

1

**CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN
CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ**

LAUDO ARBITRAL

**COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE EMPRESAS
MUNICIPALES DE CALI Y OTROS -COOTRAEMCALI-**

Vs.

BANCO POPULAR S.A.

DICIEMBRE 3 DE 2018

Tabla de contenido

I. CAPÍTULO: ANTECEDENTES	1
1. SOLITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE Y PARTES DEL PROCESO	1
2. EL PACTO ARBITRAL	2
3. AGOTAMIENTO DE LA ETAPA PREVIA AL ARBITRAJE	5
4. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA	5
5. TRÁMITE INICIAL	7
5.1. Nombramiento del Tribunal	7
5.2. Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda	7
5.3. Contestación de la demanda, excepciones y traslado	7
5.4. Audiencia de conciliación	8
5.5. Llamamiento en garantía	8
5.6. Contestación del Llamamiento en garantía	10
5.7. Honorarios y gastos del Proceso	11
6. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE	11
7. LAS PRUEBAS DEL PROCESO	12
7.1. Pruebas solicitadas por la Parte Demandante	12
7.2. Pruebas solicitadas por la Parte Demandada	13
7.3. Pruebas solicitadas por el Llamado en Garantía	14
7.4. Pruebas solicitadas en convergencia por las Partes	16
7.5. Solicitud de la Parte Demandante sobre prueba pericial	16
7.6. Práctica de las pruebas	17
8. ALEGACIONES DE LAS PARTES Y DEL LLAMADO EN GARANTÍA	19
9. TÉRMINO DEL PROCESO	19
II. CAPÍTULO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	20

1.- PRESUPUESTOS PROCESALES Y DELIMITACIÓN DE LA CONTIENDA ARBITRAL	20
1.1. Demanda en forma	20
1.2. Capacidad	20
1.3. Competencia	21
1.4. Legitimación	21
1.5. Delimitación de la contienda arbitral	21
2.- PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SOBRE LA TACHA DE ALGUNOS TESTIMONIOS	23
3.- HECHOS RELATIVOS A LA CONTROVERSIA ENTRE COOTRAEMCALI Y BANCO PUPULAR S.A. PROBADOS EN EL PROCESO	24
3.1. Hechos invocados en la demanda arbitral relativos a la celebración de los contratos de prestación de servicios financieros	25
3.2. Hechos invocados en la demanda arbitral relativos al uso de los servicios E-Popular Empresarial Internet por parte de Cootraemcali	34
3.3. Hechos invocados en la demanda arbitral relativos a los retiros indebidos e ilegales en las cuentas corrientes y de ahorro de Cootraemcali	38
3.4. Hechos invocados en la demanda arbitral relativos a las actuaciones realizadas por Cootraemcali con posterioridad al retiro indebido e ilegal de fondos de sus cuentas bancarias y de ahorro	55
3.5. Pronunciamiento sobre el dictamen pericial aportado como prueba con la demanda y su contradicción por parte de la Convocada	58
4.- INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL BANCO POPULAR DEL CONTRATO DENOMINADO "E-POPULAR EMPRESARIAL INTERNET BBS", LAS NORMAS LEGALES REFERENTES A CUENTAS CORRIENTES Y DE AHORRO Y LA CIRCULAR BÁSICA JURÍDICA N°007 DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA	66
5.- RECLAMACIONES REALIZADAS POR COOTRAEMCALI ANTE EL BANCO POPULAR PARA EL REINTEGRO DE LOS DINEROS INDEBIDA E ILEGALMENTE DEBITADOS DE LAS CUENTAS BANCARIAS	68

6.- EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA PARTE CONVOCADA Y HECHOS QUE LAS FUNDAMENTAN 69

 6.1. Pronunciamiento frente a los hechos en que se fundamentas las excepciones interpuestas 69

 6.2. Pronunciamiento sobre las excepciones interpuestas por la Parte Convocada 75

7.- PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS POR EL LLAMADO EN GARANTÍA CONTRA LA DEMANDA DE COOTRAEMCALI 100

8.- PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA ARBITRAL 105

9.- HECHOS RELATIVOS AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA PROBADOS EN EL PROCESO 132

10.- PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS POR EL LLAMADO EN GARANTÍA CONTRA EL LLAMAMIENTO 136

11.- PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA 147

12.- PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO 152

III. CAPÍTULO: COSTAS 153

IV. CAPÍTULO: PARTE RESOLUTIVA 155

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., 3 de diciembre de 2018

I. CAPÍTULO: ANTECEDENTES

1. SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE Y PARTES DEL PROCESO

1.1. Solicitud de Convocatoria. Mediante escrito radicado el 27 de junio de 2017, el Dr. Fariel E. Morales Pertuz, actuando como apoderado judicial de la **COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI Y OTROS - COOTRAEMCALI-** presentó solicitud de convocatoria de un tribunal de arbitraje para dirimir controversias jurídicas existentes entre la mencionada **COOPERATIVA** y el Banco Popular. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Compromisoria contenida en el contrato denominado “E-POPULAR EMPRESARIAL INTERNET BBS” celebrado entre Cootraemcali y el Banco Popular el 18 de febrero de 2008 y mediante el cual fueron adicionados los contratos de prestación de servicios bancarios con persona jurídica materializados con la apertura, a nombre de Cootraemcali, de las cuentas corrientes Nos 110-569-15621-9 y 110-569-15629-2 y de la cuenta de ahorros N° 220-569-72040-2 en la Sucursal La Floresta del Banco Popular en la ciudad de Cali, el 19 de marzo de 2005.

2.2. Partes.

Son partes del Arbitraje:

Como DEMANDANTE o CONVOCANTE **LA COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI Y OTROS -COOTRAEMCALI-**, cooperativa especializada de ahorro y crédito, domiciliada en la ciudad de Cali, con

personería jurídica reconocida mediante Resolución N° 00155 del 4 de abril de 1938 del entonces Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas de Cali, representado por su gerente, JORGE ALBERTO ADAM PIZARRO, quien se identifica con Cédula de Ciudadanía N° 79'676.551 de Bogotá D.C., como consta en el Certificado de Existencia y Representación de Entidades sin ánimo de lucro que obra a folios 37 a 40 del Cuaderno Principal N°1 .

Como DEMANDADO o CONVOCADO el **BANCO POPULAR S.A.**, entidad financiera con domicilio en Bogotá D.C. representado por su Presidente, CARLOS ALBERTO UPEGUI CUARTAS, quien se identifica con Cédula de Ciudadanía N° 19'455.785 de Bogotá D.C., según certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá y Certificado expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, que obran a folios 42 a 62 y 63 a 65 del Cuaderno Principal N°1.

2. EL PACTO ARBITRAL.

Como ya se anotó, los contratos de prestación de servicios bancarios celebrados entre las Partes el 19 de marzo de 2005 fueron adicionados el 18 de febrero de 2008 mediante la suscripción del contrato denominado “E-POPULAR EMPRESARIAL INTERNET BBS” que obra a folio 131 del Cuaderno de Pruebas N°1, cuya CLÁUSULA DECIMA OCTAVA contiene el Pacto Arbitral en la forma de Cláusula Compromisaria estipulada en los siguientes términos:

“ (...) DÉCIMA OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

“Las partes acuerdan que cualquier controversia o reclamo que surja entre ellas con ocasión de la ejecución, terminación o interpretación de la presente adición que no pueda ser resuelto por las partes, se someterá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento cuyo fallo será en derecho y de acuerdo con las siguientes reglas: Designación: Los miembros del Tribunal serán designados directamente y de común acuerdo por las partes y a falta de acuerdo por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio

de Bogotá. Miembros: Los miembros del Tribunal de Arbitramento serán ciudadanos colombianos y en ejercicio, según lo dispuesto en la Ley 446 de 1998 y demás normas que lo modifiquen adicionen o complementen. Arbitramento Técnico: se someterán a él todas las controversias de carácter eminentemente técnico, el Tribunal estará conformado por un árbitro quien deberá ser experto en el tema objeto de la controversia, bien sea por formación profesional o por experiencia. La organización interna del Tribunal se someterá a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá. Arbitramento en derecho: se someterán a él todas las controversias de carácter eminentemente jurídico; el Tribunal estará conformado por (1) árbitro quien deberá ser Abogado Titulado. La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá. Naturaleza del Arbitramento: Si dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la solicitud de Arbitramento las partes no se ponen de acuerdo sobre si la controversia es de carácter eminentemente técnico o no, la correspondiente consulta deberá someterse al criterio de un amigable componedor seleccionado por la Cámara de Comercio de Bogotá, a quienes las partes deberán presentar sus argumentos por escrito dentro de los cinco días hábiles siguientes a la aceptación del nombramiento. El amigable componedor deberá decidir sobre el asunto dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a dicha fecha. Designación de árbitro: Si las partes no llegaren a un acuerdo sobre la designación del árbitro dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la solicitud de Arbitramento o de la decisión del amigable componedor, este será designado por la Cámara de Comercio de Bogotá. Procedimiento arbitral: El procedimiento arbitral se sujetará a las normas contenidas en los artículos 121 y ss. De la ley 446 de 1998. Las partes acuerdan que todas las controversias, procesos y acciones que tengan que ver con cobros, continúen conociéndose a través de la jurisdicción ordinaria, así como los asuntos que tengan un trámite abreviado o sumario.”

3. AGOTAMIENTO DE LA ETAPA PREVIA AL ARBITRAJE

En el escrito de solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitraje, el apoderado de la Parte Convocante manifestó que en el presente caso las partes no habían podido resolver la controversia materia de la demanda arbitral tal y como se expone en el Punto “ 2.6. denominado **“RECLAMACIONES REALIZADAS POR COOTRAEMCALI ANTE EL BANCO POPULAR PARA EL REINTEGRO DE LOS DINEROS INDEBIDA E ILEGALMENTE DEBITADOS DE LAS CUENTAS BANCARIAS”**, por lo cual la controversia surgida entre las partes en torno a las operaciones fraudulentas objeto de la demanda deben someterse a la decisión de un Tribunal de Arbitraje cuyo fallo será en derecho.

4. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Son pretensiones de la Demanda¹:

1.- Que se **DECLARE** al **BANCO POPULAR S.A.** responsable civil y contractualmente por el incumplimiento de los contratos de prestación de servicios bancarios Cuentas Corrientes Nos. 110-569-15621-9 y 110-569-15629-2 y la cuenta de Ahorro N°220-569-72040-2 adicionados por el contrato denominado **“E-POPULAR EMPRESARIAL INTERNET BBS”** (en adelante el **CONTRATO**), debido a que por la negligencia de esta entidad financiera fueron debitados de estas cuentas y **SIN** autorización de su titular un total de **SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES SETENTAY NUEVE MIL VEINTITRÉS PESOS (\$ 644'079.023)**,

2.- Que se **DECLARE** al **BANCO POPULAR S.A.** responsable civil y contractualmente por el incumplimiento de los contratos de prestación de servicios bancarios Cuentas Corrientes Nos. 110-569-15621-9 y 110-569-15629-2 y la cuenta de Ahorro N°220-569-72040-2 adicionados por el contrato denominado **“E-POPULAR EMPRESARIAL INTERNET BBS”** (en adelante el **CONTRATO**) por no haber cumplido lo dispuesto en el **Capítulo XII del Título I de la Circular Básica Jurídica N° 007 de 1996 de la**

¹ Cuaderno Principal, folios 7 y 8

Superintendencia Bancaria – hoy Superintendencia Financiera- relativo (sic) a requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones a través de internet.

3,- Que como consecuencia de las declaraciones 1 y 2 se **CONDENE** al **BANCO POPULAR S.A.** a pagar a **LA COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI Y OTROS -COOTRAEMCALI-** a título de indemnización de perjuicios las siguientes sumas de dinero:

3.1. La suma de **SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES SETENTA Y NUEVE MIL VEINTITRES PESOS (644'079.023)** por concepto de capital a título de daño emergente.

3.2. La suma de **MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y SEIS PESOS (\$1.451'164.136)** por intereses moratorios sobre el capital a título de lucro cesante, liquidados desde el 9 de octubre de 2008 al 30 de junio de 2017 o los que se liquiden al momento de proferir el respectivo laudo arbitral.

3.3. Como pretensión subsidiaria a la 3.2., la suma de **MIL MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$ 1.000'769.273)** por intereses corrientes sobre el capital a título de lucro cesante, liquidados desde el 9 de octubre de 2008 al 30 de junio de 2017 o los que se liquiden al momento de proferir el respectivo laudo arbitral.

3.4. Que se **CONDENE** al **BANCO POPULAR** al pago de las costas, gastos y agencias en derecho del presente trámite arbitral.

5.- TRÁMITE INICIAL

5.1. Nombramiento del Tribunal

De conformidad con lo estipulado en la Cláusula Compromisaria, una vez radicada la solicitud de arbitramento, el apoderado de la Parte convocante procedió a instar al BANCO POPULAR a designar de común acuerdo al árbitro único previsto en dicha Cláusula². Si bien dentro del término previsto en el contrato las partes contractuales acordaron designar un árbitro, este no aceptó³, razón por la cual la competencia para tal designación pasó a ser del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, según lo previsto en el Pacto Arbitral. En este orden de ideas, dicha entidad procedió a efectuar el sorteo reglamentario, en desarrollo del cual fue escogido el nombre de CARLOS ADOLFO ARENAS CAMPOS,⁴ quien una vez notificado de su nombramiento lo aceptó⁵ y diligenció el formato reglamentario de información en la debida oportunidad.⁶

5.2. Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda

El veintisiete (27) de septiembre de 2017 tuvo lugar la audiencia de instalación del Tribunal⁷ en desarrollo de la cual se designó como secretario del Tribunal al doctor Juan Andrés Zarama Medina, se reconoció personería a los apoderados de las partes convocante y convocada y se admitió la demanda.

5.3. Contestación de la demanda, excepciones y traslado de las mismas

Dentro del término procesal el apoderado del Banco Popular presentó la contestación a la demanda arbitral⁸ y propuso como excepciones de mérito las siguientes:

“4.2.1. Incumplimiento contractual de Cootraemcali”; “4.2.2. Culpa de la víctima”; “4.2.3. Hecho de un tercero”; “4.2.4. Inexistencia de vulneración de los sistemas del Banco”; “4.2.5.

² Comunicación de 05 07 17, Cuaderno Principal N°1, folio 94

³ Comunicación de 28 07 17, Cuaderno Principal N°1, folio 111.

⁴ Comunicación de 11 08 17, Cuaderno Principal N°1, folio 117.

⁵ Comunicación de 18 08 17, Cuaderno Principal N°1, folio 125.

⁶ Cuaderno Principal N°1, folio, 126.

⁷ Cuaderno Principal N°1, folio 147.

⁸ Cuaderno Principal N°1, folios 152 a 188.

Cumplimiento de los protocolos de seguridad por parte del Banco”; “4.2.6. Inexistencia de culpa del Banco Popular”; “ 4.2.7. Genérica”.

Asimismo, la parte Convocada formuló objeción al juramento estimatorio de perjuicios que hace parte de la demanda de Cootraemcali ⁹.

Se surtió el traslado de las Excepciones a la Parte Convocante, que no se pronunció al respecto.

5.4. Audiencia de conciliación

El día 17 de enero de 2018 se surtió la audiencia de conciliación prevista por la ley¹⁰. En vista de que las partes no llegaron a un acuerdo conciliatorio, el Tribunal ordenó continuar con el trámite del proceso.

5.5. Llamamiento en garantía

Junto con la contestación de la demanda el apoderado de la parte convocada presentó Llamamiento en garantía de la compañía aseguradora Seguros Alfa S.A. Como pretensiones del mismo el llamante planteó las siguientes:¹¹

1. Que se declare que existe el contrato de Seguro de Manejo Global Bancaria (sic) número 217-182, con vigencia del 18 de octubre de 2007 al 28 de octubre de 2008, donde el Banco Popular S.A. tiene la calidad de tomador, asegurado y beneficiario y la aseguradora es

SEGUROS ALFA S.A.

2. Que se declare que el siniestro que se concretaría con la obligación del BANCO POPULAR S.A. de indemnizar a COOTRAEMCALI, por las operaciones realizadas entre el 24 de septiembre de 2008 y el 8 de octubre del mismo año, sobre sus cuentas corrientes 110-569-15621-9 y 110-569-15629-2 y cuenta de ahorros 220-569-72040-2, está amparada

⁹ Contestación de la Demanda, Cuaderno Principal N°1, folio 182.

¹⁰ Cuaderno Principal N°1 folios 221.

¹¹ Cuaderno de Llamamiento en Garantía, folios 4 y 5.

por la Póliza de Manejo Global Bancario, número 2117-182, con vigencia del 28 de octubre de 2007 al 28 de octubre de 2008.

3. Que se declare que conforme a la Póliza de Seguro de Manejo Global Bancaria (sic), número 2117-182 con vigencia del 28 de octubre de 2007 al 28 de octubre de 2008, SEGUROS ALFA S.A. está obligada a indemnizar al BANCO POPULAR S.A. en caso de una condena. Lo anterior en razón del amparo relativo a pérdidas patrimoniales que el Banco como asegurado sufra, con motivo del giro normal de sus operaciones, bien sea esto por acciones internas y/o externas.

4. Que se declare que tanto el pago de los gastos y costos del proceso arbitral, como los honorarios de abogado de la defensa del BANCO POPULAR, del litigio al que está siendo llamada en garantía SEGUROS ALFA S.A., están amparados por la Póliza de Seguro de Manejo Global Bancaria (sic), número 2117-182, con vigencia del 28 de octubre de 2007 al 28 de octubre de 2008.

5. Que se declare que de conformidad con dicho contrato, SEGUROS ALFA S.A. debe indemnizar al BANCO POPULAR S.A., -en razón del amparo de costos judiciales y honorarios de abogados-, todos los costos y gastos que se deriven de este proceso arbitral como consecuencia de su defensa, así como los honorarios de los abogados que lo representa (sic).

6. Que se condene a SEGUROS ALFA S.A. a pagar al demandante las indemnizaciones a que sea condenado el BANCO POPULAR S.A. en este arbitramento.

7. que se condene a SEGUROS ALFA S.A. a indemnizar, restituyendo al BANCO POPULAR S.A., las sumas que este deba pagar a COOTRAEMCALI en virtud de este proceso arbitral.

8. Que se condene a SEGUROS ALFA S.A. a pagar al BANCO POPULAR S.A. todos los costos y gastos que se generen en virtud de proceso arbitral al que está siendo llamada en garantía, así como los honorarios de abogados que representen al BANCO POPULAR S.A. en el presente litigio.

9. Que se condene a SEGUROS ALFA S.A. a pagar al BANCO POPULAR S.A. las costas y agencias de derecho en la cuantía que fije el Tribunal de Arbitramento.

5.6. Contestación del Llamamiento en garantía

Mediante apoderado judicial al cual se reconoció personería ¹² con fecha 19 de febrero de 2018, la aseguradora SEGUROS ALFA S.A. contestó el llamamiento en garantía y formuló las siguientes excepciones de mérito:

1.- Frente a la demanda de llamamiento en garantía¹³

“A. Inexistencia de siniestro por aplicación de las condiciones estipuladas en el anexo de indemnización profesional (NMA2273)”; “Ausencia de cumplimiento de las condiciones precedentes de responsabilidad del seguro”; “C. Inexistencia de Siniestro por ausencia de responsabilidad civil del banco por improcedencia de las pretensiones de la demanda principal”; “D, Reducción de la indemnización y compensación”; “e. Inexistencia de la obligación de pagar el lucro cesante”; “F. Limitación a la suma asegurada y aplicación de deducible”; “G. Prescripción (no se alega)”; “H. Cualquier otra excepción probada que oficiosamente deba declararse”.

2.- Frente a la demanda contra el Banco Popular¹⁴

“A. Inexistencia de responsabilidad del Banco Popular”; “B. Incumplimiento del deber de cuidado y seguridad por parte de Cootraemcali”; “C. Culpa exclusiva de Cootraemcali”; “D. Configuración del hecho de un tercero”; “E. Inexistencia de vulneración de los sistemas del Banco”; “F. Reducción de la deuda y compensación de culpas”; “G. Cualquier otra excepción que oficiosamente deba declararse”.

3. Igualmente el Llamado en garantía formula objeción contra el juramento estimatorio de perjuicios formulado en la demanda de Cootraemcali.¹⁵

¹² Cuaderno Principal N°1, Acta N° 13, folio252.

¹³ Cuaderno de Llamamiento en Garantía, folios 121 a 125.

¹⁴ Cuaderno de Llamamiento en Garantía, folios 125 a 131.

¹⁵ Cuaderno de Llamamiento en Garantía, folios 131 y 132.

Simultáneamente el apoderado del llamado en garantía elevó una solicitud de nulidad parcial de lo actuado, la cual fue denegada por el Tribunal.¹⁶

5.7. Honorarios y gastos del proceso

Fracasado el intento conciliatorio el Tribunal procedió a fijar los gastos del trámite y los honorarios del árbitro y el secretario correspondientes a demandante y demandado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la Ley 1563 de 2013. Posteriormente, una vez fue aceptada la contestación al llamamiento en garantía, el Tribunal fijó la porción de gastos procesales y de honorarios que correspondía pagar a la aseguradora llamada. Todas estas sumas fueron canceladas oportunamente.

6.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

El 18 de abril de 2018 se realizó la primera audiencia de trámite¹⁷. En desarrollo de la misma el Tribunal se pronunció sobre su competencia a partir de la plena validez y vigencia de la cláusula compromisoria suscrita por las partes y teniendo en cuenta, además, los siguientes aspectos procesales, entre otros:

Capacidad

Tanto el Demandante como el Demandado y el Llamado en Garantía, tienen capacidad para ser Partes en el proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 del Código General del Proceso.

Apoderados

Las partes han comparecido al presente proceso arbitral representadas judicialmente por abogados a quienes se les ha reconocido personería.

Materia objeto del proceso arbitral y competencia

¹⁶ Cuaderno Principal N°1, Auto N°2 de 14 03 18, Acta N°14, folios 258-274.

¹⁷ Cuaderno Principal N°1, Acta N°16, folios 278-292.

Las diferencias sometidas a decisión arbitral giran en torno a asuntos de naturaleza patrimonial, susceptibles de disposición y transacción a propósito de una relación contractual específica y concreta como lo es el Contrato “E-POPULAR EMPRESARIAL INTERNET BBS”, coaligado con dos contratos de prestación de servicios de cuenta corriente y uno de cuenta de ahorros, en cuanto los tres últimos fueron adicionados por el primero.

7. LAS PRUEBAS DEL PROCESO

En la primera audiencia de trámite el Tribunal decretó las siguientes pruebas:

7.1. Pruebas solicitadas por la parte demandante

7.1.1. Documentales aportadas:

- Los documentos anexados y relacionados en la demanda en 43 numerales.¹⁸

7.1.2. Testimoniales

- Gloria María Grueso Sánchez.¹⁹
- Federico Ortega Mera.²⁰
- Mario Milton Mayor.²¹
- Francesco Duarte Bravo.²²
- Einarco José Morales Carpio.²³

7.1.3. Dictamen pericial

- Pericia elaborada por el Ing. Francesco Duarte B, aportada con la demanda.²⁴

¹⁸ Cuaderno Principal N°1, folios 24, 25, 26 y 27.

¹⁹ Cuaderno de Pruebas N°2, folios 123 – 122.

²⁰ *Ibidem*, folios 76-95.

²¹ Testimonio desistido.

²² *Ibidem*, folios 59-68.

²³ *Ibidem*, folios 69- 75.

²⁴ Cuaderno de Pruebas N°1, folios 247 a 295.

7.1.4. Exhibición de documentos por parte del Banco Popular

- Los señalados en el numeral 4.3 de la demanda²⁵.

7.2. Pruebas solicitadas por la parte demandada

7.2.1. Documentales aportadas:

- Los documentos anexados y relacionados en la contestación de la demanda, tanto para soportar la objeción al juramento estimatorio,²⁶ como las demás pruebas documentales señaladas en el Acápite VI, Pruebas.²⁷
- Los anexados y relacionados en el escrito de llamamiento en garantía en el Acápite VII, Pruebas.²⁸

7.2.2. Testimoniales

- Ximena Fernanda González Quintero, prueba posteriormente desistida por el solicitante.
- Clara Inés Buriticá Gómez, prueba posteriormente desistida por el solicitante.
- Clímaco Antonio Torres Pérez.²⁹
- Jairo Alfonso Salazar Moreno, prueba posteriormente desistida por el solicitante.
- Federico Ortega Mera.³⁰
- Gloria María Grueso Sánchez.³¹
- Jairo Francisco González Matallana.³²
- María del Socorro Yara Orozco.³³

²⁵ Cuaderno Principal N°1, folios 28 y29.

²⁶ Cuaderno principal 1, folio 183.

²⁷ Cuaderno principal 1, folio 184.

²⁸ Cuaderno Principal Llamamiento en Garantía, folio 7.

²⁹ Cuaderno de Pruebas N°2, folios 22 -36.

³⁰ *Ibidem*, folios 76-95.

³¹ *Ibidem*, folios 108-122.

³² *Ibidem*, folios 37-40.

³³ *Ibidem*, folios 49-58.

- Julio Arciniegas Sánchez.³⁴

7.2.3. Dictamen pericial

- Pericia elaborada por Seisco Ltda., aportada por la parte demandada.³⁵

7.2.4. Objeción al juramento estimatorio

- Se admitió y declaró como prueba la objeción al juramento estimatorio presentada con la contestación de la demanda, así como los documentos que la sustentan indicados en el Numeral 5.2.1., entre los cuales figura el dictamen pericial contable aportado por la Parte Convocada como una de las piezas de la objeción.³⁶

7.3. Pruebas solicitadas por el llamado en garantía

7.3.1. Documentales aportadas:

- Los documentos relacionados en el Literal A del Capítulo de Pruebas del escrito de contestación al llamamiento en garantía.³⁷

7.3.2. Testimoniales

- Héctor Gonzalo Martínez Patiño, prueba posteriormente desistida por el llamado en garantía pero con reiteración de su práctica por parte de la Convocada.³⁸
- Andrés Marulanda, prueba posteriormente desistida por el solicitante.
- Hernán Pinzón Arias, prueba posteriormente desistida por el solicitante.
- Clara Inés Buriticá Gómez, prueba posteriormente desistida por el solicitante.
- Nelly Benavides Granados.³⁹

³⁴ *Ibidem*, folios 41-48.

³⁵ Cuaderno de Pruebas N°3, folios 43-168.

³⁶ *Ibidem*, folios 2-42.

³⁷ Cuaderno Llamamiento en Garantía, folio 133.

³⁸ Cuaderno de Pruebas N°2, folios 343-345.

³⁹ *Ibidem*, folios 44-48.

Tribunal de Arbitraje de Cooperativa de Trabajadores de Empresas Municipales de Cali y Otros
COOTRAEMCALI Vs. BANCO POPULAR S.A.

- Jairo Francisco Gonzáles Matallana.⁴⁰
- Jorge Alberto Adam Pizarro, prueba posteriormente desistida por el solicitante.
- Federico Ortega.⁴¹
- Gloria María Grueso Sánchez.⁴²
- Juan Carlos Cardona, prueba posteriormente desistida por el solicitante.
- Einarco José Morales Carpio.⁴³
- Luz Stella Osorio Morales, prueba posteriormente desistida por el solicitante.
- Duberney Polanía Silva, prueba posteriormente desistida por el solicitante.

7.3.3. Exhibición de documentos.

El Tribunal decretó la exhibición de los siguientes documentos, para que, una vez verificada su exhibición, fueran tenidos como prueba:

- Por parte de COOTRAEMCALI, los relacionados en el literal D del capítulo de Pruebas del escrito de contestación del llamamiento en garantía.⁴⁴
- Por parte del Banco Popular, los señalados en el literal E del capítulo de Pruebas de la contestación al llamamiento en garantía.⁴⁵
- Por parte de WILLIS CORREDORES DE SEGUROS S.A., sociedad domiciliada en la ciudad de Bogotá con oficinas en la Calle 26 # 59-41, Piso 6 de esta ciudad, legalmente representada por su gerente, Sr. Héctor Gonzalo Martínez Patiño, actuando como tercero en el proceso, los señalados en el literal F de la contestación al llamamiento en garantía.⁴⁶

7.3.4. Prueba documental solicitada por el Tribunal

⁴⁰ *Ibidem*, folios 37-40.

⁴¹

⁴² *Ibidem*, folios 108-122.

⁴³ *Ibidem*, folios 69-75.

⁴⁴ Cuaderno Llamamiento en Garantía, folio 135.

⁴⁵ *Ibidem*, folio 136.

⁴⁶ *Ibidem*, folio 136.

En concordancia con la manifestación del apoderado del llamado en garantía en la audiencia en el sentido de no insistir en la solicitud de exhortar al Tribunal del Distrito Judicial de Santiago de Cali para que remitiera copia íntegra del expediente 76-001-00-2010-00324001, el Tribunal de Arbitramento ordenó a COOTRAECALI aportar al expediente copia de la sentencia No. 029 con allanamiento a cargos proferida por el Juzgado 20 Penal del Circuito de Cali con Funciones de Conocimiento, el 30 de abril de 2015. Con todo, una vez revisada la documentación se observa que dicha sentencia, en un folio, fue aportada con la Demanda.⁴⁷

7.3.5. Audiencia de contradicción de dictamen

En relación con la oportunidad para contradecir el dictamen aportado por COOTRAEMCALI reclamada por el llamado en garantía, el Tribunal señaló que convocaría la audiencia respectiva de acuerdo con lo previsto en el Artículo 228 del CGP., y en desarrollo de la misma le reconocería la calidad de contradictor de dicho dictamen.⁴⁸

7.4. Pruebas solicitadas en convergencia por las partes.

- Declaración de parte de Jorge Alberto Adam Pizarro en calidad de representante legal de COOTRAEMCALI o quien haga sus veces, solicitada tanto la parte Demandante como por la parte Demandada.
- Declaración de parte de Carlos Eduardo Upegui Cuartas en calidad de representante legal del Banco Popular, o quien haga sus veces, solicitada por las partes demandante y demandada y por el llamado en garantía.

7.5. Solicitud del Demandante sobre prueba pericial -dentro del traslado de Auto de decreto de pruebas- de una Prueba pericial para ejercer derecho de contradicción del dictamen aportado por la Convocada que fue allegado al proceso con posterioridad al traslado de la demanda y de las excepciones de mérito.

⁴⁷ Cuaderno de Pruebas N°1, folios 216 y 217.

⁴⁸ Cuaderno de Pruebas N°2, folios 317-330.

- Mediante Auto de fecha 26 de abril de 2018 (Acta N° 17) el Tribunal aceptó la solicitud de demandante en el sentido de que se le permitiera aportar un dictamen pericial encaminado a controvertir el aportado por la parte Convocada que se concretara en examinar los archivos o la información digital que sirvió de fundamento a SEISCO LTDA. para sacar sus conclusiones y en el entendido de que su eficacia probatoria se circunscribiría a los pronunciamientos que en él se hicieran sobre hechos o materias diferentes a aquellos sobre los cuales versan las verificaciones y conclusiones plasmadas en el dictamen aportado por la Convocante junto con la demanda.⁴⁹

7.6. Práctica de las pruebas

Las pruebas que lo requerían fueron practicadas en audiencias que se verificaron así:

- Para el día 2 de mayo de 2018 se programaron los testimonios de:

Clímaco Antonio Torres Pérez

Jairo Alfonso Salazar Moreno

Jairo Francisco González Matallana

- Para el día 4 de mayo de 2018 se programaron los testimonios de:

Héctor Martínez Patiño

Andrés Marulanda

Julio Arciniegas Sánchez

Hernán Pinzón Arias

Nelly Benavides Granados

María del Socorro Yara Orozco

⁴⁹ Cuaderno de Pruebas N°3, folios166-225.

- Para el día 9 de mayo de 2018 se programó el interrogatorio de parte del representante legal de COOTRAEMCALI, Carlos Fredy García Toro.

- Para el mismo 9 de mayo de 2018 se programaron los testimonios de:

Federico Ortega Mera
Mario Milton Mayor
Einarco José Morales Carpio
Francesco Duarte Bravo

- El 16 de mayo de 2018 se programaron por vía electrónica los testimonios, posteriormente desistidos de:

Ximena Fernanda González Quintero
Clara Inés Buriticá Gómez
Jorge Alberto Adam Pizarro
Juan Carlos Cardona
Luz Stella Osorio Morales
Duberney Polanía Silva

- El 21 de mayo de 2018 se recibió el testimonio de la Sra. Gloria María Grueso Sánchez.
- El mismo día 21 de mayo se celebró la Audiencia para contradecir el dictamen del perito Francesco Duarte, aportado por la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 228 del Código General del Proceso.⁵⁰
- El día 30 de mayo se celebró la Audiencia para controvertir el dictamen de los peritos, Sres. Renán Quevedo Gómez y Fernando Enciso Méndez de la firma SEISCO LTDA., aportado por la parte demandada, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 228 del Código General del Proceso.⁵¹

⁵⁰ Cuaderno de Pruebas N°2, folios 317-330.

⁵¹ *Ibidem*, folios 331-342.

- El día 5 de junio de 2018 se realizó la diligencia de exhibición de documentos del Banco Popular solicitada por la Parte Convocante y el Llamado en Garantía.⁵²
- El día 7 de junio de 2018 se realizó la diligencia de exhibición de documentos de COOTRAEMCALI solicitada por el Llamado en Garantía.⁵³
- El día 7 de junio de 2018 se realizó la diligencia de exhibición de documentos de WILLIS CORREDORES DE SEGUROS S.A. solicitada por el Llamado en Garantía.⁵⁴
- El día 1º de agosto se recibió el testimonio de Héctor Gonzalo Martínez Patiño, representante legal de Willis Colombia Corredores de Seguros, hoy Willis Towers Watson en Colombia S.A.⁵⁵

8.- ALEGACIONES DE LAS PARTES

En audiencia que tuvo lugar el 8 de octubre de 2018, las partes Convocante y Convocada y el Llamado en Garantía, presentaron verbalmente sus respectivos alegatos de conclusión y aportaron la respectiva versión escrita de los mismos, documentos que fueron incorporados al expediente.

Como es de rigor, el Tribunal tiene en cuenta estas alegaciones y, en lo pertinente, hará referencia a ellas a lo largo de las consideraciones del Laudo, al abordar el estudio de las pretensiones y excepciones formuladas dentro del proceso.

9.- TÉRMINO DEL PROCESO

⁵² Cuaderno de Pruebas N°4, folios 14-239.

⁵³ Cuaderno de Pruebas N°5, folios 60-171, un fólder “#1”, folios 1-68, dos compilaciones de “Actas”, empastadas, “#2”, folios 1- 220 y “#3” folios 222-485.

⁵⁴ Cuaderno de Pruebas N°6, integrado por tres fólderes, folios 1-752.

⁵⁵ Cuaderno de Pruebas N°2, folio 343.

El 18 de abril de 2018 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite. Dentro del proceso y se presentaron las siguientes suspensiones:

- (i) Por solicitud conjunta de las partes, mediante Auto N°2 del 7 de junio de 2018 (Acta 27), se decretó la suspensión del proceso desde el 20 de junio hasta el 25 de julio de 2018, incluidas las dos fechas.
- (ii) Por solicitud conjunta de las partes, mediante Auto del 8 de octubre de 2018 (Acta 32), se decretó la suspensión del proceso desde el 9 hasta el 26 de octubre de 2018, incluidas las dos fechas.
- (iii) Por solicitud conjunta de las partes, mediante Auto del 15 de noviembre de 2018 (Acta 33), se decretó la suspensión del proceso desde el 19 hasta el 25 de los mismos mes y año, incluidas las dos fechas.
- (iv) Por solicitud conjunta de las partes, mediante Auto del 20 de noviembre de 2018 (Acta 34), se decretó la ampliación de la anterior suspensión hasta el 2 de diciembre de 2018, inclusive.

II. CAPÍTULO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- PRESUPUESTOS PROCESALES Y DELIMITACIÓN DE LA CONTIENDA ARBITRAL

En el presente trámite los presupuestos procesales se encuentran debidamente cumplidos, en los términos que se exponen a continuación

1.1. Demanda en forma

La demanda presentada por COOTRAEMCALI, cumple con los requisitos que exige la ley, por lo cual fue admitida por el Tribunal.

Otro tanto puede decirse del Llamamiento en Garantía formulado por el BANCO POPULAR S.A., que igualmente fue admitido por el Tribunal.

1.2. Capacidad

Tal como se expresó en acápite anterior de este Laudo, tanto las partes Convocante y Convocada, como el Llamado en Garantía, tienen capacidad para serlo y para comparecer al trámite en los términos de los artículos 53 y 54 del Código General del Proceso y lo hicieron a través de sus respectivos representantes legales, quienes otorgaron poderes para el ejercicio de la respectiva vocería judicial, de acuerdo con los cuales les fue reconocida la personería correspondiente a los apoderados así designados.

1.3. Competencia

De conformidad con los términos de la Cláusula Compromisoria transcrita en acápite anterior el Tribunal encontró que era competente para conocer del litigio y así lo declaró en la Primera Audiencia de Trámite.

1.4. Legitimación

En este trámite no ha sido cuestionada la legitimidad de las partes Convocante y Convocada ni del Llamado en Garantía, para actuar. Sin embargo, el Tribunal considera oportuno señalar que la parte Demandante se encuentra legitimada para formular las pretensiones contenidas en la demanda, las cuales son aptas para ser válidamente dirigidas contra la Parte Demandada, encontrándose cumplido, por tanto, el presupuesto de legitimación por activa y por pasiva.

1.5. Delimitación de la contienda arbitral

En el presente proceso, la Parte Convocante pretende:

1. Que se declare al Banco Popular civil y contractualmente responsable por el incumplimiento de los contratos de prestación de servicios bancarios celebrados entre esa entidad y Cootraemcali, operacionalizados mediante la apertura de dos cuentas corrientes, distinguidas con números 110-569-15621-9 y 110-569-15629-2, y una cuenta de ahorros, distinguida con el número 220-56972040-2, y adicionados, a título de acuerdo de voluntades accesorio, mediante el documento “Adición al Contrato de Cuentas corrientes, ahorros y tarjetas de crédito para la prestación del servicio de transacciones para empresas

a través de E Popular Empresarial Internet BBS y la suscripción de una proforma denominada “Formulario de Inscripción E-POPULAR EMPRESARIAL INTERNET BBS” que hace parte de él. Lo anterior, por considerar que por negligencia de esa entidad financiera y sin autorización de su titular, fueron debitadas de las cuentas mencionadas sumas de dinero que en total ascienden a seiscientos cuarenta y cuatro millones setenta y nueve mil veintitrés pesos (COP \$ 644.079.023).

2.- Que se declare al Banco Popular civil y contractualmente responsable por el incumplimiento de los contratos de prestación de servicios bancarios mencionados en el punto anterior, por no haber cumplido lo con dispuesto en el Capítulo XII del Título I de la circular básica Jurídica N°007 de 1996 de la Superintendencia Bancaria, relativo a requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones a través de internet.

3.- Que como consecuencia de las declaraciones a que se refieren los dos puntos anteriores, se condena al Banco Popular a pagar a Cootraemcali, a título de indemnización de perjuicios, las sumas mencionadas en el epígrafe 1.3 de la demanda.

Surtido como ha sido el debate probatorio de rigor, el Tribunal examinará los hechos invocados en la Demanda a la luz de los elementos de prueba debidamente allegados al plenario, previo pronunciamiento sobre aquellos que han sido objeto de reproche, para luego pronunciarse sobre las excepciones de mérito y, en lo que respecta a los hechos en que se sustentan, planteadas por la Parte Convocada y coadyuvadas por el Llamado en Garantía, en la medida en que tal pronunciamiento previo sea necesario para allanar o cerrar el camino hacia un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda arbitral. A continuación, se hará tal pronunciamiento de fondo para, finalmente, ocuparse si a ello hay lugar, de las pretensiones y excepciones de mérito, generadas a raíz del Llamamiento en Garantía y su Contestación.

