resto de las actividades económicas de un país.

Esto justifica que el Estado intervenga, regulando y supervisando el desenvolvimiento de la actividad o el mercado bancario, que como todo mercado, es pasible de fallas que deben ser corregidas por el Estado y, aunque el alcance de esta “intervención” puede ser objeto de crítica, actualmente ella ha sido aceptada y consagrada por todas las economías modernas del mundo, calificándose de necesaria para corregir las fallas del mercado, como las externalidades, la asimetría informativa entre agentes y usuarios, los costos de agencia y la competencia<sup>63</sup>.

63 VODANOVIC RONQUILLO, Ljubica, “Una visión global de la regulación financiera y una propues-

#### 4.2. Antecedentes del tratamiento de los riesgos bancarios

Como anotamos anteriormente, los riesgos de la modernización son un *producto global* de la maquinaria del progreso industrial que afecta a todos, incluso a los beneficiados de las actividades que las engendran como los bancos. Sobre la gestión de sus riesgos se viene hablando hace más de 40 años en que se desarrollan los conocimientos teóricos registrados en su ámbito<sup>64</sup>, pero fue 1974 en que, para asegurar la “salud” del sistema bancario, los países integrantes del G-10, crearon el llamado Comité de Basilea, integrado por los bancos centrales y autoridades de supervisión de los Estados miembro, que tiene a su cargo la elaboración de principios para la regulación de la actividad bancaria, teniendo en cuenta su carácter transnacional.

En julio de 1988, este comité publicó el primer Acuerdo de Capital conocido como Basilea I, cuyo propósito era evitar que los bancos incurriesen en excesivos riesgos crediticios, exigiéndoles mantener un nivel mínimo de capital en función del riesgo asumido, de manera que en casos de insolvencia de sus deudores, poder absorber las posibles pérdidas, sin provocar su quiebra<sup>65</sup>.

ta interesante: el caso de Inglaterra”, en: *Ius Et Veritas*, vol. 44, Lima: 2012, p. 148.

64 BOATRIGHT, John, “La ética de la gestión de riesgos: una perspectiva poscrisis”, ob. cit., p. 510.

65 JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Enrique y José MARTÍN MARTÍN, “El nuevo acuerdo de Basilea y la gestión del riesgo operacional”, en: *Universia Business Review*, vol. VII, Madrid: 2005, p. 54.

Al principio solo se tenían en cuenta el riesgo de crédito y el riesgo de mercado (instituido en 1996), pero la creciente complejidad de la actividad bancaria, así como las prácticas de gestión de riesgos provocaron que el Acuerdo de Basilea I quedara desactualizado porque “infravalora los riesgos y sobrevalora la suficiencia de capital de las entidades financieras”<sup>66</sup>. Ante esta situación, en el 2003 el Comité aprobó el Nuevo Acuerdo de Capital conocido como Basilea II, en el que se instituye el riesgo operacional.

Al principio, el rasgo característico de la gestión de riesgos fue la omnipresencia de modelos matemáticos y sus principales herramientas fueron los instrumentos financieros utilizados para cubrir y trasladar los riesgos, los cambios operativos para evitarlos o reducirlos y las reservas de capital para impedir que las pérdidas provoquen la insolvencia del agente. Luego, sin embargo, se empezó a plantear que si se la hacía depender excesivamente de los números se podría cometer el error de convertirla en una “nueva clase de religión, un credo implacable, restrictivo y arbitrario”<sup>67</sup>. Se consideraba por eso como un avance histórico el que la moderna gestión de los riesgos suponga la determinación sobre qué riesgos deben ser gestionados, quién los gestiona, con qué medios y a beneficio de quién.

66 *Ibid.*, p. 56.

67 BOATRIGHT, John, “La ética de la gestión de riesgos: una perspectiva poscrisis”, *ob. cit.*, p. 514.

Lo que queremos relieves de este cambio es la denominada ética de la gestión de riesgos, es decir, el reconocimiento de que los diversos riesgos afectan no solo a la bancos sino a todos los integrantes de la sociedad, por lo que su identificación y tratamiento debe pasar al ámbito de las empresas quienes serán las responsables de la gestión, con miras a evitarlos o reducirlos, trasladarlos, cubrirlos, mantener aquellos que forman parte de la actividad de la empresa o no pueden evitarse o trasladarse<sup>68</sup>. Si hemos estado atentos, notaremos que esta moderna gestión de los riesgos se asemeja al fenómeno de la socialización de los mismos en el ámbito de la responsabilidad civil moderna, de la que hemos hablado al inicio de este trabajo. Es decir, la regulación jurídica va tomando el paso a las novedades o cambios que se presentan en la disciplina económica<sup>69</sup>.

