



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Magistrado Ponente

SC1304-2022

Radicación n.º 11001-31-03-020-2015-00297-01

(Aprobado en sesión virtual de veinticuatro de marzo de dos mil veintidós)

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandante **LINA MARÍA BARGUIL MANRIQUE** contra la sentencia proferida el 31 de julio de 2017 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso de responsabilidad civil contractual que instauró frente a **ASESORÍAS E INVERSIONES S.A.-** hoy **VALORALTA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA.**

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

1. Con sustitución de demanda (fls. 265 a 300, c. 1) y el escrito que la subsanó (fls. 304 a 306), pidió que se declare que entre la actora y la demandada **ASESORÍAS E INVERSIONES S.A.-** hoy **VALORALTA S.A. COMISIONISTA**

DE BOLSA se suscribieron los contratos denominados «*Contrato para la Administración y Custodia de Valores*», y «*Apertura de Cuenta Persona Natural*». A su turno, instó a que se declare que la pasiva incumplió el denominado contrato para la administración y custodia de valores.

2. Consecuencialmente, solicitó que se condene al pago de los perjuicios causados a Lina María Barguil Manrique, estimados y tipificados así: dos mil doscientos setenta y dos millones trescientos cuarenta y tres mil novecientos veintiocho pesos m/cte. (\$2.272.343. 928.00), a título de daño emergente y doscientos veintisiete millones seiscientos cincuenta y seis mil setenta y dos pesos m/cte (\$227.656.072, 00), por concepto de lucro cesante. Reclamó, asimismo, daños morales representados en la afectación a su buen nombre comercial, por una suma equivalente a cien salarios mínimos mensuales legales (100 SMLMV) a la fecha en que se profiera la respectiva sentencia.

B. Causa petendi

1. Adujo que se vinculó comercialmente con la sociedad ASESORÍAS E INVERSIONES S.A. (hoy VALORALTA S.A.) mediante la suscripción de diferentes documentos, entre ellos los denominados “*Contrato para la Administración y Custodia de Valores*” y “*Apertura de Cuenta Persona Natural*», instrumentos elaborados por la sociedad comisionista de bolsa. La apertura de la cuenta se realizó con el traslado de un portafolio de acciones que la demandante

tenía en Proyectar Valores, con un valor de \$600.000.000, aproximadamente.

2. Anotó que varias de las prestaciones derivadas de los citados contratos fueron incumplidas por Asesorías e Inversiones S.A. (Hoy Valoralta S.A.). En particular, blandió que se: i) quebrantó la obligación de custodia y buen manejo de los bienes entregados por Lina Barguil; ii) violaron los procedimientos establecidos en la Ley y en el Reglamento para el manejo de la información, el montaje de operaciones de reporto y operaciones de recompra; iii) gestionó inapropiadamente el ingreso y egreso de capital a la cuenta que tenía en la comisionista.

3. Manifestó que la demandada nunca hizo entrega de los extractos en la dirección electrónica indicada. Empero, sin su autorización, los suministraba a un tercero, Alessandro Corridori, en una dirección distinta a la registrada por Lina Barguil para las notificaciones.

4. Aseguró que Asesorías e Inversiones S.A (hoy Valoralta S.A.) le comunicó que las acciones de su propiedad, de la especie «*Fabricato*» y que estaban en depósito, habían sido objeto de operaciones de reporto. Al respecto, manifestó que no autorizó y desconocía que sus acciones eran objeto de la mencionada práctica. Adicionalmente, resaltó que las órdenes para dichas operaciones las había impartido el señor Alessandro Corridori -sin su anuencia-.

5. Aludió que con la firma del documento denominado “*Apertura de Cuenta de Persona Natural*”, designó al señor Camilo Lotta como ordenante de la cuenta. Apuntó que, en dicho instrumento, «*se evidencia que no se le conceden facultades para el manejo y libre disposición de los recursos del CLIENTE*». En consecuencia, en su sentir, el ordenante solo podía hacer operaciones de compra y venta de acciones.

6. Insistió en que el ordenante no tenía facultades para hacer operaciones de reporto, de conformidad con el documento denominado «*carta de compromiso para la celebración de operaciones de venta con pacto de recompra de acciones*». Máxime si el espacio en donde se anunciaban las personas autorizadas para las operaciones *repo*, frente a la sociedad comisionista, estaba vacío.

7. Destacó que las operaciones de reporto sobre las acciones fueron realizadas sin que las hubiera ordenado y sin su conocimiento. En adición, esgrimió que las comunicaciones utilizadas para la constitución de las operaciones de reporto distan de los requisitos reglamentarios establecidos por el Autorregulador del Mercado para este tipo de transacciones.

8. En suma, desde su perspectiva, el ordenante no tenía facultades para disponer de recursos ni para montar operaciones de reporto. No obstante, Asesorías e Inversiones S.A. (hoy Valoralta S.A.) desconoció tal límite, violando así el contrato suscrito con la comitente y las normas legales que regulan dichas transacciones.

C. Posición de la demandada

1. Asesorías e Inversiones S.A. (hoy Valoralta S.A.) se opuso oportunamente a las pretensiones (fls. 399 a 406, c.1 tomo b.). Propuso las defensas de «*excepción de buena fe de la sociedad ASESORÍAS E INVERSIONES S.A. –hoy VALORALTA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA*», «*excepción de legitimidad en el actuar del ordenante*», «*excepción de contrato cumplido*», «*no acreditación debida del daño e inexistencia del daño moral alegado*». Formuló las excepciones previas de «*cláusula compromisoria*» y «*falta de jurisdicción*», que fueron denegadas por el *a quo*, en providencia, que luego de ser recurrida, fue confirmada en su integridad.

1.1. En síntesis, explicó (i) que cumplió con las obligaciones que le correspondían por ley en el desarrollo de los contratos suscritos con el demandante; (ii) que la información sobre los contratos se entregó al ordenante de la cuenta, Camilo Andrés Lotta Gil, persona designada en tal calidad por la demandante; (iii) que el ordenante estaba facultado para realizar cualquier tipo de operación, incluidas las operaciones repo; (iv) que las operaciones que se realizaron con los recursos de la demandante fueron dirigidas por el señor Camilo Andrés Lotta Gil, ordenante de la actora.

1.2. Reiteró que «*ejecutó todas las operaciones que se le encomendaron de buena fe, hecho que se deduce de la forma como actuó, esto es de las órdenes impartidas por el señor Camilo Andrés Lotta Gil, quien fue designado*

expresamente como ordenante de la cuenta por la misma señora Lina María Barguil Manrique». Insistió en que el ordenante se encontraba legitimado para realizar cualquier tipo de operación. Arguyó que «no resulta lógico entonces que la señora Lina María Barguil Manrique otorgue un mandato sin ningún tipo de limitación a su ordenante, y acto seguido, lo desconozca aduciendo que el señor Lotta Gil no se encontraba facultado para celebrar operaciones repo y que necesitaba para el efecto un poder debidamente otorgado, máxime cuando en el formato diligenciado por ella se expresa con claridad que dicho requisito no era necesario».

2. Por otra parte, manifestó que los daños y los perjuicios aducidos no tienen asidero pues *«no especifica el monto de los recursos ingresados indebidamente, de las acciones enajenadas ni de las operaciones repo y, mucho menos, de dónde sale la suma establecida, lo que constituye un indebido establecimiento del daño».*

3. Finalmente, señaló la existencia de pacto arbitral. Al respecto resaltó *«el documento mediante el cual se regula la relación comercial entre Valoralta S.A. comisionista de bolsa y la señora Lina María Barguil Manrique para la celebración de este tipo de operaciones, es claro en establecer la existencia de pacto arbitral, por cuanto menciona que ante cualquier diferencia que surge entre las partes en relación con la ejecución de este tipo de operaciones, la misma deberá ser sometida ante Tribunal de arbitramento».*

D. Resolución en las instancias

Culminado el trámite correspondiente a la primera instancia, el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia desestimatoria de las pretensiones, la que, oportunamente apelada (fls. 940- 963, c.1, tomo c), fue confirmada por el *ad quem*.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El Tribunal comenzó por verificar la reunión de los presupuestos procesales para proferir sentencia de mérito. Indicó que el problema estribaba en determinar si el ordenante estaba o no facultado para realizar operaciones de reporto o *repo* sobre las acciones de la demandante. Apoyado en antecedente jurisprudencial de 30 de marzo de 2012, explicó la importancia del contrato de comisión bursátil y su incidencia para los fines del Estado. Seguidamente, abordó la temática de los actos jurídicos coligados y su definición «*la pluralidad coordinada de contratos cada uno de los cuales responde a una causa autónoma aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja*».