**2. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SOBRE LA TACHA DE
ALGUNOS TESTIMONIOS**

El apoderado de la parte Convocante tachó los testimonios de María del Socorro Yara Orozco y Marco Antonio Torres Pérez, en ambos casos por tener una dependencia respecto al Banco Popular que puede afectar su credibilidad. De acuerdo con las manifestaciones de ambos testigos, se pudo establecer que efectivamente en el momento de testificar y de tiempo atrás tenían una dependencia de carácter laboral con el Banco Popular.

Al respecto, el Tribunal señala que la existencia de una relación laboral entre un testigo y la parte que solicita el testimonio, no se constituye en un factor que por sí mismo enerve su credibilidad ni siquiera cuando la litis verse sobre aspectos o consecuencias derivadas directamente de tal relación, como acontece en los procesos de carácter laboral, puesto que el principio constitucional de presunción de la buena fe no admite excepciones meramente abstractas, sino que tiene que ser desvirtuado de manera específica; con mayor razón, entonces, cuando la controversia no tiene ese carácter. Lo que debe guiar al juez en la valoración del testimonio, así como de los demás medios de prueba practicados, es el principio de la sana crítica, que tiene su espacio y momento de mayor significación procesal cuando el debate probatorio ha culminado debidamente, vale decir con estricta observancia de los principios de publicidad, defensa y contradicción. En virtud de estos últimos, las partes solicitan las pruebas y, tras su decreto y práctica, pueden confrontarlas, contradecirlas y, si es del caso, desvirtuarlas. Al juez, a su turno, le corresponde ponderarlas y valorarlas en su conjunto, partiendo del principio de la buena fe que se atribuye a todas las actuaciones de los particulares, aunque dispuesto a desconocer el valor del testimonio cuando quiera que tal principio se vea contradicho por razones específicas debidamente acreditadas.

En el caso del testimonio tal valoración y ponderación tendrán que hacerse apreciándolo a la luz de la relación circunstancial concreta del testigo con los hechos sobre los cuales declara, sea en el plano sensorial, intelectual, emocional, profesional o técnico. A partir de ahí, el juez podrá establecer si tienen o no coherencia, sentido y fuerza intrínseca para formar

convicción. Ahora bien, la sana crítica actúa en un escenario procesal conformado por un conjunto de elementos y medios de prueba, cuya confrontación permitirá al juzgador apreciar si el testimonio tachado guarda o no coherencia con el contexto probatorio conformado a través del proceso y de ahí deducir si la tacha tiene fundamento.

En el caso de los dos testimonios tachados por la Parte Convocante, el Tribunal observa, en primer término, que la sustentación de la tacha se limitó a aducir la existencia de una relación laboral de los testigos con la entidad demandada. De otra parte, no encontró en dichos testimonios aseveraciones que se alejen ostensiblemente de lo que se pudo establecer a través de otros elementos probatorios allegados al proceso, que representen una contradicción relevante con lo que en él se encuentra probado o que tengan algún grado de incidencia significativa lo que no se hubiere podido probar.

Por tales razones, el Tribunal desestima las tachas dirigidas contra los testimonios de María del Socorro Yara Orozco y Marco Antonio Torres Pérez, a los cuales dará el valor probatorio que logren alcanzar como resultado del ejercicio de sana crítica que le corresponde realizar a esta instancia de arbitraje.

3. HECHOS RELATIVOS A LA CONTROVERSIA ENTRE COOTRAEMCALI Y BANCO PUPULAR S.A. PROBADOS EN EL PROCESO ⁵⁶

Nota Introductoria

El Tribunal, guiado como es su deber legal, por los principios que orientan el método de la sana crítica en el análisis y valoración de las pruebas allegadas al proceso, manifiesta que las ha examinado para establecer que cumplan con los requisitos de ley para ser tenidas en cuenta y que las ha apreciado tanto desde la perspectiva particular de cada una de ellas,

⁵⁶ Se hace referencia a ellos en el orden en que están planteados en el Acápite 2.1 de la demanda Arbitral.

como desde una perspectiva de conjunto, a partir de la conexidad que tengan con los hechos materia del debate probatorio desarrollado a lo largo del presente trámite arbitral, a fin de reconocerles el grado de credibilidad, confiabilidad e idoneidad que pudieran tener, así como para establecer que grado de coherencia pudiera existir entre ellas.

Las partes tuvieron la oportunidad de ejercer todos sus derechos y facultades procesales en materia probatoria y el Tribunal, a su turno, atendió todas sus solicitudes, en estricta observancia de los principios y reglas establecidos en el Código General del Proceso y en la Ley 1563/12, en especial en lo relativo a publicidad, defensa y contradicción.

En particular, en lo que concierne a los testimonios, todos los cuales fueron solicitados por las Partes y practicados sin reparos de fondo en cuanto a la idoneidad de los testigos -salvo las dos tachas sobre las cuales ya se pronunció- el Tribunal veló por la rigurosa observancia de las normas legales sobre declaración de terceros, en particular las relativas a imparcialidad de los testigos y sobre esa base procedió a la apreciación del valor y alcance probatorio de sus testimonios, tomando en consideración las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las cuales cada testigo participó en el desarrollo de los hechos materia del proceso o tuvo conocimiento de ellos.

En cuanto a las pruebas periciales, que fueron solicitadas y aportadas en su momento por cada una de las partes, Convocante y Convocada, el Tribuna no encontró en la circunstancia de que se tratara de “dictámenes de parte”, un factor que afectara su valor probatorio. Bien por el contrario, pudo verificar que en el Dictamen aportado por el Banco Popular los peritos señalan de manera expresa la existencia de una serie de coincidencias con los criterios y apreciaciones de carácter técnico consignadas en el dictamen aportado por la contraparte.

3.1. Hechos invocados en la demanda arbitral, relativos a la celebración de los contratos de prestación de servicios financieros.

Para fijar su posición sobre la prueba de los Hechos, el Tribunal previamente tomó en consideración el pronunciamiento sobre los mismos realizado tanto por la Parte Convocada como por el Llamado en Garantía, quien manifestó que no le constaba ninguno de ellos y que se atenía a lo que se probara en el proceso.

3.1.1. Celebración. Con fecha 19 de marzo de 2005, de tres contratos de prestación de servicios con persona jurídica entre COOTRAEMCALI y BANCO POPULAR S.A., Sucursal La Floresta de Cali, instrumentalizados mediante la apertura de las cuentas corrientes números 110-569-15621-9 (en adelante Cta. Cte. 21-9) y 110-569-15629-2 (en adelante Cta. Cte. 29-2) y de la Cuenta de Ahorros N°220-569-72040-2 (en adelante Cta. Ahorros 40-2). La Parte Convocante aportó los extractos bancarios expedidos. La Parte Convocada en la Contestación de la Demanda manifiesta que este hecho es cierto ⁵⁷.

3.1.2. Ejecución ininterrumpida de los tres contratos mencionados en el numeral anterior entre el 19 de marzo de 2005 y el 31 de octubre de 2008. Este hecho continuado en el tiempo se infiere de los extractos bancarios y comprobantes sobre los movimientos de las tres cuentas mencionadas en el punto anterior, aportados con la demanda, correspondientes al período 2008/02/01- 2008/09/30⁵⁸ y, asimismo, de los aportados como parte de la declaración de la señora Gloria María Grueso⁵⁹, discriminados así: de la Cta. Cte. 29-2, los correspondientes al período 2008/02/01 a 2008/10/31⁶⁰; de la Cta. Ahorros 40-2, los correspondientes al período 2008/01/01 a 2008/10/31⁶¹ y de la Cta. Cte. 21-9 los correspondientes al período 2008/01/01- 2008/10/31 ⁶².

3.1.3. Adición de los contratos de cuentas corrientes y de Ahorros mencionados en el numeral 1.1.1. Se formalizó mediante la suscripción de una proforma del BANCO POPULAR, denominada “Formulario de Inscripción E-POPULAR EMPRESARIAL

⁵⁷ Cuaderno Principal N°1, folio 153

⁵⁸ Cuaderno de Pruebas N°1, folios 5- 127

⁵⁹ Cuaderno de Pruebas N°2, folio 112

⁶⁰ Cuaderno de Pruebas N°2, folios 123-259.

⁶¹ Cuaderno de Pruebas N°2, folios 260-273.

⁶² Cuaderno de Pruebas N°2, folios 278-316

Tribunal de Arbitraje de Cooperativa de Trabajadores de Empresas Municipales de Cali y Otros
COOTRAEMCALI Vs. BANCO POPULAR S.A.

INTERNET”.⁶³ en cuya Sección 4, “Información de Productos”, aparecen los números de dichas cuentas y el Nit. de COOTRAEMCALI.

A nombre de COOTRAEMCALI, en calidad de Representante Legal suscribe este documento Francia Moreno Moreno, en la Sección 6, denominada “Firma Representante Legal: Aclaración por cambio de Mecanismo de Acceso”. Se infiere que por esa razón su firma está precedida de las siguientes anotaciones preimpresas:

“Actualmente posee el servicio de E Popular Pagos y desea cambiar el mecanismo de acceso a Internet Empresarial Paquete 4 ?” (sic).

A lo anterior se agrega el siguiente texto:

“Acepto con mi firma las condiciones, clausulado y normatividad establecidas en el convenio de E Popular Pagos que suscribí con el Banco Popular, las cuales aplican para Internet Empresarial Paquete 4, al cambiar el mecanismo de acceso”

Igualmente, suscriben el formulario en la Sección 7, “Firmas del Usuario Cliente”, Gloria María Grueso S. y Jorge Helmer Escobar. Tales firmas están precedidas de la siguiente anotación preimpresa:

“Con mi firma que se encuentra registrada en la tarjeta de firmas certifico que conozco y acepto el contenido de este formulario y las condiciones de Adición al contrato de cuentas corrientes y de ahorros para la prestación del servicio “E POPULAR EMPRESARIAL” INTERNET, relacionados al respaldo.”

Por parte del BANCO POPULAR, en la Sección 8 “Para uso exclusivo del Banco”, suscribe el formulario Clara Inés Buriticá G. en calidad de Gerente de la Oficina denominada “Banca Empresarial”.

⁶³ Cuaderno de Pruebas N°1, folio 131.

En su testimonio⁶⁴ Gloria María Grueso Sánchez, quien entonces y desde 2001 se desempeñaba como Tesorera de la Cooperativa, afirma:

“(...) en febrero de 2008, nosotros contratamos con el Banco Popular lo que era el manejo de la nómina, pago de nómina, seguridad social y transferencias internas entre las cuentas de Cootraemcali en el Banco Popular (...) nosotros veníamos manejando un programa de nómina que había sido instalado por el banco y ellos nos solicitaban que ese programa ya no podía seguir funcionando porque eso le traía trabajos adicionales al Banco Popular, entonces ante la necesidad que ellos nos colocaban a que teníamos que entrar al manejo virtual y que la seguridad social a partir de ese año, exigía también que tenía que ser el pago virtual, nosotros nos vimos en la necesidad de hacer ese convenio”

Más adelante⁶⁵, y ante una pregunta del apoderado de la Parte Convocante sobre si el Banco ofreció a Cootraemcali el servicio del portal Internet, responde:

“(...) Si el banco Popular lo ofreció, debido a que ellos querían resolver su problema del proceso que tenían que hacer adicional para el pago de nómina”

Y explica en qué consistía ese proceso adicional:

“(...) nosotros enviábamos un archivo y a ellos les tocaba reprocesar el archivo, y entonces tenían que adicionar una persona del banco para que hiciera ese reproceso y pudiera dispersar los valores a las cuentas de los empleados de la Cooperativa, a través de las cuentas del Banco Popular, porque todos teníamos cuentas en el Banco Popular”

Mas adelante, la señora Grueso Sánchez precisa que el pago de nómina a través del Banco Popular con el aplicativo anterior al servicio virtual E- Popular Empresarial Internet, lo venía utilizando Cootraemcali desde 2005⁶⁶.

⁶⁴ Cuaderno de Pruebas N°2 -folios 108 -122- folio 108, vuelto.

⁶⁵ Cuaderno de Pruebas N°2 -folios 108 -122- folio 109.

⁶⁶ Cuaderno de Pruebas N°2 -folios 108 -122- folio 116, vuelto.

En la Sección 2 “Paquete de Servicios” aparece señalado con una “equis” el Paquete 4 que comprende los siguientes seis servicios: consultas, pagos de servicios, pagos electrónicos, transferencias, pagos de nómina y pago a proveedores, siendo el único de los cinco paquetes ofrecidos que incluye los últimos dos servicios enunciados: pagos de nómina y pago a proveedores. También figura en esta sección una “Nota” relativa al Paquete 4 que dice: “Para la prestación de servicio pago de nómina y proveedores a través de E-Popular Empresarial Internet. Forma 1.10.4.40167.”

Igualmente, aparece en esta Sección una advertencia en los siguientes términos: “Importante: Solamente se debe marcar un tipo de paquete; si se marca más de un paquete, el formulario será devuelto”

En su testimonio ⁶⁷, la Tesorera de Cootraemcali manifiesta al respecto:

“(...) Nosotros tomamos el Paquete 4, porque era el único que nos especificaba que se podía manejar el pago de nómina, entonces por eso se colocó el Paquete 4, lo otro, eso fue también una asesoría que nos dio el mismo banco a través de la Dra. Clara Inés Buriticá, porque para nosotros el formulario no era muy claro, entonces siempre nos asesoramos de preguntar ¿qué otra opción tenemos? porque nosotros no queremos entrar a pago de proveedores virtualmente, porque la Cooperativa tenía otra modalidad de pago para los proveedores que era por cheques”

En la sección 3, “Montos máximos autorizados” para “transferencias internas” figura un monto máximo por transacción de \$500.000.000 y un monto diario de \$500.000.000; para “pagos de nómina y proveedores (archivo y plantilla)”, figura un monto máximo por transacción de \$100.000.000, un monto máximo por archivo de \$200.000.000 y un monto máximo diario de \$200.000.000.

En lo relativo a los servicios de “transferencias y plantillas aval”, “pagos de servicios” y “pagos electrónicos”, las tres casillas destinadas a señalar montos máximos por transacción

⁶⁷ Cuaderno de Pruebas N°2 -folios 108 -122- folio 109.

no aparecen marcadas. Tampoco las tres destinadas a señalar montos máximos diarios, ni las dos casillas previstas para establecer montos máximos mensuales en lo que respecta a “pagos de servicios” y “pagos electrónicos”.

De otra parte, aparece marcada la casilla “No” frente al enunciado “Desea realizar “prenotificaciones” (verificación de datos) para el pago de nómina o proveedores”

En la Sección 5, “Matrícula de Cuentas (Solo para transferencias Internas y Aval)”, aparecen matriculadas como “Cuenta de origen” (A) la Cta. Cte.569-15629-2 y la Cta. Ahorros 569-72040-2, que se anota en dos renglones. Como “Cuentas de Destino” (B), se registran la Cta. Cte.569.15629-2, nuevamente y -en lo que parece ser un error- una segunda que figura - anotada y repetida en dos renglones- bajo el número “569-15621-2”, que no coincide con el número de la segunda cuenta corriente de COOTRAEMCALI, que es (110) 569-15621-9 - no “2”-. Como montos autorizados figuran allí \$ 1.000.000.00 como mínimo y \$500.000.000.00 como máximo.

Finalmente, bajo el enunciado *“Adición al Contrato de Cuentas Corrientes, Ahorros y Tarjetas de Crédito para la prestación del servicio de transacciones para empresa a través de E Popular Empresarial Internet BBS”*, se encuentra el texto al cual se hace referencia en la Sección 7 del Formulario, relativo a las condiciones genéricas de Adición de los contratos de cuentas bancarias y de Ahorros ⁶⁸, adición o convenio que era de duración indefinida (Adición, Cláusula Novena, Vigencia) y que se estaba ejecutando para la época de los hechos que dieron origen a la demanda arbitral, como lo reconocen las Partes.

El clausulado de este documento (en adelante “la Adición” o “Adición”) está precedido del siguiente enunciado:

“Por medio del presente documento se ha acordado con EL USUARIO reglamentar la vinculación y el uso del servicio de e Popular empresarial Internet, el cual constituye una

⁶⁸ Cuaderno de Pruebas N°1, folio 131.

adición a los contratos de cuenta bancaria, cuenta de ahorros, CDT'S o tarjeta de crédito y se regirá por las cláusulas que a continuación se expresan”.

En la Cláusula Primera se hace constar que:

“EL BANCO pone a disposición de LA EMPRESA el servicio de E Popular Empresarial Internet para uso exclusivo del mismo”.

3.1.4 Asignación de los servicios específicos que se pueden prestar a través del servicio genérico E. Popular Empresarial Internet. En concordancia con lo anterior, se establece que el Banco es quien hace la asignación de los servicios específicos que se pueden prestar a través del servicio genérico E. Popular Empresarial Internet (Adición, Cláusula Segunda), y lo hace mediante el agrupamiento de tales servicios en conjuntos denominados “paquetes”. Por la misma razón, el Banco se reserva el derecho de “(...) En cualquier momento adicionar o suprimir cualquiera de los servicios indicados en este convenio de adición al contrato de cuentas corrientes y de ahorros” (Adición, Cláusula Segunda, Parágrafo).

3.1.5. Carácter accesorio de la Adición. La Adición a los contratos de cuenta corriente tiene carácter accesorio. Por esta razón, lo que no se contemple de manera expresa en ella, “se suple con lo estipulado en el contrato de cuenta corriente” (Adición, Cláusula Segunda).

3.1.6. Obligaciones de “la Empresa” Tales obligaciones son:

- 1.- Establecer cualquier medida razonable y apropiada de protección para salvaguardar la privacidad de los datos.
- 2.- “Fijar requerimientos de seguridad”.
- 3.- “Velar por la protección y seguridad de los derechos reservados de los servicios del sistema”.

4.- Disponer de los medios físicos y electrónicos “que le permitan recibir la comunicación y realizar las transacciones previstas en esta adición y en sus anexos”

5.- Asumir a su cargo “todo lo que se requiera para el ingreso al sistema”. (Adición, Cláusula Tercera).

6.- La definición de los topes “para pagos electrónicos”, así como su manejo y uso, hacen parte de la información que los usuarios deben suministrar en el formulario de inscripción. (Adición, Cláusula Cuarta).

7.- Designar un administrador o usuario primario “a quien se delegará todos los controles”. (Adición, Cláusula Sexta).

3.1.7. **“Responsabilidades” del administrador o usuario primario.** Tales responsabilidades son:

1.- “Dar un uso al servicio y a las transacciones que por este canal se originen, así como de asignar los diferentes niveles de acceso para las distintas clases de transacciones.” (Adición, Cláusula Sexta).

2.- El buen manejo de las claves y operaciones realizadas a través del sistema.

3.- Dar aviso telefónicamente y de manera inmediata a la Gerencia de Operaciones del Banco y comunicarlo por escrito a las oficinas del Banco, en caso de olvido o pérdida de la clave, sin perjuicio de su responsabilidad legal.

4.- Cumplir con todas las medidas adicionales “que se indiquen”, pues de lo contrario “asumirá como deuda a su cargo todas las utilizaciones que se hagan de la clave”

5.- Abstenerse de usar la clave perdida u olvidada en caso de recuperarla. (Adición, Cláusula Octava).

3.1.8. **Cláusula de exoneración** En lo concerniente al Banco, se consagra una estipulación de exoneración de responsabilidad en los siguientes términos:

“El BANCO no asume responsabilidad alguna en el evento en que LA EMPRESA no pueda efectuar las transacciones a través de E-Popular Empresarial Internet, por fallas del sistema, deficiente transmisión de datos, fallas telefónicas, fallas del sistema de computación, actos mal intencionados o por circunstancias de fuerza mayor tales como paro, conmoción civil, acciones de autoridad competente o de movimientos subversivos o por fallas imputables a los proveedores o empleados de la entidad, o a (sic) la entidad financiera destino de la transferencia, o porque la transacción financiera no sea aprobada por EL BANCO”

3.1.9. **Horario.** Los servicios estaban disponibles durante las 24 horas del día. Sin embargo, de acuerdo con el documento de Adición, “(...) los horarios para el pago de nómina y proveedores se realizarán (sic) hasta las 3:00 p.m. en días hábiles, los cuales serán establecidos y publicados por El BANCO para la prestación de este servicio”. Las operaciones realizadas con posterioridad al horario de cierre para transacciones electrónicas se considerarán realizadas al día hábil siguiente, a menos que el BANCO indique lo contrario (Adición, Cláusula Décima).

3.1.10. **Servicios habilitados.** Los servicios incluidos unilateralmente por el Banco, como proveedor de servicios de banca electrónica, en el “Paquete 4”, que es el que aparece marcado en el formulario de inscripción, eran los de consultas, pagos de servicios, pagos electrónicos, transferencias - que comprende transferencias internas y transferencias AVAL, pagos de nómina y pago a proveedores. La modalidad “Recaudos ACH” no figura en el paquete mencionado.

3.2. Hechos invocados en la demanda arbitral relativos al uso de los servicios de E-Popular Empresarial Internet por parte de Cootraemcali⁶⁹

3.2.1. Cumplimiento por Cootraemcali de los requerimientos técnicos exigidos en la cláusula Tercera de la Adición. Se trata de un enunciado de naturaleza genérica habida cuenta de que dichos requerimientos son tres y no es en este punto, sino en puntos posteriores donde el demandante especifica la forma como, a su entender, la parte Convocante los cumplió.

3.2.2. Persona responsable del manejo del usuario principal y clave de acceso. Desde el día 18 de febrero de 2008, fecha en que se activó el servicio de E- Popular Empresarial Internet, COOTRAEMCALI accedió al mismo a través de quien figuraba en la condición de “usuario cliente” en el “Formulario de Inscripción E-POPULAR EMPRESARIAL INTERNET”, Gloria María Grueso Sánchez, identificada con la cédula de ciudadanía número 31.858.432, quien en ese entonces y desde el año 2001, se desempeñaba como tesorera de la Cooperativa. En tal condición, la entidad Demandante le asignó la responsabilidad de establecer y manejar tanto el usuario principal como una clave creada al efecto, que era el procedimiento a través del cual que se accedía a los canales electrónicos habilitados por el Banco para efectuar las transacciones bancarias permitidas sobre las cuentas de Cootraemcali, vale decir, las cuentas corrientes 21-9 y 29-2 y la Cuenta de Ahorros 40-2. Este hecho lo reconocen las Partes.

3.2.3. Tipo de transacciones realizadas por Cootraemcali entre el 18 02 08 y el 23 09 08. Se pudo establecer que durante este lapso de tiempo Cootraemcali realizó 610 operaciones a través del portal E-Popular Empresarial Internet, de las cuales solamente 29 fueron operaciones de pago, discriminadas así:

- 16 por concepto de “Pagos T6, T8 y T9/realizar pago virtual”
- 13 por concepto “Pago ACH BBS, Crédito”.

⁶⁹ Se hace referencia a ellos en el orden en que están planteados en el Acápite 2.2 de la demanda Arbitral.

Todos estos pagos fueron realizados contra la Cta. Cte. 29-2.⁷⁰

En su testimonio, Gloria María Grueso Sánchez, tesorera de la Cooperativa, ante la solicitud de que precise cuáles eran las operaciones que realizaba a través del portal, manifiesta⁷¹:

“(…) A través del portal solamente era (sic) transferencias y el pago de las nóminas, seguridad social y la consulta de saldos”

En la bitácora no se registra ninguna utilización de los servicios “Pagos de servicios” ni “Pagos electrónicos” en este período.⁷²**3.2.4. Horarios utilizados para las transacciones.** Todas las transacciones registradas en la bitácora durante el período 18 02 08- 23 09 08 se realizaron dentro de horarios “hábiles”, es decir entre 8:00a.m. y 6:00p.m. y, más específicamente, entre las 7:50 a.m. y las 5:20 p.m.⁷³

3.2.5. y 3.2.6. No utilización de otros servicios. En la bitácora no se registra ninguna utilización de los servicios “Transferencias Internas”, “Transferencias y Plantillas Aval”, “Pagos de servicios” ni “Pagos electrónicos” en este período.⁷⁴ Por lo tanto, no puede haber un pronunciamiento sobre los horarios de utilización de estos servicios.

3.2.7. En relación con los hechos presentados en los puntos 2.2.7. a 2.2.10 de la demanda, se anota que en los puntos 3.2.3. a 3.2.6. anteriores se establece que las transacciones efectuadas por Cootraemcali a través del portal E- Popular Empresarial Internet, entre 12 02

⁷⁰ Cuaderno de Pruebas N°3, “Informe Peritaje Electrónico”, SEISCO, Anexo 5, Bitácora de actividad de las cuentas de COOTRAEMCALI a través del portal E-Popular Empresarial Internet, folios 109 a 118. Esta bitácora fue aportada al proceso por el Banco Popular en físico y en CD, a través del dictamen rendido por la firma SEISCO, previa solicitud a la Empresa ACH, de acuerdo con certificación que obra a folio 652 del Cuaderno Principal N°2 y Extractos bancarios aportados con la demanda.

⁷¹ Cuaderno de Pruebas N°2 -folios 108 -122- folio 110, vuelto.

⁷² Cuaderno de Pruebas N°3, “Informe Peritaje Electrónico”, SEISCO, Anexo 5, Bitácora de actividad de las cuentas de COOTRAEMCALI, folios 109 a 118 y Extractos bancarios aportados con la demanda

⁷³ Cuaderno de Pruebas N°3, “Informe Peritaje Informático”, SEISCO, Anexo 5, Bitácora de actividad de las cuentas de COOTRAEMCALI, folios 109 - 118.

⁷⁴ Cuaderno de Pruebas N°3, “Informe Peritaje Informático”, SEISCO, Anexo 5, Bitácora de actividad de las cuentas de COOTRAEMCALI, folios 109 a 118 y extractos bancarios aportados con la demanda.

08 y 23 09 08, no incluyen pago de servicios públicos, facturas o cuentas de telefonía celular ni transferencias a terceras personas.

3.2.11. Tipo de operaciones realizadas entre el 24 09 08 y el 09 10 08 y no participación en ellas de personas autorizadas por Cootraemcali para el manejo del portal.

3.2.11.1. Durante este lapso, la bitácora de actividades de las tres cuentas de Cootraemcali inscritas en el sistema E- Popular Empresarial Internet, registra un total de setenta y cinco operaciones encaminadas a retirar fondos.⁷⁵

3.2.11.2. Los servicios a los cuales se acudió durante esos días, fuera de “consulta detallada de saldos” y “bloqueo y desbloqueo de usuarios/Login Banco Popular”, fueron:

- Transferencias AVAL, BBS Popular
- Pago ACH BBS Crédito
- Transacciones EBPD/ Consulta pagos pendientes
- Pago servicios públicos
- Transferencias Internas/ Int. Popular⁷⁶

3.2.11.3. La opción “Mantenimiento password clientes, modificación password por el cliente”, fue utilizada una sola vez, el 03 10 08, operación N°963.⁷⁷

3.2.11.4. En relación con el número de operaciones encaminadas al retiro de fondos sobre cada cuenta, dichas operaciones pueden discriminarse así:

- Cta. Cte.29-2, 27 operaciones: 12 exitosas y 15 fallidas.
- Cta. Cte. 21-9, 17 operaciones: 5 exitosas y 12 fallidas.
- Cta. Ahorros 40-2, 21 operaciones: 20 exitosas y una fallida

⁷⁵ Cuaderno de Pruebas N°3, “Informe Peritaje Informático”, SEISCO, Anexo 5, Bitácora de actividad de las cuentas de COOTRAEMCALI, folios 109 a 118.

⁷⁶ Cuaderno de Pruebas N°3, “Informe Peritaje Informático” SEISCO, Anexo 5, Bitácora de actividad de las cuentas de COOTRAEMCALI, folios 109 a 118.

⁷⁷ Cuaderno de Pruebas N°3, “Informe Peritaje Informático” SEISCO, Anexo 5, Bitácora de actividad de las cuentas de COOTRAEMCALI, folios 109 a 118

- Operaciones en las cuales no aparece especificado un número de cuenta: 10.⁷⁸

3.2.11.5. Como se plantea en el Hecho 2.2.11 de la demanda, las transacciones fraudulentas que se realizaron a través del Portal E-Empresarial Internet entre 24 09 18 y 08 10 08, no fueron realizadas por el personal autorizado por Cootraemcali para acceder al mismo. En efecto, en el proceso penal se encuentra acreditado el hecho de que los autores de las defraudaciones que afectaron las cuentas bancarias y de ahorros de la Cooperativa fueron exclusivamente las trece personas condenadas mediante sentencia de primera instancia N°29 de allanamiento a cargos dictada el 30 de abril de 2015 por el Juez 20 Penal del Circuito de Cali, Valle, con funciones de conocimiento, al encontrarlas penalmente responsables del delito de HURTO CALIFICADO POR MEDIOS INFORMÁTICOS ejecutado en las condiciones de tiempo, modo y lugar que se dejaron anotadas en el proceso penal y de conformidad con la aceptación de cargos realizada ante el Juez de Garantías.⁷⁹

Las trece personas condenadas fueron:

- | | |
|------------------------------------|------------------|
| 1. Jhon Brallans Bernal Obando | CC 1.032.404137 |
| 2. Jorge Wiston Mosquera Sarmiento | CC 79.651.459 |
| 3. Luis Antonio Quintero Delgado | CC 91.443.591 |
| 4. Ricardo Javier Beltrán Hoyos | CC 85.462.896 |
| 5. Jorge Luis Dueñas Mesa | CC 73.140.694 |
| 6. Nadin de Jesús Polo Mesa | CC 72.197.140 |
| 7. Mauris Arteta Fayan | CC 8.759.495 |
| 8. Samir Eduardo Gallardo Peña | CC 1.045.670.023 |
| 9. Katerine Núñez Hernández | CC 1.129.568.923 |
| 10. Elix Narvárez Alvarez | CC 5.002.534 |
| 11. Alvaro Enrique Orellano | CC 72.163.367 |
| 12. Carmen Rosa Cruz Muñoz | CC 63.283.296 |
| 13. Marlon Jair Téllez Morales | CC 79.920.172 |

⁷⁸ Cuaderno de Pruebas N°3, "Informe Peritaje Informático", SEISCO, Anexo 5, Bitácora de actividad de las cuentas de COOTRAEMCALI, folios 109 a 118.

La sentencia de primera instancia fue confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, mediante Sentencia SA N°014 de 25 de mayo de 2016.⁸⁰

3.2.12. **Costumbres transaccionales de Cootraemcali.** A través de lo señalado en los puntos 2.2.3. 2 a 2.2-10, se establece cual fue el patrón de uso de los servicios del portal por parte de Cootraemcali, durante el lapso comprendido entre 18 02 09 y 23 09 08.

3.3. Hechos invocados en la demanda arbitral relativos a los retiros indebidos e ilegales de las cuentas corrientes y de ahorro de Cootraemcali⁸¹

3.3.1. En su testimonio, Gloria María Grueso, tesorera de Cootremcali ratifica lo que informó a la Gerencia de esa entidad mediante escrito del 6 de octubre de 2008⁸², en el sentido de que el día viernes 26 de septiembre de 2008 trató de ingresar, sin lograrlo, al portal de E-Popular Empresarial Internet.⁸³

Este planteamiento aparece ratificado en el Oficio G 882.08 de fecha 11 de octubre de 2008, mediante el cual Federico Ortega Mera, en calidad de gerente encargado de la Cooperativa instaura Denuncio Penal de carácter averiguatorio.⁸⁴

3.3.2. En su testimonio, Gloria María Grueso, tesorera de Cootremcali, manifiesta que el día 26 de septiembre se comunicó telefónicamente con el señor Ricardo Valencia, funcionario de la sucursal La Floresta del Banco Popular en la ciudad de Cali, para informarle que no pudo ingresar al portal E_ Empresarial Internet.⁸⁵

⁸⁰ Cuaderno de Pruebas N°1, folios 218-246.

⁸¹ Se hace referencia a ellos en el orden en que están planteados en el Acápite 2.3. de la demanda Arbitral.

⁸² Cuaderno de Pruebas N°1, folio 136.

⁸³ Cuaderno de Pruebas N°2, folio 114, vuelto.

⁸⁴ Cuaderno de Pruebas N°1, folio 145

⁸⁵ Cuaderno de Pruebas N°2, folio 113, vuelto.

3.3.3. El señor Ricardo Valencia del Banco Popular le informó a la señora Gloria María Grueso Sánchez que el portal no estaba bloqueado y que debía existir un error con la clave digitada. La Parte Convocada, en la Contestación de la Demanda, manifiesta que este hecho es cierto⁸⁶.

3.3.4. En el informe que rindió a la Gerencia de la Cooperativa el 6 de octubre de 2008, Gloria María Grueso explica que, ante la inquietud manifestada por el funcionario del Banco Ricardo Valencia en la conversación telefónica que sostuvieron del viernes 26 de septiembre, en el sentido de que de pronto a ella se le había olvidado la clave, ella manifestó que no, que el día anterior había ingresado con esa misma clave. Al preguntársele en la diligencia de recepción de su testimonio por el apoderado de la Parte Convocante si recordaba haber ingresado al portal del Banco el día 25, manifestó:

“Pues la verdad no recuerdo bien, pero yo hacía referencia posiblemente al 23 o al 25 (...) lo que yo veo en este momento es que realmente yo no podía hacer referencia al 25 porque yo no podía ingresar y además lo que yo acabo de testificar es que nosotros entrábamos al portal a mirar los saldos el primer día hábil de cada semana”

Y agrega:

*“(...) El primer día hábil de la semana estaba entre 22 y 23 para yo poder haber sacado mi informe a la gerencia, no entraba ni 24 ni 25, entonces yo no me podía dedicar solamente a estar todos los días revisando el portal, porque el manejo era de no solamente las cuentas del Banco Popular, era de otros bancos”.*⁸⁷

Ahora bien, en relación con esta afirmación, en la Bitácora de actividad de las cuentas⁸⁸ se observan cuatro intentos de acceso a la opción “Bloqueo y desbloqueo usuarios/ Login Banco

⁸⁶ Cuaderno Principal N°1, folio 162.

⁸⁷ Cuaderno de Pruebas N°2, folios 114 vuelto y 115.

⁸⁸ Cuaderno de Pruebas N°3, “Informe Peritaje Informático”, SEISCO, Anexo 5, Bitácora de actividad de las cuentas de COOTRAEMCALI, folios 109 a 118, registros números 890 y 891.

Popular”, dos a las 10:00 y 11:00 p.m. del 25 de septiembre y dos a la 1:37 a.m. del día 26 siguiente. Los cuatro figuran con la anotación “acceso denegado”, lo cual indica que en ese momento se mantenían activas las alteraciones informáticas que impedían el acceso normal al portal, inferencia que coincide con la afirmación de la testigo en lo relativo a que no pudo haber ingresado el día 25 y con el hecho de que el funcionario del Banco Popular Ricardo Valencia tampoco pudo ingresar el día 30, así como tampoco la testigo en su presencia, según se indica adelante.⁸⁹

También se observa que el número IP 200.29.98.149, utilizado repetidamente en el acceso al portal en los días anteriores al 24 09 08, aparece registrado en 6 oportunidades para consultar el saldo detallado de las cuentas de Cootraemcali. Estas consultas hacen parte de tres secuencias de accesos efectuados a través de esta opción a lo largo del día, que en total suman 26, de las cuales 19 tienen números IP diferentes, los cuales, además, no coinciden con los utilizados previamente y en diferentes momentos por la tesorera de la Cooperativa.

Al respecto, cabe tener presente que las llamadas “direcciones IP” constituyen un protocolo numérico, público y variable (*Internet Protocol*), para individualizar enlaces informáticos en la red y no la identificación permanente de un determinado equipo o dispositivo electrónico. Así se deduce de las explicaciones de los peritos frente a los interrogantes formulados al respecto en las audiencias de contradicción de los dictámenes⁹⁰. Adicionalmente, en esa oportunidad se explicó también que podrían producirse accesos remotos al portal, vale decir desde otro dispositivo -que es la hipótesis más verosímil en torno a cómo se produjeron las operaciones fraudulentas y que más adelante será examinada- por lo cual, técnicamente es posible que al momento de efectuarse tales accesos se los “etiquete” también con el mismo número IP previamente asignado a los enlaces en red generados en forma habitual desde un dispositivo que se encuentre controlado remotamente. Lo anterior, y así se aclaró, aun cuando el IP asignado al respectivo usuario “original” por el proveedor de Internet, no

⁸⁹ Ver *infra*, 10.3.6

⁹⁰ Cuaderno de Pruebas N°2, Audiencia de 21 05 18, Perito Francesco Duarte, folios 322-324. Audiencia de 30 05 18, peritos José Renán Quevedo y Fernando Enciso, folios 331-333.

sea fijo sino dinámico, dado que estos IP tienen lo que pudiera denominarse “resiliencia informática”, vale decir, la posibilidad de permanecer activos por un tiempo.

En consecuencia, el hecho de que el 25 de septiembre frente a 19 accesos con IP diferentes, se registren en la bitácora 6 accesos al portal para consulta detallada de saldos con un IP asignado repetidamente a los enlaces generados desde el computador de la tesorera de Contraemcali durante las semanas anteriores, no constituye prueba fehaciente de que ella hubiera logrado ingresar con su usuario y clave ese día 25, fecha para la cual ya se habían producido operaciones fraudulentas y, muy probablemente, alteraciones informáticas que impedían su acceso normal. Sea dicho que esta probabilidad, que reconocen y aceptan los peritos, toma fuerza de convicción ante el hecho indiscutible del allanamiento a cargos sobre su autoría penal por parte de los condenados por Hurto calificado por medios informáticos.

3.3.5. En su declaración en relación con la conversación telefónica sostenida entre ella y el funcionario del Banco Ricardo Valencia el 26 de septiembre, la tesorera Grueso Sánchez manifiesta:

“(…) entonces me pidió que volviera a ingresar y que él desde allá estaba mirando a ver si me funcionaba eso fue vía telefónica y el me dice, Gloria, realmente no sé qué te sucede, el portal no tiene problemas, pero ante lo que te está pasando yo voy a solicitar una reexpedición de clave a Bogotá, eso te estaría llegando en 8 días y estaría aquí yo creo el 3 de octubre”.⁹¹

3.3.6. En la misma declaración, a renglón seguido, se lee:

“(,,,) Entonces él me dijo, eso era un viernes la fecha 26, entonces él me dijo Gloria hoy no puedo bajar a la Cooperativa, yo voy a tratar de ir el 29 para revisacr el portal y a ver que sucede. Llegó el 29, él no apareció, entonces yo volví y lo llamé le dije Ricardo tengo el problema no se que está pasando y yo necesito datos para poder pasar mi informe; entonces

⁹¹Cuaderno de Pruebas N°2, folios 113, vuelto.

el me dijo, hoy realmente no puedo ir a Cootraemcali, además le dije yo tengo que pagar la nómina, ¿qué voy a hacer? No me funciona el portal, ya el aplicativo anterior ustedes lo quitaron, entonces ¿cómo voy a pagar la nómina de los empleados? entonces él me dijo, mañana 30 estoy a primera hora allá.”