#### 4.3. El riesgo operacional y su importancia

El Comité de Basilea II definió el riesgo operacional como “el riesgo de pérdidas que resultan de procesos

68 *Idem.*

69 La gestión de los riesgos sigue en progreso. Por eso, a partir de la crisis del 2008, el Comité de Basilea aprobó un conjunto de reformas desarrolladas en el documento Basilea III, el cual se enfoca básicamente en la conducta pro-cíclica de las instituciones financieras, esto es, en el aumento o disminución de sus operaciones y exposición a los riesgos dependiendo de la época de expansión o contracción de la economía, respectivamente, exigiendo un mayor y mejor capital.

internos fallidos o inadecuados, personas, sistemas o eventos externos. La definición incluye el riesgo legal, pero excluye el riesgo estratégico y el riesgo reputacional<sup>70</sup>.

Si bien las decisiones del Comité de Basilea no son vinculantes, el prestigio y poder con que cuenta dicho Comité ha hecho que algunos ordenamientos jurídicos nacionales, comunitarios e internacionales adoptaran sus decisiones como parte de sus legislaciones.

Eso pasó también en nuestro país, cuando mediante Resolución SBS N.º 37-2008 del 10 de enero del 2008 aprobó el Reglamento de la Gestión Integral de Riesgos, el cual establece que las empresas supervisadas deben contar con una gestión integral de riesgos adecuada a su tamaño y a la complejidad de sus operaciones y servicios; además, mediante Resolución SBS N.º 2116-2009 del 2 de abril del 2009, aprobó el Reglamento para la Gestión del Riesgo Operacional, aplicable para todo el sistema financiero peruano y cuyo artículo 3 lo define como “[L]a posibilidad de ocurrencia de pérdidas debido a procesos inadecuados, fallas del personal, de la tecnología de información, o eventos externos. Esta definición incluye el riesgo legal, pero excluye el riesgo estratégico y de reputación [...]. Las empresas deben realizar una gestión adecuada del riesgo operacional que enfrentan, para lo cual

observarán los criterios mínimos indicados en el presente Reglamento”.

Los especialistas relatan que este riesgo ha adquirido una creciente importancia en la comunidad financiera internacional debido al colapso de ciertas instituciones, financieras y no financieras, generadas en parte por problemas de tipo operacional<sup>71</sup>.

71 Durante los últimos años se han experimentado renombradas pérdidas sufridas por fallas operacionales, tales como el caso del Daiwa Bank (1985), con pérdidas por 1.000 millones de USD por la debilidad en el control interno de actividades no autorizadas; el caso del Banco Barings (1995), en el que un trader del banco ante la falta de separación de funciones y control, estuvo acumulando a lo largo de dos años pérdidas no reportadas y negociando contratos de derivados desde la sucursal en Singapur. El banco quebró con pérdidas por 1,300 millones de USD; el caso del Sumitomo Bank (1996) caso de fraude en el que un trader de la entidad negoció en el mercado de metales de Londres contratos de cobre que acumularon pérdidas por 2.600 millones de USD no registradas a lo largo de tres años; el caso de Allied Irish Bank (2002), en el que un trader del mercado de divisas ocultó tres años de pérdidas por 691 millones de USD en operaciones sobre el tipo de cambio del yen/dólar; el caso Citigroup-Worldcom (2002) en el que el presidente de Worldcom realizó una serie de fraudes contables que llevaron a la quiebra de la compañía. Citigroup tuvo que llegar a un acuerdo extrajudicial con los accionistas por montos que superaban los provisionados a cambio de que estos retiraran la demanda colectiva que planteaba el involucramiento del banco en el fraude por recomendar títulos de Worldcom a sabiendas de su frágil situación financiera. Las pérdidas se calcularon en 2650 millones de USD [En: Riesgo Operacional en CEO Argentina, Price water house Coopers. Responsabilidad Social Corporativa, Hot Topics. año 3, ed. especial, Argentina 2007, p. 7; El nuevo acuerdo de Basilea y la gestión del riesgo operacional, ob. cit., p. 59].

70 COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA, *Buenas Prácticas para la Gestión y Supervisión del Riesgo Operativo*, 2003.

Estas pérdidas crearon una mayor conciencia sobre la importancia del riesgo operacional y un gran interés por la mejora de los sistemas de control interno en las entidades financieras. Lo novedoso del nuevo acuerdo es considerar la gestión del riesgo operativo como una práctica integral comparable a la gestión de otros riesgos (como riesgo crediticio o de mercado) y exigir capital regulatorio para afrontarlos. En este sentido, son cada vez más las instituciones convencidas de que los programas de gestión integral del riesgo operativo proporcionan seguridad y solidez al banco<sup>72</sup>.