2. Posteriormente, indicó que «*es notorio que en el sub-lite, existen dos negocios jurídicos con causas independientes que se dirigen a un propósito común, por un lado, el de comisión y, por otro, el que regula la relación entre la inversionista y el ordenante*». De tal manera que ocupó su atención en la relación obligatoria entre la demandante y el ordenante, la cual calificó de “*mandato*”. A renglón seguido,

acotó que *«en virtud de la gestión el mandatario se encarga de adelantar negocios jurídicos o actos de comercio por cuenta del mandante que los artículos 1262 a 1286 del código de Comercio regulan la figura en términos generales, disponen además que los negocios encomendados abarcan todos aquellos actos que sean necesarios para lograr su cumplimiento, luego sólo es posible ejecutar actuaciones por fuera de esos confines cuando así haya sido autorizado de manera expresa por el mandante».*

3. Aunado a lo anterior, observó que en el instrumento contractual – apertura de cuenta persona natural- se señalaba que el *«ordenante y/o representante legal es la persona que está autorizada por el titular para dar órdenes en cualquier tipo de operación mientras se encuentre en vida (venta, compra, reinversión, cancelación, etc) Este actúa en calidad de mandatario del titular de la cuenta, el ordenante actúa sin necesidad de un poder previamente otorgado por el titular de la cuenta a diferencia del representante legal».* Anotó que en el referido acto se consignó que *«el cambio de estas personas deberá ser informado por escrito a Asesorías e Inversiones S.A. Declaró que los ordenantes tendrán la libre disposición de los recursos del cliente si o no. En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa autorizo para que disponga plenamente y sin limitación de los recursos que el suscrito posee en Asesorías e Inversiones sea a través de cualquier producto cuenta o cartera colectiva».*

4. Así las cosas, se enarboló que *«la circunstancia de no haber marcado con una equis si admitía o no que el ordenante*

tuviera libre disposición sobre los recursos no tiene los alcances que propone el inconforme, simplemente porque no es viable considerar que la señora Barguil Manrique limitó las atribuciones que corresponden a su ordenante». En apoyo del referido planteamiento, expuso que «si el propósito de la promotora era definir a qué actividades debían concretarse las potestades del ordenante, ha debido señalar que lo era únicamente para la compra y venta de acciones. Sin embargo, como así no lo hizo no es viable predicar la extralimitación, ya que el giro ordinario de los negocios bursátiles no se reduce a esas dos operaciones, siendo, por tanto, inherentes al tipo de actividad que se desarrolla, las de reporto».

5. Por otra parte, subrayó que en el plenario no quedó demostrado que el ordenante se haya desviado del acto de representación *«pues se insiste, las relaciones ejecutadas por Lotta Gil, no se muestran ajenas al giro ordinario del negocio para el cual fue designado»*. En punto de la operación de reporto, denotó que se cumplió con lo establecido en el Reglamento de la Bolsa de Valores de Colombia y su Circular Única, *«al suscribir una carta de compromiso»*.¹

6. A su turno, acometió el estudio del incumplimiento a los deberes de información que se le atribuyó a la convocada. Discernió que los documentos que contenían los pormenores

¹ Aunado a que el reglamento interno del Autorregulador del Mercado de Valores en su artículo 51.12, *«consagra que los clientes podrán facultar a una o varias personas para que impartan órdenes en su nombre»*. Así mismo, advirtió que el ordenante de manera previa a la primera operación de reporto contaba con autorización. En efecto, concluyó que no hubo extralimitación en la ejecución del mandato. Al respecto, *«desde un estadio inicial, se insiste, quedaron establecidas las facultades de las cuales había sido investido, - el ordenante- aunado a que no existe prohibición para que tratándose de este tipo de negocios sea el titular de la cuenta el único llamado emitir la orden, sino que es viable hacerlo por conducto de la persona que autorice»*.

de las operaciones realizadas fueron enviados al ordenante por disposición de la demandante. Para arribar a tal aserto, estimó la declaración rendida ante la Superintendencia Financiera, por parte del representante legal de Asesoría e Inversiones S.A., en la cual se ó que *«llegaban papeletas todos los días y se las hacía llegar al señor Lotta porque ella no sabe de eso... las recogió sin abrirlas y se las remitía a él y no quería que le llegaran más a ella por lo que decidió que se las dirigieran a aquel»*. Adicionalmente, singularizó que *«la promotora admite que dichos documentos fueron enviados a su ordenante, lo anterior nuevamente desvía la discusión a un plano de responsabilidad del mandatario que no de la comisionista»*

7. Por otra parte, analizó la estipulación contenida en el instrumento de apertura de cuenta y concretamente el aparte según el cual se *«excluye de toda responsabilidad a la comisionista de todos los actos del ordenante»*. Al respecto, indicó que *«dicha estipulación no es viable considerarla como abusiva, comoquiera que solamente hace relación a que la inversionista conoce el alcance y los riesgos de designar a un ordenante para autorizar las operaciones que encarga, pero en modo alguno limita o reduce la responsabilidad del comisionista, ni constituye un régimen de alteración de su responsabilidad, por las acciones u omisiones que le sean atribuibles de forma directa o reflejan el ejercicio de sus funciones»*.²

² En efecto, consideró que la estipulación no es ineficaz y que, además, el ordenante no tenía subordinación ni dependencia en relación con la comisionista. Añadió que la operatividad de la cláusula es evidenciar *«que el comitente acepta el riesgo propio del negocio, al permitir que su ordenante realice en su nombre operaciones»*.

8. Inconforme, el pretensor interpuso la impugnación extraordinaria, concedida en proveído de 11 de agosto de 2017 (fl.25, c. 5).

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN.

Se formularon cuatro cargos. Dado que los embates primero y segundo se sustentan en los mismos fundamentos fácticos, serán estudiados conjuntamente.

PRIMER CARGO

1. Denunció la violación directa de las normas sustanciales consagradas en los artículos 822, 833, 871, 1263, 1266, 1267, 1269, y 1287 del Código de Comercio, así como en los preceptos 1505, 1603, 2156, 2157, 2158, 2159, 2174 y 2176 del Código Civil. Tras enunciar lo discurrido por el Tribunal en torno al contrato de mandato mercantil en el contexto de los negocios bursátiles, advirtió que su particular entendimiento *«contradice frontalmente las disposiciones jurídicas anteriormente mencionadas, que establecen, por el contrario, que la actividad del mandatario tiene límites precisos que vienen dados por los términos del encargo y, particularmente, por las fronteras que delimitan el negocio específicamente encomendado»*.

1.1. A su turno, evidenció una contradicción del Colegiado en cuanto a lo sostenido frente a los casos de extralimitación del mandatario, lo cual *«vulnera en forma directa las normas sustanciales arriba señaladas, en*

particular las que consagran los efectos de la buena fe contractual en los contratos coligados».