Y continua:

“ (...) Así sucedió, él llegó el 30, entró a mi computador, vio que no podía ingresar al portal, me pidió que ingresara, no podía entrar, entonces él me dijo, la clave ya está solicitada a Bogotá, debe estar por llegar el 3, pero como tienes que pagar la nómina, yo voy a proceder a instalar el aplicativo anterior de nómina y vamos a mandar a pagar las nóminas por ahí y así fue que se hizo. Y durante el día uno, dos, tres, yo lo seguí llamando, esperando que llegara la clave, ya el día tres él me manifiesta que había llegado la clave, eso fue ya bien tarde, eran las 5 de la tarde cuando realmente o 5 y media, cuando yo tuve información de la clave.”⁹²

3.3.7. En cuanto al hecho de que fue el 3 de octubre de 2008 en las horas de la tarde cuando la tesorera de Cootraemcali verificó, accediendo con la nueva clave, que en el portal se habían realizado transacciones no autorizadas por ella, es necesario remitirse también a su testimonio.

El apoderado de la Cooperativa pregunta a la testigo en la respectiva Audiencia:

“(…) Es decir, Doña Gloria, si le entiendo bien, ¿cuándo usted recibió la nueva clave el 3 de octubre, fue que advirtió una serie de movimientos sospechosos?”

Y ella responde:

“Sí, realmente fue ese día. O sea, si anteriormente yo me hubiera dado cuenta lo lógico era que yo hubiera hecho algo, yo no me podía quedar quieta ante semejante situación”

⁹²Cuaderno de Pruebas N°2, folios 113, vuelto y 114.

Luego, en respuesta a la siguiente pregunta del apoderado de Cootraemcali manifiesta:

“Sí, esa tarde del 3 de octubre nosotros (hace referencia al Auditor de la Cooperativa que según su dicho se encontraba con ella esa tarde) a pesar de que eran las 5:30, 6 de la tarde, yo procedí a llamar al banco e informarles de lo que pasaba, de ver que no nos contestaron entonces llamé por el celular a Ricardo Valencia, le comenté, le dije Ricardo mira, ha sucedido esto dentro de la cuenta del Banco Popular, porque no bloqueas el canal para evitar que esto siga sucediendo, me llama la atención si yo ya estaba en trámite de una nueva clave porque yo seguía operando en el portal con una clave anterior que ya no tenía vigencia porque ya ustedes habían solicitado una nueva clave, o sea yo no entendía”.⁹³

Más adelante, en el curso de la Audiencia el apoderado del Banco Popular pregunta, a su turno, a la testigo:

“¿Usted recuerda si en alguno de los informes que hizo en Cootraemcali, usted afirmó que había ingresado desde el computador de sistemas al portal del establecimiento de crédito?”

Y ella responde:

“Si, yo en mi informe del SEIS, yo aclaro ahí que debido a lo que sucedía con el portal de Bancolombia el mismo Bancolombia me solicitó que hablara con sistemas de la Cooperativa y que pudiera yo ingresar al portal de Bancolombia, porque también de sistemas me estaban llamando a mí, ellos hacían un proceso para el Banco de Colombia que yo ya validaba en mi computador y como no podía ingresar acá entonces se hizo a través de eso con la autorización de sistemas, pero solamente ingresé al Banco de Colombia”

El apoderado le pregunta en forma más concreta:

⁹³ Cuaderno de Pruebas N°2, folio 114.

“¿Eso quiere decir que usted no intentó ingresar desde e computador de sistemas al Banco Popular?”

Ante lo cual la testigo responde: “No.”

El apoderado insiste:

“Al ver que usted podía ingresar desde otro computador al portal del Banco de Colombia, ¿no intentó hacerlo con el Banco Popular?”

Y la testigo se reafirma: “No”⁹⁴

La misma aseveración relativa a que fue el 3 de octubre cuando la tesorera verificó la ocurrencia de las transacciones fraudulentas se incluye tanto en el escrito de denuncia de fecha 11 de octubre de 2008 que firma Federico Ortega Mera, a título de gerente encargado,⁹⁵ como en el Hecho Quinto de la denuncia instaurada a nombre de la Cooperativa por el abogado Einarco José Morales Carpio, aportada al proceso por la parte Convocada en la Contestación de la demanda.⁹⁶ También en la recapitulación de los hechos que, citando la sentencia condenatoria del juzgado de primera instancia, hace la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali.⁹⁷

Finalmente, en la Bitácora de Actividades de las cuentas de la Cooperativa no aparece registro alguno con fecha 2 de octubre de 2008, al contrario de lo ocurrido los días 26, 29 y 30 de septiembre, fechas en las cuales se registran repetidos intentos de acceso al portal, todos ellos con la anotación de “acceso denegado”.⁹⁸

⁹⁴ Cuaderno de Pruebas N°2, folio 118 y 118 vuelto.

⁹⁵ Cuaderno de Pruebas N°1, folio 145,

⁹⁶ Cuaderno Principal N°2. Folio 604.

⁹⁷ Cuaderno de Pruebas N°1, folio 219.

⁹⁸ Cuaderno de Pruebas N°3, “Informe Peritaje Informático” SEISCO, Anexo 5, Bitácora de actividad de las cuentas de COOTRAEMCALI, folios 109 a 118.

Resulta así desvirtuada la manifestación del abogado Humberto Bueno Cardona en el escrito de reclamación que, como apoderado contratado por la Cooperativa, presentó ante esa entidad bancaria el 9 de junio de 2009, en lo relativo al ingreso de la tesorera al portal del Banco Popular - no en lo relativo al ingreso al portal del Banco de Colombia- el 2 de octubre de 2008, manifestación contenida en el punto 3 del Acápite "Fundamentos del Reclamo". Se observa, por lo demás, que en el punto 5 del mismo documento, el abogado Bueno Cardona hace una segunda manifestación que coincide con lo afirmado en su declaración sobre el particular por la tesorera Gloria María Grueso. En efecto, señala allí el abogado Bueno Cardona:

"5. [Que] el día tres (3) de octubre de 2008 en forma precisa y clara se conoció por la Cooperativa Cootraemcali de Cali de las inconsistencias que afectaban pagos y/o retiros inexistentes a favor de terceros sin causa alguna (...)"⁹⁹

3.3.8. Según la demanda (Hecho 2.3.8.), entre el 24 y el 29 de septiembre de 2008 fueron debitados de la Cta. Cte. 29-2 cuyo titular era Cootraemcali, y a través del portal, un total de CUATROCIENTOS CUARENTA MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$440'992.768), mediante giros a otras ciudades (distintas a Cali) y a personas que no hacían parte de la nómina de Cootraemcali..

Por su parte, el informe de la Gerencia Nacional de Seguridad del Banco Popular señala:

*"(...) Se estableció que las transacciones reclamadas por el cliente, se ejecutaron a través del canal Internet BBS E Banca Empresarial, mediante el uso de nuestro sitio de Internet al cual se accede desde la dirección www.bancopopular.com.co ingresando una combinación válida de usuario Primario **bpglomar2** y clave personal del cliente, que al ser autenticados por el sistema permitieron el acceso al mismo (...)"¹⁰⁰*

⁹⁹ Cuaderno de Pruebas N°1, folios 167-172

¹⁰⁰ Cuaderno de Pruebas N°3, "Informe Peritaje informático" SEISCO, folios 33- 55, en particular folios 33 y 34.

Y agrega más adelante:

“(…) El sistema registró traslado de fondos utilizando archivos pago proveedores utilizando el canal Internet y ACH desde la cuenta corriente 110-569-15629-2 a cuentas de Bancolombia, pago de facturas de Electricaribe y Movistar por \$ \$421’992.768, los cuales fueron retirados en su totalidad. Es de resaltar que del archivo por \$ 53’000.000 fueron devueltos \$19’000.000, por cuenta inválida, siendo el débito total de ese archivo \$ 34’000.000.”¹⁰¹

En el mismo informe ¹⁰² se establece que a través de diez “archivos pago proveedores” desde la mencionada cuenta corriente 29-2, fueron efectuados veinte traslados de fondos en diversas partidas y valores a otras tantas cuentas, hasta concurrencia del valor total atrás indicado.

Se observa, además, que entre los titulares de dichas cuentas y, por lo tanto, beneficiarios de los traslados figuran varias de las personas condenadas por el delito de hurto calificado por medios informáticos mediante la ya mencionada Sentencia de 4 de abril de 2015, proferida por el Juzgado Veinte con funciones de conocimiento de Cali y confirmada por la Sala de decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali.

En efecto, allí aparecen como beneficiarios de 9 de los 20 traslados de fondos que suman \$ 164’000.000, los siguientes convictos:

1. Samir Gallardo, CC 1.045670.023, \$20’000.000
2. Alvaro Orellano, CC 72.163367, \$19’000.000, debitados de vuelta por cuenta inválida.
3. Carmen Cruz, CC 63.283.296, 20’000.000
4. Jorge Mosquera, CC 79.651.459, \$12’000.000
5. Katherine Núñez, CC 1.129.568.923, \$ 15’000.000

¹⁰¹ Ibidem, folio 35.

¹⁰² Ibidem, folios 35, 36 y 37.

6. Mauris Arteta, CC 8.759.495, \$ 15'000.000

7. John Bernal, CC 1.032.404.137, \$ 24'000.000

8. Luis Quintero, CC 91.443.591, \$ 24'500.000

9. Nadin López, quien figura en la sentencia como Nadin de Jesús Polo Mesa, aunque con el mismo número de identificación: 72.197.140, \$ 15'000.000.

En conclusión, no obra en el proceso prueba de que las transacciones fraudulentas ejecutadas entre 25 y 30 de septiembre de 2008, se hubieran efectuado con el concurso o participación de empleados o personas vinculadas a COOTRAEMCALI o que fueran beneficiarias de dichas transacciones. Por el contrario, está probada y declarada mediante sentencia penal en firme, la autoría de los responsables de tales defraudaciones, varios de los cuales aparecen, según se estableció, como beneficiarios de ellas en el informe de la Gerencia de Seguridad Nacional del Banco Popular.

3.3.9 Atrás se estableció cual fue el patrón de utilización del portal E-Popular Empresarial Internet, por parte de la tesorera de COORAEMCALI entre 18 02 08 y 23 09 08, período en el cual no se registran utilizations por pago a proveedores, pago de servicios públicos ni pagos de telefonía celular.¹⁰³

3.3.10. Según la demanda (Hecho 2.3.10.), entre el 25 y el 30 de septiembre de 2008 fueron debitados de la cuenta corriente 21-9, cuyo titular era Cootraemcali, y a través del portal, un total de CIENTO CINCUENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (\$158'000.000), mediante giros a otras ciudades (distintas a Cali) y a personas que no hacían parte de la nómina de Cootraemcali.

Por su parte, el informe de la Gerencia de Seguridad Nacional del Banco Popular señala:

"(...) Se estableció que las transacciones reclamadas por el cliente, se ejecutaron a través del canal Internet BBS E Banca Empresarial, mediante el uso de nuestro sitio de Internet

¹⁰³ Ver *supra*, puntos 3.2.3. a 3.2.10.

*al cual se accede desde la dirección www.bancopopular.com.co ingresando una combinación válida de usuario Primario **bpglomar2** y clave personal del cliente, que al ser autenticados por el sistema permitieron el acceso al mismo (...)*¹⁰⁴

Y agrega más adelante:

*“(...) El sistema registró traslado de fondos mediante archivos pago proveedores utilizando el canal Internet y ACH desde la cuenta corriente 110-569-15621-9 a cuentas de Bancolombia por \$ 158'000.000, los cuales fueron retirados en su totalidad”*¹⁰⁵

En el mismo informe ¹⁰⁶se establece que a través de cinco “archivos pago proveedores” desde la mencionada cuenta corriente 29-2, fueron efectuados trece traslados de fondos en diversas partidas y valores a otras tantas cuentas, hasta concurrencia del valor total atrás indicado.

Se observa, además, que entre los titulares de dichas cuentas y, por lo tanto, beneficiarios de los traslados figuran varias de las personas condenadas por el delito de hurto calificado por medios informáticos mediante Sentencia de 4 de abril de 2015 proferida por el Juzgado Veinte con funciones de conocimiento de Cali y confirmada por la Sala de decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali.

En efecto, allí aparecen como beneficiarios de 7 de los 13 traslados de fondos que suman \$ 83'000.000, los siguientes convictos:

1. Ricardo Beltrán, CC 8.546.896, \$15'000.000
2. Carmen Cruz, CC 63.283.296, con dos traslados, cada uno de \$12'000.000
3. Jorge Mosquera, CC 79.651.459, \$12'000.000
4. Katherine Núñez, CC 1.129.568.923, \$ 12'000.000

¹⁰⁴ Cuaderno de Pruebas N°3, “Informe Peritaje Informático” SEISCO, folios 33 y 34.

¹⁰⁵ Ibidem, folio 34.

¹⁰⁶ Ibidem, folios 34 y 35.

5. Nadin López, quien figura en la sentencia como Nadin de Jesús Polo Mesa, aunque con el mismo número de identificación: 72.197.140, \$ 10'000.000.

6. Mauris Arteta, CC 8.759.495, \$ 10'000.000

En conclusión, no obra en el proceso prueba de que las transacciones fraudulentas ejecutadas entre 25 y 30 de septiembre de 2008, se hubieran efectuado con el concurso o participación de empleados o personas vinculadas a COOTRAEMCALI o que fueran beneficiarias de dichas transacciones. Por el contrario, está probada y declarada mediante sentencia penal en firme, la autoría de los responsables de tales defraudaciones, varios de los cuales aparecen, según se estableció, como beneficiarios de ellas en el informe de la Gerencia de Seguridad Nacional del Banco Popular.

3.3.11. Atrás se estableció cual fue el patrón de utilización del portal E-Popular Empresarial Internet, por parte de la tesorera de COORAEMCALI entre 18 02 08 y 23 09 08, período en el cual no se registran utilizations por pago a proveedores, pago de servicios públicos ni pagos de telefonía celular.¹⁰⁷

3.3.12. En el informe rendido por la Tesorera de Cootraemcali el 6 de octubre de 2008,¹⁰⁸ se lee:

“(…) Como en el Banco Popular Sucursal La Floresta no atendía (sic) a esa hora procedí desde mi casa a hablar con la Dra. Clara Inés Buriticá gerente de Banca Empresarial para saber si de alguna manera se podían bloquear las transferencia (sic) bancarias de esas cuenta para impedir nuevas transacciones. Inmediatamente ella se comunicó con la Dra. Lina María Gómez y con el señor Ricardo Valencia quien me manifestó que a esa hora ya no se podía realizar ningún bloqueo”

¹⁰⁷ Ver *supra*, puntos 3.2.3. a 3.2.10.

¹⁰⁸ Cuaderno de Pruebas N°1, folio 138.

De manera complementaria, debe tenerse en cuenta lo manifestado en su testimonio sobre este tema por la tesorera de la Cooperativa en el sentido de que el 3 de octubre, hacia las 5:30 o 6 de la tarde llamó al Banco Popular para informar sobre las irregularidades encontradas al entrar al portal con la nueva clave que se le había suministrado sin obtener contestación, razón por la cual llamó por celular a Ricardo Valencia y le planteó un bloqueo del canal para evitar más defraudaciones.¹⁰⁹

Abundando sobre la materia, la testigo declara a continuación:

"(...) En ese momento, debido al proceso de que esperando la llegada de la nueva clave, yo tenía muy claro para mí, que como [en] el portal se manejaba solo nómina, seguridad social y transferencias, era algo que yo manejaba, entonces no podía haber sucedido nada diferente, porque así lo había concebido yo desde el principio. Pero resulta que el Banco permitió que se dieran pagos de otros conceptos. Entonces él me dijo, Ricardo Valencia dijo, a esta hora ya yo no puedo hacer nada ya el banco cerró y ustedes deben hacer un informe para empezar a revisar eso. Yo preocupada por la situación me fui para la casa y ya desde la casa, hice contacto con la doctora Clara Inés Buriticá, que era la persona que nos había ofrecido a nosotros el portal, y yo ahí lo testifico en mi carta. Ella hizo un puente en línea telefónica con la Doctora Ana María Gómez, creo que se llama y con Ricardo Valencia.

Yo a ella le había comentado lo que me había sucedido, ella habló con ellos. Quiero aclarar anteriormente yo durante esos días también había hablado con la Doctora Ana María Gómez y le había informado del problema que yo estaba viviendo y ella solo me dijo Gloria, sígueme insistiendo a Ricardo que te llegue rápido la clave, insiste sobre la clave, pero ella tampoco hizo ninguna recomendación, ni porque no cerramos esto, o sea, yo no recibí un acompañamiento ni una asesoría del banco, como protección de lo que estaba pasando."¹¹⁰

3.3.13. Resulta evidente en el proceso que frente a los requerimientos de bloqueo formulados en su momento por la Tesorera de la Cooperativa no se realizó ningún bloqueo ni del portal

¹⁰⁹ Ver *supra*, punto 8.3.7. pág. 33.

¹¹⁰ Cuaderno de Pruebas N°2, folio 113, vuelto.

ni de las cuentas cuyo titular era Cootraemcali por cuanto el Banco consideró y considera que no existían razones ni operacionales ni contractuales para efectuar dichos bloqueos.

3.3.14. En el plenario obran los oficios TES 480 y TES 481 suscritos por el gerente encargado de la Cooperativa, señor Federico Ortega Mera el 6 de octubre de 2008 ¹¹¹.

El primero, está dirigido a Ricardo Valencia, en calidad “Profesional banca electrónica”, tiene como Asunto: “Fraude en cuenta corriente N 569.15621-9 y #569.15629-2 a nombre de Cootraemcali”.

Allí se dice:

“Con referencia al asunto solicito a usted lo siguiente:

- *Bloqueo del canal ACH*
- *Detalle de movimientos realizados en estas cuentas por transferencias ACH del 25 de septiembre al 3 de octubre de 2008.*
- *Datos de usuarios de las transacciones del Banco Popular así:*

Número de cuenta 230220758 y número de cédula 841750

Número de cuenta 220539860 y número de cédula 5002534

Si estas cuentas están activas solicitamos el bloqueo, ya que se encuentran implicadas en el caso de fraude a Cootraemcali”

Copias de esta comunicación fueron enviadas a la gerente de Banca Empresarial y al gerente de la Oficina La Floresta del Banco Popular.

3.3.15. Por su parte, el Oficio TES 481 está dirigido a Lina María García en calidad de “Gerente Banco Empresarial”. En él el gerente de la Cooperativa *“ratifica lo solicitado verbalmente al señor Ricardo Valencia el día 4 de octubre, sobre no realizarse ningún tipo de transferencia bancaria”* sobre las dos cuentas corrientes y la cuenta de ahorros de

¹¹¹ Cuaderno de Pruebas N°1, folios 133 y 134.

Cootraemcali, “(...) a causa de fraude presentado por transferencia entre el 25 de septiembre y el 3 de octubre de 2008”.

Copia de esta comunicación fue enviada al gerente de la Oficina La Floresta del Banco Popular.

La testigo Gloria María Grueso, por su parte, manifiesta al respecto:

“El me dijo (se refiere al funcionario Ricardo Valencia del Banco Popular a quien la testigo había mencionado en la respuesta precedente) solamente que teníamos que hacer un informe y reportarlo al banco. Pero eso ya sería la semana siguiente y cuando hablé con Clara Inés [Buriticá], Clara Inés le pide el favor a Ricardo que el sábado 4, el vaya a la Cooperativa a ver en qué puede ayudarnos a nosotros y que mire lo que ha pasado, o sea lo de los informes, lo que nosotros habíamos impreso. El llega ese 4 como a las 9 de la mañana, porque nosotros laboralmente en la Cooperativa trabajábamos también los sábados y pues ya ese mismo viernes yo había comunicado a la Gerencia, ya el sábado ya la revisoría fiscal no permitió que nadie tocara el computador, ni nada, entró pues la parte administrativa que yo quedaba suspendida de todo, entonces el no pudo hacer nada en ese momento, sin embargo yo recuerdo que Federico le dijo por favor bloqueéanos el portal. Parece que no se hizo”¹¹²

En desarrollo del testimonio de Federico Ortega Mera¹¹³, el apoderado de Cootraemcali le preguntó:

“(...) díganos si el Banco Popular, realizó el bloqueo del portal, o dio respuestas a los requerimientos comprimidos (sic) en los oficios que usted acaba de mencionar” -hacia

¹¹² Cuaderno de Pruebas N°2, folio 114.

¹¹³ Cuaderno de Pruebas N°2, folios 76-90, en particular folio 78.

alusión a los mismos oficios, TES 480 y TES 481, a los cuales el deponente se había referido en forma previa-

El testigo contestó:

“No recibí ninguna respuesta del banco, ni tomaron medidas de bloqueo ante esta solicitud, ante esta petición formal que se le hizo al banco, pues como le dije anteriormente siguieron haciendo retiros después de estos oficios de solicitudes de que bloquearan las cuentas”

3.3.16. Según la demanda (Hecho 2.3.16.), el 8 de octubre de 2008 fueron debitados de la cuenta de ahorros N° 40-2, cuyo titular era Cootraemcali y a través del portal, un total de CUARENTA Y CINCO MILLONES OCHENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$45'086.255), en pagos de servicios públicos a otras ciudades (distintas a Cali) .

Por su parte, el informe de la Gerencia de Seguridad Nacional del Banco Popular señala:

*“(...) Se estableció que las transacciones reclamadas por el cliente, se ejecutaron a través del canal Internet BBS E Banca Empresarial, mediante el uso de nuestro sitio de Internet al cual se accede desde la dirección www.bancopopular.com.co ingresando una combinación válida de usuario Primario **bpglomar2** y clave personal del cliente, que al ser autenticados por el sistema permitieron el acceso al mismo (...)”¹¹⁴*

Y agrega más adelante:

“(...) El sistema registró débito del saldo la (sic) cuenta de ahorros 220-569-72040-2 utilizando el canal Internet y ACH, pago facturas Electricaribe y Movistar, COMCEL. AAA BARRANQUILLA, por \$44'986.265, incluyendo comisiones”¹¹⁵

¹¹⁴ Cuaderno de Pruebas N°3, “Informe Peritaje Informático” SEISCO, folio 34.

¹¹⁵ Cuaderno de Pruebas N°3, “Informe Peritaje Informático”, SEISCO, folios 37 y 38.

No obra en el proceso prueba de que las transacciones fraudulentas ejecutadas el 8 de octubre de 2008, se hubieran efectuado con el concurso o participación de empleados o personas vinculadas a COOTRAEMCALI o que fueran beneficiarias de dichas transacciones. Por el contrario, está probada y declarada mediante sentencia penal en firme, la autoría de los responsables de tales defraudaciones.

3.3.17. En el informe de la Gerencia Nacional de Seguridad del Banco Popular, Acápite “Conclusiones”, numeral 1,¹¹⁶ se reconoce que se pagaron facturas de servicios públicos y enviaron archivo como pago de proveedores a cuentas de personas naturales, con cargo al saldo disponible a las cuentas **220-569-72040-2, 110-569-15629-2 Y 11°-569-15621-9**, por valor de **SEISCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TREINTA Y TRES PESOS (\$624'979.033)**, cuyo titular es COOTRAEMCALI.

La diferencia obedece fundamentalmente a la devolución de \$19'000.000 por cuenta inválida, incluidos en el archivo de pago por \$53'000.000 distinguido con número 3993042 cargado a la Cta. Cte. 29-2.

En conclusión, no obra en el proceso prueba de que las transacciones fraudulentas ejecutadas entre 25 de septiembre y 8 de octubre de 2008, se hubieran efectuado con el concurso o participación de empleados o personas vinculadas a COOTRAEMCALI o que fueran beneficiarias de dichas transacciones y que, por el contrario sí está probada y declarada mediante sentencia penal en firme, la autoría de los responsables de tales defraudaciones, varios de los cuales aparecen, según se estableció, como beneficiarios de ellas como se infiere de los nombres, números de identidad y números de cuentas de destino consignados en el informe de la Gerencia de Seguridad Nacional del Banco Popular varias veces citado.

3.3.18 Frente a este hecho el Tribunal de remite a lo ya establecido en los puntos 3.3.13, 3.3.14 y 3.3.15.

¹¹⁶ Ibidem, folios 34 y 35.

3.4. Hechos invocados en la demanda arbitral relativos a las actuaciones realizadas por Cootraemcali con posterioridad al retiro indebido e ilegal de fondos de sus cuentas bancarias y de ahorros.¹¹⁷

3.4.1. Se refiere a una pluralidad de hechos, sin aportar aquí pruebas específicas de cada uno de ellos.

3.4.2. Obra en el expediente el Oficio G. 862 de 7 de octubre de 2008, remisario del informe rendido por la Tesorera de Cootraemcali al Gerente encargado el 6 de octubre.¹¹⁸

3.4.3. En su declaración la testigo Gloria María Grueso confirma este hecho en cuanto a que fue separada de sus funciones como tesorera de la Cooperativa ¹¹⁹.

3.4.4. Obra en el expediente el informe presentado por el Auditor Interno de la Cooperativa.¹²⁰

3.4.5. En el Acta N°294 del Consejo de Administración de Cootraemcali se consideró lo relativo a la contratación de los servicios del Ingeniero Francesco Duarte¹²¹ y otras piezas procesales, tales como el dictamen rendido por este profesional y su propia declaración como testigo ¹²², entre otras, son trasunto de que esa contratación se hizo efectiva. Similar conclusión se desprende de la declaración del abogado Einarco José Morales Carpio¹²³, así como de la denuncia instaurada el 20 de octubre de 2008 por él, en virtud del poder que le

¹¹⁷ Se hace referencia a ellos en el orden en que están planteados en el Acápite 2.4. de la demanda Principal.

¹¹⁸ Cuaderno de Pruebas N°1, folios 135-138.

¹¹⁹ Cuaderno de Pruebas N°2, folio114.

¹²⁰ Cuaderno de Pruebas N°1, folios 140 y 141.

¹²¹ Exhibición Documentos Cootraemcali, Carpeta #3, Acta N°294 de 4 de octubre de 2008, folios 425 -423.

¹²² Cuaderno de Pruebas N°2, folio 59 vuelto.

¹²³ Cuaderno de Pruebas N°2, folios 69 y 70.

fue otorgado por la Cooperativa, declaración a la cual ya se hizo referencia , y de su actuación en calidad de defensor de víctimas en el proceso penal radicado bajo el número 76001-6000-000-2010-0034 ante el Juzgado 20 Penal con funciones de conocimiento del Circuito de Cali.¹²⁴

3.4.6. Obra en el expediente, aportado con la demanda, el dictamen pericial denominado **“Informe C-001, Preliminar acceso no autorizado a banca virtual”** que con fecha 17 de octubre de 2008 rindió el ingeniero Francesco Duarte Bravo y en el cual se refiere a la actividad relativa a los análisis realizados a los diversos componentes de los equipos de cómputo de Cootraemcali, y de manera especial a los del equipo asignado a la tesorera para acceder al portal Por lo tanto, esos análisis en sí mismos constituyen hechos que interesan a los fines del proceso. En efecto, se hace referencia en este punto al hecho de que, según los datos recopilados de los equipos de cómputo, se encontraron evidencias de las siguientes actividades:

Instalación y utilización de *software* de uso convencional (ofimática y aplicaciones comunes) que podrían generar vulnerabilidades de seguridad.

Sustracción de información confidencial, nombre de usuario y *password*, usada para el acceso a la banca virtual.

Acceso al servicio virtual de Banco Popular y de Bancolombia de manera ilegítima, desde estaciones de cómputo ubicadas fuera de la entidad.

Implantación de programas de espionaje mediante desactivación del software de antivirus o en su defecto de la característica de monitoreo en tiempo real de dicho antivirus.¹²⁵

Estos hechos serán objeto de pronunciamiento del Tribunal en el espacio dedicado a la, valoración de dicha prueba.

¹²⁴ Cuaderno de Pruebas N°1 folio 216.

¹²⁵ Cuaderno de Pruebas N°1 folios 153-159.

3.4.7. Se plantea el hecho de que los datos de acceso a la banca virtual fueron sustraídos por métodos de espionaje (KGB) y se reitera que el acceso fue hecho desde otras ubicaciones geográficas fuera de la entidad Cootraemcali, según los registros de conexión de las “direcciones IP”. Igualmente será objeto de pronunciamiento del Tribunal en el espacio dedicado a la, valoración de dicha prueba.

3.4.8. Se formulan aquí conclusiones relativas a la evidencia informática recolectada por el perito Francesco Duarte Bravo en los equipos de cómputo Cootraemcali y en particular en el de la tesorera, y extraídas de los análisis por él efectuados con base en ese material. Entre ellas se destacan las referidas a la manipulación, mediante acceso no autorizado, del equipo donde se implementó el software usado para el ilícito; el acceso al servicio de banca virtual desde otras ubicaciones referentes a la entidad Cootraemcali, e intervención de terceros lo cual permite deducir que hubo participación externa adicional a los hechos y procesos ejecutados remotamente; por tal razón, serán objeto de pronunciamiento del Tribunal en el espacio dedicado a la, valoración de dicha prueba.

3.4.9. Obra en el expediente el oficio G 882.08 de 11 de octubre de 2008, suscrito por Federico Ortega Mera en calidad de Gerente encargado, mediante el cual radicó denuncia penal ante la Unidad de Reacción Inmediata (URI) de Cali de la Fiscalía General de la Nación.¹²⁶

3.4.10. Obra en el expediente el documento de fecha 15 de diciembre de 2008 mediante el cual el vicepresidente del Consejo de Administración de Cootraemcali, en calidad de custodio, hace entrega a la fiscal Seccional 81 de Cali de cuatro unidades de sistemas y dos discos duros.¹²⁷

3.4.11. Obra en el expediente la sentencia N°029 de 30 de abril de 2015, proferida dentro del proceso radicado bajo el número 76001-6000-000-2010-0034, mediante la cual el

¹²⁶ Cuaderno de Pruebas N°1, folios 145y 146.

¹²⁷ Cuaderno de Pruebas N°1, folio 166,

Juzgado 20 Penal del Circuito de Cali condenó a las trece personas mencionadas en este punto de la demanda a la pena principal de prisión por el delito de Hurto Calificado por Medios Electrónicos, ejecutado en las condiciones de tiempo, modo y lugar anotadas en ese expediente, como consecuencia de la aceptación de cargos realizada ante el juez de garantías por los autores del hurto que fue cometido sobre cuentas corrientes y de ahorros del Banco Popular y de las cuales era titular Cootraemcali.¹²⁸ Lo anterior, como resultado de la evolución investigativa de la noticia criminal 760016000193200807113, contenida en la denuncia instaurada por el abogado Einarco José Morales Carpio en calidad de apoderado de Cootraemcali, el 20 de octubre de 2008.¹²⁹

3.4.12. Obra en el expediente la Sentencia de 25 de mayo de 2016, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial Santiago de Cali, mediante la cual se confirma la sentencia N°029 de 30 de abril de 2015 del Juzgado 20 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento del Circuito de Cali.¹³⁰

3.4.13. No obra en el proceso prueba de que las transacciones fraudulentas ejecutadas entre 24 de septiembre y 8 de octubre de 2008 se hubieran efectuado con el concurso o participación de empleados o personas vinculadas a COOTRAEMCALI o que fueran beneficiarias de dichas transacciones.

3.4.14. No obra en el proceso prueba de que Cootraemcali haya buscado o promovido alguna actuación dentro del proceso penal al cual se ha hecho referencia en los numerales 8.4.11. y 8.4.12., encaminada a obtener el resarcimiento patrimonial por la comisión del delito de hurto calificado por medios electrónicos.

3.5. Pronunciamiento sobre el dictamen pericial aportado como prueba con la Demanda y su contradicción por la Parte Convocada

¹²⁸ Cuaderno de Pruebas N°1, folios 216 y 217.

¹²⁹ Cuaderno de Pruebas N°1, folio 219.

¹³⁰ Cuaderno de Pruebas N°1, folios 218-246.

3.5.1. Antecedentes.

Como se anotó ya,¹³¹ a la demanda arbitral se acompañó, a título de dictamen aportado por una de las partes (Art. 227 CGP), el documento denominado **“Informe C-001, Preliminar acceso no autorizado a banca virtual”** que con fecha 17 de octubre de 2008 presentó a Cootraemcali el ingeniero Francesco Duarte Bravo, cuyos servicios profesionales fueron contratados por esa entidad para el efecto.¹³²

A su turno, y con el objeto de contradecir el dictamen aportado por Cootraemcali en concordancia con lo previsto en el Art. 228 CGP, la Parte Convocada aportó un dictamen denominado **“Informe Peritaje Informático”** elaborado por los profesionales Renán Quevedo Gómez y Fernando Enciso Méndez de la firma SEISCO LTDA¹³³.

De su lado, la Parte Convocante, en ejercicio del derecho de contradicción reconocido en el varias veces citado Art.228 CGP y debidamente autorizada por el Tribunal mediante Auto de 26 de abril de 2018 -Acta N°17- presentó un dictamen adicional, cuya eficacia probatoria fue circunscrita por la providencia citada, *“(…) a los pronunciamientos que en él se hagan sobre hechos o materias diferentes a aquellos hechos o materias sobre las cuales versan las verificaciones y conclusiones plasmadas en el dictamen aportado por la Convocante junto con la demanda.”*. Lo anterior, con fundamento en el Art. 226 CGP, en cuanto dispone que *“(…) sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial”*. Dicho documento, que también fue elaborado por el Ingeniero Francesco Duarte con fecha 14 de mayo de 2018, se denomina **“Análisis de Información Relacionada Informe de Peritaje Informático Seisco[l] Ltda. para el Banco Popular S.A.”**¹³⁴

Una vez admitido y declarado como prueba el dictamen aportado por la parte Convocante el Tribunal convocó y realizó la audiencia prevista en el Art. 228 CGP, a fin de que tanto la

¹³¹ Ver punto 3.4.6.

¹³² Cuaderno de Pruebas N°1, folios 153-159.

¹³³ Cuaderno de Pruebas N°3, “Informe Peritaje Informático”, SEISCO, 19 folios y cinco Anexos.

¹³⁴ Cuaderno de Pruebas N°3., Observaciones sobre Peritaje Informático”, Francesco Duarte, folios 1 -6.

parte Convocada como el Llamado en Garantía pudieran contradecirlo, tal y como se establece en el acápite “Pruebas del Proceso” de este Laudo.¹³⁵

De igual manera el Tribunal convocó y realizó la audiencia de contradicción del dictamen presentado por la parta Convocada.¹³⁶

Por estar necesariamente relacionados en sus presupuestos fácticos y procesales, el Tribunal se referirá en conjunto a estos elementos y medios de prueba.

3.5.2. Dictamen pericial aportado por la parte Convocante.

Como resultado de la información técnica obtenida de la evidencia recolectada en el equipo de cómputo de la tesorería que Cootraemcali colocó a disposición del perito informático Francesco Duarte Bravo, este dictamina lo siguiente:

- El equipo de cómputo utilizado por la Tesorera de Cootremcali fue monitorizado mediante acceso hecho desde otras ubicaciones geográficas fuera de esa entidad, según los registros de conexión de las direcciones IP.
- Existen programas que contribuyen en gran medida al anonimato de las conexiones a través de Internet, lo que significa que esas ubicaciones no necesariamente son veraces y que pudieron ser solo puentes para ocultar el verdadero origen.
- La hipótesis más probable sobre cómo se accedió en forma remota y no autorizada al equipo de cómputo de la tesorería es que, utilizando *software* malicioso, empaquetado como si fuera un host fix, vale decir disfrazado a través de un método escogido, que puede ser estenografía, y así se presenta para eludir el efecto de antivirus. De esta forma se logró que ese equipo realizara actualizaciones automáticas.

¹³⁵ Cuaderno de Pruebas N°2, folios 317-330.

¹³⁶ Cuaderno de Pruebas N°2, folios 331-341.

- Lo anterior generó una “puerta trasera”, “NTR *Connect Back Door Remote Control*”, que permite conectarse remotamente a un equipo para manipularlo e inyectarle elementos informáticos con ese propósito.
- Eso explica que se haya encontrado en el equipo un *keylogger* que rastrea las presiones de tecla y algunas imágenes de la actividad del computador en tiempo real y va registrando esa información; se encontró, también, un software para acceso remoto y un programa que oculta aplicaciones e impide que se agreguen o quiten otros programas.
- De esta forma, los datos de acceso a la banca virtual y, entre ellos, el usuario, la contraseña y las formas y requisitos de acceso, fueron sustraídos, permitiendo a los delincuentes utilizar a su arbitrio la información así obtenida.¹³⁷
- No hubo actividad de los programas implementados por los delincuentes en los equipos afectados dentro del horario laboral oficial de Cootraemcali, sin que se detectara su actividad por parte del/los funcionario(s) que lo (s) tenía a su cargo.¹³⁸

De otra parte, en relación con las medidas de seguridad que pudo encontrar a través del análisis local que practicó al equipo de la tesorera, el perito Duarte Bravo en la audiencia de contradicción de su dictamen manifiesta al Tribunal:¹³⁹

“(…) Me encontré con una máquina convencional que tenía una suite de antivirus, y que tenía un sistema operativo configurado con actualizaciones automáticas, como es una práctica convencional”

Y poco después, en respuesta a una solicitud del apoderado de la Convocada para que explique lo que considera “buenas prácticas” en materia de actualizaciones, añade:

“(…)lo que comúnmente se hace y es parte de las buenas prácticas, es la implementación de una suite de protección de la infraestructura como tal de IT, entonces viene los cortafuegos, vienen los antivirus locales o la suite de antivirus locales, viene el tema de las

¹³⁷ Cuaderno de Pruebas N°2, folio 325.

¹³⁸ Cuaderno de Pruebas N°1, “Informe C-001, Preliminar acceso no autorizado a banca virtual”, Francesco Duarte, folio 157.

¹³⁹ Cuaderno de Pruebas N°2, Audiencia de 21 05 18, 232 vuelto, 320 vuelto, 321 y 321 vuelto

actualizaciones automáticas y en esto se basa la seguridad normal de una plataforma, como tal , a medida que pasa el tiempo , va(sic) evolucionando tanto las tecnologías para los ataques como las tecnologías para administrar los riesgos (...) Pero por ejemplo , aun hoy día, lo que pasó con... (el audio no registra el nombre) que fue un software que secuestró información a nivel mundial y se supone que estamos en una era de tecnología de muchísima protección, y aun así de pudo realizar un ataque tan grande a nivel global , entonces uno cumple con las buenas prácticas , pero como le digo, los riesgos se administran, no se evitan , porque así como uno está ...voy a sumarle esto para estar más seguro...la gente que está del otro lado, también está analizando precisamente todas esas estrategias para poderlas evadir”.

3.5.3 Dictamen pericial aportado por la parte Convocada

En su dictamen los peritos José Renán Quevedo y Fernando Enciso señalan que su investigación consistió en el análisis de la información digital que el Banco Popular suministró a la firma SEISCO LTDA. sin que se hubieran llevado a cabo acciones de copia de imágenes de discos duros, custodia de elementos informáticos ni realización de cadenas de custodia de evidencias de ningún tipo. Toda la información fue entregada directamente por el Banco a personal de SEICO LTDA, sin que se haya llevado a cabo una validación de integridad (cálculo de hashes) de archivos digitales o se haya tenido acceso directo a sistemas de información, o elementos de almacenamiento, debido a las condiciones del proceso en cuanto a tiempo transcurrido y dificultad para acceder a fuentes idóneas para la recolección de evidencia.¹⁴⁰

Entre la información entregada por el Banco a los peritos figura la bitácora de actividades de las cuentas de titularidad de Cootraemcali, que fue aportada al proceso previa solicitud de esa entidad bancaria a la Empresa ACH.¹⁴¹

¹⁴⁰ Cuaderno de Pruebas N°3, “Informe de Peritaje Informático”, SEISCO, folio 45.

¹⁴¹ Certificación, Cuaderno Principal, folio 652.