Como vemos, se trata de una regulación sectorial de mínimos pero nada impide que ella sirva de insumo del derecho civil común como se propone en este trabajo.

#### 4.4. Fuentes o factores de riesgo operacional

La Resolución SBS N.º 2116-2009 en su artículo 4 reconoce que el riesgo operacional se origina en los siguientes ámbitos.

**Procesos internos.** Las empresas deben gestionar apropiadamente los riesgos asociados a los procesos internos implementados para la realización de sus operaciones y servicios, relacionados al diseño inapropiado de los procesos o a políticas y procedimientos inadecuados o inexistentes que puedan tener como

consecuencia el desarrollo deficiente de las operaciones y servicios o la suspensión de los mismos.

**Personal.** Las empresas deben gestionar apropiadamente los riesgos asociados al personal de la empresa, relacionados a la inadecuada capacitación, negligencia, error humano, sabotaje, fraude, robo, paralizaciones, apropiación de información sensible, entre otros.

**Tecnología de información.** Las empresas deben gestionar los riesgos asociados a la tecnología de información, relacionados a fallas en la seguridad y continuidad operativa de los sistemas informáticos, los errores en el desarrollo e implementación de dichos sistemas y la compatibilidad e integración de los mismos, problemas de calidad de información, la inadecuada inversión en tecnología, entre otros aspectos.

**Eventos externos.** Las empresas deberán gestionar los riesgos asociados a eventos externos ajenos al control de la empresa, relacionados por ejemplo a fallas en los servicios públicos, la ocurrencia de desastres naturales, atentados y actos delictivos, entre otros factores.

La norma en mención (artículo 5) se ocupa también de los eventos de pérdida por riesgo operacional<sup>73</sup> y finalmente,

73 a) Fraude interno. Pérdidas derivadas de algún tipo de actuación encaminada a defraudar, apropiarse de bienes indebidamente o incumplir regulaciones, leyes o políticas empresariales en las que se encuentra implicado, al menos, un miembro de la empresa, y que tiene como fin obtener un beneficio ilícito. b) Fraude externo. Pérdidas derivadas de algún tipo de actuación

72 BIAGOSCH, Zenón, "El camino hacia Basilea II", en: *Riesgo Operacional CEO Argentina*, ob. cit. p. 20.

como resulta previsible en la moderna gestión de riesgos, la norma contempla su posibilidad de transferencia a través de los seguros a partir del perfil de cada entidad.

#### 4.5. El riesgo de crédito

El riesgo de crédito es definido en la Resolución SBS N.º 3780-2011 del 31 de marzo del 2011 por el que se aprobó el Reglamento de Gestión de Riesgo de Crédito, como “[...]a posibilidad de pérdidas por la incapacidad o falta de voluntad de los deudores, contrapartes, o terceros obligados, para cumplir sus obligaciones contractuales registradas dentro o fuera del balance”.

---

encaminada a defraudar, apropiarse de bienes indebidamente o incumplir la legislación, por parte de un tercero, con el fin de obtener un beneficio ilícito. c) Relaciones laborales y seguridad en el puesto de trabajo. Pérdidas derivadas de actuaciones incompatibles con la legislación o acuerdos laborales, sobre higiene o seguridad en el trabajo, sobre el pago de reclamos por daños personales, o sobre casos relacionados con la diversidad o discriminación. d) Clientes, productos y prácticas empresariales. Pérdidas derivadas del incumplimiento involuntario o negligente de una obligación empresarial frente a clientes concretos (incluidos requisitos fiduciarios y de adecuación), o de la naturaleza o diseño de un producto. e) Daños a activos materiales. Pérdidas derivadas de daños o perjuicios a activos materiales como consecuencia de desastres naturales u otros acontecimientos. f) Interrupción del negocio y fallos en los sistemas.- Pérdidas derivadas de interrupciones en el negocio y de fallos en los sistemas y g) Ejecución, entrega y gestión de procesos. Pérdidas derivadas de errores en el procesamiento de operaciones o en la gestión de procesos, así como de relaciones con contrapartes comerciales y proveedores.

### IMPORTANTE

El juicio de la responsabilidad civil de las entidades financieras debe tomar en cuenta la gestión de los riesgos de su actividad, los mismos que se encuentran instituidos en la legislación y que vigorizan el estándar de su culpa profesional. La culpa como criterio de imputación, entonces, debe analizarse dentro de las posibilidades de actuación con que cuentan las empresas bancarias.