1.2. Explicada la figura jurídica del mandato mercantil a la luz de los artículos 1266, 1267, 1263 y 1269 del Código de Comercio y 2156 del Código Civil, coligió que *«existen límites a la labor del mandatario que se derivan de las instrucciones dadas por el mandante, de los intereses de este último y de la naturaleza misma del encargo que le sea encomendado».* Por ello, la conducta que debe adoptar el mandatario frente a las circunstancias que no hayan sido previstas por el mandante es la de *«abstenerse de ejecutar el encargo con el fin de consultar con el comitente, comoquiera que esas circunstancias no previstas pueden afectar sus intereses y alterar su voluntad».*

2. Posteriormente, acudió a la regulación contenida en los artículos 2157 y 2176 del Código Civil y en el canon 822 del Código de Comercio, que permiten demostrar que *«las disposiciones civiles como las comerciales permiten integrar el conjunto de las obligaciones del mandatario y los deberes de conducta que le son exigibles, y sobresale que aquellas tienen su fundamento en el carácter restrictivo de la interpretación que debe darse a la extensión del encargo».*

3. De igual manera, llevó a cabo un desarrollo jurisprudencial y doctrinal en torno a las instrucciones impartidas al mandatario y la manera en que este debe ajustar su conducta a las mismas, del cual se concluye que *«el mandatario debe ajustar su conducta a los precisos*

términos contenidos en el encargo, tal como fueron definidos por el mandante, puesto que se trata de la gestión de intereses ajenos. En consecuencia, al exigir la ley que el mandatario se ciña rigurosamente a los términos del mandato, no es posible dar una interpretación amplia e irrestricta a las instrucciones, ni mucho menos extender su alcance acudiendo a la analogía, puesto que hay que atender únicamente la voluntad del mandante en los términos en que la misma fue manifestada».

De manera que, en circunstancias en las que se vaya a celebrar un acto jurídico para el que no fue expresamente habilitado, el comisionista debe primero consultar con el comitente *«salvo que se esté ante situaciones de urgencia o que expresamente el mandante haya autorizado al mandatario a actuar a su arbitrio, pero en este segundo supuesto no basta con el solo silencio del mandante, sino que necesariamente debe hacer un acto inequívoco que manifieste su consentimiento en el sentido de permitirle al mandatario actuar como mejor lo considere».*

4. Hecho el análisis, se afirmó que en el fallo impugnado el Tribunal Superior de Bogotá violó las normas sustanciales anteriormente referenciadas *«pues consideró, erróneamente, que el mandato mercantil celebrado entre la comitente y el ordenante tenía como límite el giro ordinario de los negocios bursátiles, cuando, de conformidad con el ordenamiento aplicable, las facultades del mandatario se circunscriben a los precisos términos del negocio encomendado y son de interpretación restrictiva».*

5. A continuación, reprochó que el Colegiado, al dictaminar que la extralimitación del mandato o el incumplimiento de la rendición de cuentas por parte del mandatario no es responsabilidad de la sociedad comisionista, desconoció la coligación negocial que previamente había reconocido entre el contrato de comisión bursátil -perfeccionado entre el comitente y la sociedad comisionista de bolsa- y el contrato de mandato mercantil -inversionista y ordenante-. Con tal proceder, se desconocieron *«los deberes de conducta, principales y secundarios, que dicho profesional adquirió y que abarcaban no solo el contrato de comisión bursátil, sino el conjunto de la operación, en particular, como destaca la Corte, “las [obligaciones] que se derivan de la integración misma, entendida como sistema, particularmente, las relacionadas con su adecuada conformación y su apropiado funcionamiento”»*.

SEGUNDO CARGO

1. Censuró la violación indirecta de las normas sustanciales consagradas en los artículos 822, 833, 1263, 1266, 1267, 1269 y 1287, así como los artículos 1505, 2156, 2157, 2158, 2159, 2174 y 2176 del Código Civil por errores de hecho evidentes y trascendentes en la apreciación de las pruebas que a continuación singularizará.

1.1. Para empezar, aseveró que el Tribunal valoró indebidamente el formulario de apertura de cuenta persona natural, de manera que sus conclusiones contradicen el

contenido objetivo de la prueba. Ciertamente, evidenció que, al abrir la cuenta 7574 en Valoralta S.A., diligenció el citado documento, en cuyo «*numeral 3, titulado personas autorizadas para impartir órdenes y firmar*» consignó el nombre de Camilo Andrés Lotta Gil como ordenante. Sin embargo, «*no se marcó ninguna de las casillas que consagraban las opciones en lo atinente a la libre administración de los recursos del cliente por parte del ordenante*». A su turno, y a efectos de comprender integralmente el contenido del documento, aseguró que era menester «*tener en cuenta cuáles fueron los productos solicitados por la señora LINA BARGUIL, pues ellos son los que dan el marco al contrato celebrado entre las partes y, particularmente, a las atribuciones del ordenante*», los que se circunscribieron al contrato de comisión, tal como demuestra el aparte 6 del citado formulario, negocio que «*referido al objeto de una sociedad comisionista de bolsa, está vinculado con la compra y venta de valores*».

1.2. Así las cosas, de conformidad con los términos predispuestos en el formulario creado y extendido por la propia comisionista, «*la autorización para una libre disposición de los recursos entregados a tal sociedad profesional por parte de un cliente no es una facultad que pueda entenderse incluida, por naturaleza, dentro de los términos acordados, sino que requiere una manifestación expresa, en sentido afirmativo, por parte del Comitente*».

1.3. Con esto, se infiere que basado en el documento mencionado anteriormente la comitente facultó a una

persona para dar órdenes únicamente respecto del contrato de comisión -que fue el producto solicitado-, pero no tenía facultad sobre operaciones de reporto, *«lo cual resulta lógico en cuanto a dicho producto (operaciones de reporto o repos) conlleva unas características y requerimientos especiales, que exigen una reglamentación y la fijación particular y separada de sus condiciones»*.

2. Posteriormente, se hace alusión al artículo 2 de la Carta de Compromiso para la Celebración de Operaciones de Venta con Pacto de Recompra sobre Acciones, cuyo propósito consistió en determinar cuáles eran las personas autorizadas por el comitente para representarlo ante la comisionista. Sin embargo, se resalta que en el documento no se enunciaron las personas que iban a autorizar las operaciones de reporto. De modo que *«ASESORÍAS E INVERSIONES S.A. (hoy VALORALTA S.A.) no tenía instrucción de su comitente mediante la cual se autorizara al ordenante (que lo era para otra clase de operaciones) para montar operaciones repo en su nombre. Cabe anotar que la vigencia de la carta de compromiso (artículo decimotercero) inició en la misma fecha de la firma del documento de Apertura de Cuenta antes analizado, el 28 de junio de 2011»*. A su turno, el hecho de que exista una carta de compromiso suscrita por Camilo Lotta -como ordenante de la comitente- *«no modifica en nada lo arriba indicado, en primer término, porque según lo dicho, él no estaba autorizado para ordenar operaciones de reporto de acuerdo con el FORMULARIO DE APERTURA DE CUENTA PERSONA NATURAL; y, por otra parte, en las cartas de compromiso tampoco se designa expresamente a ninguna*

persona para representar a la comitente frente a la comisionista en los espacios destinados para el efecto».

3. Añadido a esto, se hace relación a un concepto de la Superintendencia de Sociedades -en que interpretó el artículo 51.12 del Reglamento del Autorregulador del Mercado de valores- de la cual buscan colegir que *«se debe concluir que dentro de las instrucciones y autorizaciones impartidas por la comitente a la sociedad comisionista, no se encontraba la de montar operaciones repo que ordenara el señor Camilo Lotta, quien estaba autorizado para realizar operaciones de compra y venta de acciones, pero, de ninguna manera, operaciones repo. La sociedad comisionista, como profesional en una actividad especialmente protegida y reglada, debía ceñirse en forma estricta a los términos expresados por sus mandantes y no “inferir” autorizaciones o intenciones que no fueron las acordadas».*

4. Finalmente, se hace referencia a los fundamentos expuestos por el Tribunal. Sobre el particular, se afirma que *«debe señalarse que carece de sustento probatorio, y cae en el terreno de la suposición, la aseveración del juez de segundo grado según la cual, como el portafolio de la comitente inició con un traslado hecho de otra comisionista, de ello se colige que buscaba una buena rentabilidad, y de ahí que la opción de invertir en operaciones repo no configuraría una actividad que superara los límites pretendidos con su inversión».*

Así las cosas, afirmó que erró de hecho en la apreciación de las cartas de compromiso suscritas por Lina Barguil y por

Camilo Andrés Lotta Gil, al afirmar que era irrelevante el hecho de que en la carta de compromiso se hubieran dejado en blanco los espacios diseñados para designar un representante con el fin de ordenar las operaciones repo. Esto en tanto no es cierto que en el formulario de apertura de cuenta lo facultara para realizar cualquier tipo de operación, pues *«el encargo a Camilo Lotta se circunscribió a las operaciones de compra y venta de valores y no incluyó las operaciones de reporto, por lo que queda sin sustento la conclusión del Tribunal en el sentido de que era “irrelevante” que no se hubiera designado representante en la carta de compromiso firmada por LINA BARGUIL, y esto conduce, además, a que las órdenes para que se “montaran operaciones repo” solo podían provenir de la mencionada comitente y de nadie más»*.