De otra parte, y tomando como base la declaración de los peritos de la parte convocada a la cual se hizo alusión, el perito Francisco Duarte Bravo, en el peritaje adicional aportado por Cootraemcali, expresa su opinión en el sentido de que el “Informe de Peritaje Informático” elaborado por SEISCO, carece de validez demostrable pues no se puede verificar su autenticidad e integridad respecto a la fuente. Estima, por ello, que dicho informe solo podría ser tenido en cuenta como una referencia de información.¹⁴²

Establecido lo anterior, cabe resaltar que los peritos Quevedo y Enciso señalan la existencia de concordancias con los resultados del Peritaje contratado por Cootraemcali en particular a partir de los siguientes registros de la bitácora entregada por el Banco Popular:

- Imposibilidad de acceso por parte del usuario autorizado al portal, desde 26 09 08 hasta 03 10 08.
- Aparición de transacciones fraudulentas luego del restablecimiento de la contraseña del sistema.
- Registro de “direcciones” IP diferentes a la dirección usual en las transacciones reportadas como no autorizadas y el hecho de que dichas direcciones no habían generado registro de actividad antes del 24 de septiembre de 2008.

Lo anterior, indican los peritos, refuerza las siguientes conclusiones consignadas en el informe preliminar aportado por Cootraemcali:

“(…)

- *“Los datos de acceso a la banca virtual fueron sustraídos por métodos de espionaje” sobre los equipos de cómputo de Cootraemcali.*
- *“Al encontrarse el equipo de Tesorería monitorizado, cualquier cambio que se realizara o registrara en el mismo, como cambios de claves de acceso o re-direccionamiento de actividades, sería de conocimiento de la(s) persona(s) artífice(s) del hecho; de esto se deriva la actividad posterior sobre la cuenta de ahorros de banco popular”. Se entiende que esta afirmación se refiere a las transacciones no*

¹⁴² Cuaderno de Pruebas N°3., Observaciones sobre Peritaje Informático”, Francesco Duarte, folios 3 y 6.

autorizadas realizadas el 8 de octubre, fecha posterior al restablecimiento de la contraseña el 3 de octubre.

- *“Para la implementación del software usado para el ilícito se debió contar con oportunidad de manipular el equipo de cómputo donde se implementó; por ende, tuvo que haber acceso no autorizado a él, local o remotamente”¹⁴³*

Y en sus propias conclusiones señalan los peritos Quevedo y Enciso:¹⁴⁴

- *La causa raíz que permitió que se realizaran transacciones no autorizadas por COOTRAEMCALI desde las cuentas de su titularidad fue: los datos de autenticación al portal designado por EL BANCO para el uso del servicio “E-POPULAR EMPRESARIAL INTERNET” fueron conocidos y utilizados por personal no autorizado.*
- *Estos datos, es decir: usuario y contraseña de acceso, fueron obtenidos de manera ilegal del computador desde donde la usuaria autorizada de COOTRAEMCALI accedía usualmente para realizar las transacciones y consultas propias de su labor.*
- *El acceso no autorizado que permitió obtener los datos de autenticación se dio por la instalación de software para lo cual el “computador de Tesorería” tuvo que ser manipulado física o lógicamente.*
- *Las acciones anteriormente descritas y que facilitaron la obtención no autorizada de los datos de autenticación (usuario y contraseña) por parte de personas malintencionadas, no demuestran ninguna falla de seguridad presente en los sistemas dispuestos por el banco para el uso de los servicios “E_ POPULAR EMPRESARIAL INTERNET”*

3.5.4. Coherencia entre la hipótesis planteada en el dictamen de parte aportado por Cootraemcali, los hechos investigados por la Fiscalía 81 Seccional de Cali, la formulación de cargos, el allanamiento a ellos por los imputados en la respectiva audiencia ante el juez de garantías y la condena por el delito de hurto calificado por medios informáticos dictada por el juez de conocimiento.

¹⁴³ Cuaderno de Pruebas N°3, “Informe de Peritaje Informático”, SEISCO, folio 15.

¹⁴⁴ Cuaderno de Pruebas N°3, “Informe de Peritaje Informático”, SEISCO, folio 16.

En su declaración como testigo ¹⁴⁵, ante la pregunta de cómo considera que pudo instalarse, de acuerdo con los hallazgos informáticos verificados por él, el software malicioso en el computador de la tesorera, el perito Francesco Duarte manifiesta:

“(...) esto para poderlo determinar de manera concreta, pues obviamente hubiera tenido que seguir con la investigación más profunda y no estuvo en mis manos, pero por el conocimiento y por el tipo de programas que se encontraron, pues en otras ocasiones me he encontrado con comportamientos similares que determinan que se usan de manera remota, pero hasta ahí llego yo.”

Y más adelante añade:

“(...) El resto de la investigación estuvo en manos de la entidad competente, para atender denuncias que se hicieron y ellos hicieron sus propias conclusiones. Hasta donde yo llegué fue rendir un informe con una hipótesis”

Por su parte, en su testimonio el abogado penalista Einarco José Morales Carpio ¹⁴⁶, ante una pregunta en el sentido de si en la investigación penal producto de la denuncia presentada por Cootraemcali se probó que los responsables de la comisión de delitos tuvieron acceso físico a los equipos de cómputo y, en particular, al de la tesorera, responde:

“(...) El trabajo investigativo de la Fiscalía apuntó a que se tuvo un acceso a los datos de (sic) virtuales, de la banca virtual a través de lo que ellos denominaron espionaje, es decir, a través de esa modalidad se extrajo esos datos; y además se hizo un acceso a través de sistemas en regiones distintas a la ciudad de Cali. Entonces esa fue la hipótesis que manejo la Fiscalía y bajo esa hipótesis fue que se produjeron todas las sentencias. En ningún momento hubo, de acuerdo al proceso investigativo que realizó la Fiscalía, no hubo ninguna vinculación ni acceso interno, dentro de la institución de Cootraemcali, ni de su base de sistema ni de su tesorería. “

De otra parte, la evidencia documental registrada en los numerales 3.3.8 y 3.3.10. de este Laudo, que permitió al Tribunal establecer que once (11) de los trece (13) condenados

¹⁴⁵ Cuaderno de Pruebas N°2, Testimonio de Francesco Duarte Bravo, Audiencia del 09 05 18, folios 59 a 68, es especial folios 60 vuelto y 61.

¹⁴⁶ Cuaderno de Pruebas N°2, Audiencia del 09 05 18, folios 69 a 75, es especial folios 70 vuelto.

aparecen como beneficiarios de las transacciones fraudulentas efectuadas entre 24 09 08 y 30 09 08, constituye otro elemento con capacidad probatoria suficiente para demostrar la convergencia jurídica entre los elementos analizados en este punto.

Finalmente, ante la fuerza de convicción que aportan los elementos reseñados en precedencia, se impone concluir que el allanamiento a cargos efectuado por los señalados autores de las defraudaciones, rubricado por una sentencia condenatoria, transforman lo que en principio fuera mera hipótesis investigativa en hecho jurídico incontrovertible. En efecto, el reconocimiento unilateral y libre de los procesados de los hechos a través de los cuales se configuró una conducta delictual de hurto calificado, dio paso al ejercicio del poder de imputación de cargos por el Estado a través de la Fiscalía, como lo declara y sanciona, con condena, una sentencia cuyas consecuencias jurídicas no se pueden desconocer.

4. INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL BANCO POPULAR DEL CONTRATO DENOMINADO “E-POPULAR EMPRESARIAL INTERNET BBS”, LAS NORMAS LEGALES REFERENTES A CUENTAS CORRIENTES Y DE AHORRO Y LA CIRCULAR BÁSICA JURÍDICA N° 007 DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA

4.1. Este hecho es reconocido por la Parte Convocada.

4.2. Es inherente a los contratos de custodia de personas y bienes la obligación de custodio de adoptar medidas de seguridad sobre el objeto confiado a su cuidado y responsabilidad. Entre tales contratos, lógicamente, se encuentran los de cuenta corriente y cuenta de ahorros, a la par de los acuerdos entre las partes contratantes que los adicionen en forma accesoria, como acontece en el caso *sub judice* en cuanto a las relaciones contractuales principales que se establecieron entre las Partes Convocante y Convocada y la Adición de carácter accesorio que a ellas se hizo para la prestación del servicio “E- Popular Empresarial Internet”. Cuáles

debieran ser tales medidas de protección para la época de los hechos es asunto que el Tribunal examinará adelante.

4.3. Cootraemcali cumplió con lo relativo a la designación de un administrador o usuario primario a quien se le delegaron todos los controles, según lo prevé la Cláusula Sexta de la Adición; igualmente cumplió con la obligación de disponer de los medios físicos y electrónicos que le permitieran recibir la comunicación y realizar las transacciones previstas en la Adición y sus anexos. En lo que respecta a la “razonabilidad” de las medidas de protección apropiadas “para salvaguardar la privacidad de los datos” y “fijar requerimientos de seguridad” (Adición, Cláusula Tercera), así como al establecimiento de todo lo que se requiriera para “el ingreso al sistema” (Adición, Cláusula Tercera, Parágrafo), son aspectos de los cuales el Tribunal se ocupará adelante, en el contexto contractual íntegro bajo el cual se generaron los hechos materia de la controversia.

4.4. Por tratarse de un tema que requiere un análisis previo de carácter hermenéutico, el Tribunal se ocupará más adelante, en el contexto contractual íntegro bajo el cual se generaron los hechos materia de la controversia, de establecer cuáles debieran ser los requerimientos mínimos de seguridad especialmente en lo que se refiere a procedimientos de bloqueo de canales o instrumentos para la realización de operaciones cuando existan hechos o situaciones que ameriten el bloqueo a dichos canales y la elaboración de un perfil de las costumbres transaccionales de los clientes.

4.5. Frente a este hecho se formula la misma observación del punto anterior, atendiendo, además, a lo dispuesto en la Circular Externa 052 de 25 de octubre de 2002

4.6. Frente a este hecho se formula la misma observación del punto anterior.

4.7. En el Formulario de Inscripción anexo a la Adición aparece marcado el “paquete 4”, en el cual no está previsto el servicio “Recaudos ACH”.

4.8. Sobre los hechos aducidos en este punto el Tribunal se remite a lo señalado en los puntos 3.3.7 y 3.3.15, sobre los requerimientos y solicitudes de bloqueo del portal de una parte, y de las cuentas de titularidad de Cootraemcali, por otra.

4.9. A través del recaudo probatorio efectuado en el proceso, ha sido demostrada la afectación indebida de las cuentas corrientes y de ahorros de titularidad de Cootraemcali en el Banco Popular, materializada por el acceso al servicio de banca virtual que prestaba esa entidad a través del canal “E-Popular Empresarial Internet BBS”. Tal afectación consistió en una serie de retiros no autorizados de sumas de dinero de propiedad de Cootraemcali que se convirtieron en objeto del delito de hurto calificado por medios informáticos al establecerse judicialmente que fueron realizados por terceros, mediante el uso fraudulento del usuario y clave de la tesorera de la Cooperativa. Dichas sumas se trasladaron, sin el consentimiento de Cootraemcali, a cuentas cuyos titulares eran personas que no hacían parte de la nómina de la Cooperativa o destinadas al pago de servicios públicos y telefonía celular en ciudades distintas a Cali. El valor de los retiros fraudulentos, que se ejecutaron entre 24 09 08 y 08 10 08, junto con los débitos por GMF y otros cargos, asciende, según la parte Convocante, a la suma de \$644'079.023.

5. RECLAMACIONES REALIZADAS POR COOTRAEMCALI ANTE EL BANCO POPULAR PARA EL REINTEGRO DE LOS DINEROS INDEBIDA E ILEGALMENTE DEBITADOS DE LAS CUENTAS BANCARIAS

5.1. Obra en el expediente el Oficio G. 855.08 del 14 de octubre de 2008, mediante el cual el Gerente (E.) solicita al Banco Popular el “reintegro inmediato” de la suma de \$ 640.079.023. por considerar que fueron indebida e ilegalmente debitados de las cuentas corrientes y la cuenta de ahorros de las cuales era titular en esa entidad bancaria.

5.2. Obra, igualmente, el Oficio 980-058-2009 del 26 de enero de 2009, mediante el cual el Banco comunica su decisión de “no atender favorablemente ese reclamo por razones que se exponen en dicho oficio y que están relacionadas con un presunto incumplimiento contractual de la entidad reclamante de las obligaciones a su cargo establecidas en la Adición a los contratos de cuenta corriente y cuenta de ahorros.

5.3. La Parte Convocante da por cierto este hecho.

5.4. La Parte Convocada da por cierto este hecho.

5.5. Si bien la Parte Convocante aduce que mediante oficio de 23 de enero de 2014 el Banco resolvió negar el reintegro nuevamente solicitado por Cootraemcali a través de comunicación G959.2013 del 31 de octubre de 2013, de la suma reclamada por ella, el apoderado de la Convocada señala que en la respuesta del Banco se dispone el reembolso de las sumas de \$5'000.000 y \$ 23'000.000 relacionadas con los numerales 2 y 3 del escrito de reclamación.

6. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA PARTE CONVOCADA Y HECHOS QUE LAS FUNDAMENTAN

6.1 Pronunciamiento frente a los hechos en que se fundamentan las excepciones

6.1.1. Está probado, con la salvedad de que, por la naturaleza convencional y sinalágmica de los Convenios a los cuales se hace referencia en este hecho, que tienen todas las características de los denominados “contratos de adhesión” en el derecho mercantil, la “normatividad” establecida en ellos es de carácter privado y su fuente no es otra que la reglamentación interna que el Banco elabora unilateral y voluntariamente, atendiendo las instrucciones y directrices impartidas por el ente de inspección, vigilancia y control (hoy la Superintendencia Financiera de Colombia). Con tal carácter, somete esos reglamentos a la aceptación del cliente al ofrecerle los servicios que, como los que se debaten en el caso, implican manejo de información a través de uno de los “canales de distribución” previstos en la Circular Básica Jurídica N°007 de 1996 de la entonces Superintendencia Bancaria¹⁴⁷, que es Internet.

6.1.2. De acuerdo con lo manifestado por el Tribunal en el punto anterior, no es cierto que corresponda a las partes del Convenio de Adición “reglamentar” este nuevo servicio. Como

¹⁴⁷ Título I, Capítulo Décimo Segundo, “Requerimientos mínimos de seguridad y calidad en el manejo de información a través de medios y canales de distribución de productos y servicios”.

lo dice el documento en cuestión, su objetivo no es otro que el de “adicionar”, como convenio accesorio (Adición, Cláusula Segunda) los contratos de cuentas corrientes y de ahorro.

6.1.3. Está probado.

6.1.4. Es cierto, con la anotación que el número “4” era el único “paquete” de los ofrecidos en el formulario que incluía el servicio de pago de nómina, que era, precisamente, el que venía siendo utilizado por Cootraemcali, a través del Convenio E-Popular Pagos, hasta el momento de inscribir sus cuentas en el servicio E-Popular Empresarial Internet, y que es frente al primer convenio mencionado que manifiesta su deseo de cambiar de acceso. Se anota, además, que según repetidas manifestaciones de la testigo Gloria María Grueso, tesorera de Cootraemcali en su declaración¹⁴⁸, la posibilidad de poder seguir contando con el servicio bancario de pago de nómina fue la principal motivación que tuvo Cootraemcali para aceptar ese “cambio de acceso”, dado que el Banco manifestó no estar en condiciones de seguirles prestando el servicio anterior ni les ofreció una alternativa diferente a las previstas para el nuevo servicio E-Popular Empresarial Internet BBS.

Esta apreciación coincide con lo previsto en la cláusula segunda del Convenio, “Descripción del Servicio”, según la cual el cliente “podrá utilizar los servicios que EL BANCO le asigne” (se resalta), estipulación que deja claro que era la entidad financiera la que establecía el portafolio de servicios que ofrecía a sus clientes y usuarios. A lo anterior se agrega el hecho de que, como se corrobora en este epígrafe haciendo referencia al “paquete 4”, el portafolio de servicios se presenta en “paquetes”, vale decir, agrupado en conjuntos preestablecidos e inescindibles de servicios, y que era entre esas opciones previamente “empaquetadas” que el cliente tenía que tomar su decisión, con aplicación del que constituye uno de los elementos típicos de los contratos de adhesión en ciertas áreas como la de servicios informáticos. Lo dicho explica la razón por la cual Cootraemcali decidió tomar el servicio y escogió dicho paquete y no otro.

¹⁴⁸ Cuaderno de Pruebas N°2, Testimonio de Gloria María Grueso, folios 108-120, en especial folios 108 vuelto, 109, 114, vuelto, 116 vuelto y 117.

6.1.5. Está probado el hecho.

6.1.6. Está probado el hecho, con la anotación de que se trataba de una opción facultativa del cliente.

6.1.7. Está probado el hecho.

6.1.8. Esta probado el hecho en lo relativo a la entrega de la clave. En cuanto a la existencia de recomendaciones de seguridad colocadas en el portal del Banco, no está probado cuales eran así como tampoco su alcance, ni su grado de especificidad ni su pertinencia.

6.1.9. No está probado el hecho. El Tribunal se remite a las consideraciones hechas sobre este particular en el epígrafe 3.3.4. del Laudo.

6.1.10. No está probado el hecho. El Tribunal se remite a las consideraciones hechas sobre este particular en el epígrafe 3.3.4. del Laudo.

6.1.11. No está probado el hecho. El Tribunal se remite a las consideraciones hechas sobre este particular en el epígrafe 3.3.7. del Laudo.

6.1.12. No está probado el hecho. Las denominadas “direcciones IP” (*Internet Protocol*) no son utilizadas en virtud de una decisión de los usuarios de la red, sino que, en tratándose de IP’s “dinámicas”, es el proveedor de Internet el que los/las asigna. Además, no está probado el hecho de que para acceder al portal de banca virtual por el canal Internet BBS se requiriera la asignación de IP “fijo/a”, así como tampoco que esa fuera una de las condiciones estipuladas en la Adición para manejar la comunicación a través del portal. El Tribunal se remite a las consideraciones hechas sobre ese particular en el Epígrafe 3.5. del Laudo y a los conceptos expresados por los peritos que fueron convocados al proceso.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Cuaderno de Pruebas N°2, Audiencia de 21 05 18, Perito Francesco Duarte, folios 322-324. Audiencia de 30 05 18, peritos José Renán Quevedo y Fernando Enciso, folios 331-333.

6.1.13. El hecho está probado en lo que tiene que ver con que todos los ingresos realizados al portal del Banco Popular, mediante los cuales se afectaron las cuentas de titularidad de Cootraemcali, durante el período 24 09 08 y 08 10 09, se ejecutaron usando el usuario bpglomar2 y la clave personal de la tesorera de la citada cooperativa, las cuales al ser autenticadas y ser consideradas válidas por la infraestructura informática interna del Banco -no por el sistema-, permitieron el ingreso al mismo. También con el hecho de que todas esas transacciones -se entiende las que permitieron retiro y traslado de fondos-, fueron realizadas dentro de los horarios establecidos para el efecto. En cuanto a que las transacciones se realizaron utilizando archivos pago a proveedores, lo cual es cierto, se anota que esta aseveración no implica que tales archivos hubieran sido cargados necesariamente desde el computador de la tesorera de Cootraemcali, hecho este que no está probado.

En lo que respecta a la afirmación: “(...) sin que existiera vulneración alguna al sistema de internet o a los sistemas de seguridad del Banco Popular”, es del caso diferenciar y distinguir. En primer lugar, el concepto de “vulneración del sistema Internet” no es unívoco ni claro bajo el entendido de que Internet, según la definición que proporciona el Diccionario de la Real Academia Española,¹⁵⁰ es una “Red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación”¹⁵¹ Esa red mundial, está formada por grupos de redes conectadas que, a su vez, permiten el acceso a las redes de computadores de la entidad bancaria a través de proveedores de servicio de Internet, utilizando líneas digitales o medios similares de transferencia. De modo que la utilización de mecanismos de *software* malicioso a través de procedimientos malintencionados de “espionaje”, es un fenómeno que, lamentablemente, suele manifestarse en esas redes con relativa frecuencia y con múltiples grados de afectación, incluso con alcance global como lo recordaron los expertos informáticos en el proceso, sin que ello signifique una interrupción o colapso generalizado de los miles de millones de comunicaciones diarias que circulan por ellas. De otra parte, está establecido en el plenario que en el servicio de banca virtual E- Popular Empresarial Internet se prestaba a través de ese conglomerado de redes públicas y no mediante el establecimiento de una red privada. En

¹⁵⁰ www.rae.es, recuperado el 19 11 18.

lo que respecta a la no vulneración de los sistemas de seguridad del Banco Popular, la afirmación resulta válida, en consecuencia, en cuanto a que no se estableció en el proceso que se hubieran presentado falencias o deficiencias que permitieran la vulneración de las medidas de seguridad y protección de la estructura informática interna del Banco. Pero, ante el hecho público y notorio de que los servicios de banca virtual E- Popular Empresarial Internet se operacionalizaban con el concurso de un medio de comunicación mundial y descentralizado como es Internet, el concepto de vulnerabilidad informática no puede circunscribirse a esa estructura interna, sino que afecta también, inescindible y necesariamente, las comunicaciones que los clientes realizan desde sus propios dispositivos electrónicos. Puede afirmarse, entonces, que la interacción entre la estructura informática interna de la entidad bancaria y los dispositivos electrónicos de sus clientes, conforman el sistema específico de banca virtual dado que son los instrumentos a través de los cuales se operacionalizan, en esta materia, las relaciones contractuales existentes entre la primera y los segundos.

En este orden de ideas, el concepto de vulnerabilidad informática debe extenderse a ese sistema específico en concordancia con lo establecido por la Circular Básica Jurídica N° 007 de la Superintendencia Bancaria ¹⁵², que define la Vulnerabilidad informática como *“Ausencia o deficiencia que permite violar las medidas de seguridad informáticas para poder acceder a un canal de distribución o a un sistema específico de forma no autorizada y emplearlo en beneficio propio o como origen de ataques por parte de terceros”*. Como se ve, tal definición no restringe la vulnerabilidad en la prestación de los servicios de banca virtual la infraestructura informática interna de la entidad bancaria.

6.1.14. Esta probado que el 26 de septiembre la tesorera no pudo acceder a los portales tanto del Banco Popular como del Banco de Colombia y que comunicó telefónicamente tal situación a las dos entidades financieras. Pero no está probado que la señora Grueso “nunca manifestó solicitud relacionada con el bloqueo de los portales en cuestión o de las respectivas

¹⁵² Circular Básica Jurídica N°007 de 1996, Superintendencia Bancaria, Título I, Capítulo Décimo Segundo, “Requerimientos mínimos de seguridad en el manejo de información a través de medios y canales de distribución de productos y servicios”, Apartado 2., “Definiciones y criterios de seguridad y calidad”, Epígrafe 2.5. “Vulnerabilidad Informática”.

claves”. El Tribunal se remite nuevamente a lo manifestado por la propia tesorera en relación con el bloqueo del portal, a su propio testimonio ¹⁵³, en el cual es enfática en señalar en que el mismo viernes 26 de septiembre solicitó verbal y reiterativamente al funcionario del Banco Ricardo Valencia, el bloqueo del portal. Tampoco puede aceptarse la afirmación del distinguido apoderado de la Convocada de que esta pretendida omisión de la tesorera se presentó frente “al bloqueo de los portales”, pues en lo que concierne al portal del Banco de Colombia en su declaración la señora Grueso relata lo siguiente:¹⁵⁴

“(…) Bueno, de acuerdo al comunicado que yo hice el 6, allí yo escribo y pues realmente lo que yo viví el mismo 26, yo trato de entrar también al portal del Bancolombia porque eran los dos portales virtuales que yo tenía, tampoco me permite acceder al portal, y yo trato de comunicarme con el señor Diego Palencia, que era el funcionario con el que yo me entendía en el Banco de Colombia y no lo pude localizar, entonces traté de comunicarme con otra persona de la banca virtual que me pudiera colaborar a ver que podía hacer en ese caso. Entonces ellos me dijeron: “Trata de entrar al portal y acá estamos mirando a ver qué sucede”. Entonces yo (...) traté de ingresar, porque realmente no pude ingresar y ellos se dieron cuenta que no podía, entonces la persona de allá me pidió que pidiera que alguien de sistemas viniera y me mirara el computador y yo procedí a hacer eso. Vino el funcionario de sistemas, miró el computador y me dijo resulta que en ese momento si podía presentar como una pequeña falla (...) con Bancolombia nosotros manejábamos unos pagos de los asociados para la Cooperativa, entonces esa parte la manejaba sistemas, entonces el me pidió que necesitaba mandar ese informe para el Banco, entonces como acá yo no podía ingresar, el me pidió que lo hiciera por Sistema (sic), que yo por eso en la carta escribo “Yo entre al portal de Banco de Colombia por Sistema[s]. Cuando yo entré allá,(...) allí solamente se pudo andar lba información que Sistema (sic) requería que se mandara, entonces yo traté de seguir localizando a Diego Palencia y el 3 de octubre yo bajaba de una reunión que tuve en la gerencia y cuando llegué a la oficina me dijo una de las auxiliares, “Doña Gloria que el señor de Bancolombia la necesita urgente”, entonces yo ingresé y lo llamé y me dice: “Gloria, cómo te ha ido con el portal?”

¹⁵³ Cuaderno de Pruebas N°2, folios 113, 113 vuelto y 114.

¹⁵⁴ Ibid, folio 121 vuelto.

Yo le dije: “no, yo no he podido volver a ingresar al portal”, entonces me dijo: “yo te voy a mandar unos listados, por favor corrobórame porque yo he visto una información que no va con lo que ustedes normalmente manejan por la cuenta de Bancolombia, necesito que me corrobore si esa información fue pagada por la Cooperativa.”

Entonces me llegó por fax la información yo la revisé, inmediatamente me comuniqué con él y le dije: “Mira, yo no he realizado ese tipo de pago”, creo que también aparecían pagos de servicios públicos y (...) pago a celulares. Entonces me dijo: “Gloria haga un informe y que inmediatamente le bloqueen el portal y trae esta tarde el informe acá al Banco”. Entonces yo esa tarde, yo ya le avisé a Federico que era el gerente, lo que había pasado, procedimos a hacer el informe con el auditor, y a las dos de la tarde, nosotros estábamos en el Banco presentando ese informe y se bloqueó el portal”,

Finalmente, en relación con a pretendida omisión de la tesorera por no haber solicitado “las respectivas claves”, el Tribunal manifiesta que está suficientemente acreditado que en lo que respecta a la contraseña de usuario para el acceso al portal del Banco Popular fue el propio funcionario del Banco, Ricardo Valencia, quien se encargó de “solicitar a Bogotá” su reexpedición, manifestándose así a la tesorera Grueso¹⁵⁵.

6.1.15. Está probado el hecho.

6.1.16. Está probado que el Banco no fue llamado, ni vinculado ninguno de sus funcionarios, a la investigación y al proceso penal que se adelantaron en virtud de la denuncia penal interpuesta por Cootraemcali. En cuanto a que correspondiera a la cooperativa solicitar la reparación integral de los perjuicios a los autores o partícipes del ilícito el Tribunal señala que se trata de una consideración de orden jurídico del apoderado de la parte Convocada y no de un hecho.

6.1.17. Está probado el hecho.

¹⁵⁵ Informe de 6 de octubre de 2008, Gloria María Grueso, Cuaderno de PuenasN°1, folio 137. Cuaderno de Pruebas N°2, folio 113 vuelto.

6.2. Pronunciamiento sobre las Excepciones interpuestas por la Parte Convocada

6.2.1. Incumplimiento contractual de Cootraemcali

Para decidir si esta Excepción esta llamada a prosperar o no, el Tribunal analizará si Cootraemcali cumplió con las Estipulaciones del Convenio de Adición (i); si las medidas dispuestas por Cootraemcali por sí solas debían ser suficientes para evitar la defraudación; (ii) si como consecuencia de lo anterior se configuró un incumplimiento contractual imputable a la cooperativa (iii).

Sea lo primero recordar que entre el Banco y sus clientes se establece una relación de consumo en la cual los últimos están sometidos al régimen de responsabilidad establecido en el Código Civil, salvo que, sin perjuicio de su naturaleza jurídica, desarrollen actos de comercio, caso en el cual les serán aplicables, en lo pertinente, las normas del Código de Comercio. En el presente caso se tiene que una de las partes contratantes, Cootraemcali, es una entidad del sector solidario, por lo cual su actividad contractual con terceros no afiliados a ella, se rige por el régimen civil propio de los particulares en el Estado de Derecho. No sucede lo mismo con el Banco que, por su carácter de entidad financiera, así como por la naturaleza de servicio público esencial de la actividad que desarrolla, está sometido a especiales obligaciones en virtud de mandatos de la Constitución Política desarrollados por diferentes normas de orden legal. También rige su actividad el Código de Comercio, en cuanto ella surge del ánimo de lucro que se busca alcanzar mediante un ejercicio profesionalizado de su objeto mercantil.

En este orden de ideas el examen de la conducta contractual de la Convocante debe realizarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, según el cual el deudor es responsable de la culpa leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes, pero no es responsable del caso fortuito, a menos que haya sobrevenido por su culpa.

Es a la luz de estos principios orientadores que se debe examinar si la Parte Convocada cumplió o no con las obligaciones a su cargo, nacidas de los contratos bancarios que celebró con el Banco Popular y del contrato accesorio que los adicionó.

6.2.1.1. Debe considerarse en primer término lo relativo a las obligaciones de “La Empresa” de “establecer cualquier medida razonable y apropiada de protección para salvaguardar la privacidad de los datos” y de disponer de medios físicos y electrónicos “que le permitan recibir la comunicación y realizar las transacciones previstas en esta adición y en sus anexos”, (Adición, Cláusula Tercera), que se examinarán conjuntamente dada su conexidad.

Al respecto, está probado en el plenario que Cootraemcali adoptó las siguientes medidas:

Dispuso de un equipo de cómputo convencional de su propiedad para que fuera la única máquina utilizada en el acceso a los servicios de banca virtual ofrecidos por el Banco Popular a través del canal E-Popular Empresarial Internet BBS.

Que el equipo tuviera unas credenciales de administrador y de usuario para acceder a él, confiadas a la tesorera de la entidad, señora Gloria María Grueso Sánchez, una profesional en economía con más de siete años en el cargo para la época de los hechos y con experiencia como tesorera anterior a su vinculación con la Cooperativa en otras entidades de la ciudad de Cali¹⁵⁶.

El equipo contaba con un sistema operativo debidamente configurado.

Se dotó al equipo en cuestión con una suite de antivirus tanto para protección local como para la protección de servicios conectados que había sido actualizado el 17 de septiembre de 2008.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Cuaderno de Pruebas N°2, Testimonio de Gloria María Sánchez Grueso, folio 108 vuelto.

¹⁵⁷ Cuaderno de Pruebas N°4, Diligencias de Exhibición de Documentos de 07 06 18, Documento “Hoja Vida Equipos”, Anexo N° 3, folios 146 y 147.

Se designó como administrador o usuario primario de los servicios de banca virtual a la misma tesorera, en quien se delegaron todos los controles, según lo previsto en la Cláusula Sexta de la Adición.

Se determinó que el equipo fuera ubicado en un área, la destinada a la tesorería, que era un espacio aislado en el segundo piso -que, a su vez, estaba vigilado por un guarda de seguridad- y de acceso restringido y con un sistema de alarma, donde solo laboraban la tesorera y dos auxiliares.

Se estableció que las llaves de acceso a ese recinto fueran manejadas única y exclusivamente por la tesorera.

Se estableció que el mantenimiento del equipo fuera realizado periódicamente por el Departamento de Sistemas de la Cooperativa de acuerdo con un plan o bitácora establecido por su jefe.

Sobre estos hechos existe coincidencia entre los testimonios de la tesorera Gloria María Grueso, el gerente encargado de la Cooperativa para la época de los hechos y contador de la entidad, Federico Ortega Mera y el miembro del Consejo Directivo y actual representante legal de la misma, Carlos Fredy García Toro.¹⁵⁸

Ahora bien, la “razonabilidad” de tales medidas tiene que ponderarse bajo la óptica del régimen de responsabilidad aplicable a los contratos mercantiles, tarea valorativa de acuerdo con la cual es válido concluir que todas medidas aquí reseñadas, consideradas tanto individualmente como en su conjunto, corresponden a una conducta prudente y diligente y, por ende, razonable. Lo anterior, habida cuenta de que el nivel de “razonabilidad” previsto en el contrato de Adición no puede ser otro que aquel que se espera de cualquier persona jurídica particular en procura del debido cumplimiento de sus obligaciones contractuales y de su objeto social.

6.2.1.2. En segundo lugar, no es ajeno a la ponderación del comportamiento de Cootraemcali para establecer si cumplió o no con sus obligaciones contractuales, el hecho de que las

¹⁵⁸ Cuaderno de Pruebas N°2, testimonio de Federico Ortega Mera, folios 76-95, en especial folios 84 vuelto, 86, 93 vuelto y 94; testimonio de Carlos Fredy García Toro, folios 96-107, en especial folios 104 vuelto y 105; testimonio de Gloria María Grueso Sánchez, folios 108-122, folio 119 vuelto.

medidas adoptadas por la entidad cumplieron con el objetivo del contrato de permitir “recibir la comunicación y realizar las transacciones previstas en esta adición y en sus anexos”. En efecto, entre el 18 de febrero y el 23 de septiembre de 2008, el equipo asignado a la tesorera entró a formar parte, como instrumento de comunicación, de la red informática establecida para acceder a los servicios de E-Popular Empresarial Internet y, en esa condición, operó normalmente doscientos quince días, permitiendo el acceso al portal por parte de la tesorera, como única persona responsable de su utilización y manejo y administrador del servicio de banca virtual en nombre de la cooperativa, en 610 oportunidades.¹⁵⁹

6.2.1.3. En lo que corresponde a las responsabilidades del administrador o usuario primario se tiene establecido:

Que el usuario primario y la contraseña de ese usuario para acceder al portal fueron establecidas de conformidad con el procedimiento previsto al efecto por el banco y que fueron utilizadas de manera personal, confidencial y exclusiva por la tesorera Gloria María Grueso. En esto coinciden las comunicaciones y el testimonio de la tesorera, del gerente encargado para la época de los hechos y del actual representante legal de Cootraemcali.¹⁶⁰

Que las transacciones a través del portal hasta el 23 09 08 solo se hicieron desde el computador de la tesorera y con el usuario bpglomar2.

Que entre febrero y agosto de 2008 la tesorera efectuó mensualmente la modificación de la contraseña de usuario, siempre con posterioridad al día 20 de cada mes y que la modificación correspondiente al mes de agosto, o sea la última antes de la ocurrencia de las transacciones fraudulentas, se hizo el día 28, en tanto que no se registra un cambio de contraseña la última semana del mes de septiembre de 2008¹⁶¹. El cambio de contraseña del 3 de octubre

¹⁵⁹ Cuaderno de Pruebas N°3, Bitácora de Actividades de cuentas de titularidad de Cootraemcali, “Informe Peritaje Informático” SEISCO, Anexo 5, folios 108-118.

¹⁶⁰ Cuaderno de Pruebas N°2, testimonio de Gloria María Grueso Sánchez, folios 108-122; testimonio de Federico Ortega Mera, folios 76-95; testimonio de Carlos Fredy García Toro, folios 96-107.

¹⁶¹ Cuaderno de Pruebas N°1, Informe de Gloria María Grueso al gerente (e.) de Cootraemcali, folio 136.

coincide con los hechos relativos a la solicitud de una nueva contraseña desde el día 26 de septiembre, a instancias del funcionario del banco, Ricardo Valencia.¹⁶²

Que en sus accesos al portal la tesorera actuó de acuerdo con la periodicidad y naturaleza de los controles establecidos sobre este particular por el Manual de Procedimientos establecido por Cootraemcali para la Tesorería, a saber: el primer día hábil de cada semana debía revisar el movimiento bancario y mensualmente debía realizar las conciliaciones bancarias de todo el movimiento registrado en las cuentas corrientes y de ahorros. En este aspecto coinciden los testimonios tanto de la tesorera como del gerente encargado y contador, Federico Ortega Mera y el actual representante legal y miembro del Consejo directivo de la Cooperativa para la misma época, Carlos Fredy García Toro.¹⁶³

Que el 26 de septiembre, cuando la tesorera Grueso se percató de que no podía ingresar al portal, intentó comunicarse telefónicamente con la Oficina del Banco y, al no lograrlo, llamó al funcionario Ricardo Valencia, profesional de Banca Electrónica de esa entidad, para informarle lo que estaba sucediendo, pedirle asistencia sobre el procedimiento a seguir y, también, que se bloqueara el portal, según se dejó anotado líneas atrás. Igualmente, le informó a la gerente titular de la entidad, Francia Moreno, de esa circunstancia.¹⁶⁴

Que, como consta tanto en su informe del 6 de octubre como en el testimonio rendido ante el Tribunal, el 3 de octubre cuando pudo volver a acceder al portal con la nueva clave, y percatarse de los movimientos no realizados por ella, se comunicó vía telefónica con los funcionarios de Banca empresarial Ricardo Valencia, Clara Inés Buriticá y Ana María Gómez, informándoles la situación y requiriéndoles el bloqueo del portal y que el 4 de octubre reiteró esta solicitud presencialmente al señor Valencia.

Los hechos anteriores impiden calificar las actuaciones de la señora Grueso configuren un hecho ilícito y dañino como resultado de una conducta omisiva y negligente.

¹⁶² Cuaderno de Pruebas N°1, Informe de Gloria María Grueso al gerente (e.) de Cootraemcali, folio 136. Cuaderno de Pruebas N°3, testimonio de Gloria María Grueso, Folio 113. Cuaderno de Pruebas N°3, "Informe de Peritaje Informático", SEISCO, folio 53.

¹⁶³ Cuaderno de Pruebas N°2, testimonio de Gloria María Grueso Sánchez, folios 111 y 113; testimonio de Federico Ortega Mera, folio 77; testimonio de Carlos Fredy García Toro, folio 97 vuelto.

¹⁶⁴ Cuaderno de Pruebas N°1, Informe de Gloria María Grueso al gerente (e.) de Cootraemcali, folio 136.

Se aduce, sin embargo, por el excepcionante tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión, que la Cooperativa incumplió la pretendida obligación de definir a través de los usuarios establecidos en el formulario de inscripción los niveles de acceso para las distintas clases de transacciones. Este reproche no resulta claro pues, como se puso de relieve ya, la Cláusula Sexta de la Adición habla de la designación de “un” administrador o usuario a quien se le delegarán “todos los controles”, lo cual riñe con una interpretación restrictiva según la cual la asignación de diferentes niveles de acceso fuera un requisito *sine qua non* para acceder al portal; el Banco nunca exigió que se estableciera ni más de un usuario primario ni más de una contraseña de usuario; no lo hizo ni en el momento de establecer la contraseña, ni en las oportunidades en que fue cambiada todos los meses, ni siquiera cuando procedió oficiosamente a la expedición de la nueva clave que entregó a la tesorera el 3 de octubre, después de detectada la ocurrencia de accesos no autorizados al portal. De modo que la propia actitud del Banco sobre este punto deja sin piso una interpretación restrictiva de esta estipulación según la cual tendría alcance de verdadera obligación y no de simple opción. Pero, además, a la luz del volumen de transacciones celebradas durante el período en que los servicios virtuales fueron prestados sin traumatismos, no resulta de una entidad tal que haga pensar en que no pudieran ser manejados y controlados por un solo usuario, como en efecto lo fueron, o que llevara a la tesorera a pensar que era razonable acudir a alguna de las dos auxiliares que hacían parte de la planta de personal de la dependencia o valerse de funcionarios ajenos a la misma para cumplir tareas de acceso al portal. En efecto, está acreditado que, entre el 18 02 08 y el 23 09 08, la cooperativa solo realizó 29 transacciones de pago, 16 por la modalidad identificada como “T6, T8, T9” y 13 por la modalidad “ACH BBS crédito”.¹⁶⁵

Pero, adicionalmente, no apareció demostrado en el expediente que el Banco hubiera impartido una instrucción específica y clara sobre este tema o que se hubiera ofrecido a la tesorera una capacitación sobre la forma de llevarlo a la práctica.