Este riesgo está relacionado con el riesgo operacional en la medida que una indebida gestión de este activará el riesgo de crédito y provocará pérdidas al banco pero también pérdidas a los consumidores y agentes que entran en contacto con él, pérdidas que deben ser eventualmente asumidas por el banco.

## 5. Responsabilidad civil bancaria por la indebida gestión de los riesgos de su actividad profesional

### 5.1 Comunicando la disciplina financiera con el Derecho de la Responsabilidad Civil

Como se ha dicho, las empresas financieras desarrollan de manera habitual y a cambio de una remuneración (los intereses), una actividad especializada. Ellas cuentan con una organización técnica, administrativa y humana exigida por ley que las obliga a actuar de manera eficaz y anticipar o proveer los riesgos de daños que su actividad pueda causar a sus clientes y terceros.

Dada entonces su posición de preeminencia lograda por su experiencia y conocimientos en el campo de sus operaciones, los bancos, a diferencia de los consumidores profanos, gozan de la suficiente capacidad para administrar los riesgos inherentes a su actividad profesional y precaver los daños que la misma conlleva. Por eso, pensamos que la culpa (grave o leve) de ellos, como criterio de imputación, debe analizarse dentro de las posibilidades de actuación con que cuentan.

En este orden de ideas, el contenido del deber de diligencia impuesto a estas empresas financieras, está integrado por los postulados de la llamada *lex artis*, de donde se desprende, entre otras cosas, la obligación de gestionar los riesgos operacionales y de crédito de los que hemos venido hablando.

Si bien para los operadores financieros, Basilea II significó una mejora en la seguridad y solvencia del sistema financiero al permitir una mayor sensibilidad al riesgo en la adecuación del capital e incentivar que los bancos mejoren sus capacidades de gestión y control de riesgos, para los operadores del derecho, dicho acuerdo, incorporado como está en la legislación de los países, nos ofrece una oportunidad de ampliar nuestra perspectiva y realizar la tarea de *repensamiento* que nos propone De Trazegnies, para quien la construcción de un nuevo derecho civil supone precisamente abrir las ventanas y dialogar con el resto de la sociedad, aproximarse a la realidad de su

tiempo con los instrumentos de las otras ciencias sociales<sup>74</sup>.

El tomar en cuenta estos conceptos de la gestión de riesgos para la determinación de la responsabilidad civil de las entidades financieras es una manifestación concreta de la visión estratégica del Derecho, de esa estrategia de *repensamiento* del Derecho Civil que nos propone De Trazegnies<sup>75</sup>, de esa estrategia eficiente del conocimiento del “conjunto de la realidad” a la que el derecho debe adaptarse, y esto es así porque “el Derecho de nuestro tiempo debe reivindicar la justicia desde una perspectiva social, sistémica, antes que desde una visión diádica e intersubjetiva”.

Es propósito principal de este trabajo insertar estos conceptos de riesgo de crédito y riesgo operacional en el juicio de responsabilidad de los bancos, es decir, comunicar estos conceptos del derecho financiero que han sido reconocidos y regulados por casi todas las legislaciones del mundo, incluyendo la nuestra, con el derecho de la responsabilidad civil, en particular en el ámbito de los criterios de imputación. Consideramos que ambas aproximaciones no son incompatibles sino, por el contrario, pueden armonizarse y justificar y dar explicación a múltiples casos de responsabilidad civil de los bancos en el ejercicio de su actividad.

74 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *El Derecho Civil ante la postmodernidad*, ob. cit., p. 324-325.

75 *Ibidem*, pp. 313, 329 y 332.

La responsabilidad civil debe hablar el lenguaje que ya ha tomado cuerpo en la última década en la disciplina financiera. No hacerlo sería zanjar la integración cada vez más fuerte que se da en el conocimiento. Existe ya una plataforma de conceptos que no son incompatibles con la disciplina jurídica, son ya conceptos jurídicos y solo falta conectarlos o retroalimentarlos en la casuística.

### 5.2. La responsabilidad bancaria por servicio defectuoso

Como señalábamos anteriormente, al incluir el Código de Consumo como *servicio* a la actividad que prestan en el mercado las entidades bancarias y financieras, es claro que su tutela alcanza a los clientes o usuarios de los servicios bancarios. No obstante al regular los supuestos de responsabilidad civil y distinguir entre la responsabilidad civil genérica sujeta a las reglas del Código Civil y la responsabilidad civil objetiva aplicable solo para los casos de productos defectuosos, el Código de Consumo favoreció a los bancos, pues en tanto proveedores no de productos sino de servicios, les aplica la responsabilidad civil común.