5. Tras el análisis final, censura que el Tribunal cometió ostensibles y trascendentes errores en la valoración de los medios de prueba indicados en el desarrollo de este cargo, que permiten inferir la violación de las normas jurídicas expuestas al inicio de este desarrollo, por lo cual se pide acoger las pretensiones hechas en la demanda.

CONSIDERACIONES

1.- En el caso en concreto, en lo que concierne con los hechos a los que refiere particularmente los cargos primero y segundo, el Tribunal sienta tres afirmaciones capitales que conducen a la desestimación de las pretensiones: i) que la mandante, Lina María Barguil, no limitó expresamente las

facultades del ordenante -mandatario-, Camilo Lotta; ii) por ende, que el mandato conferido por la inversionista al señor Lotta fue de tipo general para la ejecución de actos y operaciones bursátiles; iii) que las operaciones de reporto son inherentes al giro de los negocios bursátiles, y iv) que, por tanto, no es viable predicar la extralimitación.

El ad quem precisó que en el instrumento denominado «*apertura de cuenta persona natural*» se constituyó a un ordenante con el propósito de impartir instrucciones dentro del giro ordinario de los negocios en bolsa. Tal aserto encontró pábulo en la siguiente disposición que, a su tenor literal, señala «*ordenante y/o representante legal. Es la persona que está autorizada por los titulares **para dar órdenes en cualquier tipo de operación** mientras se encuentre en vida (venta, compra reinversión, cancelación, etc.*». A su turno, en el acápite nominado «*declaraciones y autorizaciones a la sociedad comisionista*», en su numeral séptimo se indicó que «*declaró que en el evento en que haya designado un ordenante manifiesto expresamente (i) que conozco los riesgos que este proceder conlleva (ii) **que faculta al ordenante en forma irrevocable e ilimitada para la realización de cualquier operación en el Mercado de Valores o divisas***».

De esta manera, para el colegiado resultó relevante que en el instrumento escrutado se hubiese facultado al mandatario para hacer cualquier tipo de operación. En efecto, derivó el carácter general de tal acto, del tenor de los enunciados. Insistió en que «*las actuaciones ejecutadas por*

Lotta Gil, no se muestran ajenas al giro ordinario del negocio para el cual fue designado».

Por su parte, la corporación consideró que no se limitaron las facultades del ordenante. Véase que, *«la circunstancia de no haber marcado con una equis si admitía o no que el ordenante tuviera libre disposición sobre los recursos no tiene los alcances que propone el inconforme simplemente porque no es viable considerar que la señora Barguil Manrique limitó las atribuciones que correspondían a su ordenante».* Tal razonamiento descansó en que, si es la voluntad del mandante limitar el ejercicio del mandatario, tales acotaciones deben revelarse claras y expresas en el contenido del acto. Al respecto, *«si el propósito de la promotora era definir a qué actividades debían concretarse, las potestades del ordenante, ha debido señalar que lo era únicamente para la compra y venta de acciones».* En suma, el Tribunal al apreciar el documento titulado *«apertura de cuenta personal»*, advirtió que las acotaciones y el marco de actuación del mandante no está limitado por una disposición contractual determinada.

En tal sentido, razonó, en lo que atañe a las operaciones de reporto, que dichas actividades hacían parte de las operaciones bursátiles. Ahora bien, de la documental denominada *«carta de compromiso para la celebración de operaciones de venta con pacto de recompra sobre acciones»* encontró que las operaciones de reporto fueron autorizadas por la señora Barguil. Lo anterior, a juicio del Tribunal, se deriva del texto mismo del documento en su artículo primero:

«con la firma de esta carta y dentro del término previsto para atenderlas, el comitente autoriza expresamente a la comisionista a realizar y ejecutar en nombre propio y por cuenta del comitente las operaciones de reporto o repo que éste le ordene (...).»³ A su turno, estimó que la comitente desde el inicio de la relación comercial con la comisionista se hizo representar por un ordenante.

Bajo tal perspectiva, devino inane que se dejara en blanco el espacio para indicar el nombre de las personas autorizadas para representar al comitente. Sobre el particular, se aseveró lo que viene: *«innecesario resultaba que por cada operación de aquella se tuviera que mencionar nuevamente el ordenante cuando desde un estado inicial se insiste quedaron establecidas las facultades de las cuales había sido investido»*.

Por lo demás, se hizo notar lo siguiente: la comitente estuvo al tanto durante el desarrollo de las operaciones. Al respecto, en efecto, el Colegiado recalcó que, en declaración de la propia demandante⁴, se detalló que *«llegaban papeletas todos los días y se las hacía llegar al señor Lotta»*. Puestas así las cosas se evidencia que, el error concerniente a la

³ Recuérdese que *“los jueces tienen la facultad para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni a desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni mucho menos para quitarles o reducirles efectos legales”* (CSJ, Sala Civil, 14 de agosto de 2000, Exp. 5577).

⁴ Manifestaciones rendidas ante la Superintendencia Financiera de Colombia en el trámite del proceso sancionatorio iniciado en su contra. *«Mediante la resolución número 1576 de 2014 sancionó a la señora Lina María Barguil Manrique como inversionista y en calidad de representante legal de la sociedad Barbex inversiones S.A.S. por haber realizado, participado y colaborado en actos y/o operaciones que tuvieron como efecto la afectación de la libre formación de los precios en el Mercado de Valores en relación con la acción fabricada durante el año 2011, desconociendo con ello las normas del Mercado de Valores relacionadas con las conductas manipulativas. Dicha sanción fue confirmada por el señor superintendente financiero mediante la resolución número 1214 de 2015»*.

tergiversación del contrato de mandato y el documento nominado carta de autorización no existió.

3. Se tiene que, en materia de interpretación de contratos en general, de investigación de su sentido, su significado efectivo y genuino, el criterio secular afianzado y reiterado muchas veces por la jurisprudencia es el previsto en el artículo 1618 C.C. -siguiéndose las clásicas fórmulas de Domat⁵ y Pothier⁶-. Recuérdese que “[e]s principio de derecho que en las obligaciones contractuales rige, casi soberanamente, el querer libre de las partes, o sea el principio de la libertad jurídica” (sentencia del 20 de noviembre de 1906, G.J. XVIII, p. 70). Como se sabe, el contrato es un todo lógico –“un todo completo”⁷-, una unidad que somete a los contratantes. “[N]o es pura expresión de una voluntad, sino un imperativo.”⁸

Asimismo, si el convenio consagra cláusulas precisas y claras -que no dan lugar a interpretaciones diversas-, lo allí pactado ha de recibirse como la nítida voluntad de los contrayentes. En términos concretos se ha recibido una

⁵ “La intención debe preferirse a la expresión.” O con la fórmula “debe seguirse más esta intención que los términos.” Domat, Jean. Les Loix Civiles dans leur Ordre Naturel. Cluzier. París, 1967, pp. 69 y 73. Consultado en: gallica.bnf.fr (se conserva la ortografía del título).

⁶ “Débase buscar en las convenciones cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, mejor que no el sentido gramatical de los términos.” Pothier, R.J. Tratado de las obligaciones. Atalaya, Buenos Aires, 1947, pág. 60.

Fórmulas extraídas de esta: “[s]e ha admitido que en los convenios debe estarse más a la voluntad de los contratantes que a las palabras.” (El Digesto de Justiniano: 50, 16, 219. T.III. D’ors, Hernández, Fuenteseca, García y Burillo. Aranzadi, Pamplona, 1972, pág. 865.

Como se sabe, esta es la tesis francesa “voluntarista”.

En otras latitudes, -casi con rigor de presunción irrefutable- se ha estimado como “impermissible reconstruir el clausulado” Goode, Roy. Commercial law. Penguin Books. Londres, 2004, pág. 91.