¹⁶⁵. Cuaderno de Pruebas N°3, Bitácora de Actividades de cuentas de titularidad de Cootraemcali, “Informe Peritaje Informático” SEISCO, Anexo 5, folios 108-118.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, debe concluirse que la definición de niveles de acceso era una opción potestativa del cliente y no un requisito obligatorio cuya inobservancia tenga connotaciones de incumplimiento contractual.

6.2.1.4 Cargo de incumplimiento contractual por pretendida insuficiencia de las medidas dispuestas por Cootraemcali para garantizar la seguridad del computador de tesorería

De acuerdo con lo planteado por el apoderado del Banco en la contestación de la demanda, reiterado y ampliado en sus alegatos de conclusión, este reproche a la conducta contractual de la Convocante consiste en que las medidas razonables de protección que correspondía adoptar a esta última, , no fueron suficientes , *“(...) pues el ingreso al sistema fue realizado con claves y usuarios asignados a su tesorera; siendo de destacar que este usuario [y claves] fueron obtenidos de los medios físicos y electrónicos dispuestos por la propia cooperativa y que en ningún momento existió vulneración de las seguridades dispuestas por el Banco Popular o de la comunicación de internet de la plataforma”*.

Agrega que el hecho de que el computador, que era el instrumento físico y electrónico de acceso al sistema, estuviera monitorizado, como lo ratifican con sus dictámenes los peritos informáticos convocados por las partes al proceso, fue lo que permitió que se realizaran transacciones, *“aun después de que el Banco le hubiera entregado una nueva clave a la tesorera”*.

Para pronunciarse sobre el cargo, el Tribunal debe tomar en consideración lo señalado en el dictamen aportado por la Convocada, en el sentido de que el hecho de que el equipo estuviera monitorizado permitió a los confesos autores de la defraudación *“(...) conocer cualquier cambio que se realizara o registrara en el mismo, como cambios de claves de acceso o re-direccionamiento de actividades, (...) de esto se deriva la actividad posterior sobre la cuenta de ahorros de banco popular. (...) Se entiende que esta afirmación se refiere a las transacciones no autorizadas realizadas el 8 de octubre, fecha posterior al restablecimiento de la contraseña el 3 de octubre. (...)”*“Para la implementación del software usado para el

ilícito se debió contar con oportunidad de manipular el equipo de cómputo donde se implementó; por ende, tuvo que haber acceso no autorizado a él, local o remotamente”¹⁶⁶

Tales conclusiones expertas, excluyen la posibilidad de que estuviera al alcance de la cooperativa adoptar medidas de protección de un nivel tecnológico tan especializado como para poder contrarrestar un ataque informático como el que desencadenaron los delincuentes sobre ese equipo, que era el que hacía parte de la red base del sistema de banca virtual, y que en la práctica y a través de procedimientos informáticos empleados dolosamente, como la instalación de un registrador de las pulsaciones que se hacían en la máquina (*keylogger*),¹⁶⁷ permitieron el acceso remoto al sistema por parte de terceros no autorizados. Ello, sin duda, excede el nivel de cuidado y diligencia que es dable esperar de los consumidores en relación con los servicios bancarios, y, por ende, rebasa el marco legal ya señalado, bajo el cual se debe establecer su responsabilidad contractual.

A la luz de las consideraciones anteriores, el Tribunal concluye que Cootraemcali cumplió todas las obligaciones que le imponía el Contrato de Adición examinado y que, en consecuencia, la excepción de incumplimiento contractual de Cootraemcali, interpuesta por la Parte Convocada, no está llamada a prosperar.

6.2.2. Culpa de la víctima

6.2.2.1. Lo probado en el proceso sobre la forma como fue monitorizado el equipo de la tesorera, priva de sustento fáctico el argumento aducido en esta excepción en el sentido de que las operaciones realizadas el 24 de septiembre con el usuario y clave de la tesorera de la cooperativa, estaban bajo su total dominio.

¹⁶⁶ Ver Epígrafe 3.5.3. “Dictamen pericial aportado por la parte Convocada”.

¹⁶⁷ Ver Epígrafe 3.5.2. “Dictamen pericial aportado por la parte Convocante”.

6.2.2.2. De otra parte, el excepcionante sostiene que la conducta de la tesorera fue negligente al no haber advertido, tanto al banco como a las áreas pertinentes de la cooperativa, que se estaban realizando operaciones no autorizadas para que adoptaran las medidas del caso. Agrega que ni siquiera el 26 de septiembre, cuando se comunicó con el banco, le advirtió de esa situación, limitándose a mencionar que no podía ingresar al portal y que tampoco comunicó por escrito la situación, a pesar de lo estipulado en la Adición.

Al respecto se reitera, como se estableció en el plenario, que el 24 de septiembre la tesorera aun no tenía conocimiento de que se hubieran efectuado operaciones no autorizadas. Que sobre el hecho de no poder ingresar al portal el 26, la tesorera no solo informó al profesional de Banca Electrónica de la oficina La Floresta Ricardo Valencia, tras fracasar en su intento de comunicarse telefónicamente con esa oficina por lo avanzado de la hora, sino que también contactó a las funcionarias Gloria Inés Buriticá y, a través de ella, a Ana María Gómez, ambas del área responsable de los servicios de banca virtual; que a todos ellos les solicitó asistencia técnica, acompañamiento y, además, el bloqueo del portal; y que, tal y como lo reconoce aquí el propio apoderado del Banco, la tesorera también entró en comunicación el mismo día 26, con el Departamento de Sistemas de la Cooperativa.

6.2.2.3. Califica así mismo el excepcionante como conducta negligente el hecho de que la Cooperativa solo hasta el 6 de octubre dirigiera una comunicación escrita al Banco sobre lo acontecido; que el funcionario del departamento de sistemas de la cooperativa al cual acudió la tesorera el viernes 26 - Juan Carlos Cardona - para que revisara el equipo, se limitó a manifestar que este presentaba fallas y que tenía que formatearlo, lo cual haría “en los próximos días”.

En relación con estos argumentos el Tribunal puntualiza:

Como está documentado, la Adición (Cláusula Octava) prevé que “La Empresa queda obligada a dar **aviso inmediato** telefónicamente a la Gerencia de Operaciones del Banco y comunicarlo por escrito a las oficinas del Banco” (énfasis añadido). Es claro que la obligación del aviso tiene dos momentos, uno inmediato, que exige comunicación telefónica y otro,

sin término expreso, para la comunicación escrita a las oficinas del Banco. La tesorera no solo cumplió con el aviso telefónico inmediato el viernes 26, sino que estuvo en contacto con funcionarios de esa entidad el lunes 29 y el martes 30 de septiembre, el viernes 3 y el sábado 4 de octubre, a la espera de la reacción del banco. No obra prueba de que durante ese lapso de tiempo los funcionarios contactados le hubieran manifestado a Cootraemcali que sin el aviso escrito no podrían hacer nada para conjurar o aminorar los efectos del estado de anormalidad detectado. Fue bajo esas circunstancias que el 6 de octubre se produjeron sendas comunicaciones escritas del gerente encargado de la Cooperativa, dirigidas al propio funcionario Ricardo Valencia y a la Gerente de Banca Electrónica, Ana María Gómez - quienes ya conocían los hechos-, para solicitar el bloqueo de las cuentas afectadas por las operaciones no autorizadas.

En cuanto a la intervención de Juan Carlos Cardona¹⁶⁸, el Tribunal señala que no existe prueba técnica aportada al proceso por la parte que alega la culpa, de que el hecho de “formatear” el equipo en ese momento hubiera permitido detectar que se encontraba monitorizado, o detener o reversar las transacciones fraudulentas¹⁶⁹. Pero, además, es entendible que, ante la evolución de los hechos en los días subsiguientes, la idea de formatear el equipo quedara inicialmente aplazada y, finalmente, descartada.

6.2.2.4. Se alega que el hecho de ingresar desde diferentes “direcciones IP” al portal del banco es trasunto de una conducta descuidada de la cooperativa, por los evidentes riesgos que ello genera, pero que “de manera extraña”, desde el 26 de septiembre la tesorera no

¹⁶⁸En su declaración, la tesorera acota: “(...) Vino el funcionario de sistemas (Juan Carlos Cardona), miró el computador (...) el encontró que si podía presentar como una pequeña falla...” Cuaderno de PruebasN°2, folio 121, vuelto.

¹⁶⁹ En el lenguaje corriente se admite que el “formateo” de un computador consiste en una serie de operaciones con el fin de restablecer un disco duro, sea borrando todos los sectores del disco (formateo de bajo nivel), sea para tener de nuevo todo el espacio del disco, aunque los archivos aún existan (formateo de alto nivel o lógico). El más utilizado es el segundo, por cuanto se realiza de manera rápida y parcial y sin afectar de manera inmediata los archivos. <https://conceptodefinicion.de/formateo>.

intentó ingresar desde otra IP y que fue tan solo “(...) *hasta el 2 de octubre que ingresó [al portal]utilizando los computadores del departamento de sistemas de Cootraemcali*”.

Sea lo primero señalar que está probado que la tesorera no ingresó al portal del Banco Popular ni el 2 de octubre, ni en ninguna otra oportunidad entre el 24 09 08 y el 08 19 08.

En cuanto a la utilización de IPs, dinámicas, como eran las utilizadas para conectarse a través del canal E-Popular Empresarial Internet BBS, también se estableció ya en el plenario que su utilización no depende de la voluntad de los usuarios de la red sino de la asignación que de tales IP haga el respectivo proveedor de internet.¹⁷⁰

6.2.2.5. Finalmente aduce el excepcionante, que si para el 25 de septiembre de 2008, “(...) *fecha en la que ingresó al Portal la Tesorera, ya existían operaciones irregulares (de 24 de septiembre), es ajeno a la diligencia de un buen hombre de negocios que la denuncia penal interpuesta por el gerente en razón de estos hechos tenga fecha de 20 de octubre de 2008 máxime cuando la propia Tesorera mediante comunicaciones del 8 y 13 de octubre (...) lo insta a instaurarla*”

Caben al respecto varias consideraciones:

Primero. El deber de denuncia incumbe “a toda persona”¹⁷¹ - que en este caso cobijaba incluso al Banco- que tenga conocimiento de hechos que revistan las características de un delito, y su ejercicio no está sujeto a término.

Segundo. Se trata, en consecuencia, de un deber legal y no estrictamente de una obligación contractual.

Tercero. Su ejercicio está sometido a determinados requerimientos como la necesidad de suministrar evidencias o datos concretos que permitan encauzar la investigación y si bien puede hacerse verbalmente, por escrito o por cualquier medio técnico, la norma exige que el medio de denuncia “permita la identificación del autor”¹⁷²; precisamente por esa razón, requiere no pocas veces de algún nivel de elaboración y fundamentación.

¹⁷⁰ Cuaderno de Pruebas N°2, Audiencia de 21 05 18, Perito Francesco Duarte, folios 322-324. Audiencia de 30 05 18, peritos José Renán Quevedo y Fernando Enciso, folios 331-333.

¹⁷¹ Código de Procedimiento Penal, Art. 67.

¹⁷² Ibidem, Art 69.

Cuarto. Cuando se presente en nombre de una persona jurídica en calidad de víctima de los hechos delictuosos, y aunque ello no excluya la existencia y la concurrencia de otras posibles víctimas, es prudente y recomendable que la decisión de presentarla cuenta con el aval, previa información, de los órganos de gobierno de la respectiva institución, máxime en casos como el *súbdice*, cuando la denuncia se dirigió contra varios funcionarios de la cooperativa, la propia tesorera entre ellos. Efectivamente, en reunión extraordinaria del Consejo de Administración de esa entidad, realizada el 11 de octubre de 2008, se votó afirmativamente la propuesta de instaurar denuncia penal por fraude electrónico.¹⁷³

Quinto. En una decisión que va en línea con una conducta prudente y diligente, en la misma oportunidad¹⁷⁴ el mismo Consejo aprobó la contratación de los servicios del abogado penalista Einarco José Morales quien, a nombre de la Cooperativa, instauró el denuncia penal correspondiente con fecha 20 de octubre.

Sexto. Además, está evidenciado en el plenario que el gerente encargado de la Cooperativa elaboró un primer escrito de denuncia con fecha 11 de octubre de 2008, dirigido a la URI de la Fiscalía General de la Nación en Cali la cual se adelantaba un paro en esos días.

Estas consideraciones le permiten al Tribunal manifestar que no encuentra que la conducta de la Cooperativa sea la generadora del daño sufrido por ella misma como consecuencia de las transacciones fraudulentas que dan lugar al presente litigio.

En consecuencia, esta Excepción no está llamada a prosperar.

6.2.3. Hecho de un tercero

Como fundamento de esta excepción aduce la Parte Convocada:

(i) - Que ni el Banco, ni sus funcionarios, fueron vinculados al proceso penal que se adelantó en virtud de la denuncia interpuesta por Cootraemcali, siendo los condenados personas ajenas a la entidad bancaria.

¹⁷³ Diligencia de exhibición de documentos de Cootraemcali, Junio 7/18, Folder N° 3 "Actas", Acta N° 297, folio 360.

¹⁷⁴ *Ibidem*, folio 362.

(ii)- Que la normatividad vigente para la época de los hechos, relativa a los requerimientos mínimos de seguridad y calidad en el manejo de información a través de medios y canales de distribución de productos y servicios para clientes y usuarios, no imponía al banco la obligación de contar con perfiles transaccionales, razón por la cual entidad no está obligada a responder por las conductas que desplegaron esos terceros.

(iii)- Que los hechos delictuales de los condenados configuran un hecho de fuerza mayor de conformidad con la normatividad a la cual se alude en el punto anterior y con la Adición a los contratos.

Frente a estos planteamientos, el Tribunal considera:

6.2.3.1. Evidentemente ni el Banco, ni sus funcionarios, fueron vinculados al proceso penal, lo cual, sin embargo, no es una circunstancia que por sí misma lo exima de responsabilidad civil y contractual, habida cuenta de que en el proceso penal no se abocó lo relativo a la reparación patrimonial, razón por la cual ni existe ninguna clase de prejudicialidad ni las acciones encaminadas a establecer la responsabilidad cuya declaratoria demanda la Convocante se han extinguido. Compete entonces a este Tribunal, según lo estipulado por las partes en la Cláusula Compromisoria, conocer de esas acciones y examinar la conducta de la Convocada, en orden a establecer si con ella pudo generarse responsabilidad por incumplimiento del contrato que las vincula jurídicamente.

6.2.3.2. El hecho de que, siguiendo la línea argumental del excepcionante, para la época de los hechos el banco no estuviera obligado a elaborar perfiles transaccionales de sus clientes, según lo estipulado por la Circular Externa 52 de 2007 de la Superintendencia Financiera sobre la entrada en vigencia de este deber impuesto por vía administrativa a las entidades bancarias, no constituye, por sí solo, un eximente de responsabilidad ni frente al régimen de responsabilidad especial al cual están sometidos los contratos de prestación de servicios bancarios, ni frente a la eventual desatención de otros requerimientos mínimos de seguridad y calidad en el manejo de información a través de medios y canales de distribución

de productos y servicios para clientes y usuarios, establecidos en la Circular Básica Jurídica N° 007 de 1996, de la extinguida Superintendencia Bancaria.

Ahora bien, en lo que concierne a esos otros requerimientos mínimos, debe señalarse que el Tribunal debe efectuar su examen en cuanto resulte pertinente y viable para determinar la relación que pueda existir entre las acciones u omisiones del banco en materia de seguridad y de sus servicios y el accionar delictivo de los autores del hurto consumado a las cuentas de Cootraemcali. Lo anterior, de conformidad con las pretensiones de la demanda que persiguen un pronunciamiento de esta instancia arbitral sobre la alegada responsabilidad civil contractual del Baco Popular, no solo por el incumplimiento de los contratos de prestación de servicios bancarios, sino “ por no haber cumplido lo dispuesto en el Capítulo XII, del Título I de la Circular Básica Jurídica N°007 de 1996 de la Superintendencia Bancaria- hoy Superintendencia Financiera- relativo a requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones a través de internet”¹⁷⁵

Este planteamiento se refuerza al verificar la inclusión en la demanda de los siguientes elementos, conexos con la pretensión mencionada, en ejercicio de la facultad de determinar en ese petitorio el objeto del proceso judicial:

En los hechos presentados por Cootraemcali para sustentar sus pretensiones se incluye, de manera genérica, el incumplimiento por parte del Banco Popular de la mencionada Circular Básica Jurídica N°007.¹⁷⁶

En los hechos 2.4.6, 2.4.7. y 2.4.8. de la demanda se señalan circunstancias, observaciones y conclusiones de carácter técnico, derivadas de la evidencia recolectada del análisis del equipo de cómputo de la tesorería efectuado por el perito y testigo en el proceso, Francesco Duarte Bravo, que guardan relación directa con vulnerabilidades informáticas y, por ende, con el deber de las entidades bancarias de cumplir requerimientos mínimos de seguridad diferentes a la elaboración del perfil transaccional.

¹⁷⁵Demanda Arbitral, I. Pretensiones, Epígrafe 1.2.

¹⁷⁶*Ibidem*, II. Hechos, 2.5.

En el Hecho 2.5.4. relativo al incumplimiento del Capítulo XII de la Circular Básica Jurídica de 1996, de la Superintendencia Bancaria, la demanda señala que *El banco tenía la obligación de cumplir con los requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones, especialmente, en lo que se refiere a: (i) Establecer procedimientos de bloqueo de canales o instrumentos para la realización de operaciones cuando existan hechos o situaciones que ameriten el bloqueo de dichos canales;*¹⁷⁷ y (ii) *Elaborar un perfil de las costumbres transaccionales de los clientes*” (resaltado añadido).

Al establecer el marco normativo de la demanda, el apoderado de la Parte Convocada incluye nuevamente la mencionada circular Básica Jurídica.¹⁷⁸

6.2.3.3. Aun admitiendo, en gracia de discusión que un delito pueda convertirse en un hecho imprevisto al cual no es posible resistir, conforme a la definición que de la fuerza mayor o caso fortuito se da nuestra legislación¹⁷⁹, resulta indiscutible que las entidades bancarias, en ejercicio de las obligaciones por ellos contraídas en relación con la guarda y custodia del dinero que los clientes y usuarios consignan en sus oficinas, sean ellas físicas o virtuales, deben adoptar medidas de protección proporcionadas a la magnitud de los riesgos asumidos en lo que constituye el giro habitual de sus negocios y en atención al carácter profesional, masivo y lucrativo como se ejercen. Uno de esos riesgos, de considerable magnitud por lo demás, es el que en forma genérica se denomina “ciber delincuencia”, una de cuyas expresiones es el que nuestra legislación penal tipifica como “hurto calificado por medios informáticos” de recurrente ocurrencia en el ámbito bancario. Por tal razón, las entidades bancarias están obligadas tanto contractual como legalmente a adoptar medidas de protección específicas para tratar de contrarrestar el riesgo de ataques informáticos de carácter delictivo a las cuentas de sus clientes; ello en observancia de un régimen de responsabilidad especial y sin perjuicio, claro está, de las obligaciones de cuidado y

¹⁷⁷ Este requerimiento está establecido en el Epígrafe 3.1.12. del Capítulo XII Título I. El Capítulo XII fue anexado a la Circular Básica Jurídica N°007 por la Circular Externa N°052 de 2007. El Epígrafe citado entró en vigencia el 1° de julio de 2008.

¹⁷⁸ *Ibidem* III. Fundamentos de Derecho.

¹⁷⁹ Ley 95 de 1890, Art. 1°.

diligencia que los clientes asuman en el marco del régimen de responsabilidad civil bajo el cual actúan, que es el común.

De modo que el carácter “imprevisible” que la ley exige de un hecho para que se configure como fuerza mayor, no es predicable de todos los delitos ni de los mismos delitos en diferentes circunstancias, sino que tendrá que establecerse en cada caso concreto, pues de existir factores que hagan previsible en alguna medida la ocurrencia de delitos, como sucede en materia de custodia de valores o de ataques informáticos, no se puede alegar fuerza mayor.

Las mismas razones expuestas en precedencia son válidas para determinar el alcance de la Cláusula de Exoneración de responsabilidad del Banco, contenida en el documento de Adición.

Por las consideraciones anteriores, la excepción de “Hecho de un tercero” no está llamada a prosperar.

6.2.4. Inexistencia de vulneración de los sistemas del Banco

La argumentación mediante la cual se sustenta la excepción está en conexión directa con la forma como se presenta el hecho número 13 del Acápite IV.I, “Hechos en que se fundan las Excepciones”. Al referirse al mismo¹⁸⁰ el Tribunal sostuvo que ante la circunstancia pública y notoria de que los servicios de banca virtual E- Popular Empresarial Internet se operacionalizaban con el concurso de un medio de comunicación mundial y descentralizado como es Internet, el concepto de vulnerabilidad informática no puede circunscribirse a la estructura electrónica e informática interna del Banco , pues afecta también, inescindible y necesariamente, las comunicaciones que los clientes realizan desde sus propios dispositivos electrónicos, que bien pueden asimilarse a una especie de extensión -de la misma naturaleza- de la oficina o sede virtual del banco; por eso , sin perjuicio de las obligaciones de seguridad física y lógica a cargo del cliente , tales dispositivos con los componentes informáticos incorporados en ellos, se convierten en parte integrante de un sistema de servicios bancarios

¹⁸⁰ Ver *supra*, Epígrafe 6.1.13., Acápite “Pronunciamento sobre los hechos en que se fundan las Excepciones”.

virtuales -como lo era en el caso *sub judice* el equipo asignado para acceder al portal del banco-; un sistema que opera en red y en el cual no es posible, ante el flujo de operaciones necesariamente interconectadas, establecer una línea divisoria tajante entre un sistema banco y un sistema cliente. Puede afirmarse, entonces, que la interacción entre la estructura informática interna de la entidad bancaria y los dispositivos electrónicos de sus clientes, conforman el sistema específico de banca virtual dado que son los instrumentos a través de los cuales se operacionalizan, en esta materia, las relaciones contractuales existentes entre la primera y los segundos. Ese sistema resultó vulnerado pues se afectó la integridad y confiabilidad de la información transmitida, incluyendo las validaciones y autenticaciones que el sistema hizo del usuario bpglomar2 y de las claves a él asignadas.

Al hablar de claves en plural se incluye, lógicamente, la reexpedida a instancias del Banco el 3 de octubre, pues el hecho de que el 8 de octubre de 2008, es decir, con posterioridad a la expedición de una nueva clave, se continuaran registrando operaciones no autorizadas sobre la cuenta de ahorros N°40-2, ratifica lo dicho sobre vulnerabilidad informática del sistema específico de banca virtual. En efecto, las autenticaciones y validaciones que de la nueva clave haya efectuado el sistema en su momento no fueron suficientes para impedir que continuara la actividad de los ciberdelincuentes. Ello es prueba de que la vulneración del sistema no pudo ser contrarrestada de esa forma, pues frente a los ataques informáticos del 8 de octubre solo caben dos hipótesis: o la nueva clave fue “incorporada” por los autores de la defraudación, a sus mecanismos de operación delictual o la antigua continuaba operando en manos de los criminales como si no hubiera una nueva.

En este orden de ideas, el concepto de vulnerabilidad informática incluye ese sistema específico en concordancia con lo establecido por la Circular Básica Jurídica N° 007 de la Superintendencia Bancaria ¹⁸¹, que, se reitera, define la Vulnerabilidad informática como *“Ausencia o deficiencia que permite violar las medidas de seguridad informáticas para*

¹⁸¹ Circular Básica Jurídica N°007 de 1996, Superintendencia Bancaria, Título I, Capítulo Décimo Segundo, “Requerimientos mínimos de seguridad en el manejo de información a través de medios y canales de distribución de productos y servicios”, Apartado 2., “Definiciones y criterios de seguridad y calidad”, Epígrafe 2.5. “Vulnerabilidad Informática”.

poder acceder a un canal de distribución o a un sistema específico de forma no autorizada y emplearlo en beneficio propio o como origen de ataques por parte de terceros". Como se ve, tal definición no restringe la vulnerabilidad en la prestación de los servicios de banca virtual a la infraestructura informática interna de la entidad bancaria.

Fundándose en estas consideraciones el Tribunal declarará la no prosperidad de la excepción "Inexistencia de vulneración de los sistemas del Banco"

6.2.5. Cumplimiento de los protocolos de seguridad por parte del Banco

Para pronunciarse sobre esta excepción el Tribunal señala, en primer término, que el señor apoderado de la Convocada se limita a presentar un listado de acciones del Banco relacionadas con el desarrollo del contrato de Adición, sin sustentar de manera específica el concepto "protocolos de seguridad" empleado en el enunciado de la excepción, ni demostrar si se trata de un catálogo exhaustivo y completo de los así denominados "protocolos".

Se formula este reparo de insuficiencia al enunciado de la excepción y a su sustentación, en el entendido en que el conjunto de los deberes de debida diligencia y los requerimientos mínimos de seguridad y calidad, incluidos los mandatos relativos a protección del consumidor, están contenidos en diversas disposiciones de nuestra legislación tales como el Decreto 663 de 1993, Orgánico del Sistema Financiero, que forma parte del marco normativo del litigio trazado en la demanda y que establece que uno de los fines de la intervención estatal en la actividad financiera es que las operaciones de las entidades de intermediación "se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia" (Art. 46, Lit. d); la Ley 795 de 2003 -vigente para la época de los hechos- y, por supuesto, aquellas disposiciones del Título I, Capítulo Décimo Segundo de la Circular Básica Jurídica N°007 mencionada varias veces, que entraron en vigencia el 1° de julio de 2008, de conformidad con la Circular Externa N°052 de 2007 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

No sobra recordar que las normas a las cuales se ha hecho alusión son resultado del carácter de “interés público” que tiene la actividad financiera (Art.335C.P.), así como del régimen especial de responsabilidad que de este principio constitucional se deriva para las entidades que prestan servicios en la materia, en especial los bancos que asumen la prestación de un servicio calificado, de acuerdo con precedentes jurisprudenciales, como servicio público esencial.

Pues bien, la excepción que examina aquí el Tribunal no hace referencia a una serie de protocolos de seguridad derivados de esa normatividad. Es lo que acontece con lo estatuido en varios numerales del Capítulo Décimo Segundo de la Circular Básica Jurídica N°007, que entraron en vigencia el 1° de julio de 2008 de acuerdo con la Circular 052 de 2007.

Así en el Epígrafe 3.1 sobre “Seguridad y Calidad”, y según el cual “(...) *En desarrollo de los criterios de seguridad y calidad, y considerando los canales de distribución utilizados, las entidades deberán cumplir, como mínimo, con los siguientes requerimientos: (...)*”, se establecen, entre otros, los siguientes:

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

“(...) 3.1.15. Definir los procedimientos y medidas que se deberán ejecutar cuando se encuentre evidencia de la alteración de los dispositivos usados en los canales de distribución de los servicios”

En el Epígrafe 3.4 sobre “Divulgación de Información”, y según el cual “(...) *En materia de divulgación de información las entidades deberán cumplir como mínimo con los siguientes requerimientos:*), se establecen, entre otros, los siguientes:

“(…) 3.4.4. Informar y capacitar a los clientes acerca de las medidas de seguridad que deben tener en cuenta para la realización de operaciones por cada canal, así como los procedimientos para bloqueo, inactivación, reactivación y cancelación de los productos y servicios ofrecidos”

“(…) 3.4.6. Diseñar procedimientos para a dar a conocer a los clientes, usuarios y funcionarios, los riesgos derivados del uso de los diferentes medios y canales”

Y en el Epígrafe 4.9, relativo a *“Internet”*, se prevé:

“(…) Las entidades que ofrezcan la realización de operaciones por Internet deberán cumplir con los siguientes requerimientos:

“(…) 4.9.3. Promover y poner a disposición de sus clientes mecanismos que reduzcan la posibilidad de que la información de sus transacciones pueda ser capturada por terceros no autorizados durante cada sesión”

“(…) 4.9.4. Establecer un tiempo máximo de inactividad, después del cual se deberá dar por cancelada la sesión, exigiendo un nuevo proceso de autenticación para realizar otras operaciones”

Finalmente, en lo que respecta a esas acciones específicas del Banco señaladas en la Excepción, el Tribunal hace notar que en los Acápites relativos a hechos Probados y Hechos en que se Fundan las Excepciones ya se ha pronunciado sobre sus características y alcance contractual de cara a las obligaciones de las partes¹⁸², sin que ninguna de ellas individualmente considerada tenga la aptitud jurídica suficiente para desvirtuar los hechos de la demanda relativos a las defraudaciones que generaron el presente litigio en cuanto a la vulnerabilidad informática que las hizo posibles y a las acciones de banco para tratar de

¹⁸² Ver *supra*, Acápites 3 “Hechos probados” y 6.1., “Pronunciamiento sobre los hechos en que se fundan las Excepciones”.

contrarrestarla, en concordancia con el régimen especial que le es aplicable para el desarrollo de sus actividades de captación e intermediación de recursos del público.

Fundándose en las consideraciones aquí formuladas el Tribunal declarará la no prosperidad de la excepción “Inexistencia de vulneración de los sistemas del Banco”

6.2.6. Inexistencia de culpa del Banco Popular

En el libro cuarto del Código de Comercio se regulan los “Contratos y obligaciones mercantiles”, entre los cuales figuran bajo la categoría de contratos bancarios -Título XIII- el de cuenta corriente (arts. 1382 a 1392) y el de depósito de ahorro (arts. 1396 a 1398).

Su carácter de “bancarios” estriba en que una de las partes contratantes es necesariamente un establecimiento bancario, es decir una de aquellas instituciones financieras dedicadas a la captación de depósitos a la vista o a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito.¹⁸³

Mediante la celebración de estos contratos se da forma jurídica consensuada a un mercado de operaciones de intermediación financiera en el cual los bancos buscan captar recursos del público para transformarlos, con fines de rentabilidad, en contratos de crédito con terceros, a la par que se comprometen con los cuentacorrentistas y ahorradores a mantener a su disposición, como depósitos a la vista, los recursos pecuniarios que por ellos les son entregados con tal carácter, así como a garantizar su seguridad. A su turno, esa obligación primordial de seguridad se descompone en una serie de deberes y cargas de cuidado y custodia que el banco desarrolla de manera profesional, masiva y lucrativa y, además, bajo la inspección y vigilancia del Estado, en razón del carácter de interés público y servicio público esencial que tiene su actividad, por mandato de la Constitución Política.

Para honrar la obligación de seguridad que los establecimientos bancarios asumen, deben cumplir con una serie de requerimientos mínimos de cuidado, protección y custodia indispensables para que los movimientos de las cuentas bancarias por parte de sus titulares

¹⁸³ Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Art. 2°.

se realicen solamente por órdenes de pago o retiro impartidas directamente por ellos o con su autorización, y responder ante sus clientes por las irregularidades en el manejo de los dineros que les son entregados en depósito que no obedezcan a la conducta culposa de los propios clientes.

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “(...) a la hora de apreciar la conducta de tales establecimientos, es necesario tener presente que se trata de un comerciante experto en la intermediación financiera, como que es su oficio, que maneja recursos ajenos con fines lucrativos”¹⁸⁴. Deben, en consecuencia, obrar de manera cuidadosa, diligente y oportuna, “bajo un modelo particular de responsabilidad profesional del banco”¹⁸⁵ para impedir que se vean afectados los derechos patrimoniales de los cuentacorrentistas y ahorradores. En otras palabras, un modelo de responsabilidad estructurado en buena medida, aunque no exclusivamente, sobre la base del concepto de culpa o descuido levísimo previsto en el artículo 63 del Código Civil.

En efecto, a los establecimientos bancarios el Estado les impone el cumplimiento de estándares de seguridad y diligencia debida y la implementación de mecanismos de control y verificación de las transacciones según lo previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (decreto 663 de 1993) y la Circular Básica Jurídica 007 de 1996. En consecuencia, no son los clientes los llamados a asumir los riesgos que gravitan en contra de la seguridad que se pretende garantizar mediante la observancia de tales requerimientos normativos.

Entre los riesgos que corresponde asumir a los establecimientos bancarios, en el marco de los contratos de cuenta corriente y cuenta de ahorros, se encuentran los riesgos por fraude informático inherentes a los servicios de banca virtual que ellos ofrecen y prestan al público como comerciantes expertos en la intermediación financiera. En consecuencia, es a ellos en principio, y no a los clientes, a quienes les son exigibles los deberes de control, seguridad y diligencia en esta materia.

Al examinar el riesgo denominado de “fraude electrónico, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que este “(...) se materializa con el ofrecimiento a los clientes de una plataforma

¹⁸⁴ CSJ SC-076, 3 de agosto, 2004, Rad 7447.

¹⁸⁵ CSJ SC-201, 15 de diciembre, 2006, Rad. 2002-00025-01.

tecnológica para realizar sus transacciones en línea, la cual puede ser vulnerada por delincuentes cibernéticos a través de diversas acciones, atendida la vulnerabilidad inherente a los sistemas electrónicos. Por eso, agrega el alto Tribunal, por una parte las instituciones financieras están compelidas a adoptar mecanismos de protección de datos transferidos en relación con sus usuarios, a través de los cuales pueda prevenirse la defraudación, pues para el momento en que son detectados, generalmente, ya se ha causado el daño patrimonial, y por otra, están sujetas a la responsabilidad que acarrea para ellas la creación de un riesgo de fraude que afecta a sus clientes, a disposición de los cuales ha dispuesto su plataforma y recursos tecnológicos”¹⁸⁶

Ahora bien, de acuerdo con lo planteado al analizar las excepciones sobre “Incumplimiento contractual de Cootraemcali” y “Culpa de la víctima”, el Tribunal concluyó que las transacciones fraudulentas no fueron consecuencia de una actuación culposa de Cootraemcali. Lo anterior significa que cualquier otro cliente, o el mismo pero como cliente de otra entidad financiera - tal y como acontece en el caso *sub examine* con la defraudación de la cuenta de Cootraemcali en Bancolombia, - puede convertirse en víctima del mismo tipo de fraude, razón por la cual es claro que el deber de precaver el riesgo que con dicho fraude se materialice es responsabilidad del Banco.

De hecho, entre los documentos presentados en la audiencia mediante la cual se cumplió la exhibición de los documentos solicitados por el Llamado en Garantía a la firma Willis Colombia Corredores de Seguros S.A.¹⁸⁷ se encuentran varios informes de la gerencia jurídica del Banco dando cuenta del estado de los procesos que afectan la póliza global bancaria tomada por esa entidad a Seguros Alfa, entre los cuales aparecen varios relacionados con fraudes electrónicos a través de internet y con características similares a las de la defraudación de que fue víctima Cootraemcali; entre ellas pueden mencionarse el “Siniestro Internet Distrito Turístico- Oficina Santa Marta” y el “Siniestro Confamar-Oficina Buenaventura”

¹⁸⁶ CSJ SC 18614, 19 de diciembre, 2016, Rad. 00312-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

¹⁸⁷ Cuaderno Exhibición de Documentos Seguros Alfa Diligencia de Exhibición de Documentos de “Willis Colombia Corredores de Seguros SA”, 07 06 18, Folder N°3, folios 623-625, entre otros.

Figura, también, en un informe de la Gerencia Nacional de Seguridad del Banco, relativo al cliente “Cooalfa” de la oficina Teusaquillo de Bogotá, que el 30 de octubre de 2008 fue víctima de una defraudación casi idéntica en cuanto a la modalidad utilizada por los delincuentes que asaltaron electrónicamente las cuentas de Cootraemcali, lo siguiente: “(...) *ingresando una combinación válida del usuario... y clave personal que al ser autenticados por el sistema, permitieron el acceso al mismo y pagaron facturas de servicios públicos(...)*”¹⁸⁸

Igualmente, entre los documentos exhibidos en la misma diligencia se encuentra una comunicación de 11 de noviembre de 2008, dirigida a la Vicepresidencia Administrativa y de Personal del Banco por el Gerente de Auditoría interna de la misma entidad bancaria,¹⁸⁹, en la cual se lee:

“Ref: Póliza Global Bancaria Aviso de Circunstancia Internet

Apreciada Dra.

(...) le informo que las reclamaciones de transferencias por Internet fueron recibidas principalmente durante el mes de Octubre de 2008 y los informes emitidos el 21 de Noviembre (sic), el valor de las reclamaciones una vez analizadas ascendieron (sic) a \$ 923.101791.

Actualmente se adelanta investigación para tres casos mas, por un valor estimado de \$ 18.854.867.

Por otra parte, de acuerdo con los informes presentados, en todos los casos la clave para utilización del canal de internet para los pagos fue obtenido por los falsarios”

Estos hechos acreditan, con fuerza de convicción, la insuficiencia y limitaciones del método de autenticación y validación empleado por la convocada para contrarrestar el riesgo electrónico -o informático- que se materializó con ocasión del mismo tipo de defraudación a las cuentas de diferentes clientes de la entidad bancaria aquí demandada - y seguramente de

¹⁸⁸ Cuaderno Exhibición de Documentos Seguros Alfa Diligencia de Exhibición de Documentos de “Willis Colombia Corredores de Seguros SA”, 07 06 18, Folder N°1, folios 136-156.

¹⁸⁹ *Ibidem*, folio 212.

otras- y que la asunción de tal riesgo, así como sus consecuencias de detrimento patrimonial, no se deben trasladar al cliente.

De acuerdo con la precedente exposición el Tribunal declarará la no prosperidad de la excepción “Inexistencia de culpa del Banco Popular”.

6.2.7. Excepción Genérica

El Tribunal se pronunciará sobre esta excepción conjuntamente con una similar, interpuesta por el Llamado en Garantía.

7. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS POR EL LLAMADO EN GARANTÍA CONTRA LA DEMANDA DE COOTRAEMCALI

7. 3.1. Inexistencia de responsabilidad del Banco Popular

Como un primer argumento para sustentar esta excepción, el Llamado en Garantía sostiene que las pretensiones de la demanda principal son improcedentes “por no existir nexo de causalidad entre el daño y el Banco Popular” en referencia, seguramente, al proceder de esa entidad bancaria frente la defraudación sufrida por Cootraemcali.

En cuanto al nexo causal entre la conducta del Banco y el efecto lesivo de las transacciones fraudulentas materia del proceso, este elemento debe considerarse a la luz del el modelo especial de responsabilidad que rige la actividad de intermediación financiera de los establecimientos bancarios, que ha sido estructurado a partir de una amplia y reiterada evolución jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el cual, el nexo de causalidad entre la conducta del Banco y los efectos lesivos de la misma sobre el patrimonio de la víctima debe ser establecido en concordancia con su su decisión de asumir riesgos de naturaleza profesional, que se concreta en el momento en que la entidad bancaria recibe la autorización de funcionamiento otorgada por el Estado colombiano a través de la respectiva resolución del ente de vigilancia y control. Las

53

obligaciones de seguridad, cuidado, protección y control que asume la entidad bancaria con la celebración de los contratos de cuenta corriente y de ahorros, para estar en condiciones de ofrecer al público servicios que merezcan su confianza y credibilidad, generan a cargo de las entidades financieras altos estándares de profesionalismo, diligencia y calidad en la prestación de los servicios ofrecidos, que en el caso del servicio bancario, se reitera, tienen la condición de servicio público esencial condicionado en su ejercicio por el interés público. Ello confiere a las obligaciones de seguridad nacidas de los contratos bancarios, connotaciones particulares tanto de orden estrictamente contractual como de orden legal, a través de las previsiones de la ley y de las reglamentaciones establecidas por el órgano de control en materia de seguridad, integridad y confiabilidad, que ya se explicaron.