Si bien el capítulo V destinado a las actividades de las entidades bancarias se titula *productos y servicios* bancarios, el glosario de términos del Código de Consumo distingue entre producto y servicio e incluye dentro de estos últimos a los financieros y bancarios, y además el primer artículo de este capítulo (artículo 81) habla solo de “servicios financieros”.

Por definición, los bancos prestan servicios de intermediación financiera. En el glosario de términos de la Ley N.º 26702 además, solo se encuentra la definición del “servicio financiero” como “cualquier servicio de naturaleza financiera [...] comprenden todos los servicios bancarios, todos los servicios de seguros y relacionados con seguros y demás servicios financieros, así como todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera”. Más claro ni el agua<sup>76</sup>. La responsabilidad aplicable a la entidad bancaria en su calidad de prestador de servicios es la del derecho civil común.

Ahora bien, como la gran mayoría de las relaciones de consumo con las entidades financieras son de naturaleza contractual, las reglas que deben aplicarse para determinar la responsabilidad de este tipo de agente, son las de la responsabilidad contractual. En este punto nos preguntamos ¿existe un criterio de imputación en esta materia distinto al de la culpa? La verdad es que, aun cuando se considere como dogma el que la culpa sea el único criterio de imputación aplicable a este tipo de responsabilidad<sup>77</sup>, y

76 El tratamiento de los servicios como defectuosos se encuentra en construcción. En Europa, por ejemplo, los productos defectuosos cuenta con una directiva de seguridad y otra de responsabilidad, pero no ocurre lo mismo con los servicios defectuosos. Esto no quita que haya habido intentos de unificación pero la diversidad de los servicios y su complejidad no lo ha permitido por ahora.

77 FERNANDEZ CRUZ, Gastón, “Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual:

podamos afirmar que este se encuentra en proceso de flexibilización, nos cuesta reconocer que no podemos apartarnos de este dogma y que la culpa sigue reinando la responsabilidad contractual.

El hecho que en esta responsabilidad se presume la culpa leve no nos puede llevar a pensar que se trate de una responsabilidad objetiva atenuada, porque la prueba girará siempre en torno de la culpa y no del riesgo beneficio o riesgo profesional, criterios propios de la responsabilidad objetiva. Esto no quita sin embargo que sepamos que en materia de protección al consumidor algunas legislaciones ya han pasado el umbral de la culpa y reconocido al riesgo profesional como criterio de imputación objetiva.

Mientras nuestra legislación no pase ese umbral y no podamos sostener en nuestra jurisprudencia ni en la doctrina que la bancaria es una actividad riesgosa o peligrosa capaz de fundar una responsabilidad objetiva, la culpa gobernará la responsabilidad bancaria. Esto no significa que la actividad bancaria no tenga riesgos, sino únicamente que estos no han sido determinantes por ahora para fijar una responsabilidad objetiva por riesgos. Y es que en la responsabilidad contractual, entre ellas la bancaria, los riesgos pueden ser objeto de distribución y si esto no se hace, siempre habrá un juez que pueda suplir a las partes y distribuirlos o eventualmente corregir si han sido mal distribuidos.

la división de sistemas y la previsibilidad”, en *Derecho Civil Patrimonial*, Lima: 1997, p. 258.

Ello en razón de que contratar es consentir las disposiciones supletorias de la jurisdicción, reglas que, en general, constituyen una parte no negociable del acuerdo, pues aún cuando los contratantes puedan eludirlos o especificar el contrato para restringir su aplicación a los aspectos no abordados en el acuerdo, estas reglas supletorias no pueden ser sustituidas<sup>78</sup>.

Reflexivo o no, este tratamiento del legislador consumerista nos impide reconocer, como viene siendo reconocido en otras legislaciones latinoamericanas, que el régimen de responsabilidad civil bancaria frente al consumidor en nuestro país es objetivo. En nuestro país, la responsabilidad por los daños que no deriven de productos defectuosos pero sí de los riesgos de la actividad profesional empresarial, es subjetiva. Así, la responsabilidad bancaria por los daños que se presenten en el desarrollo de su actividad, en tanto proveedora solo de servicios financieros, es subjetiva, con lo cual le son aplicables las reglas del Código Civil.

### 5.3. El riesgo en la culpa. La tercera vía

El hecho que la responsabilidad civil bancaria sea subjetiva, no impide sin embargo, como se viene haciendo últimamente, que se introduzcan criterios que la objetiven, o que el riesgo tenga un perfil distinto al de criterio de imputación objetiva y sea visto ahora como un elemento a tomar en cuenta

78 COLEMAN, Julies, *Riesgos y daños*, ob. cit., pp. 179 y 180.



en el juicio de responsabilidad subjetiva, es decir incorporado en el análisis del carácter diligente del comportamiento profesional.