⁷ Capitant, Henri. De la cause des obligations. Dalloz, París, 1927, pág. 103.

⁸ Díez-Picazo, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. T. I. Thomson-Civitas-Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 496

*presunción*⁹ de la *regla principal*:- es posible descubrir “*la presunta voluntad de las partes*” (CSJ. G.J. XVIII, p. 70, sentencia del 20 de noviembre de 1906). En efecto, si el convenio consagra cláusulas *claras*¹⁰, lo allí pactado se *presume* como la intención común de los contratantes. Esto es, “*la intención de las partes al celebrar los contratos puede desentrañarse tomando en consideración la naturaleza del contrato y las cláusulas claras y admitidas del mismo*” CSJ. G.J. LX, p. 661, sentencia del 3 de junio de 1946). Es decir, “[n]o hay necesidad de rastrear por sus antecedentes la verdadera intención de los contratantes, cuando ella aparece declarada expresamente en las cláusulas del instrumento que otorgan” (CSJ. G.J. XXIV, p. 121, sentencia del 30 de mayo de 1914).¹¹

Desde luego, en el Código Civil -con carácter enunciativo y supletivo- se consagran varias “pautas”¹² o *reglas auxiliares de interpretación* -arts. 1619 a 1624 del C.C.

⁹ Esta subregla -según la doctrina-, no fue ignorada por Andrés Bello. Se observa afincada en uno de sus números “proyectos inéditos del Código Civil.” La fórmula era la siguiente: “[e]n los contratos, es de regla atenerse a la letra en lo que no pugna manifiestamente con la conocida intención de las partes.” En Barrientos, Javier. El Código Civil. Su Jurisprudencia e Historia. Thomson Reuters-La Ley. Santiago, 2016, pág. 574.

Como se ha precisado desde la doctrina, no se trata de “*llegar a los procesos psíquicos reales de la voluntad, sino solamente a la presunción jurídica de los mismos.*” Kelsen, Hans. Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado. Porrúa, México, 1987, pág. 134.

Incluso, en otras latitudes -con diferente intensidad-, también se ha hecho referencia a lo expresado de manera clara en el convenio -en sus “*cuatro esquinas*”-, como una “*prueba de lo discutido*” por los contratantes. Scott, Robert y Kraus, Jody. Contract Law and Theory. Carolina Academic Press. Durham, 2017, pp. 542 y ss.

¹⁰ Esta labor auxiliar de la interpretación -en términos generales- fue alertada por Portalis en los siguientes términos: “*aplicación inteligente de la norma borrosa.*” Fenet. Travaux préparatoires du Code Civil. T.VI. Ducassois. París, 1877, p.33.

También con ajeño hontanar: “[c]uando no hay ambigüedad en los términos, no debe admitirse la cuestión de interpretar la voluntad” (El Digesto de Justiniano: 32, 25. T. II. D’ors, Hernández, Fuenteseca, García y Burillo. Aranzadi, Pamplona, 1972, pág. 488.

¹¹ Por lo demás, “*el contrato a los ojos de la ley y del Juez no es ni puede ser otro que el que resulta de los hechos, aunque los interesados por ignorancia o fines especiales quieran revestirlo de una calidad que no tiene.*” CSJ. G.J. VII, p. 92, sentencia del 18 de febrero de 1892.

¹² CSJ, Sala Civil, 19 de diciembre de 2008, rad. n.º. 11001-3103-012-2000-00075-01.

¹³ -Estas reglas interpretativas y decimonónicas han sido ya explicadas por esta Corporación¹⁴. Ha de memorarse que de vieja data esta Sala ha venido señalando, en cuanto a la interpretación del contrato, que en *«el derecho positivo colombiano impera el principio según el cual las leyes que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, cuando estos, al celebrar sus convenciones jurídicas, acatan todas las prescripciones legales requeridas para su formación y respetan el orden público y las buenas costumbres. El postulado de la normatividad de los actos jurídicos (art 1602, C.C) se traduce esencialmente, entonces, en que legalmente ajustado un contrato se convierte en ley para las partes, quienes por consiguiente quedan obligados a cumplir las prestaciones acordadas en él»*¹⁵.

4. De otra parte, en el ámbito del recurso de casación, está averiguado que, si del texto convencional se descubren varios sentidos razonables, incluso con la aplicación de las reglas hermenéuticas anotadas, la elección que de uno de

¹³ Bien podría advertirse que los artículos posteriores están direccionados a esclarecer esa intención, cuando el contrato adolece de un clausulado claro. Véase a: Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 2005, pp. 398-400. O mejor aún, estos artículos le prescriben al juez la investigación de la voluntad de los contratantes. Claro Solar, Luis. Explicaciones de derecho civil y comparado. Editorial jurídica de Chile., tomo XII, 1992, p. 16.

Esto es, *«[s]olo cuando no es posible determinar con claridad la intención de los contratantes es cuando el fallador debe acudir, con vista de las circunstancias de cada caso, las normas que estime conducentes de entre las establecidas en los arts. 1619 a 1624 del C.C.»* (CSJ, sentencia del 14 de marzo de 1946, G.J.LX, p. 112).

En el derecho brasileiro, por ejemplo, se precisa que consultar la intención de las partes, robustece la confianza y la buena fe contractual. Véase a: Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 2010, vol. 1, p. 338.

¹⁴ Cfr. SC del 5 de julio de 1983, SC139-2002 de ag. 1º 2002, rad. n.º 6907; SC127-2008 de dic 19 2008, rad. n.º 11001-3103-012-2000-00075-01; SC038-2015, de feb 2 de 2015, rad. 11001310301920090029801, entre otras

¹⁵ CSJ Sala Civil, Tomo CLXXVI. 2415, pp. 249-a 257.

ellos haga el Tribunal ha de ser respetada y mantenida por la Corte.

“Cuando una cláusula se presta a dos interpretaciones razonables o siquiera posibles, la adopción de cualquiera de ellas por el sentenciador no genera error evidente, puesto que donde hay duda no puede haber error manifiesto en la interpretación (Cas. Civ. de 3 de julio de 1969, CXXXI, 14). Y es apenas obvio que el yerro de facto, cuya característica fundamental es el de que sea evidente, o como lo observa la doctrina de esta Corporación, que salte de bulto o brille al ojo, sólo se presenta cuando la única estimación acertada sea la sustitutiva que se propone. Por manera que la demostración del cargo ha de conducir al convencimiento de la contraevidencia, inconcebible cuando el resultado que se censura es producto de sopesar distintas posibilidades, que termina con la escogencia de la más probable, “sin que ninguna de ellas esté plenamente contradicha por las otras pruebas del proceso” (Cas. Civ. de 30 de noviembre de 1962, XCVIII, 21; 4 mayo de 1968, aún no publicada; 20 de mayo de 1970, CXXXIV, 146 y 147)” (CSJ SC del 6 de agosto de 1985).

En un asunto de idéntico temperamento, la Sala indicó:

«Si nadie discute que el ordenante de la actora, Edward Jonathan Martínez Rodríguez, había sido facultado para actuar en su nombre; y si, además, mediaban «carta[s] de compromiso para la celebración de operaciones de venta con pacto de recompra sobre acciones»; no resultaba caprichoso dejar sentadas, para el efecto, la existencia de las autorizaciones, al margen de ciertos matices, como los alegados espacios en blanco. Con mayor razón cuando los citados documentos, no solo se encuentran dirigidos a la interpelada, sino también firmados por el ordenante de la precursora, y la

representante legal de ésta, de donde, en línea de principio, esto es, mientras no aparezca prueba distinta, al punto que en el contexto de la acusación nada al respecto se esboza, debe seguirse que la autoría de las cartas de compromiso y de los espacios en blanco, no sería atribuible a la comisionista de bolsa. (CSJ AC 3672 de 04 septiembre de 2019)

5. Ahora bien, entrados en materia, en lo que refiere al contrato de mandato, dada la complejidad de las relaciones jurídicas que se establecen en el mercado bursátil, es necesario contar con personas expertas en la gestión de estos asuntos. Es allí donde este negocio jurídico se erige como una alternativa para la realización de actos mercantiles -a través de otro y siempre por cuenta del mandante-.¹⁶