En lo que concierne a la banca virtual y al fraude por medios informáticos también se dijo ya que el riesgo se asume con el ofrecimiento a los clientes de una plataforma tecnológica para realizar sus transacciones en línea, a sabiendas de que puede ser vulnerada por delincuentes cibernéticos, y se materializa, transformado en fuerza generadora del daño, cuando el ataque ilícito logra sus propósitos predatorios, sin culpa de la víctima y a causa de vulnerabilidades informáticas no solo en la infraestructura interna de equipos y sistemas del banco en si misma considerada, sino también del sistema específico y en red de banca virtual, del cual el equipo de la tesorera era componente integrante al momento de ser monitorizado y suplantado en sus funciones lógicas de conexión y transmisión de información al portal del banco, como ha quedado demostrado en el plenario como resultado, en lo esencial, de la actividad probatoria del demandante, y que ese es, en casos como el que ahora se decide, el nexo causal generador de responsabilidad.

Por lo expuesto la excepción “Inexistencia de responsabilidad del Banco Popular”, no está llamada a prosperar.

7.3.2. Incumplimiento del deber de cuidado y seguridad por parte de Cootraemcali

Según el Llamado en Garantía, Cootraemcali no cumplió la obligación de establecer todas las medidas de protección que salvaguardaran la privacidad de los datos y requerimientos de

seguridad, “(,,) *así como los medios físicos y electrónicos que permitan la comunicación y realización de las transacciones*”. Anota que con base en las pruebas obrantes en el expediente le es dable afirmar que la demandante obvió el deber de implementar todas las medidas de protección de la integridad de sus sistemas.

Como esta argumentación coincide con los planteamientos que en cuanto a las seguridades del equipo de la tesorera de Cootreancali hizo el señor apoderado de la Parte Convocante para sustentar la excepción de “Incumplimiento contractual de Cootraemcali”, y se apoya en el mismo recaudo probatorio, el Tribunal se remite a su vez a lo que planteó en el Epígrafe 6.2.1 ,en lo relativo a las medidas adoptadas por la Cooperativa para dar cumplimiento al contrato de Adición, particularmente en lo concerniente a garantizar la seguridad física y lógica del equipo de cómputo destinado por la Cooperativa para el manejo por el usuario primario de la tesorera de los servicios de banca virtual a través del canal B-Popular Empresarial Internet BBS. Así mismo se remite a lo planteado por esta instancia arbitral en el Epígrafe 3.5. sobre el alcance probatorio de los dictámenes periciales allegados al proceso; al Epígrafe 6.1.12. sobre el registro de diferentes “direcciones” IP en los días en que ocurrieron las defraudaciones y al Epígrafe 6.2.4. sobre “Inexistencia de vulneración de los sistemas del Banco”.

Lo expuesto en los citados pasajes del Laudo, lleva al Tribunal a manifestar que la excepción de “Incumplimiento del deber de cuidado y seguridad por parte de Cootraemcali” no tiene vocación para prosperar.

7.3.3. Culpa exclusiva de Cootraemcali

Reitera aquí el excepcionante, con carácter sustentatorio, que Cootraemcali no propendió por la seguridad de sus sistemas de computación, pero que su culpa no se limita a ello , sino que su obrar culposo se manifestó también en que solo el 6 de octubre puso en conocimiento de los hechos fraudulentos al Banco, cuando ellos se presentaron desde el 24 de septiembre cuando, “(,,) *si la entidad demandante hubiera puesto en conocimiento las anomalías ocurridas , el Banco podría haber tomado las medidas correspondientes para evitar sustracciones o movimientos adicionales en las cuentas*”; añade que igualmente

resulta reprochable la conducta de los directivos de la cooperativa demandante al haber esperado hasta el 20 de octubre de 2008, para instaurar el correspondiente denuncia penal.

Como los argumentos aquí presentados, así como su sustento probatorio, ya fueron analizados por el Tribunal, en particular al tratar sobre la Excepción “Culpa de la Víctima”, alegada por la Parte Convocada, el Tribunal se remite a lo expuesto en los pasajes del Laudo donde expuso su posición, a fin de apoyarse en ellos y manifiesta que la excepción “Culpa exclusiva de Cootraemcali” carece de vocación de prosperidad.

Las remisiones que aquí se efectúan para sustentar la manifestación anterior son las siguientes:

En lo relativo a la seguridad de los sistemas de computación de Cootraemcali, el Tribunal se remite a los ya señalados en la excepción tratada en el punto anterior, es decir los Epígrafes 6.2.1.; 3.5; 6.1.12 y 6.2.4.

En lo relativo a la presunta negligencia de Cootraemcali en informar al banco sobre los hechos fraudulentos el Tribunal se remite a los Epígrafes 6.1.4; 6.2.2.2. y 6.2.2.3.

Y en lo relativo en la presunta negligencia en la instauración de la denuncia, el Tribunal se remite al Epígrafe 6.2.2.5.

7.3.4. Configuración del hecho de un tercero

Dado que esta excepción está fundada en la *“Ausencia de responsabilidad por improcedencia de las pretensiones de la demanda principal por inexistencia de nexo de causalidad entre el daño y el Banco Popular”*, y esta excepción fue considerada sin vocación de prosperidad en el Epígrafe 7.3.1. de este Acápite, a él se remite aquí el Tribunal para manifestar que, por las mismas razones allí expuestas, tampoco la Excepción “Configuración del hecho de un tercero”, está llamada a prosperar.

7.3.5. Inexistencia de vulneración de los sistemas del Banco

Sustenta el Llamado en garantía esta excepción en el hecho de que *“(...) los sistemas computacionales , transaccionales ni de seguridad de la entidad bancaria se vieron vulnerados “ en razón de que el acceso al portal bancario para realizar los movimientos objeto de realizó con las respectivas claves y usuarios de los administradores de Cootraemcali tal y como lo indica el informe técnico al poner de presente que “Al encontrarse el equipo de tesorería monitorizado, cualquier cambio que se realizara o registrara en el mismo, como cambios de claves de acceso o re-direccionamiento (sic) de actividades, sería de conocimiento de la(s) persona(s) artífice(s) del hecho (...)”*

Como este hecho y los elementos probatorios que lo sustentan fueron considerados ya en el Epígrafe 6.2.4. del Laudo, al examinar la excepción “Inexistencia de vulneración de los sistemas del Banco”, interpuesta por la Parte Convocada, manifestando que no está llamada a prosperar, a él se remite aquí el Tribunal para sustentar y hacer la misma manifestación

En consecuencia, la excepción “Inexistencia de vulneración de los sistemas del Banco”, no está llamada a prosperar.

7.3.6. Reducción de la deuda y compensación de culpas

Se Invoca en sustento de esta Excepción el artículo 2357 del Código Civil sobre concurrencia de culpas, para solicitar que la deuda se reduzca como forma de compensar la culpa en que habría incurrido Cootraemcali, frente a la culpa del Banco.

Sin embargo, el Tribunal no encuentra que se configure la hipótesis prevista en la norma para que opere la concurrencia de culpas, vale decir, que el que haya sufrido el daño, se haya expuesto a él imprudentemente. En efecto, el Tribunal ya constató que no hubo en este caso “Culpa de la víctima” ni incumplimiento contractual de Cootraemcali¹⁹⁰. De otra parte, también señaló que el régimen obligacional de los cuentacorrentistas, ahorradores y usuarios de los servicios de banca virtual es el régimen común de cuidado y diligencia que emplean las personas en la atención de sus negocios particulares. Por estas razones, el Tribunal manifiesta que no encuentra imprudencia en la conducta contractual de la Convocante.

¹⁹⁰ Ver *supra*, Epígrafes 6.2.1. y 6.2.2.

SS

Finalmente, y si, en gracia de discusión tal imprudencia hubiera existido, lo cierto es que no fue probada en la forma establecida en el artículo 1757 del Código Civil.

Por lo anterior la Excepción de “Reducción de la deuda y compensación de culpas”, no está llamada a prosperar.

7.3.7. Cualquier otra excepción que oficiosamente deba declararse

El Tribunal no encuentra que aparezcan probados hechos que constituyan cualquier otra excepción que oficiosamente debiera declarar.

8. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA ARBITRAL

El Tribunal hace constar que tanto la Parte Convocada como el Llamado en Garantía manifestaron su oposición a todas las pretensiones de la Demanda por considerar que carecen de sustento fáctico y jurídico.

8.1. Las pretensiones declarativas

Dos son las declaraciones que en la demanda arbitral se solicitan al Tribunal:

Primera. Que se declare al Banco Popular responsable civil y contractualmente por el incumplimiento de los contratos bancarios que celebró con Cootraemcali y que se operacionalizaron mediante la apertura de las dos cuentas corrientes y la cuenta de ahorros a las cuales se ha hecho constante referencia a lo largo de este Laudo. Esos contratos fueron adicionados mediante un contrato accesorio con el fin de que Cootraemcali utilizara servicios de banca virtual ofrecidos por el banco a través del canal E-Popular Empresarial Internet BBS. El incumplimiento reprochado se deriva de que, por negligencia del

establecimiento bancario y a través del portal, fueron debitados de esas cuentas, sin autorización de su titular, un total de \$644.079.023.

Segunda. Que se declare al Banco Popular responsable civil y contractualmente por el incumplimiento de los referidos contratos consistente en no haber cumplido lo dispuesto en el capítulo XII del Título I de la Circular Básica Jurídica N°007 de la Superintendencia Bancaria, relativo a requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones a través de Internet.

Indudablemente, la responsabilidad civil que se reclama en la demanda es de naturaleza contractual.

De otra parte, el Tribunal hace notar que cada uno de los incumplimientos contractuales reprochados por el demandante en las pretensiones declarativas tiene entidad propia y, por lo tanto, no están en una relación de dependencia el uno con respecto al otro, como pasa a señalarse.

8.2. Consideraciones del Tribunal en relación con la primera pretensión declarativa.

Es del caso tener presente aquí lo expuesto al analizar la excepción “Inexistencia de culpa del Banco Popular”¹⁹¹

Se dice allí que mediante la celebración de los contratos bancarios se confiere forma jurídica consensuada a un mercado de operaciones de intermediación financiera en el cual los bancos buscan captar recursos del público para transformarlos, con fines de rentabilidad, en contratos de crédito con terceros, a la par que se comprometen con los cuentacorrentistas y ahorradores a mantener a su disposición, como depósitos a la vista, los recursos pecuniarios que por ellos les son entregados con tal carácter, así como a garantizar su seguridad. A su turno, esa obligación primordial de seguridad se descompone en una serie de deberes y cargas de cuidado y custodia que el banco desarrolla de manera profesional, habitual, masiva y lucrativa y, además, bajo la inspección y vigilancia del Estado, como consecuencia del

¹⁹¹ Ver, *Supra*, Epígrafe 6.2.6.

carácter de interés público y servicio público esencial que tiene su actividad, por mandato de la Constitución Política.

Para honrar la obligación de seguridad que los establecimientos bancarios asumen en estos contratos (Código de Comercio, Arts. 1382 y 1398) deben cumplir con una serie de requerimientos mínimos de cuidado, protección y custodia indispensables para que los movimientos de las cuentas bancarias por parte de sus titulares se realicen solamente por órdenes de pago o retiro impartidas directamente por ellos o con su autorización, y, de lo contrario, responder ante sus clientes por las consecuencias lesivas de irregularidades en el manejo de los dineros que les son entregados en depósito, que no obedezcan a la conducta culposa de los propios clientes.

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que *“(...) a la hora de apreciar la conducta de tales establecimientos, es necesario tener presente que se trata de un comerciante experto en la intermediación financiera, como que es su oficio, que maneja recursos ajenos con fines lucrativos”*¹⁹². Deben, en consecuencia, obrar de manera cuidadosa, diligente y oportuna, *“bajo un modelo particular de responsabilidad profesional del banco”*¹⁹³ para impedir que se vean afectados los derechos patrimoniales de los cuentacorrentistas y ahorradores. En otras palabras, un modelo de responsabilidad frente a las obligaciones de seguridad genéricamente consideradas, estructurado en buena medida, pero no exclusivamente, sobre la base del concepto de culpa o descuido levísimo previsto en el artículo 63 del Código Civil.

En efecto, a los establecimientos bancarios el Estado les impone el cumplimiento de estándares de seguridad y diligencia debida y la implementación de mecanismos de control y verificación de las transacciones que si bien tienen su fuente obligacional en la naturaleza misma del contrato bancario, son establecidos en normas de carácter administrativo que adicionalmente, pero solo adicionalmente, vienen a concretar las formas de dar cumplimiento a las obligaciones nacidas del contrato y no de las normas de intervención.

¹⁹² CSJ SC-076, 3 de agosto, 2004, Rad 7447.

¹⁹³ CSJ SC-201, 15 de diciembre, 2006, Rad. 2002-00025-01.

Entre los riesgos que corresponde asumir a los establecimientos bancarios, en el marco de los contratos de cuenta corriente y cuenta de ahorros, se encuentran los riesgos por fraude informático inherentes a los servicios de banca virtual que ellos ofrecen y prestan al público como comerciantes expertos en la intermediación financiera. En consecuencia, es a ellos en principio, y no a los clientes, a quienes les son exigibles los deberes de control, seguridad y diligencia en esta materia.

Dicho lo anterior es necesario tomar en consideración lo que la Corte Suprema de Justicia sostiene al respecto de la responsabilidad en este tipo de fraudes. Dice al respecto el Alto Tribunal en referencia a la actividad bancaria y a las obligaciones contractuales que de ella se derivan ¹⁹⁴:

“(…) queda claro que en el caso de defraudación por transacciones electrónicas, dado que tal contingencia o riesgo es inherente a la actividad bancaria, la cual es profesional, habitual y lucrativa, cuya realización requiere de altos estándares de diligencia, seguridad, control, confiabilidad y profesionalismo, que también tienen que ser atendidos en materia de seguridad de la información que sea transmitida por esa vía, siendo innegable su obligación de garantizar la seguridad de las transacciones que autoriza por cualquiera de los medios ofrecidos al público y con independencia de si los dineros sustraídos provienen de cuentas de ahorro o de cuentas corrientes (…)

De ahí que atendiendo a la naturaleza la actividad y de los riesgos que involucra o genera su ejercicio y el funcionamiento de los servicios que ofrece; el interés público que en ella existe, el profesionalismo exigido a la entidad y el provecho que de sus operaciones obtiene, los riesgos de pérdida por transacciones electrónicas corren por su cuenta, y por lo tanto, deben asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos a través de reparar los perjuicios causados, y no los usuarios que han confiado en la seguridad que les ofrecen los establecimientos bancarios en la custodia de sus dineros, cuya obligación es apenas la de mantener en reserva sus claves de acceso al canal transaccional”

¹⁹⁴ CSJ SC 18614 2016 de 19 de diciembre de 2016, Rad. N°2008-00312-01

57

A lo anterior, debe agregarse que el Tribunal no encontró probado en el proceso que Cootraemcali hubiera incumplido sus obligaciones contractuales. Tampoco logró establecerse como resultado del debate probatorio que existieran las causales de exoneración de responsabilidad por culpa de la víctima o por el hecho de un tercero.¹⁹⁵

De otra parte, debe tenerse en cuenta que las actuaciones de la Parte Convocante, en relación con los hechos examinados, están amparadas por el principio de presunción de buena fe (Arts. 835 y 871, Código de Comercio) y que dicha presunción no logró ser desvirtuada en el proceso.

En lo que concierne al nexo causal entre la conducta del Banco y las transacciones fraudulentas materia del proceso, el Tribunal constata, en primer término que en el recaudo probatorio reposan elementos que acreditan debidamente la existencia del hecho generador de los débitos no autorizados,¹⁹⁶ y reitera lo ya dicho líneas atrás,¹⁹⁷ en el sentido de que, de acuerdo con el modelo especial de responsabilidad que rige la actividad de intermediación financiera de los establecimientos bancarios, que ha sido estructurado a partir de una amplia y reiterada evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, el nexo de causalidad entre ese hecho generador y la conducta del Banco, por una parte, y los efectos lesivos de la misma sobre el patrimonio de la víctima, por la otra, debe ser establecido en concordancia con su decisión de asumir riesgos de naturaleza profesional. Esa decisión se concreta en el momento en que la entidad bancaria recibe la autorización de funcionamiento otorgada por el Estado colombiano, a través de la respectiva resolución del ente de vigilancia y control. Las obligaciones de seguridad, cuidado, protección y control que asume la entidad bancaria con la celebración de los contratos de cuenta corriente y de ahorros, para estar en condiciones de ofrecer al público servicios que merezcan su confianza y credibilidad, generan a cargo la obligación de garantizar en sus operaciones altos

¹⁹⁵ Ver *supra*, Epígrafes 6.2.1.; 6.2.2.; 6.2.3.; 6.2.7.; 7.3.2.; 7.3.3.; 7.3.4. y 7.3.7.

¹⁹⁶ Ver *supra* Epígrafes 3.2.11.5.; 3.3., "Hechos invocados en la demanda arbitral relativos a los retiros indebidos e ilegales de las cuentas corrientes y de ahorro de Cootraemcali"; 3.4., "Hechos invocados en la demanda arbitral relativos a las actuaciones realizadas por Cootraemcali con posterioridad al retiro indebido e ilegal de fondos de sus cuentas bancarias y de ahorros" y 3.5., "Pronunciamiento sobre el dictamen pericial aportado como prueba con la Demanda y su contradicción por la Parte Convocada".

¹⁹⁷ Ver *supra*, Epígrafe 7.3.1.

estándares de profesionalismo, diligencia y calidad, dado que tales operaciones como se ha resaltado ya, tienen la condición de servicio público esencial condicionado por tanto en su ejercicio por los requerimientos del interés público. Ello confiere a las obligaciones de seguridad nacidas de los contratos bancarios, connotaciones particulares tanto de orden estrictamente contractual como de orden legal, a través de las previsiones de la ley y de las reglamentaciones establecidas por el órgano de control en materia de seguridad, integridad y confiabilidad que ya se explicaron.

Ya se dijo que en materia de banca virtual y fraude por medios informáticos, el riesgo se asume con el ofrecimiento a los clientes de una plataforma tecnológica para realizar sus transacciones en línea, a sabiendas de que puede ser vulnerada por delincuentes cibernéticos, y que tal riesgo se materializa, transformado en fuerza generadora del daño, cuando un ataque ilícito logra sus propósitos predatorios, sin culpa de la víctima y a causa de vulnerabilidades informáticas de las que adolezca no solo en la infraestructura interna de equipos y sistemas del banco en si misma considerada, sino también del sistema específico y en red de banca virtual, del cual los dispositivos electrónicos dispuestos por los usuarios para tal fin vienen a ser componentes integrantes. El hecho de que estos dispositivos resulten manipulados, monitorizados y suplantados en sus funciones lógicas de conexión, comunicación y transmisión de información en red al portal del banco, viene a ser, en casos como el que ahora se decide, el nexo causal generador del daño que el Banco esta contractualmente obligado a evitar o a tratar de evitar y que ni el cuentacorrentista ni el ahorrador están obligados contractualmente a asumir, más allá de las medidas de seguridad expresamente previstas en los respectivos contratos. La materialización del riesgo, ante la ineficacia de la actuación del Banco frente a él, desencadena el incumplimiento obligacional y, por ende, la responsabilidad contractual.

Finalmente, en lo relativo a la calificación y verificación de la conducta del Banco como negligente frente al cumplimiento de sus obligaciones contractuales de seguridad, el Tribunal estima que a la luz de las consideraciones sobre responsabilidad por riesgo profesional que se han formulado, tal requerimiento queda subsumido y comprendido, a la par que mediatizado, en la exigencia de los altos estándares de diligencia, control,

confiabilidad y calidad a los cuales se ha hecho referencia en concordancia con la posición asumida sobre este particular por la Corte Suprema, referenciada líneas atrás.

Con todo, no sobra llamar la atención sobre el proceder de los funcionarios del Banco, que actuaban, como es lógico, a nombre de la entidad y bajo sus políticas, entrenamiento y directrices, que atendieron el caso de las defraudaciones de que fue víctima un cliente, Cootraemcali, pues no reaccionaron como cabría esperar de profesionales en el manejo de servicios bancarios ni lograron, cuando menos, mitigar los efectos del ataque cibernético que sufrieron las cuentas de ese cliente, radicadas en la oficina La Floresta de Cali.

En efecto, considerar como lo hicieron tales funcionarios, que la simple expedición de una nueva clave, trámite que tomaba toda una semana y debía realizarse en Bogotá, y pedir un informe escrito para tramitarlo burocráticamente, eran las únicas formas de atender la anómala situación que se presentó y que requería de inmediatez en su manejo; así mismo, no dar respuesta a las solicitudes de bloquear el portal y las cuentas de la Cooperativa que les fueron hechas tanto por la tesorera como por el gerente encargado, en forma verbal primero y luego por escrito, son conductas omisivas que no pueden escapar a la calificación de negligentes.

También se encuentra negligencia en el hecho de que, con ese proceder, a la vez moroso y omisivo, se hubiera dado lugar a más defraudaciones, las acaecidas el 8 de octubre, doce días después de haber tenido conocimiento de las iniciales y cinco días después de la expedición de nueva la clave. Por lo demás -y hay que decirlo pues consta en el plenario- este manejo poco profesional, contrasta con el proceder de los funcionarios del Banco de Colombia que atendieron la situación relativa a esa otra entidad bancaria y que si lograron que se bloqueara casi de inmediato el portal de esa entidad, como lo refirieron en sus testimonios la Tesorera y el gerente encargado de Cootraemcali.

Con sustento en las razones de orden fáctico y jurídico expuestas en este epígrafe, el Tribunal encuentra que el Banco Popular incumplió tanto la obligación de seguridad consistente en no permitir retiros o traslados no autorizados por el titular de los dineros depositados en las cuentas de Cootraemcali, como las obligaciones derivadas de cuidado, custodia, control y diligencia, inherentes a los contratos bancarios y a la adición de los mismos en concordancia lo establecido en los artículos 1382 y 1398 del Código de Comercio, permitiendo, de esta

manera, que se hubieran efectuado a través de maniobras informáticas ilícitas, una serie de débitos de esas cuentas por un monto que la Parte Convocante reclama como suyo y que debe precisarse el proceso.

Finalmente, el Tribunal deja sentado que fueron elementos de prueba aportados por la parte Convocante a los cuales ya se ha hecho referencia, los que permitieron establecer la forma cómo se estructuró el ataque informático a sus cuentas, con el consiguiente perjuicio a sus derechos patrimoniales y el incumplimiento sobreviniente de los contratos bancarios. La Parte Convocante cumplió así con la carga legal de probar dicho incumplimiento.

Enseguida el Tribunal examinará el cargo por responsabilidad relativo a la inobservancia de requerimientos mínimos de seguridad establecidos en la circular Básica Jurídica 007 de 1996, Título I, Capítulo XII, pero puntualiza que las razones puestas de manifiesto en este Epígrafe son suficientes, por sí solas, para declarar la responsabilidad civil por incumplimiento contractual de la Parte Convocada, de acuerdo con lo solicitado en la Primera Pretensión de la Demanda.

8.3. Consideraciones del Tribunal en relación con la segunda pretensión declarativa.

La responsabilidad contractual que en esta petición se impetra deriva, según el demandante, del hecho de que el Banco Popular no hubiera dado cumplimiento a lo dispuesto en el Capítulo XII del Título I de la Circular Básica Jurídica 007. Con base en la estructura general de la demanda y en los hechos invocados para sustentar las pretensiones, es dable considerar que el incumplimiento que aquí se invoca, guarda relación con el hecho primordial generador del presente litigio, vale decir que se hubiera debitado de las cuentas bancarias de Cootraemcali, y sin su autorización, la suma de \$ 644.079.023.

Bajo esta premisa, el Tribunal entra a considerar la segunda pretensión.

La Circular Básica Jurídica 007 es un acto administrativo expedido por un órgano de inspección, vigilancia y control creado en virtud de las atribuciones que la Constitución confiere al Presidente de la República en su calidad de suprema autoridad administrativa

(Art. 189, 24 C.P.). En él se establece el marco normativo específico dentro del cual ese órgano puede ejercer, con sujeción al principio de legalidad, las actividades que la ley le encomienda, impartiendo instrucciones a las entidades sancionadas, o actos administrativos propios de la vigilancia y control o del derecho sancionatorio administrativo; la observancia de sus instrucciones es obligatoria para dichas entidades y solo para ellas. Por lo tanto, su conocimiento es obligatorio para los establecimientos que vigila, pero no para los usuarios y clientes de las entidades vigiladas, ni para los particulares en general. Por eso, estos últimos no están obligados a conocerlas en sus pormenores y aspectos técnicos y su invocación - como la que se hace en algunos pasajes de la demanda, y en esta pretensión en particular - puede ser genérica. En otras palabras, no existe un deber jurídico específico para los usuarios y clientes, ni para sus apoderados, de que tengan que invocar y citar, de manera concreta, los artículos o epígrafes que, en su concepto, se consideren incumplidos.

El Título I de la Circular Básica Jurídica 007 versa sobre los “Aspectos Generales” y la Circular Externa 052 de 25 de octubre de 2007, le agregó a dicho título un capítulo, el Décimo Segundo, en el cual se fijan “Requerimientos mínimos de seguridad y calidad en el manejo de información a través de medios y canales de distribución de productos y servicios”. Como “requerimientos” que son, constituyen una intimación a las entidades vigiladas para que adapten su organización, infraestructura y recursos humanos y administrativos a aquello que se les requiere. Pero tales intimaciones o llamados de obligatoria observancia, por sí mismos, no alteran en lo esencial las obligaciones derivadas de los contratos bancarios. Simplemente las precisan y complementan, señalando, en materia de seguridad formas o modalidades de cómo las entidades bancarias deben cumplirlas, tomando en cuenta los cambios en el campo del manejo de la información transmitida por medio de tecnologías computacionales, es decir, como “informática”.

Internet es uno de los “canales”, de manejo de información que ha adquirido una indiscutible preponderancia sobre los otros medios contemplados en el Capítulo mencionado y para cuya utilización en la realización de operaciones bancarias con los clientes y usuarios se fijan requerimientos mínimos de seguridad y calidad dado que constituye -con todas sus ventajas y también con todos sus riesgos, como se expresó antes, el vehículo más utilizado para la

prestación de servicios, bajo la denominación de banca electrónica o banca virtual, como los ofrecidos por el Banco Popular a través de “E-Popular Empresarial Internet”

Lo expuesto hasta aquí sirve como fundamento para que el Tribunal concluya que las referencias que en los hechos de la demanda se hacen, de manera general, al Capítulo Décimo Segundo, tienen aptitud procesal para determinar los contornos del litigio en lo normativo y en lo fáctico, más allá de la referencia concreta a alguno de los requerimientos específicos en materia de seguridad, como la contenida en el Hecho 2.5.4. de la demanda sobre elaboración de perfiles de las costumbres transaccionales de cada uno de los clientes para establecer procedimientos encaminados a confirmar las operaciones que no correspondan a sus hábitos.

En este orden de ideas, el Tribunal constata que en la demanda se hacen las siguientes referencias al incumplimiento de la Circular 007 en congruencia con la pretensión que aquí se analiza y en ejercicio de la facultad de determinar, en ese petitorio, el objeto del proceso judicial:

El Epígrafe 2.5. del Acápito “II. Hechos”, se intitula “Incumplimiento por parte del Banco Popular del contrato denominado “E-Popular Empresarial Internet BBS” de las normas legales referentes a cuentas de ahorro y corrientes y la Circular básica Jurídica N°007n de 1996 de la Superintendencia de Colombia”

Y en el hecho 2.5.4. la demanda señala que *“El banco tenía la obligación de cumplir con los requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones, especialmente, en lo que se refiere a: (i) Establecer procedimientos de bloqueo de canales o instrumentos para la realización de operaciones cuando existan hechos o situaciones que ameriten el bloqueo de dichos canales; y (ii) Elaborar un perfil de las costumbres transaccionales de los clientes”* (se resalta).

El Tribunal debe hacer notar que el demandante no circunscribió aquí el campo del incumplimiento por él planteado, al tema de la elaboración de perfiles de costumbres transaccionales, sino que a través del uso del adverbio modal “especialmente”, pide que se revisen, de manera particular mas no excluyente, esos dos requerimientos.

Adicionalmente, el Tribunal llama la atención sobre el hecho de que, si bien el requerimiento relativo a los perfiles transaccionales no estaba en vigencia en la época de los hechos, el establecido en el Epígrafe 3.1.12. sí lo estaba.

Finalmente, al establecer el marco normativo de la demanda en los fundamentos en derecho el apoderado de la Parte Convocada incluye nuevamente la mencionada circular Básica Jurídica 007.

En lo que respecta a hechos relacionados con aspectos de seguridad que están contemplados entre los requerimientos mínimos establecidos en el Capítulo Décimo Segundo al que se viene haciendo referencia, el Tribunal constata que en los Epígrafes 2.4.6, 2.4.7. y 2.4.8. de la demanda se señalan circunstancias, observaciones y conclusiones de carácter técnico, derivadas de la evidencia recolectada del análisis de equipo de cómputo de la tesorería que efectuó el perito y testigo en el proceso, Francesco Duarte Bravo, que guardan relación directa con vulnerabilidades informáticas y, por ende, con el deber de las entidades bancarias de cumplir requerimientos mínimos de seguridad diferentes a la elaboración del perfil transaccional.

Debe reiterarse aquí que el servicio de banca virtual “E- Popular Empresarial Internet BBS”, como su nombre lo indica, se prestaba a través de esa red, que es abierta y pública y no mediante el establecimiento de una red privada. Que en cuanto a la no vulneración de los sistemas de seguridad del Banco Popular, si bien no se estableció en el proceso que se hubieran presentado falencias o deficiencias que permitieran la vulneración de las medidas de seguridad y protección de la estructura informática interna del Banco, ese solo hecho no permite afirmar que no existieran vulnerabilidades informáticas ni que tales falencias no hubieran tenido incidencia directa en la consumación del ataque, precisamente de carácter informático, que se ejecutó contra las cuentas bancarias de Cootraemcali. Lo cierto es que, ante el hecho público y notorio de que los servicios de banca virtual E- Popular Empresarial Internet se operacionalizaban con el concurso de un medio de comunicación mundial y descentralizado como es Internet, el concepto de vulnerabilidad informática no puede circunscribirse a la estructura de sistemas interna del Banco, sino que afecta también,

inescindible y necesariamente, las comunicaciones que los clientes realizan desde sus propios dispositivos electrónicos. Por eso el Tribunal considera que la interacción entre la estructura informática interna de la entidad bancaria y los dispositivos electrónicos de sus clientes, conforman el “sistema específico” de banca virtual, dado que son los instrumentos a través de los cuales se operacionalizan, en esta materia, las relaciones contractuales existentes entre la primera y los segundos.

Por lo tanto, el concepto de vulnerabilidad informática debe extenderse a ese sistema específico en concordancia con lo establecido por la Circular Básica Jurídica N° 007 de la Superintendencia Bancaria que, como se ha reiterado, define “Vulnerabilidad informática” como *“Ausencia o deficiencia que permite violar las medidas de seguridad informáticas para poder acceder a un canal de distribución o a un sistema específico de forma no autorizada y emplearlo en beneficio propio o como origen de ataques por parte de terceros”*. Como se ve, tal definición no limita la vulnerabilidad en la prestación de los servicios de banca virtual a la infraestructura informática interna de la entidad bancaria.

En este orden de ideas y al revisar el repertorio de requerimientos mínimos de seguridad en los servicios de banca virtual que entraron en vigencia el 1° de julio de 2008, ejercicio que es necesario realizar atendiendo el planteamiento del demandante de que el banco tenía que cumplir los requerimientos mínimos de seguridad en sus operaciones especialmente en relación con los dos requerimientos que menciona, pero sin que ello implique excluir una verificación de los demás, por tratarse de materias que forman parte de los hechos debatidos en el proceso, y teniendo en cuenta que no existe ningún requisito procesal en materia de contratos bancarios que obligue a la citación específica de normas de orden exclusivamente administrativo que no hacen parte del régimen legal al cual están sometidos los clientes en el cumplimiento de los contratos bancarios, el Tribunal constata que la parte Convocada no aportó pruebas de que hubiera dado cumplimiento a los siguientes requerimientos mínimos:

En el Epígrafe 3.1. sobre “Seguridad y Calidad”, según el cual *“(…) En desarrollo de los criterios de seguridad y calidad, y considerando los canales de distribución utilizados, las*

entidades deberán cumplir, como mínimo, con los siguientes requerimientos: (...), se consagran los siguientes:

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

“(...) 3.1.15. Definir los procedimientos y medidas que se deberán ejecutar cuando se encuentre evidencia de la alteración de los dispositivos usados en los canales de distribución de los servicios”

En el Epígrafe 3.4 sobre “Divulgación de Información”, según el cual *“(...) En materia de divulgación de información las entidades deberán cumplir como mínimo con los siguientes requerimientos: (...)”*, se establecen los siguientes:

“(...) 3.4.4. Informar y capacitar a los clientes acerca de las medidas de seguridad que deben tener en cuenta para la realización de operaciones por cada canal, así como los procedimientos para bloqueo, inactivación, reactivación y cancelación de los productos y servicios ofrecidos”

“(...) 3.4.6. Diseñar procedimientos para a dar a conocer a los clientes, usuarios y funcionarios, los riesgos derivados del uso de los diferentes medios y canales”

Y en el Epígrafe 4.9, relativo a “Internet”, se prevé:

“(...) Las entidades que ofrezcan la realización de operaciones por Internet deberán cumplir con los siguientes requerimientos:

“(...) 4.9.3. Promover y poner a disposición de sus clientes mecanismos que reduzcan la posibilidad de que la información de sus transacciones pueda ser capturada por terceros no autorizados durante cada sesión”

“(...) 4.9.4. Establecer un tiempo máximo de inactividad, después del cual se deberá dar por cancelada la sesión, exigiendo un nuevo proceso de autenticación para realizar otras operaciones”

No sobra recordar que, en última instancia, el sustento jurídico de estas normas es el carácter de “interés público” que tienen tanto la actividad financiera (Art.335C.P.) como el régimen especial de responsabilidad que de este principio constitucional se deriva para las entidades que prestan servicios en la materia.

De manera que el Tribunal debe señalar que, de acuerdo con lo que se afirma en el Epígrafe del hecho 2.5.4 de la demanda, el Banco Popular no acreditó haber dado cumplimiento al requisito establecido en el Epígrafe 3.1.12. del Capítulo Décimo Segundo de la Circular 007 de 1996, vigente a partir del 1° de julio de 2008.

De igual manera, que el Banco tampoco cumplió con los requerimientos mínimos de seguridad establecidos en los Epígrafes 3.1.15; 3.4.4; 3.4.6; 4.9.3. y 4.9.4. del Capítulo Décimo Segundo de la Circular 007 de 1996, los cuales también entraron en vigencia a partir del 1° de julio de 2008.

Finalmente, el Tribunal constató que el contenido específico de cada uno de los requerimientos aquí reseñados guarda relación directa con las vulnerabilidades informáticas que se presentaron en el sistema de banca virtual manejado a través del portal “E-Popular Empresarial Internet BBS”, que llevaron a que se ejecutaran las transacciones fraudulentas materia de la controversia; que estas vulnerabilidades fueron presentadas entre los hechos de la demanda con base en el dictamen pericial aportado por la Parte Convocante y que su oportuna adopción hubiera reducido significativamente el riesgo del ataque informático ,

o , cuando menos, aminorado sus efectos lesivos sobre el patrimonio de la víctima, de acuerdo con lo probado en el proceso.

Por lo expuesto el Tribunal considera que los incumplimientos señalados configuran un incumplimiento por conducta omisiva del Contrato denominado “E-Popular Empresarial Internet BBS”, y que siendo este un contrato accesorio a los contratos de cuentas corrientes de titularidad de Cootraemcali, también estos últimos resultaron incumplidos; considera asimismo que ese incumplimiento incidió en la materialización de los débitos no autorizados por su titular, con lo cual se le causó un perjuicio patrimonial en un monto que la Parte Convocada reclama como suyo y que deberá precisarse en el proceso . Por lo tanto, declarará civilmente responsable al Banco Popular por este incumplimiento contractual.

El Tribunal señala que esta declaratoria se hace sin perjuicio de la que efectuará en virtud de lo solicitado en la primera pretensión declarativa pues, como lo manifestó al examinarla, las razones allí expuestas, por sí solas, son suficientes para declarar la responsabilidad civil por incumplimiento contractual de la Parte Convocada.

8.4. Tercera pretensión: pretensión de Condena

Solicita mediante esta Pretensión la Parte Convocante:

“1.3-. Que, como consecuencia de las declaraciones 1.1. y 1.2. se CONDENE al BANCO POPULAR S.A. a pagar a LA COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI Y OTROS -COOTRAEMCALI- a título de indemnización de perjuicios las siguientes sumas de dinero:

1.3.1-. La suma de SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES SETENTA Y NUEVE MIL VEINTITRES PESOS (\$ 644'079.023) por concepto de capital a título de daño emergente.

1.3.2-. La suma de MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y SEIS PESOS (\$ 1.451'164.136) por

intereses moratorios sobre el capital a título de lucro cesante, liquidados desde el 9 de octubre de 2008 al 30 de junio de 2017 o los que se liquiden al momento de proferir el respectivo laudo arbitral.

1.3.3-. Como pretensión subsidiaria a la 1.3.2-. La suma de MIL MILLONES STECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$1.000'769.273) por intereses corrientes sobre el capital a título de lucro cesante, liquidados desde el 9 de octubre de 2008 al 30 de junio de 2017 o los que se liquiden al momento de proferir el respectivo laudo arbitral.”

Antes de pronunciarse sobre el monto del perjuicio reclamado y el de la indemnización solicitada con base en tal perjuicio, el Tribunal señala que, dado que no existe una relación de dependencia entre los incumplimientos contractuales de la Parte Convocada materia de las pretensiones declarativas de la Demanda y establecidos en desarrollo de proceso, el perjuicio alegado mediante esta pretensión de condena y la condena misma, resultante de ella, pueden considerarse como consecuencias derivadas de uno cualquiera de los dos incumplimientos contractuales que el Tribunal declarará, pues cada uno de ellos tiene entidad propia y autónoma, tal y como lo señaló el Tribunal al pronunciarse sobre las pretensiones declarativas

8.4.1. Cuantía del perjuicio inicial, denominado de capital, sufrido por la Parte Convocante a título de daño emergente.

Según la demanda (Hecho 2.3.8.), entre el 24 y el 29 de septiembre de 2008 fueron debitados de la Cta. Cte. 29-2 cuyo titular era Cootraemcali, y a través del portal, un total de \$440'992.768, mediante giros a otras ciudades (distintas a Cali) y a personas que no hacían parte de la nómina de Cootraemcali.

Tanto la Parte Convocada como el Llamado en Garantía al objetar el Juramento estimatorio aducen como uno de los motivos de reproche del alcance probatorio del mismo, el que esa tasación incluye transacciones efectuadas cuando la tesorera no tenía problema alguno para

ingresar al portal, esto es el 24 y 25 de septiembre, razón por la cual la reclamación de capital nace errada.

Por su parte, el informe de la Gerencia Nacional de Seguridad del Banco Popular ¹⁹⁸, señala que “(...) El sistema registró traslado de fondos utilizando archivos pago proveedores utilizando el canal Internet y ACH desde la cuenta corriente 110-569-15629-2 a cuentas de Bancolombia, pago de facturas de Electricaribe y Movistar por \$ \$421'992.768, los cuales fueron retirados en su totalidad. Es de resaltar que del archivo por \$ 53'000.000 [documento 3993042] fueron devueltos \$19'000.000, por cuenta inválida, siendo el débito total de ese archivo \$ 34'000.000.”

De acuerdo con lo anterior, el valor neto de los débitos efectuados con cargo a la cuenta corriente 29-2 fue de \$421.992.768 y no de (\$440'992.768), como aparece en la demanda.