Y es que frente a la culpa y el riesgo se viene ahora hablando de una tercera vía, que consiste en consagrar la culpa como principio de responsabilidad pero inmediatamente definirla con criterios objetivos en su evaluación. El proyecto de los “principios del derecho de daños europeos” (PDDE) está en esa línea al consagrar en su artículo 4:101 la culpa como principio general de la responsabilidad civil pero limitando a criterios objetivos las posibilidades de interpretación de lo que debe entenderse por “conducta exigible”.

Tales criterios son la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate (con lo que parece permitirse un sistema de múltiples niveles de objetividad o subjetividad, y aún la atribución de función preventiva de la responsabilidad civil y que incluso atiende a una clasificación realizada en el mismo documento); la peligrosidad de la actividad (con lo cual se está incluyendo directamente la noción de riesgo); la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo (con lo que se deja abierta la puerta para cualquier objetivación posible), de la previsibilidad del daño (lo que haría muchas veces inviable la alegación de la causa extraña como forma de exoneración); la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas y la disponibilidad y; el coste de las medidas de

precaución y de los métodos alternativos (criterio eminentemente objetivo y evidentemente vinculado con la noción de riesgo)<sup>79</sup>.

#### 5.4. La culpa bancaria por la indebida gestión de sus riesgos

Como hemos dejado sentado antes, el nuevo régimen de protección especial al consumidor financiero debe tener claro que las entidades financieras son expertos en el ejercicio de su actividad, profesionales que gestionan sus riesgos de un modo particularmente riguroso cumpliendo normas especiales, de modo que la valla de su diligencia es alta y debe contrarrestar las múltiples situaciones de daños provocadas por ella, extendiendo para ello su vocación preventiva, que jugará un rol fundamental pues como experto, los bancos tienen esa capacidad organizativa que le permite prevenir las situaciones de riesgos. Por su parte, los consumidores financieros tienen el derecho de recibir servicios con estándares de seguridad y calidad, de acuerdo con las condiciones ofrecidas y las obligaciones asumidas por las entidades financieras en materia de gestión de sus riesgos y en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros.

79 ARAMBURO CALLE, Maximiliano, “Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 38, N.º 108, Colombia: 2008, pp. 30 y 31.

La actividad bancaria —como hemos visto— acarrea riesgos y como estos tienen que ser asumidos o distribuidos, no son sino los bancos los llamados a incorporarlos en sus precios (los intereses) o asegurarlos, pues están en mejores condiciones que sus clientes consumidores. Esto permite colegir que la responsabilidad frente al daño de un consumidor, dependerá de la aptitud que tenga el banco para controlar o adoptar las medidas necesarias para evitar la producción de un daño,

Pensamos que son las reglas expedidas por el Comité de Basilea en materia de riesgo operativo (y en alguna medida el riesgo de crédito), las que resultan aplicables en materia de responsabilidad del profesional bancario, responsabilidad aplicada a las actuaciones del personal a su servicio y a las fallas originadas en su infraestructura y en sus procesos tecnológicos.

Los bancos tienen una posición de preeminencia, vale decir, un *dominio profesional* basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos en el campo de sus operaciones, que las colocan por encima de los demás. Se trata, pues, de personas con una idoneidad particular; de técnicos iniciados frente a la masa de consumidores profanos en su materia y que, en este orden de ideas, gozan de suficiente capacidad para dominar los riesgos inherentes a su actividad profesional y de precaver los daños que la misma usualmente conlleva.

Por todo ello, la culpa (grave o leve), como criterio de imputación, debe analizarse dentro de las posibilidades de actuación con que cuentan las empresas bancarias. En esta dirección el eje de su responsabilidad civil necesariamente parte del presupuesto de que estas ostentan una posición y preeminencia, vale decir, un *dominio profesional*.

Por consiguiente, sostenemos que el contenido del deber de diligencia impuesto a las entidades financieras está integrado por los postulados de la llamada *lex artis*, esto es, la regulación de los riesgos de su actividad, de donde se desprende, entre otras cosas, la obligación de desarrollar, establecer, implementar y mantener un sistema de gestión de riesgos, acorde con su sistema experto, su estructura y organización profesional. Esto permitirá evitar pérdidas propias y de los consumidores profanos con quienes entablan sus relaciones.