5.1. Esta Corporación ha puesto el acento en la precisión lingüística de las estipulaciones, para determinar el contenido prestacional por el cual el mandatario está vinculado con su mandante. Al respecto, la Corte adoctrino que *«cuando la voluntad del mandante está expresada en forma clara y precisa, aquel habrá de ajustarse a dichas normas si aspira a interpretar fielmente la voluntad de su*

¹⁶ Como se sabe, en virtud de este contrato, “el mandatario se obliga frente al mandante a la gestión de un determinado asunto o la salvaguardia de ciertos asuntos del mandante.” Larenz, Karl. Derecho de obligaciones. Tomo II. Madrid, 1959, pág. 346. Podría decirse que el mandatario es la “mano” del mandante. Recuérdese que “la mano es la más importante de las partes del cuerpo humano, ocupa el lugar preferente cerca del órgano que debe obrar en todo acto jurídico, la lengua (...) se encuentra con ella en la más íntima alianza. Si la lengua anuncia una resolución, la mano la ejecuta, siendo ésta verdaderamente el órgano de la voluntad.” Ihering, Rudolf von. El espíritu del derecho romano. Vol. III., Oxford, 2001, pág. 650. De ahí que el Código de Comercio señale, en su artículo 1262, que *«el mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra. El mandato puede conllevar o no la representación del mandante»*. Ciertamente, el contrato de mandato comercial ha sido concebido como un acuerdo de voluntades por medio del cual una persona contrae la obligación de realizar uno o varios actos mercantiles por cuenta de otro -el mandante-, ora a nombre propio (mandato sin representación), ora a nombre del mandante (mandato con representación), pero entendiendo siempre que los efectos económicos del acto jurídico serán soportados por el mandante -es esencialmente acto por cuenta ajena, artículo 1501 C.C.

*representado y, sobre todo, a vincular la responsabilidad civil de aquel para el cumplimiento de las prestaciones contraídas a su nombre»*¹⁷. De manera que la amplitud con que se confeccione el objeto del acto jurídico determina el espectro de actuación del mandatario.¹⁸ Y esto tiene que ser necesariamente así, porque el contrato de mandato defiere al mandatario «*libertad e independencia para realizar el negocio o gestión que se le ha confiado*¹⁹» libertad o independencia que, naturalmente, no son ni libérrimas ni absolutas. Por supuesto, los actos del mandatario se verán acotados por la especialidad de las potestades.

5.2. No obstante, la norma determina una variación en las facultades del mandatario tratándose de mandatos generales. En efecto, aquellos comprenden los actos que se hallen dentro del giro ordinario de la actividad encomendada. Sobre este acto jurídico, esta Sala de Casación Civil ha dicho lo siguiente:

«El mandato comercial es aquel contrato por el cual una persona, denominada mandataria, se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra, llamada mandante (art. 1262 C. de Co.)

¹⁷ C.S.J sentencia, 22 de abril, 1938 G J t XLVI pág 312

¹⁸ Es así como en virtud del artículo 2157 C.C., la ejecución prestacional debe ceñirse al contenido obligacional previsto en el acto acordado, contando en todo caso, con la facultad para ejecutar los actos «*que sean necesarios para su cumplimiento*» - artículo 1263 C.Co. - Es decir, aquellos de la *naturaleza* del encargo (artículo 1501 C.C.). De allí que el artículo 2158 C.C. establezca que el mandato «*no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración, (...) perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario*». Así mismo, el artículo 1263 C.Co. señala que el mandato «*comprenderá los actos para los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento. El mandato general no comprenderá los actos que excedan del giro ordinario del negocio, o negocios encomendados, salvo que se haya otorgado autorización expresa y especial*».

¹⁹ CSJ SC del 17 de junio de 1964.

Por virtud de dicho pacto el mandatario se obliga primordialmente a cumplir la gestión encomendada, con la realización de los actos o negocios señalados por el mandante, labor en la cual debe ceñirse a sus instrucciones, contando en todo caso con la facultad para ejecutar los actos "... que sean necesarios para su cumplimiento" - art. 1263 ibídem -, es decir, los que, de acuerdo a la naturaleza del encargo, resulten accesorios o complementarios del mismo.

En el desarrollo de su actividad debe proceder con la diligencia de un buen padre de familia, pues el art. 2155 del C.C. lo hace responsable hasta de la culpa leve, si el mandato es gratuito y más estrictamente cuando media remuneración, prescripción legal que resulta aplicable al mandato mercantil, habida cuenta que los principios del derecho común comprenden los contratos de tal naturaleza, en todo aquello no previsto por el legislador mercantil, merced a la autorización que para el efecto consagran los arts. 2º y 822 de dicha normatividad.

Como consecuencia de la previsión legal mencionada, el mandatario debe ejecutar el encargo procurando en todo momento favorecer los intereses del mandante, lograr el mayor provecho con el menor costo, razón por la que debe disponer todas las providencias que habría adoptado aquel, de haberse encargado directa y personalmente de ejecutar la gestión»²⁰.

6. Bajo las anteriores consideraciones, aflora que la infracción a las normas que regulan el mandato, en especial el artículo 1263 C.Co., no se configuró. En tanto que los límites del mandato general se amplían al giro del acto encargado. Ahora bien, «*determinar las facultades el*

²⁰ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de agosto de 1998. G.J. CCLV.

mandatario es una operación de mera interpretación del poder, de modo que, si no se trata de cláusula cuyo efecto o alcance esté prefijado por la ley, la inteligencia que el fallador se haya formado del mandato, en orden a calificar si incluye o no ciertas atribuciones, es una cuestión de hecho en cuya apreciación él es autónomo, en tanto que ésta no adolezca de error evidente, único caso en que podría ser desconocida en casación²¹»

6.1. A su turno, se observa que la interpretación del Tribunal estuvo acompañada de las propias disposiciones de los instrumentos. En efecto, las conclusiones se apoyaron en los textos obrantes en el plenario. Véase que la postura relativa a que el mandatario estaba facultado para hacer todo tipo de operaciones, inclusive las de reporto, no luce desafortunada. Por el contrario, se ofrece plausible a la luz de las documentales.

Se advierte que cuando se inquirió, al momento de la apertura de la cuenta, sobre quiénes serían las personas autorizadas para «*impartir órdenes y firmar*», se singularizó como ordenante al señor Camilo Lotta, con las siguientes facultades: «*el ordenante es la persona autorizada por el titular para dar órdenes en cualquier tipo de operación mientras se encuentre en vida venta compra reinversión cancelación etc.*».²²A su turno, cabe destacar que la estipulación contenida en el numeral 7 del acápite

²¹ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 28 de abril de 1961.

²² Folio 3, cuaderno 1.

denominado «*declaraciones y autorizaciones de la sociedad comisionista*», establece que «*en el evento que haya designado un ordenante manifiesto expresamente que (i) conozco los riesgos que este proceder conlleva (ii) que faculto el ordenante en forma irrevocable e ilimitada para la realización de cualquier operación en el Mercado de Valores o de divisas*»²³. De ahí que el silencio de la comitente en no marcar con una equis si el ordenante tenía o no la libre disposición de los recursos del cliente no pueda entenderse un límite, máxime cuando las estipulaciones del mismo documento revelan precisamente las amplias facultades concedidas al ordenante.

Por otro lado, no se observa que en el contrato de mandato suscrito con Camilo Lotta se haya estipulado como causal de terminación la falta de ratificación de este en documento posterior o la revocatoria tácita. Al respecto, es menester memorar que, a voces del artículo 2190 del Código Civil «*la revocación del mandante puede ser expresa o tácita. La tácita es el encargo del mismo negocio a distinta persona*». A su turno, dentro de las causales de terminación de este negocio tampoco se encuentran las citadas previsiones. Al respecto, la doctrina colombiana ha sostenido que «*[L]a revocatoria tácita, dice el inc. 1 del artículo 2,190, es el encargo del mismo negocio a distinta persona. Es claro que en este caso no puede dudarse de la intención del mandante*»²⁴.

²³ Folio 4, cuaderno 1.

²⁴ Fernando Vélez. Estudio sobre el Derecho Civil colombiano, París América. Tomo VIII.