A partir de este hecho se tiene que el valor total de los débitos ascendería a la suma de \$ 624.979.034. Ese es, en consecuencia, en pesos del 2008, el monto del perjuicio inicial que, a título de daño emergente sufrió la Parte Convocante, como consecuencia de las transacciones fraudulentas ocurridas entre el 24 de septiembre y el 8 de octubre de esa anualidad. El Tribunal así lo declarará.

8.4.2. Consideración sobre la indemnización de perjuicios y los medios legales para establecerla en lo relativo al lucro cesante.

Como premisa básica de las consideraciones que a continuación hará, el Tribunal debe dejar sentado que en virtud del principio de la buena fe en la ejecución de los contratos mercantiles (Código de Comercio, Art. 871) , los recursos dinerarios indebidamente debitados y sustraídos de las cuentas de titularidad de Cootraemcali en el Banco Popular por el valor ya establecido en el proceso, deben presumirse de su exclusiva propiedad, la cuál, en aplicación de ese principio, no está obligada a demostrar y que, bien por el contrario, no

¹⁹⁸ Cuaderno de Pruebas N°3, “Informe Peritaje informático” SEISCO, folios 33- 55, folio 35.

existe en el plenario ninguna prueba que permita desvirtuar la buena fe de la parte Convocante en sus relaciones contractuales.

Dicho lo anterior, es necesario referirse a las disposiciones fundamentales que en materia de indemnización de perjuicios trae el Código Civil, dado que el Código de Comercio no contempla una regulación específica para las obligaciones surgidas de los contratos mercantiles

El artículo 1613 del Código Civil establece:

*“Indemnización de Perjuicios: La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.
Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.”*

El artículo 1614 *Ibidem*, señala por su parte:

Daño emergente y lucro cesante. Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”

A la luz de las disposiciones anteriores, es necesario señalar que en el presente litigio, al no existir norma legal que limite la indemnización al daño emergente, la reparación del daño sufrido por la Parte Convocante por la pérdida -probada en el proceso- de una suma determinada de dinero, no puede reducirse a una restitución tardía de los recursos dinerarios debitados indebidamente y hurtados de sus cuentas bancarias, así su monto se trajera a valor presente. En efecto, reponer nada más que esa suma, no le permitiría compensar la pérdida sobreviniente al verse privada de utilizarla en el desarrollo normal de sus actividades como entidad cooperativa, sometida, por lo demás, a la inspección y vigilancia de las mismas por

parte del Estado, resultando de esta manera necesariamente mermado el provecho legítimo que de esa utilización hubiera podido derivar. Se impone, pues, en derecho y en equidad que el Tribunal decida sobre la forma como se reparará, a través de la indemnización, esa merma de la actividad productiva de Cootraemcali, que es consecuencia directa de la sustracción fraudulenta de sus recursos.

Frente a ese objetivo, no resulta suficiente el pago de la suma debitada sin autorización del titular, sino que debe indemnizarse aquella parte del perjuicio consistente en haberse visto privada del uso normal y legítimo de esos recursos dinerarios, reconociendo que existe una conexidad necesaria entre la sustracción de los recursos y la merma de la actividad productiva de la víctima. Se trata, claramente, de un lucro cesante.

Ahora bien, para lograr una estimación razonable del provecho que dejó de reportar la Convocante a raíz de la pérdida dineraria sufrida, sin caer en subjetivismo inadmisibles en una controversia como esta, que ha sido planteada en derecho, el mecanismo no puede ser otro que el de calcular ese componente lesivo a través del reconocimiento de intereses, sin que ello signifique que se deben pagarse como reconocimiento de una obligación cierta, sometida a plazo, pues de lo que se trata es de utilizar ese mecanismo financiero como método objetivo de tasación del perjuicio por lucro cesante.

Eso es, precisamente, lo que se solicita en la demanda mediante la pretensión aquí examinada, en la cual, además, no se está solicitando una actualización a valor presente del monto dinerario del daño emergente como mecanismo de indemnización ni de ese daño emergente ni, tampoco, del lucro cesante.

8.4.3. Pronunciamiento sobre la objeción al Juramento Estimatorio, formulada por la Parte Convocada y coadyuvada por el Llamado en Garantía.

Llegado a este estadio de sus consideraciones, debe ocuparse el Tribunal de la Objeción que al Juramento Estimatorio de la Demanda Arbitral hace la Parte Convocante y que el Llamado en Garantía coadyuva.

Tales objeciones estriban, básicamente, en los siguientes motivos de reproche:

Primero-. El hecho de que en el juramento se incluyan transacciones realizadas cuando la tesorera de la Cooperativa no tenía problema alguno para ingresar al portal, esto es el 24 y 25 de septiembre, y que todas las transacciones efectuadas en esas fechas se hicieron accediendo al portal desde su computador, que se encontraba monitorizado, y con su usuario y clave, razón por la cual la reclamación de capital nació errada.

Sobre este punto el Tribunal fijó ya su posición, apoyándose en los fundamentos de hecho probados en el proceso y en las consideraciones jurídicas que de ellos se derivan, en el sentido de que el incumplimiento contractual del Banco reclamado en la demanda se configuró a partir del 24 de septiembre de 2008, por las razones ampliamente expuestas a lo largo del Laudo.

Con todo, y por razones diferentes a la aducida en la Objeción el Tribunal determinó a la baja el monto del daño inicial sufrido a título de daño emergente, tal y como se estableció en el Epígrafe 8.4.1.

Segundo-. Que el apoderado de la parte actora haya tomado para realizar el cálculo de intereses la tasa de usura, cuando no existe mora alguna y que, como máximo, tendría derecho a la actualización de las sumas del perjuicio que pruebe, por tratarse de un proceso de naturaleza declarativa y no de la ejecución de una obligación cierta.

Sobre este punto el Tribunal considera que dada la naturaleza del lucro cesante según lo expuesto líneas atrás ¹⁹⁹, la estimación razonable del perjuicio por merma de la actividad ordinaria de la víctima del daño no debe calcularse con la tasa establecida para los

¹⁹⁹ Ver *supra*, Epígrafe 8.4.2.

65

Tribunal de Arbitraje de Cooperativa de Trabajadores de Empresas Municipales de Cali y Otros
COOTRAEMCALI Vs. BANCO POPULAR S.A.

perjuicios por la mora del deudor en la obligación de pagar antes del vencimiento del plazo convenido, sino con la tasa corriente en las transacciones comerciales por cuanto es la forma de fijar el precio por el uso del dinero. Bajo ese criterio, resulta razonable calcular el lucro cesante con la tasa de interés bancario corriente, certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Por lo expuesto aquí, el Tribunal comparte el criterio plasmado al respecto en la objeción y así lo declarará para denegar la pretensión contenida en el numeral 1.3.2. del Acápite de Pretensiones de la demanda.

Pero, por otra parte, y habida cuenta de que en el numeral 1.3.3. del mismo Acápite, la demanda plantea como Pretensión subsidiaria que el lucro cesante se liquide a título de intereses corrientes sobre el capital, el Tribunal declarará la prosperidad de esta pretensión.

Tercero -. Finalmente, se objeta el juramento por considerar que la operación matemática de cálculo de los interés reprochados, está errada por tener una base incorrecta de capital; porque se basa en la tasa de usura, cuando la aplicable, era el IPC; porque la conversión de la tasa efectiva a nominal utilizada en el cálculo está mal realizada y porque no se aplicaron las tasas vigentes según que se trate de períodos de 30 o 31 días al no tomar la fecha exacta de variación de la tasa.

Sobre este particular, señala el Tribunal que mediante Auto de fecha 16 de enero de 2018, Acta N°8²⁰⁰, se determinó la cuantía de las pretensiones económicas del proceso en \$ 2.075.058, y no en \$2.095.243.160, como resultado de un ajuste a la baja del monto estimado de los intereses moratorios, que pasó de \$1.451.164.136 a \$1.430.979.847,68, en atención a los reparos mencionados sobre los periodos de aplicación de la tasa de usura, sustentados en un dictamen pericial contable aportado por la Parte Convocada con la Contestación de la Demanda²⁰¹. No obstante, en los considerandos de la providencia citada el Tribunal dejó constancia de que “(...) *el dictamen aportado con la objeción no desvirtúa*

²⁰⁰ Cuaderno Principal N°1, folios 218-220.

²⁰¹ Cuaderno de Pruebas N°3, Dictamen Pericial Contable, Jorge Horacio Daza Ayala, folios 1-40.

en su esencia la razonabilidad del juramento estimatorio y que no obran en el expediente otros elementos de prueba que afecten dicha razonabilidad”

Ahora bien, tanto el referido ajuste en el cálculo de los intereses moratorios plasmado en el Juramento Estimatorio, como los reparos a la liquidación con la tasa de usura, quedan sin sustento material al desestimarse su utilización como método de cálculo del lucro cesante.

Sin embargo, no puede pasarse por alto la alusión del objetante a la tasa del IPC como criterio aplicable, según él, al cálculo de los perjuicios. Encuentra allí el Tribunal una ambigüedad: como se sabe, el IPC, es un indicador financiero utilizado para la indexación de valores dinerarios pretéritos de modo que, al actualizarlos, se refleje en ellos el fenómeno de la pérdida del valor del dinero. Ya se hizo notar que en la demanda no se le pide al Tribunal que haga una actualización del valor del perjuicio sufrido a título de daño emergente, sino que se le solicita por tal concepto que condene al Banco al pago del monto debitado entre el 24 de septiembre y el 8 de octubre de 2008. Pero, en gracia de discusión, si esa actualización se hiciera, el monto resultante de la indexación se convertiría en una base sobrevalorada para calcular el otro perjuicio, el derivado de no poder utilizar, a lo largo de un período de tiempo ya transcurrido, la suma originalmente defraudada y no una nueva, que mostraría un valor nominal más alto que el realmente debitado.

Como resultado de sus apreciaciones, el señor apoderado de la Convocada presenta un cálculo de valor presente con base en el IPC que, a partir de un monto a actualizar de \$470.876.629, que arroja un monto actualizado de \$656.027.416.01

Apoyándose en dicho cálculo, el señor apoderado solicita al Tribunal que, ante la estimación incorrecta de las pretensiones por parte del Demandante se le condene al pago del 10% de la diferencia, si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento de la que resulte probada y “(...) del 5% si las pretensiones son desestimadas”²⁰²

²⁰² Contestación de la demanda, folio 184.

Tribunal de Arbitraje de Cooperativa de Trabajadores de Empresas Municipales de Cali y Otros
COOTRAEMCALI Vs. BANCO POPULAR S.A.

El Tribunal se pronunciará en su oportunidad sobre esta solicitud, advirtiendo que lo establecido en el proceso no concurre en apoyo de los supuestos de cálculo utilizados por el objetante, según las razones aquí expuestas

8.4.4. Bases de liquidación del lucro cesante

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, el Tribunal liquidará el valor a pagar a Cootraemcali a título de lucro cesante, según lo establecido en el proceso, sobre las siguientes bases:

Valor del daño emergente tomado como base de cálculo:

SEISCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TREINTA Y TRES PESOS (\$624.979.033)

Factor de cálculo: tasa de interés corriente bancario certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia

Período liquidado: del 14 de octubre de 2008, fecha de la comunicación de Cootraemcali dirigida por el Gerente (E.) de Cootraemcali al Gerente de Banca Regional, Región Occidente del Banco Popular, reclamando la devolución de las sumas debitadas sin autorización de las cuentas de titularidad de Cootraemcali ²⁰³ a 3 de diciembre de 2018, fecha en la cual se profiere el presente Laudo.

Efectuada la liquidación a partir de las bases anteriores, arroja como resultado un total de MIL TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES DE PESOS DOSCIENTOS DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$1.362.219.828), siendo este

²⁰³ Cuaderno Principal, folio 150.

Tribunal de Arbitraje de Cooperativa de Trabajadores de Empresas Municipales de Cali y Otros
COOTRAEMCALI Vs. BANCO POPULAR S.A.

el valor que la Parte Convocada deberá reconocer y pagar a la Parte Convocante, a título de lucro cesante.

A continuación, se inserta cuadro Excel “Cálculo de interés corriente”, contentivo de la liquidación indicada:

% CTE ANUAL	MES	AÑO	FRACCIO N	INTERES MENSUAL	CAPITAL	DEUDA INTERES
21,02%	OCTUBRE	2008	16	1,75%	\$ 624.479.033,00	\$ 5.834.021,90
21,02%	NOVIEMBR E	2008	30	1,75%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.938.791,06
21,02%	DICIEMBRE	2008	30	1,75%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.938.791,06
20,47%	ENERO	2009	30	1,71%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.652.571,50
20,47%	FEBRERO	2009	30	1,71%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.652.571,50
20,47%	MARZO	2009	30	1,71%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.652.571,50
20,28%	ABRIL	2009	30	1,69%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.553.695,66
20,28%	MAYO	2009	30	1,69%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.553.695,66
20,28%	JUNIO	2009	30	1,69%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.553.695,66
18,65%	JULIO	2009	30	1,55%	\$ 624.479.033,00	\$ 9.705.444,97
18,65%	AGOSTO	2009	30	1,55%	\$ 624.479.033,00	\$ 9.705.444,97
18,65%	SEPTIEMBR E	2009	30	1,55%	\$ 624.479.033,00	\$ 9.705.444,97
17,28%	OCTUBRE	2009	30	1,44%	\$ 624.479.033,00	\$ 8.992.498,08
17,28%	NOVIEMBR E	2009	30	1,44%	\$ 624.479.033,00	\$ 8.992.498,08
17,28%	DICIEMBRE	2009	30	1,44%	\$ 624.479.033,00	\$ 8.992.498,08
16,14%	ENERO	2010	30	1,35%	\$ 624.479.033,00	\$ 8.399.242,99
16,14%	FEBRERO	2010	30	1,35%	\$ 624.479.033,00	\$ 8.399.242,99
16,14%	MARZO	2010	30	1,35%	\$ 624.479.033,00	\$ 8.399.242,99
15,31%	ABRIL	2010	30	1,28%	\$ 624.479.033,00	\$ 7.967.311,66
15,31%	MAYO	2010	30	1,28%	\$ 624.479.033,00	\$ 7.967.311,66
15,31%	JUNIO	2010	30	1,28%	\$ 624.479.033,00	\$ 7.967.311,66
14,94%	JULIO	2010	30	1,25%	\$ 624.479.033,00	\$ 7.774.763,96
14,94%	AGOSTO	2010	30	1,25%	\$ 624.479.033,00	\$ 7.774.763,96
14,94%	SEPTIEMBR E	2010	30	1,25%	\$ 624.479.033,00	\$ 7.774.763,96
14,21%	OCTUBRE	2010	30	1,18%	\$ 624.479.033,00	\$ 7.394.872,55

Tribunal de Arbitraje de Cooperativa de Trabajadores de Empresas Municipales de Cali y Otros
COOTRAEMCALI Vs. BANCO POPULAR S.A.

14,21%	NOVIEMBR E	2010	30	1,18%	\$ 624.479.033,00	\$ 7.394.872,55
14,21%	DICIEMBRE	2010	30	1,18%	\$ 624.479.033,00	\$ 7.394.872,55
15,61%	ENERO	2011	30	1,30%	\$ 624.479.033,00	\$ 8.123.431,42
15,61%	FEBRERO	2011	30	1,30%	\$ 624.479.033,00	\$ 8.123.431,42
15,61%	MARZO	2011	30	1,30%	\$ 624.479.033,00	\$ 8.123.431,42
17,69%	ABRIL	2011	30	1,47%	\$ 624.479.033,00	\$ 9.205.861,74
17,69%	MAYO	2011	30	1,47%	\$ 624.479.033,00	\$ 9.205.861,74
17,69%	JUNIO	2011	30	1,47%	\$ 624.479.033,00	\$ 9.205.861,74
18,63%	JULIO	2011	30	1,55%	\$ 624.479.033,00	\$ 9.695.036,99
18,63%	AGOSTO	2011	30	1,55%	\$ 624.479.033,00	\$ 9.695.036,99
18,63%	SEPTIEMBR E	2011	30	1,55%	\$ 624.479.033,00	\$ 9.695.036,99
19,39%	OCTUBRE	2011	30	1,62%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.090.540,37
19,39%	NOVIEMBR E	2011	30	1,62%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.090.540,37
19,39%	DICIEMBRE	2011	30	1,62%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.090.540,37
19,92%	ENERO	2012	30	1,66%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.366.351,95
19,92%	FEBRERO	2012	30	1,66%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.366.351,95
19,92%	MARZO	2012	30	1,66%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.366.351,95
20,52%	ABRIL	2012	30	1,71%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.678.591,46
20,52%	MAYO	2012	30	1,71%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.678.591,46
20,52%	JUNIO	2012	30	1,71%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.678.591,46
20,86%	JULIO	2012	30	1,74%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.855.527,19
20,86%	AGOSTO	2012	30	1,74%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.855.527,19
20,86%	SEPTIEMBR E	2012	30	1,74%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.855.527,19
20,89%	OCTUBRE	2012	30	1,74%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.871.139,17
20,89%	NOVIEMBR E	2012	30	1,74%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.871.139,17
20,89%	DICIEMBRE	2012	30	1,74%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.871.139,17
20,75%	ENERO	2013	30	1,73%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.798.283,28
20,75%	FEBRERO	2013	30	1,73%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.798.283,28
20,75%	MARZO	2013	30	1,73%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.798.283,28
20,83%	ABRIL	2013	30	1,74%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.839.915,21
20,83%	MAYO	2013	30	1,74%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.839.915,21
20,83%	JUNIO	2013	30	1,74%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.839.915,21
20,34%	JULIO	2013	30	1,70%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.584.919,61

Tribunal de Arbitraje de Cooperativa de Trabajadores de Empresas Municipales de Cali y Otros
COOTRAEMCALI Vs. BANCO POPULAR S.A.

20,34%	AGOSTO	2013	30	1,70%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.584.919,61
20,34%	SEPTIEMBR E	2013	30	1,70%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.584.919,61
19,85%	OCTUBRE	2013	30	1,65%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.329.924,00
19,85%	NOVIEMBR E	2013	30	1,65%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.329.924,00
19,85%	DICIEMBRE	2013	30	1,65%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.329.924,00
19,65%	ENERO	2013	30	1,64%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.225.844,17
19,65%	FEBRERO	2013	30	1,64%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.225.844,17
19,65%	MARZO	2013	30	1,64%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.225.844,17
19,63%	ABRIL	2013	30	1,64%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.215.436,18
19,63%	MAYO	2013	30	1,64%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.215.436,18
19,63%	JUNIO	2013	30	1,64%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.215.436,18
20,34%	JULIO	2013	30	1,70%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.584.919,61
20,34%	AGOSTO	2013	30	1,70%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.584.919,61
20,34%	SEPTIEMBR E	2013	30	1,70%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.584.919,61
19,85%	OCTUBRE	2013	30	1,65%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.329.924,00
19,85%	NOVIEMBR E	2013	30	1,65%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.329.924,00
19,85%	DICIEMBRE	2013	30	1,65%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.329.924,00
19,65%	ENERO	2014	30	1,64%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.225.844,17
19,65%	FEBRERO	2014	30	1,64%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.225.844,17
19,65%	MARZO	2014	30	1,64%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.225.844,17
19,63%	ABRIL	2014	30	1,64%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.215.436,18
19,63%	MAYO	2014	30	1,64%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.215.436,18
19,63%	JUNIO	2014	30	1,64%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.215.436,18
19,33%	JULIO	2014	30	1,61%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.059.316,42
19,33%	AGOSTO	2014	30	1,61%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.059.316,42
19,33%	SEPTIEMBR E	2014	30	1,61%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.059.316,42
19,17%	OCTUBRE	2014	30	1,60%	\$ 624.479.033,00	\$ 9.976.052,55
19,17%	NOVIEMBR E	2014	30	1,60%	\$ 624.479.033,00	\$ 9.976.052,55
19,17%	DICIEMBRE	2014	30	1,60%	\$ 624.479.033,00	\$ 9.976.052,55
19,21%	ENERO	2015	30	1,60%	\$ 624.479.033,00	\$ 9.996.868,52
19,21%	FEBERO	2015	30	1,60%	\$ 624.479.033,00	\$ 9.996.868,52
19,21%	MARZO	2015	30	1,60%	\$ 624.479.033,00	\$ 9.996.868,52

Tribunal de Arbitraje de Cooperativa de Trabajadores de Empresas Municipales de Cali y Otros
COOTRAEMCALI Vs. BANCO POPULAR S.A.

19,37%	ABRIL	2015	30	1,61%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.080.132,39
19,37%	MAYO	2015	30	1,61%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.080.132,39
19,37%	JUNIO	2015	30	1,61%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.080.132,39
19,26%	JULIO	2015	30	1,60%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.022.888,48
19,26%	AGOSTO	2015	30	1,60%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.022.888,48
19,26%	SEPTIEMBR E	2015	30	1,60%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.022.888,48
19,33%	OCTUBRE	2015	30	1,61%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.059.316,42
19,33%	NOVIEMBR E	2015	30	1,61%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.059.316,42
19,33%	DICIEMBRE	2015	30	1,61%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.059.316,42
19,68%	ENERO	2016	30	1,64%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.241.456,14
19,68%	FEBRERO	2016	30	1,64%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.241.456,14
19,68%	MARZO	2016	30	1,64%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.241.456,14
20,54%	ABRIL	2016	30	1,71%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.688.999,45
20,54%	MAYO	2016	30	1,71%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.688.999,45
20,54%	JUNIO	2016	30	1,71%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.688.999,45
21,34%	JULIO	2016	30	1,78%	\$ 624.479.033,00	\$ 11.105.318,80
21,34%	AGOSTO	2016	30	1,78%	\$ 624.479.033,00	\$ 11.105.318,80
21,34%	SEPTIEMBR E	2016	30	1,78%	\$ 624.479.033,00	\$ 11.105.318,80
21,99%	OCTUBRE	2016	30	1,83%	\$ 624.479.033,00	\$ 11.443.578,28
21,99%	NOVIEMBR E	2016	30	1,83%	\$ 624.479.033,00	\$ 11.443.578,28
21,99%	DICIEMBRE	2016	30	1,83%	\$ 624.479.033,00	\$ 11.443.578,28
22,34%	ENERO	2017	30	1,86%	\$ 624.479.033,00	\$ 11.625.718,00
22,34%	FEBRERO	2017	30	1,86%	\$ 624.479.033,00	\$ 11.625.718,00
22,34%	MARZO	2017	30	1,86%	\$ 624.479.033,00	\$ 11.625.718,00
22,33%	ABRIL	2017	30	1,86%	\$ 624.479.033,00	\$ 11.620.514,01
22,33%	MAYO	2017	30	1,86%	\$ 624.479.033,00	\$ 11.620.514,01
22,33%	JUNIO	2017	30	1,86%	\$ 624.479.033,00	\$ 11.620.514,01
21,98%	JULIO	2017	30	1,83%	\$ 624.479.033,00	\$ 11.438.374,29
21,98%	AGOSTO	2017	30	1,83%	\$ 624.479.033,00	\$ 11.438.374,29
21,98%	SEPTIEMBR E	2017	30	1,83%	\$ 624.479.033,00	\$ 11.438.374,29
21,15%	OCTUBRE	2017	30	1,76%	\$ 624.479.033,00	\$ 11.006.442,96
21,15%	NOVIEMBR E	2017	30	1,76%	\$ 624.479.033,00	\$ 11.006.442,96

Tribunal de Arbitraje de Cooperativa de Trabajadores de Empresas Municipales de Cali y Otros
COOTRAEMCALI Vs. BANCO POPULAR S.A.

21,15%	DICIEMBRE	2017	30	1,76%	\$ 624.479.033,00	\$ 11.006.442,96
20,69%	ENERO	2018	30	1,72%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.767.059,33
20,69%	FEBRERO	2018	30	1,72%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.767.059,33
20,69%	MARZO	2018	30	1,72%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.767.059,33
20,48%	ABRIL	2018	30	1,71%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.657.775,50
20,48%	MAYO	2018	30	1,71%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.657.775,50
20,48%	JUNIO	2018	30	1,71%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.657.775,50
20,03%	JULIO	2018	30	1,67%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.423.595,86
20,03%	AGOSTO	2018	30	1,67%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.423.595,86
20,03%	SEPTIEMBR E	2018	30	1,67%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.423.595,86
19,63%	OCTUBRE	2018	30	1,64%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.215.436,18
19,63%	NOVIEMBR E	2018	30	1,64%	\$ 624.479.033,00	\$ 10.215.436,18
19,63%	DICIEMBRE	2018	10	1,64%	\$ 624.479.033,00	\$ 3.405.145,39
TOTAL INTERESES CORRIENTES						\$ 1.362.219.828,22

9. HECHOS RELATIVOS AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA PROBADOS EN EL PROCESO

9.1. Hechos invocados en el Llamamiento en Garantía ²⁰⁴

Para fijar su posición sobre la prueba de los Hechos, el Tribunal previamente tomó en consideración el pronunciamiento sobre los mismos realizado por el Llamado en Garantía.

9.1. Se encuentra probado.

²⁰⁴ El Tribunal se refiere a los hechos en el mismo orden en que están enunciados en el Acápite "II. Hechos" del Llamamiento.

9.2. Se encuentra probado, sin perjuicio de la aclaración que hace el Llamado en Garantía (en adelante Seguros Alfa).

9.2ⁱ. Se anota que en el Llamamiento este hecho aparece con la misma numeración del anterior, se refiere a la indemnización por los costos judiciales y los honorarios razonables de abogado incurridos y pagados por el asegurado. Se encuentra probado.

9.3. Se encuentra probado.

9.4. No obra prueba documental del acuerdo existente entre el Banco Popular y Seguros Alfa en el sentido de que todas las comunicaciones que el Banco dirigiera a la Aseguradora, así como las que la compañía de seguros dirigiera al Banco se debieran tramitar a través del corredor de seguros de la póliza global bancaria. Sin embargo, en observancia de una práctica corriente en el mercado de seguros²⁰⁵ se estableció que Willis Colombia Corredores de Seguros, S.A., hoy Willis Towers Watson en Colombia S.A. (en adelante Willis Colombia), actuara como intermediario del Banco Popular para la Póliza Global Bancaria, lo cual hizo en un lapso de aproximadamente veinte años²⁰⁶. También se encontró probado que durante todos esos años las comunicaciones del Banco relacionadas con dicha póliza, en particular los avisos de circunstancia, pero también las que versaban sobre actualizaciones, reclamos y tramitación y pago de siniestros, se surtieron a través del mencionado corredor de seguros a fin de que este, a su turno, las pusiera en conocimiento de Seguros Alfa, cosa que también ocurría en sentido inverso, vale decir las con las comunicaciones que la Aseguradora remitía al Banco, entre otras la propia carátula de la póliza y los certificados de modificación de la misma²⁰⁷; lo anterior, sin perjuicio de que Banco y Aseguradora se pudieran comunicar directamente, procedimiento este último que no era habitual²⁰⁸.

²⁰⁵ Cuaderno de Pruebas N°2, testimonio de Nelly Teresa Benavides Granados, folio 45.

²⁰⁶ *Ibidem*, testimonio de Nelly Teresa Benavides Granados, folio 44; *Ibidem*, testimonio de Julio Arciniegas Sánchez, folio 41, vuelto.

²⁰⁷ Cuaderno "Llamamiento en Garantía", folios 11, 13 y 15.

²⁰⁸ *Ibidem*, testimonio de Nelly Teresa Benavides Granados, folio 44 vuelto, 45 y 45 vuelto y testimonio de Héctor Gonzalo Martínez Patiño, folio 343 vuelto; testimonio de Julio Arciniegas Sánchez, folio 42.

9.5. Se encuentra probado.

9.6. Está probado que el Banco dio aviso a Willis de una posible defraudación a clientes del banco vía Internet, mediante comunicación 920-0707-2008, enviada al corredor Willis Colombia, que obra en el expediente²⁰⁹. Igualmente, se encuentra en el plenario la comunicación vía correo electrónico de la misma fecha, dirigida por Andrés R. Marulanda (E-mail marulandaar@willis.com) a nombre de Willis Colombia (E-mail marulandaar@willis.com) a la dirección electrónica clemencia.castiblanco@segurosalfa.com.co, en la cual se lee:

“(…) Adjuntamos la comunicación N°920-07070-2008 del Banco Popular con la cual informan de una posible defraudación a través de Internet que podría afectar la póliza global bancaria, cuyo original les estamos enviando vía mensajería”²¹⁰

9.7. El hecho se encuentra probado a través de las siguientes piezas resultantes del recaudo probatorio realizado por el Tribunal:

Declaración de parte del representante legal del Banco, Hever Orlando Lemus González.²¹¹

Testimonios de Julio Arciniegas y Nelly Teresa Benavides, a los que ya se hizo referencia²¹²

Exhibición de documentos de Willis Colombia, que incluye varias comunicaciones bajo la referencia “Póliza Global Bancaria Aviso de Circunstancia Internet Banco Popular”, dirigidas por esa entidad bancaria a Willis Colombia entre el 31 de octubre de 2008 y el 24 de abril de 2018, así como comunicaciones remitidas por el corredor de seguros a Seguros Alfa, de manera secuencial en relación con las enviadas por el Banco, en ese mismo rango de fechas. Obran, asimismo, entre los documentos exhibidos una serie de informes periódicos

²⁰⁹ Exhibición de Documentos de Willis Colombia, 7 de junio de 2018, Folder N°1, folios 202 y 203. Este documento también fue aportado con el Llamamiento en Garantía.

²¹⁰ Exhibición de Documentos de Willis Colombia, 7 de junio de 2018, Folder N°1, folio 199 en conexión con folios 200 y 201.

²¹¹ Cuaderno de Pruebas N°2, folios 9 vuelto y 10.

²¹² Ver nota 199.

de la Gerencia Jurídica del Banco, dando cuenta del estado de los procesos que han afectado la póliza global bancaria y entre ellos el relativo a las defraudaciones materia de este proceso arbitral. Aparece también en el acervo documental exhibido la remisión periódica que de esos informes hizo el Corredor de Seguros a la Aseguradora.²¹³

De otra parte, no obra en el proceso prueba de que Seguros Alfa hubiera hecho ningún tipo de manifestación objetando el hecho de que estas u otras comunicaciones generadas por el Banco Popular en relación con el manejo, alcance, efectos o trámites relativos a la Póliza Global Bancaria, se le hicieran llegar por conducto de Willis Colombia. En este sentido el representante legal de esa firma declara en su testimonio que no le consta que haya existido ninguna comunicación en ese sentido.²¹⁴

9.8. Se encuentra probado.

9.9. Se encuentra probado.

9.10. Se encuentra probado.

9.11. Conforme al Pronunciamiento del Tribunal sobre las pretensiones de la demanda instaurada por Cootraemcali, el Banco Popular será condenado en la parte resolutive del Laudo a pagar la suma indicada en el Epígrafe 8.4., como consecuencia de haberse establecido su responsabilidad civil de carácter contractual por el incumplimiento de los contratos de cuenta corriente 110-569-15621-9 y 110-569-15629-2 y de la cuenta de ahorros 220-569-72040-2, adicionados por el contrato denominado E-Popular Empresarial Internet BBS.

2.12. El Tribunal se remite a lo señalado en relación con el hecho 2ⁱ. (Epígrafe 9.2ⁱ.)

²¹³ Exhibición de Documentos de Willis Colombia, 7 de junio de 2018, Fólderes números 1, 2 y 3, folios varios

²¹⁴ Cuaderno de Pruebas N°2, testimonio de Héctor Gonzalo Martínez Patiño, folio 345 y 345 vuelto.

10. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS POR EL LLAMADO EN GARANTÍA CONTRA EL LLAMAMIENTO

10.1. Inexistencia del siniestro por la aplicación de las condiciones estipuladas en el anexo de indemnización profesional (NMA 2273)

Señala el apoderado de la aseguradora que, contra lo que está estipulado en el Anexo N°4, en el presente caso no se cumplen los requisitos estipulados en dicho Anexo, pues no existe negligencia de ningún director o empleado del Banco.

Al pronunciarse sobre las excepciones de mérito contra la demanda arbitral “Hecho de un tercero”²¹⁵ e “Inexistencia de culpa de Banco Popular”²¹⁶, interpuestas por la Parte Convocada, y las de “Inexistencia de responsabilidad del Banco Popular”²¹⁷ y “Configuración del hecho de un tercero”²¹⁸, aducidas por el Llamado en Garantía, el Tribunal examinó lo relativo a la manera como el Banco incumplió sus obligaciones de seguridad, diligencia y cuidado, al incurrir en una serie de omisiones frente al riesgo de asaltos informáticos a las cuentas bancarias, que dado el régimen especial de responsabilidad profesional que rige los servicios que el Estado le ha autorizado prestar, y en primer término, los servicios de banca electrónica o virtual, bien pueden calificarse como conducta negligente.

Bajo esta perspectiva, y frente a un régimen obligacional cuya vigencia se configura en el momento en que el banco pone a disposición del cliente la plataforma tecnológica y esté acepta tal ofrecimiento, es claro que el incumplimiento contractual que el Tribunal endilga al Banco se materializó a causa de las vulnerabilidades informáticas de las cuales adolecía el sistema específico y en red de banca virtual. Lo anterior, en razón de que el diseño, estructuración, organización, funcionamiento y administración de tal sistema, debía estar en

²¹⁵ Ver *supra*, Epígrafe 6.2.3.

²¹⁶ Ver *supra*, Epígrafe 6.2.6.

²¹⁷ Ver *supra*, Epígrafe 7.3.1.

²¹⁸ Ver *supra*, Epígrafe 7.3.4.

condiciones de garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por la entidad a través de los contratos bancarios, en orden a lo cual debía cumplir -como todos los bancos, pues lo impone el interés público - con requerimientos mínimos de seguridad y calidad. Ello, independientemente de la consagración normativa de tales requerimientos en actos administrativos del órgano estatal de vigilancia y control como la Circular Básica Jurídica 007, pues emanan de la naturaleza misma de los servicios bancarios operacionalizados a través de contratos como los que se han examinado a lo largo del presente proceso. Claramente, satisfacer tales obligaciones contractuales era, en última instancia, responsabilidad de los directivos de la institución bancaria.

Sin perjuicio de anterior, y de manera complementaria, el Tribunal pudo constatar que la negligencia -exigida como requisito de procedencia de la indemnización del siniestro por responsabilidad civil profesional- , se materializó también en la conducta dilatoria, descuidada e inefectiva de los ejecutivos y empleados del banco durante cerca de diez días, una vez tuvieron conocimiento de que la tesorera de Cootraemcali no podía acceder al portal del banco a pesar de haber digitado correctamente y varias veces su usuario y contraseña.

Además, cabe recordar sobre este particular, que el Epígrafe 3.4.4. de la Circular Básica Jurídica N°007,²¹⁹ ya había entrado en vigencia para esa época.

Por lo expuesto, la Excepción “Inexistencia del siniestro por la aplicación de las condiciones estipuladas en el anexo de indemnización profesional (NMA 2273)”, no está llamada a prosperar.

10.2. Ausencia de cumplimiento de las condiciones precedentes de responsabilidad del seguro

²¹⁹ “3.4.4. Informar y capacitar a los clientes acerca de las medidas de seguridad que deberán tener en cuenta para la realización de operaciones por cada canal, **así como los procedimientos para el bloqueo, inactivación, reactivación y cancelación de los productos y servicios ofrecidos**” (resaltado por el Tribunal)

Obra en el expediente²²⁰ el Certificado de Modificación Anexo N°3 a la Póliza Global Bancaria 2117-84, por medio del cual se modifica la condición particular 12 de la póliza (pág. 3/86) para quedar como sigue:

“12. Condición Precedente de Responsabilidad: una auditoría interna cada 12 meses con respecto a las 60 sucursales prioritarias y cada 18 meses con respecto a todas las demás sucursales

El Asegurado no tendrá ya que suministrar un listado de las sesenta sucursales. Sin embargo, los reaseguradores requieren una carta de intención del Banco confirmando que continuarán auditando las sucursales de acuerdo a su programa de auditoría actual”

Obran igualmente en el expediente las siguientes comunicaciones²²¹:

1.- Oficio de junio 8 de 2018, suscrito por el representante legal y Vicepresidente Jurídico del Banco Popular en cumplimiento de la orden impartida por el Tribunal dentro del interrogatorio de parte absuelto por dicho representante el 2 de mayo de 2018, en relación con la acreditación del requerimiento contractual de realizar auditorías internas a las oficinas del Banco.

2.- Comunicación de la misma fecha anexada a la mencionada en el punto anterior mediante la cual el Gerente Contralor del Banco le informa al Vicepresidente Jurídico que para los años 2007 y 2008, la Gerencia de Auditoria Interna adelantó todas las visitas de acuerdo con la Póliza Global Bancaria y *“los reportes semestrales de actualización remitidos a través del Corredor de seguros Willis Towers Watson”*, y anexa dos relaciones de dichas visitas, la de oficinas auditadas en 2007, 143 en total, y la de oficinas auditadas en 2008, 144 en total.

3.- Comunicación de 22 06 07, de la Asesora de Seguros del Banco a Willis Colombia, en la que *“(…) para el trámite respectivo y con el propósito de actualizar las oficinas a auditar”*,

²²⁰ Cuaderno “Llamamiento en Garantía”, folio 19.

²²¹ Cuaderno principal N°2, folios 615-646.

les envía una comunicación del Gerente de Contraloría en la que “(...)se remiten las nuevas oficinas a visitar cada 12 y 18 meses”

4.- Comunicación de 19 06 07, del Gerente de Contraloría a la Gerente de Servicios Administrativos, informando las nuevas oficinas a visitar cada 12 y cada 18 meses, “(...) de acuerdo con la Póliza Global Bancaria”. Se hace referencia a tres grupos de Oficinas, relacionados en sendos anexos, así:

Grupo 1:30 oficinas grandes que por su volumen de operaciones se auditarían cada 12 meses.

Grupo 2: las 30 oficinas de mayor riesgo, que serían auditadas cada 12 meses.

Grupo 3: Oficinas a visitar cada 18 meses: las 103 oficinas restantes, para un total de 163 oficinas.

Se precisa finalmente que las oficinas a visitar cada 12 meses las estarían actualizando cada 6 meses.

5.- Comunicación de 13 06 08, de la Asesora de Seguros del Banco a Willis Colombia, en la que “(...) para el trámite respectivo y con el propósito de actualizar las oficinas a auditar”, remite comunicación del Gerente de Contraloría “(...) donde nos informa las modificaciones realizadas con respecto a las visitas a realizar cada 12 y 18 meses, con base en el registro de visitas al 31 de mayo de 2008.”

6.- Comunicación de 10 06 08, del Gerente de Contraloría a la Gerente de Servicios Administrativos informando las nuevas oficinas a visitar cada 12 y cada 18 meses, “(...) de acuerdo con la Póliza Global Bancaria”. Se hace referencia a tres grupos de Oficinas, relacionados en sendos anexos, así:

Grupo 1:30 oficinas grandes que por su volumen de operaciones se auditarían cada 12 meses.

Grupo 2: las 30 oficinas de mayor riesgo, que serían auditadas cada 12 meses.

Grupo 3: Oficinas a visitar cada 18 meses.: las 106 oficinas restantes, para un total de 166 oficinas.

Se precisa finalmente que las oficinas a visitar cada 12 meses las estarían actualizando cada 6 meses.