Ejemplos de pérdidas que deben ser asumidos por los bancos identificados por la jurisprudencia y la doctrina principalmente, son los derivados de pagos de cheques falsos, de hurto de valores en cajas de seguridad, de hurtos en agencias por una vigilancia deficiente, de transacciones electrónicas por internet, de operaciones efectuadas por suplantadores, de reportes indebidos a centrales de riesgos, de créditos abusivos, etc.

Todas ellas son pérdidas que se presentan en el desarrollo de la actividad bancaria, por la indebida gestión de los riesgos inherentes a ella, por la defrau-

dación de la confianza que engendra su sistema experto. Son los bancos los que están en mejores condiciones de prevenir los daños, de trasladar los costos de estos a los precios (los intereses y las comisiones) y eventualmente de asegurarlos como lo plantea la doctrina civil moderna y la propia legislación financiera.

Nosotros sostenemos que, en nuestro país, los bancos no están cumpliendo sus obligaciones legales y que si han registrado un crecimiento en sus utilidades como se ha reconocido<sup>80</sup>, esto se debe a que en parte no están asumiendo pérdidas que se están quedando hoy en la esfera de los consumidores y clientes bancarios.

## 6. Conclusiones

El empresario es el que está en mejores condiciones de prevenir los daños generados en su actividad, asumirlos, asegurarlos e incorporar la prima en sus precios, colectivizando los daños entre todos los clientes o consumidores.

80 El gerente general del BCP, Walter Bayly, reconoció en la entrevista del 9 de abril del 2014, que “este banco ha crecido muchísimo y hemos estado en los últimos años preocupados en capturar el crecimiento más que necesariamente en ser los más eficientes y creo que tenemos una tarea pendiente ahí”. Recuperado de <<http://bit.ly/29MrPXi>>. Es decir, la eficiencia pasó a un segundo plano, los clientes son una tarea pendiente. Esto explica la nota de *El Comercio* denominada “Las utilidades de los bancos crecieron 35 % hasta setiembre”, es decir los bancos han ganado más que el promedio del país, y en el caso del BCP mejoraron un 43.5 % (Recuperado de <<http://bit.ly/29MrPXi>>).

La actividad financiera es una actividad profesional y especializada, cuyo ejercicio debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios, y obrar conforme a las reglas y métodos aplicables a dicha actividad (la *lex artis*).

La actividad financiera forma parte de lo que se considera como un “sistema experto”, en el que el consumidor profano que desconoce los detalles del funcionamiento del sistema y se limita a realizar actos parciales de la cadena total de acciones que este implica, confía que funcionará siempre razonablemente bien. En este sentido, el sistema experto bancario crea una apariencia que genera confianza, de modo que esta debe ser tutelada.

En nuestro país, la responsabilidad bancaria por los daños que se presenten en el desarrollo de su actividad, en tanto proveedora solo de servicios financieros, es subjetiva, con lo cual le son aplicables las reglas del Código Civil. La diligencia exigible a estas entidades es la de un profesional experto que, en función de su actividad, tiene que guardar la diligencia que comporta la gestión de sus riesgos.

Basilea II, que consolidó el riesgo de crédito e instituyó el riesgo operacional, nos ofrece a los operadores del derecho la oportunidad de ampliar nuestra perspectiva y realizar la tarea de repensamiento que nos propone De Trazegnies, para quien la construcción de un nuevo derecho civil supone precisamente abrir las ventanas y dialogar con el resto de la sociedad, utilizar los instrumentos de las

otras ciencias sociales (los de disciplina financiera, los riesgos de su actividad).

El juicio de la responsabilidad civil de las entidades financieras debe tomar en cuenta la gestión de los riesgos de su actividad, los mismos que se encuentran instituidos en la legislación y que vigorizan el estándar de su culpa profesional. La culpa como criterio de imputación, entonces, debe analizarse dentro de las posibilidades de actuación con que cuentan las empresas bancarias.