Y no se diga que las operaciones de reporto no estaban dentro del giro ordinario del mandato encomendado pues, como lo ha especificado esta Sala, al observar las actividades relacionadas con el contrato de comisión, *«las sociedades de intermediación en el mercado de valores desempeñan diversas labores accesorias al contrato de comisión, como son las compraventas con pacto de recompra sobre valores y la administración de éstos, que deben ser analizadas por sus particularidades sin que ello quiera decir que se tengan como vínculos autónomos y se ignore su conexidad, con la advertencia de que las regulaciones de la Superintendencia Financiera y la Bolsa de Valores sobre la materia se entienden incorporadas al pacto en virtud del interés social que conlleva tal actividad»* (SC22062-2017).

6.2. Por su parte, en la diligencia de interrogatorio, la demandante reafirmó que había facultado al ordenante para operar en el mercado de valores. Al respecto, sostuvo que *«el señor Camilo Andrés Lotta fue autorizado como ordenante de la cuenta para realizar operaciones en el mercado de valores»*²⁵. Ahora bien, un aspecto que no se puede dejar de lado es que tanto la apertura de cuenta ante la comisionista como la autorización para operaciones de reporto se hicieron en un mismo momento, el 28 de junio de 2011²⁶, sin que se advierta tácita o expresamente que la comitente deseaba relevar al ordenante de las facultades que le había conferido, en particular las de impartir órdenes en cualquier operación bursátil.

²⁵ Folio 469, Cd Audiencia inicial, minuto 30:19 a 30:31.

²⁶ *Ejusdem*, minuto 25:08- 25:01.

Esta especial circunstancia distancia este caso de aquel decidido por esta Sala de Casación Civil en sentencia SC2556-2018. En aquella oportunidad, Fernando Espitia Beltrán accionó en contra de Interbolsa S.A. e Interbolsa S.A. Comisionista de Bolsa, para obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados «*al incumplir el contrato celebrado con Interbolsa S.A. para la venta con pacto de recompra de acciones y los demás deberes como comisionistas de bolsa, al enajenar sin permiso lo que conformaba el portafolio de que era titular, estimados en \$1.281'326.334,08 por daño emergente y \$203'078.964,96 de lucro cesante*». Sobre el punto, del resumen del cargo único esbozado, se observa que la crítica casacional se circunscribió al contrato de comisión celebrado entre las partes en contienda. Y no, como sí ocurrió en este, al negocio de mandato celebrado entre la inversionista y el ordenante. De igual manera, existió un lapso prolongado entre la fecha en que se facultó por escrito al otorgante para la representación ante la comisionista de bolsa y la carta de compromiso para la celebración de operaciones de venta con pacto de recompra de acciones - que fue posterior. Y es que tal diferencia es en altamente pertinente para el caso *sub examine*, pues en aquella oportunidad lo que se dijo fue que el mandato al otorgante para efectuar operaciones repo debía hacerse al suscribir el acta de compromiso o en comunicación posterior dirigida al comisionista. En efecto, en la sentencia bajo estudio se aseveró lo siguiente:

«No obstante que al iniciar el vínculo entre Fernando Espitia e Interbolsa S.A., aquel facultó ampliamente a Alejandro Carvajal para instruir sobre la compra y venta de acciones a su nombre, aún con pacto de recompra, esa manifestación no se constituía en definitiva o inmodificable. De ahí que la vigencia de esa potestad, al menos en lo que se refería a las «operaciones repo», quedaba sometida a lo convenido específicamente sobre la materia para la fecha en que se otorgó y cualquier modificación o alteración posterior ameritaba su refrendación y verificación en los términos del régimen fijado por los organismos competentes.

La desatención del sentenciador de la «exigencia formal en las disposiciones reglamentarias de la bolsa en el mercado de valores para la constitución de ordenantes» porque «no desplaza la normativa legal que regula el contrato mismo de mandato o de comisión en el código de comercio o en el código civil», a más de omisiva, contradice la naturaleza del acuerdo y la trascendencia en la solución del litigio, puesto que el interés público que envuelve la actividad del comisionista obligaba a atender dicho condicionamiento y los restantes puntos a que se ceñían los artículos referenciados en la «carta de compromiso», por serle inmanentes.

Y no son de poca monta sus alcances, como se puede ver en los ejemplares que obran en el expediente, ya que, en el Reglamento General, aprobado por las Resoluciones 377 y 381 de 2001 de la Superintendencia de Valores y actualizado al 23 de junio de 2006, aparecen en el Capítulo IV de las «operaciones de venta con pacto de recompra» (fls. 138, 141 y 142) (...)

Vista en su esencia «la documental obrante a folios 477, 841, 844, 849 y 851 del cd. 1» del expediente y las regulaciones complementarias que le son intrínsecas, muy en contra de lo que dedujo el ad quem, el permiso de 26 de marzo de 2004 para que Alejandro Carvajal

Berrio autorizara operaciones de venta con pacto de recompra en acciones a nombre de Fernando Espitia no se prolongó más allá del 15 de mayo de 2006, fecha en la cual el inversionista firmó con destino a la Bolsa de Valores de Colombia S.A. y la intermediaria, carta comprometiéndose a impartir las autorizaciones personalmente y sin designación de representante alguno, con lo cual quedó tácitamente revocado lo anterior.

Eso es así por la naturaleza de las transacciones a desarrollar que, conforme a las directrices fijadas por la Bolsa de Valores y de pleno conocimiento del cliente y la comisionista, requería para su perfeccionamiento de una «carta de compromiso» con vigencia no superior a un (1) año, no prorrogable, donde se indicaran con nombre e identificación las «personas autorizadas» para gestionar los intereses del comitente.

De esa manera queda sin piso el argumento de que «a más de un ordenante designó a dos al efecto, uno por escrito y otro verbalmente», ya que, si la constitución de vocero tenía que ser documentada en la «carta de compromiso» o, en gracia de discusión, en comunicación posterior dirigida a Interbolsa y la Bolsa de Valores que la complementara, la ausencia de ese formalismo ineludible daba al traste con cualquier interpretación contractual en contrario».

Sin embargo, en el caso en concreto, el formulario de apertura de cuenta -documento en el cual se otorgó el mandato- y la carta de compromiso para efectuar operaciones repo fueron suscritos el mismo día, tal como se

observa²⁷. Esto es, no se podría afinar la relatada revocatoria tácita de la sentencia SC2556-2018.²⁸

7. Por lo demás, en cuanto a la responsabilidad de la comisionista de bolsa su estudio resulta intrascendente. En tanto no hubo una indebida aplicación de las normas del mandato, ni la aludida extralimitación del mandatario.

8. En una palabra, los cargos no prosperan.

A. TERCER CARGO

1. Denunció la violación indirecta de las normas sustanciales consagradas en los artículos 1268 del Código de Comercio; 23 de la Ley 795 del 2003; 5, literal b) de la Ley 1328 de 2009; y 7.3.1.1.2. del Decreto 2555 de 2010.

1.1. Se empieza el análisis de lo dicho por el Tribunal a partir de ciertas apreciaciones respecto al deber de información a la luz de los artículos 871, 1308 y 1268 del

²⁷ F.475 a 493. continuación cuaderno 1, tomo B.

²⁸ De manera que, si bien existe dicho precedente, no era susceptible resolver el que en esta oportunidad ocupa la atención de esta Corte bajo los parámetros de la aludida decisión. Ello pues las circunstancias particulares del juicio y la forma en la que el cargo fue elevado son distintas al de marras. Amén que, los espacios en blanco de la carta de autorización son un matiz que debe ser apreciado en el contexto del asunto, como dejó sentado la providencia de Sala de esta corporación -AC 3672 de 04 septiembre de 2019.