7.- Comunicación de 04 12 08, de la Asesora de Seguros del Banco a Willis Colombia, en la que *“(...) para el trámite respectivo y con el propósito de actualizar las oficinas a auditar”*, remite una comunicación del Gerente de Contraloría *“(...) donde nos informa las nuevas oficinas a visitar cada 12 y 18 meses”*

8.- Comunicación de 01 12 08, del Gerente de Contraloría a la Gerente de Servicios Administrativos para informar las nuevas oficinas a visitar cada 12 y cada 18 meses, *“(...) de acuerdo con la Póliza Global Bancaria”*. Se hace referencia a tres grupos de Oficinas, relacionados en sendos anexos, así:

Grupo 1: 30 oficinas grandes que por su volumen de operaciones se auditarían cada 12 meses.

Grupo 2: las 30 oficinas de mayor riesgo, que serían auditadas cada 12 meses.

Grupo 3: Oficinas a visitar cada 18 meses: las 106 oficinas restantes, para un total de 166 oficinas.

Se precisa finalmente, que las oficinas a visitar cada 12 meses las estarían actualizando cada 6 meses.

9.- Comunicación del 18 de septiembre de 2018, mediante la cual el representante legal del Banco Popular, atendiendo el requerimiento hecho por el Tribunal mediante Auto del 12 de septiembre anterior -Acta N°31- informa que *“(...) A corte de diciembre 2008, el Banco tenía 166 oficinas abiertas al público de las cuales se auditaron 143 el año 2007 144 en el año 2008 de acuerdo con lo indicado en la póliza”*

Y más adelante puntualiza:

“(...) De acuerdo a lo reseñado en el clausulado de la póliza, el Banco tenía el deber de auditar solo 60 sucursales anualmente y las demás cada 18 de meses , por lo que para el año 2007 el Banco realizó auditoria a 143 oficinas y en el año 2008 a 144 oficinas, dado que para ese número de oficinas era que se cumplía con la periodicidad reseñada en a póliza, tal como lo manifestó el Gerente Contralor del Banco en comunicación de 08 de junio de 2018 allegada al proceso.”

En señor Apoderado de la Parte Convocada al referirse al tema en su alegato de conclusión y, en particular, a la última de las comunicaciones citadas, manifiesta:

*“(…) Nótese que el representante legal no discrimina cuales oficinas tienen la calificación de prioritarias. Tampoco se indica de manera clara y precisa si respecto de las oficinas prioritarias se realizó la auditoria conforme a los plazos indicados en la póliza. Y peor aún, como lo confiesa el representante legal, en ningún momento se realizó la auditoria sobre **todas** las sucursales, pues como bien lo señala, son 166 oficinas, sin embargo solo realizó auditorias respecto 143 (sic) en el año 2007 y 144 en el 2008”.*

No comparte el Tribunal estas apreciaciones, en primer término, porque en las comunicaciones del Gerente Contralor del Banco se indica cuáles eran las oficinas que se auditarían cada 12 meses, vale decir cuáles tendrían prioridad para estos efectos. Además, en sus comunicaciones es reiterativo en precisar que esas visitas se adelantarían “cada 12 y 18 meses”, de acuerdo con lo previsto en la póliza global y finalmente se refiere siempre a las “nuevas” oficinas que serían visitadas.

De lo anterior se infiere: (i) que las oficinas “prioritarias” se escogían con base en dos variables: mayor volumen de operaciones y mayor riesgo, y que, precisamente por eso, cambiaban de un semestre a otro, como se anota en los planes de visitas de la Auditoría Interna; (ii) que las oficinas que salían de los grupos 1 y 2, pasaban a la categoría de auditables cada 18 meses y no cada 12 y (iii) que la periodicidad dual establecida, llevaba a que no todas las sucursales fueran auditadas anualmente, sino que, necesariamente, una parte de ellas pudiera ser auditada después de transcurridos más de 12 meses y menos de 18. Así v.gr si una oficina de esta categoría “remanente” era programada para el grupo que se visitaría a partir del 1° de julio del año 2007, podría ser auditada en cualquier momento antes del 1° de enero del 2009.

En conclusión, no **todas** las sucursales del banco tenían que ser auditadas **todos** los años, como lo afirma el Llamado en Garantía. Por tal razón, la relación de oficinas auditadas durante las anualidades 2007 y 2008, no coincide con el número total de oficinas que tuviera el Banco en esos momentos, pero de ahí no se puede deducir bajo ningún punto de vista que el asegurado hubiera incumplido la condición precedente de responsabilidad que aquí se examina.

De otra parte, al plantear la excepción el señor apoderado manifiesta:

“(…) Esta excepción se interpone para la hipótesis de que llegare a comprobarse que se está en presencia del supuesto a continuación comentado”

Y líneas adelante, a renglón seguido de la transcripción de los literales A), C) y D), de las “Condiciones Precedentes de Responsabilidad” de la Póliza,²²² afirma:

“(…) Esta exclusión opera en la hipótesis de que (i) llegare a demostrarse en el proceso que el Banco Popular no efectuó auditoría en la Sucursal Floresta de la ciudad de Cali en los últimos doce meses anteriores al descubrimiento del hecho que originó la demanda arbitral, esto es, os 12 meses anteriores al 26 de septiembre de 2008, fecha en la cual, según la demanda arbitral contra el Banco, este fue informado de los hechos; (ii) llegare a demostrarse que el Banco no mantenía los manuales a que alude la cláusula; y (iii) llegare a demostrarse que se está en presencia de la causal D) de la cláusula.”

Al respecto, el Tribunal constató:

1. Que mediante oficio del 17 de mayo de 2018, el señor representante legal del Banco Popular, al dar respuesta a una pregunta formulada en desarrollo de la declaración de parte que rindió ante el Tribunal el 2 de mayo anterior y en virtud del término concedido por esta instancia arbitral para el efecto, aporta los informes relativos a las auditorías internas que el banco realizó a la Oficina La Floresta de Cali, con fechas 21 de marzo de 2007 y 9 de enero de 2008, que igualmente obran en el expediente²²³.
2. Que, de acuerdo con la Declaración de la asesora de Seguros del Banco, Nelly Teresa Benavides Granados, ante una pregunta del señor apoderado sobre si en el banco existen los manuales de instrucciones a los cuales se refiere el Literal C) de las Condiciones Precedentes de Responsabilidad, la testigo responde afirmativamente y al preguntársele si se actualizan con regularidad y con qué periodicidad se recuerdan a los funcionarios del Banco, responde:

“(…) La periodicidad no se la podría decir, porque eso lo maneja directamente el área de talento humano con el área de proyectos y tecnología. Pero existen los manuales y en

²²² Póliza Global Bancaria 2117-182, pág. 15/86

²²³ Cuaderno Principal N°2, folios 443- 472.

la medida que uno ingresa al Banco, hay cambios o hay ascensos, y va uno a diferentes cargos, se le hace entrega a uno con una carta, de esos manuales.”²²⁴

- 3. Que frente a la causal D), no obra en el proceso evidencia alguna de que en el Banco las funciones o deberes de cada empleado no estén organizadas como en ella se indica, dado que el Llamado en Garantía no desarrolló actividad probatoria con este propósito, siendo de él esa carga, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1757 C.C.

Finalmente, tanto en su alegato de conclusión como en oportunidad anterior, el Llamado en garantía solicitó al Tribunal que se tomara como indicio grave en contra del Banco el hecho de que el Tribunal le hubiera solicitado en tres oportunidades completar o precisar la información relativa a las auditorías internas a las cuales se ha hecho referencia detalladamente en las líneas que anteceden.

Al respecto se anota que la información específica relativa al número y periodicidad de las auditorías internas y a las auditorías practicadas a la Oficina de la Floresta estaba contenida, en lo fundamental para los fines del proceso, en la documentación allegada por el representante legal del Banco desde el 8 de junio de 2018 y que el 17 de mayo anterior el mismo representante solicitó se le concediera un plazo prudencial para allegar al expediente las auditorías efectuadas por requerir su consecución un esfuerzo mayor; adicionalmente, se tiene que los requerimientos posteriores del Tribunal fueron atendidos de manera pronta y razonable por el Banco. De otra parte, la información inicialmente remitida, por sí sola, ha permitido al Tribunal establecer que no hubo incumplimiento de la condición precedente de responsabilidad. Por lo tanto, el que la alegada reticencia llegare a considerarse como indicio grave en contra de lo ya probado resultaría entonces inane, atendiendo, además, a que tal circunstancia no constituiría un indicio necesario del incumplimiento reprochado sino meramente contingente y equívoco.

Las constataciones y consideraciones que anteceden llevan al Tribunal a manifestar que la excepción “Ausencia de cumplimiento de las condiciones precedentes de responsabilidad del seguro” no está llamada a prosperar.

²²⁴ Cuaderno de Pruebas N°2, folio 47 vuelto.

10.3. Inexistencia del siniestro por ausencia de responsabilidad civil del Banco por improcedencia de las pretensiones de la demanda principal

Entre las Excepciones interpuestas por el Llamado en Garantía frente a la demanda contra el Banco Popular, incluyó la que denominó “Inexistencia de responsabilidad del Banco Popular”, precisando que dicha excepción se fundamenta en la *“Ausencia de responsabilidad por improcedencia de las pretensiones de la demanda principal por inexistencia de nexo de nexo(sic) de causalidad entre el daño y el Banco Popular”*.

Al examinar dicha excepción el Tribunal analizó la aducida inexistencia de nexo causal entre el daño inferido a la Parte Convocada, el régimen especial de responsabilidad contractual que regía la conducta del Banco frente a los hechos que generaron dicho daño, que fueron objeto de una condena penal para sus autores, y el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y correlativas derivadas de los contratos bancarios entre el Banco Popular y Cootraemcali. Como resultado de dicho examen, el Tribunal concluyó que si existió un nexo causal entre los dos extremos, daño y conducta del Banco, bajo la perspectiva de los riesgos asumidos por este último en su calidad de profesional de la intermediación financiera y, particularmente, aquellos denominados riesgos informáticos y riesgos cibernéticos.

En consecuencia, el Tribunal se remite a lo expresado sobre la materia al pronunciarse sobre la Excepción mencionada,²²⁵ estableciendo que no tiene vocación de prosperidad.

Adicionalmente, y en refuerzo de lo allí expresado en lo que tiene que ver con la existencia de nexo causal entre la conducta del banco y el daño por una parte, y su relación consecuencial sobre la responsabilidad contractual de aquel, por otra, el Tribunal debe reiterar en este momento lo expresado al pronunciarse sobre las excepciones de mérito contra la demanda arbitral “Hecho de un tercero”²²⁶ e “Inexistencia de culpa de Banco Popular”²²⁷, interpuestas por la Parte Convocada, y la de “Configuración del hecho de un tercero”²²⁸, aducida por el Llamado en Garantía. Frente a tales excepciones el Tribunal examinó lo relativo a la manera como el Banco incumplió sus obligaciones de seguridad,

²²⁵ Ver *supra*, Epígrafe 7.3.1.

²²⁶ Ver *supra*, Epígrafe 6.2.3.

²²⁷ Ver *supra*, Epígrafe 6.2.6.

²²⁸ Ver *supra*, Epígrafe 7.3.4.

diligencia y cuidado, al incurrir en una serie de omisiones frente al riesgo de asaltos informáticos a las cuentas bancarias. Tal circunstancia, dado el régimen especial de responsabilidad profesional que rige los servicios que las entidades bancarias prestan por autorización del Estado y, entre ellos, los de banca electrónica o virtual, conduce a que a través del obrar omisivo del banco frente a sus obligaciones de seguridad, diligencia y cuidado inherentes tanto a los contratos bancarios como a los servicios prestados a través del portal, se materializara el daño irrogado a la Convocante, encontrándose en tal proceder el nexo causal de donde resulta, en consecuencia, la responsabilidad civil contractual de la entidad bancaria.

Por lo anterior, la causal “Inexistencia del siniestro por ausencia de responsabilidad civil del Banco por improcedencia de las pretensiones de la demanda principal” no tiene vocación de prosperidad.

10.4. Reducción de la indemnización y compensación

La existencia de saldos adeudados por el Llamante en Garantía a favor de la Aseguradora está planteada por el excepcionante como una eventualidad; ahora bien, si tal eventualidad se materializara, daría lugar a controversias jurídicas cuya solución correspondería a deudor y acreedor, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Se trata, por lo tanto, de hechos eventuales que, de llegar a existir, excederían la competencia del Tribunal, aún en caso de condena a Seguros Alfa. Por esta razón la Excepción no está llamada a prosperar.

10.5. Inexistencia de la obligación de pagar el Lucro Cesante

Si bien el excepcionante en su escrito, hace referencia a “(...) *la Póliza de responsabilidad Civil N°LB-206718*” y a la aseguradora “*Liberty Seguros*”,²²⁹ el Tribunal señala que la existencia de la Póliza Global Bancaria N°2117-182, expedida por Seguros Alfa S.A. es un

²²⁹ Cuaderno “Llamamiento en Garantía”, folio 125.

hecho probado dentro del proceso ²³⁰, que tiene, además, el carácter de prueba aportada con el Llamamiento en Garantía²³¹ y también con la Contestación al mismo ²³².

Con fundamento en lo anterior y de acuerdo con lo establecido en el Art. 164 C.G.P, procedió a constatar si se configura, en relación con ella, la hipótesis prevista en el artículo 1088 del Código de Comercio que el excepcionante invoca, verificando que ni en la mencionada Póliza Global Bancaria, ni en sus condiciones generales, ni en sus condiciones particulares ni tampoco en sus anexos existe estipulación expresa de que se encuentre cubierto el lucro cesante. Por esta razón, por Tribunal reconoce que este componente indemnizatorio se encuentra excluido de la obligación de indemnizar asumida por el Llamado en garantía y que, por lo tanto, este último está exonerado del pago del lucro cesante.

En consecuencia, el Tribunal declarará la prosperidad de la Excepción *“Inexistencia de la obligación de pagar el Lucro Cesante.”*

10.6. Limitación a la suma asegurada y aplicación del deducible

Al verificar que lo manifestado en esta excepción se encuentra conforme con lo estipulado en la Póliza Global Bancaria sobre limitación de la indemnización a la suma asegurada y aplicación del deducible, el Tribunal reconoce, de una parte, la vigencia de la antedicha limitación y, de otra, manifiesta que se aplicará el deducible de \$200.000.000 en la liquidación de la indemnización a cargo del Asegurador. Por lo tanto, esta excepción está llamada a prosperar.

10.11. Prescripción

Esta excepción no fue alegada.

²³⁰ Epígrafe 9.1.

²³¹ Ibidem, folio 7 y folios 16 -107.

²³² Ibidem, folio 133 y folios 141-225.

10.12. Cualquier otra excepción probada que oficiosamente deba declararse

El Tribunal no encuentra que aparezcan probados hechos que constituyan cualquier otra excepción que oficiosamente debiera declarar.

11. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

El Tribunal hace constar que el Llamado en Garantía manifestó su oposición a todas las Pretensiones del Llamamiento por considerar que carecen de sustento fáctico y jurídico, en orden a lo cual hace una serie de pronunciamientos mediante consideraciones de hecho y de derecho; en general, esas pretendidas carencias sirvieron de sustento a las Excepciones de mérito frente al Llamamiento y, por lo tanto, fueron examinadas por el Tribunal al pronunciarse sobre ellas. En consecuencia, en este pronunciamiento del Tribunal sobre las Pretensiones del Llamamiento, solo hará referencia a las manifestaciones del Llamado en tanto y en cuanto no se hayan considerado previamente, al momento de fijar la posición del Tribunal sobre las excepciones.

11.1. Por estar probado, el Tribunal declarará que existe el Contrato de Seguro de Manejo Global Bancario número 2117-182., con vigencia del 28 de octubre de 2007 al 28 de octubre de 2008, en el cual el Banco Popular S.A. tiene la calidad de tomador, asegurado y beneficiario y la aseguradora es Seguros Alfa S.A.

11.2. Se ha establecido en el proceso la responsabilidad civil del Banco Popular por el incumplimiento de los contratos de prestación de servicios bancarios operacionalizados mediante la cuentas corrientes Nos. 110-569-15621-9 y 110-569-15629-2 y la cuenta de ahorros N°220-569-72040-2, adicionados por el contrato denominado “E- Popular Empresarial Internet BBS”; asimismo ha sido determinada la cuantía de los perjuicios sufridos por la Parte Convocada tal y como aparece en el pronunciamiento del Tribunal sobre las pretensiones de Condena de la Demanda arbitral, a raíz de las operaciones fraudulentas realizadas contra esas cuentas bancarias entre el 24 de septiembre y el 8 de

octubre de 2008 y, como resultado de lo anterior, la obligación a cargo del Banco Popular S.A. de indemnizar los perjuicios así causados

Por lo tanto, se encuentra configurado un siniestro cubierto bajo el amparo de responsabilidad civil profesional previsto en la Póliza de Manejo Global Bancario N° 2127-182 expedida por Seguros Alfa S.A., con vigencia del 28 de octubre de 2007 al 28 de octubre de 2008, en los términos y bajo las condiciones generales y particulares de dicha Póliza, sin que se hubiera acreditado en el proceso incumplimiento por parte del asegurado de las condiciones precedentes de responsabilidad.

En consecuencia, así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive del Laudo.

11.2ⁱ ²³³ Por las mismas razones y bajo los mismos términos señalados en el punto anterior, el Tribunal declarará que Seguros Alfa S.A. está obligada a indemnizar al Banco Popular S.A. a raíz de la condena que se le impondrá al Banco Popular en la parte resolutive del Laudo. Lo anterior, en razón del amparo relativo a las pérdidas patrimoniales que el Banco, como asegurado sufra, con motivo del giro normal de sus operaciones, bien sea por acciones internas o externas.

11.3. El Tribunal encuentra que se dan las condiciones de orden jurídico para declarar que tanto los gastos y costos del proceso arbitral como los honorarios de abogado por concepto de defensa del Banco Popular en este proceso, están amparados por la Póliza de Seguro de Manejo Global Bancario número 2117-182, con vigencia del 28 de octubre de 2007 al 28 de octubre de 2008, en los términos y bajo las Condiciones específicas señaladas en la Cláusula de condiciones de dicha Póliza, numeral 2, y en función de la cuantía de la indemnización. En consecuencia, así lo declarará en la Parte resolutive del Laudo.

11.4. El Tribunal encuentra procedente la Pretensión de que, de conformidad con el contrato de seguro y en particular en razón del amparo de costos judiciales y honorarios de abogado,

²³³ Este Epígrafe se refiere a la segunda Pretensión en aparecer marcada con el mismo número de la anterior: 3.2.

Seguros Alfa S.A. debe indemnizar al Banco Popular S.A., los costos y gastos incurridos que se deriven de este proceso, como consecuencia de su defensa, incluidos los honorarios de los abogados que lo representan; lo anterior, en los términos y bajo las condiciones específicas para esta cobertura señaladas en la Cláusula 2 de Condiciones de la Póliza y en función de la cuantía de la indemnización. En consecuencia, así lo declarará en la Parte resolutive del Laudo.

11.5. El Tribunal encuentra que están dadas las condiciones, tanto de orden fáctico como jurídico, para condenar a Seguros Alfa S.A. a pagar al Banco Popular S.A. las indemnizaciones que esta entidad bancaria sea condenada a pagar a la parte Convocante como resultado de este arbitramento, salvo en lo relativo al lucro cesante. Lo anterior, en virtud del pronunciamiento del Tribunal sobre la vocación de prosperidad de la Excepción de “Inexistencia de la Obligación de pagar el lucro cesante”, razón por la cual, es claro que Seguros Alfa no está obligada a restituirle al Banco Popular lo que pague por este concepto.

11.6. Con la salvedad establecida en materia de lucro cesante y en el evento de que hubieran hubiere otros pagos a título de indemnización que tuviera que asumir el Banco, Seguros Alfa estaría obligada a restituírseles pero en los términos y bajo las condiciones generales y particulares de la Póliza de Manejo Global Bancario, en función de la cuantía establecida, con las exclusiones del riesgo amparado y las limitaciones derivadas de la suma asegurada o de la existencia de deducibles. Así lo declarará en consecuencia el Tribunal.

11.7. El Tribunal encuentra procedente condenar a Seguros Alfa S.A., a pagar los costos y gastos que se deriven de este proceso, incluidos los honorarios de abogados que representaron al Banco Popular en el presente litigio; lo anterior, en los términos y bajo las condiciones específicas para esta cobertura señaladas en la Cláusula 2 de Condiciones de la Póliza y en función de la cuantía de la indemnización. En consecuencia, así lo declarará en la Parte resolutive del Laudo.

11.8. El Tribunal procederá a la liquidación de costas del proceso. incluidas las agencias en derecho originadas en el Llamamiento en Garantía y en su trámite procesal, de conformidad

con lo estipulado en el artículo 365 CGP. En consecuencia, y reconociendo, en estos términos, el fundamento puramente legal y no fáctico de esta pretensión, pues no está dirigida a suscitar una declaración relacionada directamente con los hechos expuestos en el Llamamiento, el Tribunal declarará la vocación de prosperidad de esta Excepción.

12. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO

La regulación procesal confiere al Juramento Estimatorio (Art. 82, Num,7, CGP), tres funciones: (i) como requisito formal de la demanda; (ii) como medio de prueba y (iii) como mecanismo sancionatorio.

Como requisito de la demanda, fue considerado en la calificación de admisibilidad de la misma, agotada la etapa procesal correspondiente; como medio de prueba, tiene ese carácter en cuanto sirve para demostrar el monto o cuantía de la reclamación económica que se formula cuando, incorporado a la demanda como requisito que es, según lo dicho, no es objetado o cuando sí o es como acontece en este proceso, el juez debe pronunciarse sobre los fundamentos y alcance probatoria de la objeción tal y como lo hizo ya el Tribunal; y como mecanismo sancionatorio, aspecto que interesa en este acápite del laudo, el precepto en cuestión consagra distintos supuestos frente a los cuales, de configurarse se derivan consecuencias sancionatorias.

El Tribunal se refirió ya a las razones en las cuales el señor apoderado de la parte Convocada fundamentó su objeción al juramento estimatorio²³⁴, estableciendo que tales razones no desvirtúan, en lo esencial, la razonabilidad del mismo. El hecho de apelar a la tasa de usura como método para calcular los intereses moratorios no contraría ninguna norma ni sustancial ni procesal y responde a un criterio jurídico que así no comparta el Tribunal, no permite calificarlo como indebido, antijurídico o carente de razonabilidad. Además, se reitera, el

²³⁴ Ver Epígrafe 8.4.3.

28

propio demandante planteó como pretensión subsidiaria para la liquidación del lucro cesante, su estimación y cálculo mediante la tasa de interés corriente. Finalmente, ni el monto de los perjuicios estimados en la demanda, \$ 2.095.243.160, excede en un 50% el monto total que ha sido establecido como resultado del proceso, \$ 1.987.198.861, ni las pretensiones de la demanda han sido desestimadas.

No se configuran, por lo tanto, a nivel fáctico los presupuestos normativos establecidos en el artículo 206 CGP, modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, para la imposición a la Parte Convocada, ni a su apoderado, de las sanciones impetradas por la Convocante a raíz del juramento estimatorio.

III.CAPÍTULO: COSTAS

Es sabido que las costas del proceso están constituidas por las expensas o gastos necesarios o útiles en que incurren las partes por la tramitación del proceso incluidas las denominadas agencias en derecho, asociadas a la vocería judicial desplegada a través de la actuación procesal.

Esta materia se regula en sus aspectos principales y tratándose de procesos entre particulares como el presente, por el Código General del Proceso que en su artículo 365, establece las reglas aplicables al respecto.

La regulación legal obedece a un criterio objetivo, bajo el cual el Tribunal debe proceder a establecer y liquidar las costas con base en la estructura del proceso, la conformación de los sujetos procesales y la decisión final sobre las pretensiones de condena.

Al respecto se tiene que al ser el presente un proceso declarativo de responsabilidad civil, tramitado por la vía ordinaria, la Parte Demandada, Banco Popular S.A. llamó como garante

a la compañía Seguros Alfa S.A., en virtud del contrato de seguros Póliza Global Bancaria existente entre ellos. A partir de la vinculación al proceso del Llamado en Garantía, se integró un consorcio cuasi necesario, al amparo del cual la compañía aseguradora actuó ejerciendo los derechos, facultades y deberes establecidos para las partes procesales y otros terceros en el Código General del Proceso, aplicables al proceso arbitral, en concordancia con la Ley 1563/12. En razón de lo anterior, la decisión del Tribunal que se formaliza en este Laudo consta de dos partes: la que decide sobre las pretensiones de la Demanda arbitral y la que lo hace en relación con las pretensiones del Llamamiento. Por ello, la liquidación de costas, particularmente en lo que tiene que ver con las agencias en derecho, tendrá que hacerse de manera que guarde coherencia con esa realidad procesal, a partir de la condena impuesta al Banco Popular y la condena correlativa a Seguros Alfa de hacer efectivo el pago del siniestro probado, en lo relativo al daño emergente.

En desarrollo de lo anterior, el Tribunal dictará dos condenas en costas: una a cargo del Banco Popular S.A. y otra a cargo de Seguros Alfa S.A.

La liquidación de la condena en costas a cargo del Banco Popular y a favor de Cootraemcali, incluirá los siguientes rubros:

- La suma de cincuenta y cinco millones quinientos nueve mil setecientos un pesos (\$55.509.701), que equivalen al cincuenta por ciento (50%) de la partida de honorarios y gastos del proceso a cargo de la Parte Convocante, incluidos los IVAs pertinentes, de conformidad con la providencia que hizo la fijación correspondiente (Acta N°9).
- La suma de cuarenta y un millones seiscientos sesenta y nueve mil setecientos setenta y ocho pesos (\$41.669.778) por concepto de agencias en derecho.

El valor total de las costas (incluidas las agencias en derecho) a cargo del Banco Popular en cuantía de noventa y siete millones ciento setenta y nueve mil cuatrocientos setenta y

nueve pesos (\$97.179.479) , se reflejará como condena en la parte resolutive de esta providencia, sin perjuicio de advertir el Tribunal , de acuerdo con la información que reposa en el expediente, que la partida de honorarios y gastos del proceso fijada en la Providencia incorporada en el Acta N°10, fue entregada al Presidente del Tribunal, en la oportunidad procesal pertinente por las Partes Convocante y Convocada.

La liquidación de la condena en costas a cargo de Seguros Alfa y a favor del Banco Popular estará constituida por una partida de agencias en derecho que el Tribunal tasa en la suma de treinta y tres millones trescientos treinta y cinco mil ochocientos veintidós pesos (\$33.335.822).

IV. CAPÍTULO: PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir la controversia suscitada entre la **COOPERTIVA DE TRABAJADORES DE EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI Y OTROS- COOTRAEMCALI-** parte demandante y el **BANCO POPULAR S.A.**, parte Demandada, así como decidir sobre las pretensiones del Llamamiento en Garantía que la demandada hizo a la compañía **SEGUROS ALFA S.A.** , administrando justicia en nombre de la República de Colombia y habilitación de las Partes y del Llamado en Garantía:

RESUELVE:

PRIMERO. Desestimar, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva, las excepciones de mérito formuladas por el BANCO POPULAR S.A., bajo los rótulos de: “INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE COOTRAEMCALI”; “CULPA DE LA VÍCTIMA”; “HECHO DE UN TERCERO”; “INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE LOS SISTEMAS DEL BANCO”; “CUMPLIMIENTO DE LOS PROTOCOLOS DE SEGURIDAD POR PARTE DEL BANCO”; “INEXISTENCIA DE CULPA DEL BANCO” y “GENÉRICA”.

SEGUNDO. Desestimar, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva, las excepciones de mérito formuladas por SEGUROS ALFA S.A., contra las pretensiones de la demanda arbitral bajo los rótulos de: “ INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO POPULAR”; “INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CUIDADO Y SEGURIDAD POR PARTE DE COOTRAEMCALI”; “CULPA EXCLUSIVA DE COOTRAEMCALI”; “CONFIGURACIÓN DEL HECHO DE UN TERCERO; “INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE LOS SISTEMAS DEL BANCO”; “REDUCCIÓN DE LA DEUDA Y COMPENSACIÓN DE CULPAS” y “CUALQUIER OTRA EXCEPCIÓN QUE OFICIOSAMENTE DEBA DECLARARSE”.

TERCERO. Declarar al BANCO POPULAR S.A. responsable civil y contractualmente por el incumplimiento de los contratos de prestación de servicios bancarios operacionalizados mediante las cuentas corrientes números 110-569-15621-9 y 110-569-15621-2 y la cuenta de ahorros N°220-569-72040-2 cuyo titular era la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI Y OTROS-COOTRAEMCALI, adicionados por el contrato denominado “E-Popular Empresarial Internet BBS”, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva del Laudo.

CUARTO. Declarar que como consecuencia del incumplimiento contractual señalado en el punto anterior, las cuentas corrientes números 110-569-15621-9 y 110-569-15621-2 y la cuenta de ahorros N°220-569-72040-2 cuyo titular era la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI Y OTROS-COOTRAEMCALI, se vieron afectadas por débitos efectuados por terceros entre el 24 de septiembre y el 8 de octubre de 2008, sin autorización del titular, en un monto de SEISCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TREINTA Y TRES PESOS (\$624.979.033).

QUINTO. Declarar al BANCO POPULAR S.A. responsable civil y contractualmente por el incumplimiento de los contratos de prestación de servicios bancarios operacionalizados mediante las cuentas corrientes números 110-569-15621-9 y 110-569-15621-2 y la cuenta de ahorros N°220-569-72040-2 cuyo titular era la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI Y OTROS-COOTRAEMCALI, adicionados por el contrato denominado “E-Popular Empresaria Internet BBS” por no haber cumplido lo dispuesto en el Capítulo XII del Título I de la Circular Básica Jurídica N°007 de la Superintendencia Bancaria- hoy Superintendencia Financiera de Colombia- en diversos aspectos relativos a requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de operaciones a través de Internet, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva del Laudo.

SEXTO Como consecuencia del incumplimiento contractual declarado en el Punto TERCERO y, asimismo, aunque de forma independiente, como consecuencia del incumplimiento contractual declarado en el punto QUINTO, condenar al BANCO POPULAR S.A. a pagar a la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI Y OTROS-COOTRAEMCALI, a título de indemnización de perjuicios, las siguientes suma de dinero;

1.- La suma de SEISCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TREINTA Y TRES PESOS (\$624.979.033), a título de daño emergente.

2.-La suma de MIL TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTIOCHO PESOS a título de lucro cesante.

PARÁGRAFO. Entiéndase denegada la Pretensión contenida en el Epígrafe 1.3.2. del Acápite de Pretensiones de la Demanda Arbitral, relativo al pago de la suma de \$1.451.164.136 por intereses moratorios sobre el capital a título de lucro cesante.

SÉPTIMO. Condenar al Banco Popular a pagar a la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI Y OTROS-COOTRAEMCALI, la suma de NOVENTA Y SIETE MILLONES CIENTO SETENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$97.179.479), por concepto de costas, discriminada de la siguiente manera:

La suma de CINCUENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS NUEVE MIL SETECIENTOS UN PESOS (\$55.509.701), por concepto de costos y gastos del proceso.

La suma de CUARENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$41.669.778), por concepto de agencias en derecho.

OCTAVO. Desestimar en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva, las excepciones formuladas por SEGUROS ALFA S.A. bajo los rótulos de: “INEXISTENCIA DE SINIESTRO POR APLICACIÓN DE LAS CONDICIONES ESTIPULADAS EN EL ANEXO DE INDEMNIZACIÓN PROFESIONAL”; “AUSENCIA DE CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES PRECEDENTES DE RESPONSABILIDAD DEL SEGURO”;

“INEXISTENCIA DE SINIESTRO POR AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL BANCO POR IMPROCEDENCIA DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL”; “REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN Y COMPENSACIÓN”; “CUALQUIER OTRA EXCEPCIÓN PROBADA QUE OFICIOSAMENTE DEBA DECLARARSE”.

NOVENO. Declarar fundadas en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva del Laudo las excepciones formuladas por SEGUROS ALFA S.A. bajo los rótulos de: “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EL LUCRO CESANTE” y “LIMITACIÓN DE LA SUMA ASEGURADA Y APLICACIÓN DE DEUCIBLE”.

DÉCIMO. Declarar que existe el contrato Seguro Póliza de Manejo Global Bancario número 2117-182, con vigencia del 28 de octubre de 2007 al 28 de octubre de 2008, en el cual el BANCO POPULAR S.A. tiene la calidad de tomador, asegurado y beneficiario y la aseguradora es SEGUROS ALFA S.A.

DÉCIMO PRIMERO. Declarar que se encuentra configurado un siniestro cubierto bajo el amparo de responsabilidad civil profesional previsto en la Póliza de Manejo Global Bancario N°2127-182 expedida por Seguros Alfa S.A., con vigencia del 28 de octubre de 2007 al 28 de octubre de 2008, que se ha concretado con la obligación del BANCO POPULAR S.A. de pagar a la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI Y OTROS-COOTRAEMCALI, los perjuicios a ella causados como consecuencia de débitos efectuados por terceros, sin autorización del titular de las cuentas corrientes números 110-569-15621-9 y 110-569-15621-2 y de la cuenta de ahorros N° 220-569-72040-2, cuyo titular era la mencionada Cooperativa, entre el 24 de septiembre y el 8 de octubre de 2008.

DÉCIMO SEGUNDO. Declarar que, conforme a la Póliza de Seguro de Manejo Global Bancario N°2117-182, con vigencia del 28 de octubre del 2007 al 28 de octubre de 2008, y en razón del amparo relativo a las pérdidas patrimoniales que el BANCO POPULAR S.A., en su condición de asegurado, sufra con motivo del giro normal de sus operaciones, bien sea por acciones internas o externas, SEGUROS ALFA S.A. está obligada a indemnizar a dicha entidad bancaria a raíz de la condena que le ha sido impuesta en este Laudo.

DÉCIMO TERCERO. Declarar que tanto los gastos y costos del proceso arbitral como los honorarios de abogado por concepto de defensa del BANCO POPULAR S.A. en este proceso, están amparados por la Póliza de Seguro de Manejo Global Bancario número 2117-182, con vigencia del 28 de octubre de 2007 al 28 de octubre de 2008, en los términos y bajo las Condiciones específicas señaladas en la Cláusula de condiciones de dicha Póliza, numeral 2, en lo que respecta al amparo de costos judiciales y honorarios de abogado y en función de la cuantía de la indemnización que resulta obligado a pagar.

DÉCIMO CUARTO. Declarar que SEGUROS ALFA S.A. debe indemnizar al BANCO POPULAR S.A., los costos y gastos derivados de este proceso, como consecuencia de su defensa, incluidos los honorarios de los abogados que lo representan; lo anterior, en los términos y bajo las condiciones específicas para el amparo de costos judiciales y honorarios de abogados señaladas en la Cláusula 2 de Condiciones de la Póliza y en función de la cuantía de la indemnización que resulta obligado a pagar.

DÉCIMO QUINTO. Condenar a SEGUROS ALFA S.A. a pagar al BANCO POPULAR S.A. lo que cancele este último a la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI Y OTROS -COOTRAEMCALI-, por concepto de

82

Tribunal de Arbitraje de Cooperativa de Trabajadores de Empresas Municipales de Cali y Otros
COOTRAEMCALI Vs. BANCO POPULAR S.A.

daño emergente, según lo dispuesto en el Punto SEXTO de la parte resolutive del Laudo, vale decir, SEISCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TREINTA Y TRES PESOS (\$624.979.033), pero descontando DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000), suma esta última que será pagada directamente por el BANCO POPULAR S. A. a la mencionada Cooperativa. Lo anterior, en observancia de lo previsto en la Póliza Global Bancaria señalada en el punto DÉCIMO de la Parte Resolutiva, en cuanto a limitación de la cobertura a la suma asegurada y a aplicación de deducible.

DÉCIMO SEXTO. Condenar a SEGUROS ALFA S.A. a pagar los costos y gastos derivados del presente proceso que son de cargo del BANCO POPULAR S.A. según lo que se ha decidido en este Laudo, así como los honorarios de abogado estipulados a favor de quienes llevaron su vocería judicial, lo anterior en los términos y bajo las condiciones específicas para el amparo de costos judiciales y honorarios de abogados señaladas en la Cláusula 2 de Condiciones de la Póliza y en función de la cuantía de la indemnización a su cargo que ha sido establecida en este Laudo.

En consecuencia, los costos y gastos procesales y de honorarios que SEGUROS ALFA deberá tomar en consideración para establecer los montos a los cuales resulte obligada para hacer efectivo a favor del BANCO POPULAR S.A. el amparo de costos judiciales y honorarios de abogados estipulado en el Seguro Póliza de Manejo Global Bancario, son los siguientes:

La suma de NOVENTA Y SIETE MILLONES CIENTO SETENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$97.179.479), por concepto de costas.

La suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$ 40.000.000) por concepto de honorarios profesionales como apoderado del BANCO POPULAR en este proceso del Dr.

JOSÉ MIGUEL CALDERÓN LÓPEZ., según lo convenido entre el Banco y su apoderado judicial en comunicación del 12 de julio de 2017²³⁵.

DÉCIMO SÉPTIMO. Condenar a SEGUROS ALFA S.A. a pagar al BANCO POPULAR S.A., la suma de TREINTA Y TRES MILLONES TRECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS VEINTIDÓS PESOS (\$33.335.822), por concepto de agencias en derecho.

DÉCIMO OCTAVO. Denegar la solicitud de imposición a la COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI Y OTROS-COOTRAEMCALI, o a su apoderado judicial, de las sanciones previstas en al Artículo 206 CGP, en concordancia con el artículo 13 de la ley 1743 de 2014, por las razones indicadas en la parte motiva.

DÉCIMO NOVENO. Declarar causado el saldo de los honorarios del Árbitro Único y el secretario, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta la contribución arbitral especial establecida en el artículo 22 de la ley 1743 de 2014, modificado por el artículo 362 de la Ley 1819 de 2016. Las Partes, y el Llamado en Garantía, expedirán los certificados de retención correspondientes. En la oportunidad legal, el presidente hará la liquidación final de gastos y con la correspondiente cuenta razonada, devolverá, si a ello hubiere lugar, el saldo a las Partes y al Llamado en Garantía.

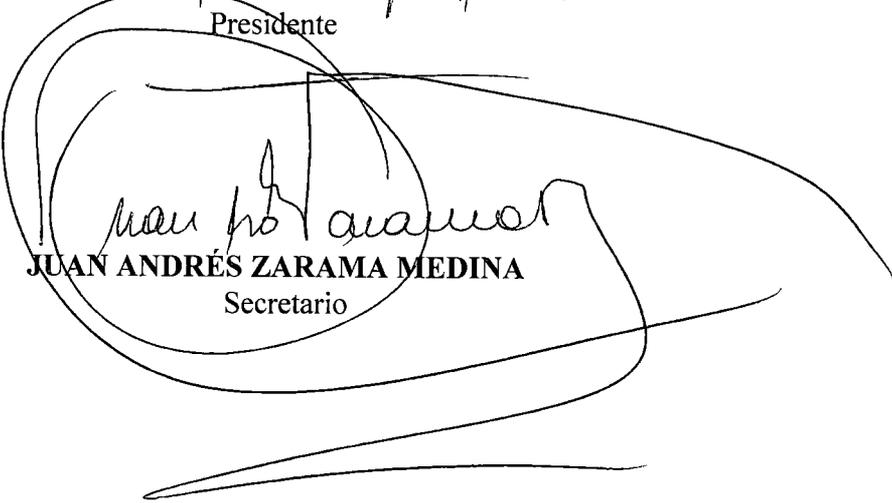
VIGÉSIMO. Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo, con las constancias de Ley con destino a cada una de las Partes y al Llamado en Garantía.

²³⁵ Cuaderno Llamamiento en Garantía, folio 110.

VIGÉSIMO PRIMERO. Disponer que el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El presente Laudo queda notificado en Audiencia.


CARLOS ADOLFO ARENAS CAMPOS
Presidente


JUAN ANDRÉS ZARAMA MEDINA
Secretario