## 7. Referencias bibliográficas

- ALPA, Guido, *Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y cuestiones*, traducción de Juan Espinoza, Lima: Gaceta Jurídica, 2001.
- ALPA, Guido, *Derecho del Consumidor*, traducción de Juan Espinoza, Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
- ALVERGARIA COSTA, María, *As institucoes financeiras e a sua efetiva responsabilidade na ordem socioeconómico*, Lima: Nova, 2006.
- ANAYA SAADE, Celina, “Riesgos en las transacciones electrónicas bancarias. Una carga que debe ser asumida por la banca”, en *Revista Mercatoria*, vol. XI, N.º 1, Colombia: 2012.
- ARAMBURO CALLE, Maximiliano, “Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 38, N.º 108, Colombia: 2008.
- BAENA CÁRDENAS, Luis, *Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- BECK, Ulrich, *La Sociedad de los Riesgos: Hacia una nueva Modernidad*. Trad. de Jorge Navarro, Barcelona: Paidós, 1998.
- BELTRÁN PACHECO, Jorge y Marco TORRES MALDONADO, “La pérdida del bien cierto y la teoría del riesgo en la relación jurídica obligatoria. ¿Y qué pasó al bien? A propósito del *do ut des*”, en: *Los Contratos: Consecuencias Jurídicas de su Incumplimiento*, Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
- BOATRIGHT, John, “La ética de la gestión de riesgos: una perspectiva poscrisis”, en *Valores y Ética para el siglo XXI*, España: BBVA, 2011.
- CAMPOS BERMÚDEZ, José, “El desdoblamiento de la operación económica de venta plazos y la indefensión del consumidor a crédito”, *Actualidad Civil*, Vol. XVIII, Lima: 2015.
- COLEMAN, Jules, *Riesgos y daños*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El Derecho Civil ante la postmodernidad”, en *Revista de Derecho PUCP*, vol. XLV, Lima: Diciembre de 1991.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “Responsabilidad por riesgo”, en *Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, vol. II, Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, 5.ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de sisifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano)”, en: *Themis*, Revista de Derecho, vol. 50, Lima: 2005.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad”, en: *Derecho Civil Patrimonial*, Lima: 1997.
- FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán, *Derecho del Mercado Financiero*, vol. I, Lima: Grijley, 2010.
- FRANZONI, Massimo, *La evolución de la Responsabilidad a partir del análisis de sus funciones, en Responsabilidad Civil Contemporánea*, 1.ª ed., Lima: Ara Editores, 2009.
- GERSCOVICH, Carlos, “Marcos del derecho bancario y financiero”, en: *Derecho Bancario y Financiero Moderno. Principios generales. Mercados. Contratos. Responsabilidad. Insolvencia*, Buenos Aires: Ad-Hoc Villela Editor, 2003.
- GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Madrid: Alianza, 1994.
- GHERSI, Carlos, *Responsabilidad profesional*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

GONZÁLES BRICEÑO, Álvaro, “Responsabilidad Civil y Administrativa por ejercicio de la función de intermediación financiera”, en *Revista de Derecho Privado*, vol. XXIV, Colombia: 2005.

JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Enrique y José MARTÍN MARTÍN, “El nuevo acuerdo de Basilea y la gestión del riesgo operacional”, en: *Universia Business Review*, vol. VII, Madrid: 2005.

KAFKA, Folke, *Teoría Económica*, 3.ª ed., Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 1996, p. 76, citado por José Juan HARO SEIJAS, “¿Periculum est dubitabilis? Algunas precisiones sobre el papel del riesgo en la contratación privada”, en: *Themis*, Revista de Derecho, Lima: 2004.

LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Ed., 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *La responsabilidad extracontractual en el campo del derecho del consumidor*, extracto de Roma e América, Diritto Romano Comune, II/2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis, “La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza”, en: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. XXV, Sao Pablo: 2000.

MARIÑO LÓPEZ, Andrés, *Responsabilidad por utilización indebida de Tarjetas de Crédito*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004. MASCAREÑAS, Juan, *Introducción al riesgo en la empresa*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2010.

MAZEAUD, Henry y León y André, TUNC, *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil*, vol. I, t.I., Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1963.

MARTÍ MARTÍ, Joaquín, *La responsabilidad civil del Abogado, del Procurador y de sus sociedades profesionales*, Barcelona: Bosch Editor, 2009.

MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “Responsabilidad Civil de las Entidades Financieras por la Generación, Difusión, y Mantenimiento de Información Crediticia Errónea”, en *Revista de Derecho Informático*, vol. 80, Perú: 2005.

MESINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, *Riesgo de Empresa. Responsabilidad Civil del Empresario*, 1.ª Ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, vol. VIII, “Responsabilidad de los Profesionales”, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Negocios Fiduciaros: su significación en América Latina*, Bogotá: Legis, 2005.

RODRÍGUEZ ZÁRATE, Alejandro, “Análisis económico de la responsabilidad bancaria frente los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional”, en *Vniversitas*, vol. 128, Bogotá: 2014.

VODANOVIC RONQUILLO, Ljubica, “Una visión global de la regulación financiera y una propuesta interesante: el caso de Inglaterra”, en: *Ius Et Veritas*, vol. 44, Lima: 2012.

WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *La responsabilidad civil de los profesionales*, Lima: Ara Editores, 2002.

ZUNZUNEGUI, Fernando, “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos”, en *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Madrid: 2013. 