En ese mismo sentido, tampoco es posible aplicar lo decidido en la sentencia SC10199-2016, en la que la señora Sonia Amparo Martínez Bermúdez demandó a Interbolsa S.A. e Interbolsa S.A. Comisionista de Bolsa por el incumplimiento del contrato de comisión al haber vendido su «*portafolio de acciones*», sin previa autorización de su parte y «*al precio de bolsa más bajo registrado para el año 2006*». En este caso, por un lado, se celebró el contrato de comisión para la realización de operaciones de venta con pacto de recompra sobre acciones personas jurídicas y, por el otro, no se celebró mandato con representación con ninguna persona para la representación de la inversionista en el negocio de comisión. En otras palabras, no se aprecia la existencia de un ordenante en el negocio. Tampoco es aplicable lo sostenido en SC15222-2017, comoquiera que allí, por una parte, no se discutió el tema del ordenante por el casacionista y, por el otro, el objeto de la controversia en instancia se circunscribió a que precisamente se consideraba que no hubo ordenante por cuanto aquella no apareció nombrada en el formulario de apertura de cuenta.

Código de Comercio, 1603 del Código Civil, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y doctrina nacional, la Ley 1328 del 2009 y el Decreto 2555 de 2010.

1.2. A partir de lo expuesto, criticó que el Colegiado hubiera dado por cumplido el deber de información y asesoría con la simple remisión de papeletas *«sin que se hubiera acreditado en el proceso que, efectivamente, a la comitente, señora LINA BARGUIL, se le informó en forma objetiva, oportuna, completa, imparcial y clara, de manera previa a la realización de la primera operación, la naturaleza jurídica y las características de las operaciones de intermediación que se estaban contratando y las características generales de los valores, productos o instrumentos financieros ofrecidos o promovidos, así como los riesgos inherentes a los mismos, en los términos del artículo 7.3.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010»*.²⁹

CONSIDERACIONES

1. Para el Tribunal, la comisionista cumplió con su deber de información habida cuenta que periódicamente se enviaban extractos a la comitente y posteriormente al

²⁹ Se aprecia que en los medios de prueba como las declaraciones de Lina Barguil ante la Superintendencia de Sociedades y ante el juzgado y la declaración de Álvaro Isaza *«no se acredita que ASESORÍAS E INVERSIONES S.A. (hoy VALORALTA S.A.) hubiera cumplido con sus deberes de información y asesoría, pues lo que se habría demostrado es que la sociedad demandada, en gracia de discusión, habría cumplido un “deber de documentación”, que, como se ha reseñado, es distinto e independiente de los deberes arriba mencionados, y que son los que dan sustento a la imputación de responsabilidad a la sociedad comisionista de bolsa demandada, lo que configura un error de hecho en la valoración de los mencionados medios de prueba, que resulta evidente y ostensible»*. Por ende, dio por acreditado, sin estarlo, el cumplimiento de los deberes de información y asesoría.

ordenante, en los que se reflejaban los movimientos de las operaciones bursátiles. Se observa que tal discernimiento encuentra asidero en los siguientes medios de prueba: i) declaración rendida por la aquí demandante ante la Superintendencia Financiera, a cuyo tenor reconoció que *«llegaban papeletas todos los días y las hacía llegar al señor Lotta»*³⁰ ii) Declaración del representante legal de la sociedad Asesorías e Inversiones S.A (hoy Valoralta S.A.) en la cual se afirmó que *«las papeletas y extractos de los movimientos se envían a la dirección que está registrada en la apertura de la cuenta o si el cliente solicita a otro lugar mediante el medio verificable donde ella proponga»*³¹. Probanzas que, valga decirlo, no fueron confutadas.

1.1. Por supuesto, la manera de apreciar las pruebas por parte del colegiado no puede calificarse de equivocada, amén que no existen en plenario medios de convicción que pongan en entredicho lo razonado por el Tribunal. En otras palabras, las consideraciones en el punto no se revelan contraevidentes de cara al contenido de las probanzas estimadas.

1.2. Adicionalmente, llama la atención que ante la pregunta formulada a la demandante, en el interrogatorio de parte: *¿recibió usted sí o no, papeletas de liquidación de operaciones realizadas a través de la firma comisionista de bolsa, en caso afirmativo qué hacía usted con dichas papeletas?»*, hubiese contestado que *«las operaciones de*

³⁰ Folio 775, cuaderno 1, tomo b.

³¹ Folio 824. Cuaderno 1, tomo b Audiencia de instrucción y Juzgamiento, minuto 7:30 a 08:07.

papeletas que llegaban a la dirección registrada que era mi casa, usted mira una papeleta de esas son operaciones de liquidaciones sí, que son esas operaciones, inversiones, repos, ok, pero en ese momento ni se sabe cómo son (...) papeletas sí se recibieron»³². Declaración que guarda armonía con lo dicho por el representante legal de la comisionista cuando se le preguntó «¿en qué consiste la papeleta?», a lo cual respondió que «es un documento equivalente a la factura, realmente se cataloga como un documento equivalente a la factura y es donde están especificadas todas las condiciones de las operaciones que se realizan ahí si es una compra o si es una venta de un título o si es una operación de apalancamiento como un repo o una operación simultánea».

1.3. Ahora, las documentales denominadas «*extracto clientes*», enviadas a la dirección de la comitente³³, articulan lo manifestado. En efecto, en dichos instrumentos se detallan las operaciones bursátiles, «*venta acciones fabricato (...) recompra de acciones fabricato*³⁴» lo cual denota la operación de reporto realizada. De tal forma que las pruebas referenciadas no hacen sino corroborar la postura adoptada por el Tribunal: el deber de información se concretó por parte de la comisionista. Ahora bien, no obra prueba en el acervo que permita colegir que la comitente solicitó a la comisionista ampliación o explicación de las operaciones ejecutadas.³⁵ En

³² Folio 469, Cd Audiencia inicial, minuto 38:54 a 39:28.

³³ Folios 701 a 742, Cuaderno 1, tomo B.

³⁴ *Ejusdem*, Folios 744 a 768. «*Extracto clientes*».

³⁵ Esto es, además de evidenciarse el cumplimiento de la obligación de información y de las actividades repo, también se expone cierta incuria. Sobre el particular, se cita el *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. «Nadie puede mejorar su posición por un propio delito» (El Digesto de Justiniano: 50, 17, 134. T.III. D'ors, Hernández, Fuenteseca, García y Burillo. Aranzadi, Pamplona, 1972, pág. 878). En una palabra, «[n]o puede oírse la alegación de la propia falta como algo que apoye o favorezca a quien la invoca.» SC, 23 nov. 1936, G.J. 1918, pág. 484.

un asunto análogo esta Corporación registró que: «*la encargada de recibir y estudiar las «papeletas de los repos», en algunos casos, las «desdeñara», o «no entendiera la información allí consignada y no hubiera pedido explicación al respecto (...) de forma oportuna», debe seguirse que lo así decidido no resulta arbitrario*³⁶».

2. Bajo tal perspectiva el cargo no prospera.

B. CUARTO CARGO

1. Denunció la violación indirecta de las normas sustanciales consagradas en los artículos 11, letras d) y e) de la Ley 1328 de 2011 y 42, 43 y 44 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil. En cuanto a la valoración efectuada por el Tribunal de la cláusula establecida en el numeral 10 del documento Apertura de Cuenta de Persona Natural, de lo cual se considera que «*la valoración realizada por el Tribunal respecto de la estipulación a que se ha hecho referencia contiene un protuberante desatino fáctico, toda vez que la cláusula en comentario contiene, sin lugar a dudas, una*

En igual sentido: SC, 4 oct. 1982, CLXV, P. 215. Como se sabe, «*algunos textos legales contienen aplicaciones particulares del mismo, en primer término, el artículo 1744 del Código Civil advierte que si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir el acto o contrato, ni él ni sus herederos poseionarios podrán alegar nulidad. En segundo término, el artículo 1525 precisa que no podrá pedirse o repartirse lo que sea dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.*» CSJ sentencia del 23 de junio de 1958. En esta providencia también se aclara que «*[e]stas aplicaciones no deben considerarse como casos aislados, sino como derivaciones de una regla más general vigente en nuestro derecho cuál es la de que a nadie se le permite beneficiarse de su propio dolo.*» Se trata, desde luego, de un principio con «*un gran contenido ético, fundado en el principio clásico que impide sacar provecho o repetición de la propia torpeza o conducta culpable.*» SC, Sentencia SC4654-2019 del 30 de octubre de 2019. Es decir, «*[a]uscultado una vez más el punto de esta regla moral en las obligaciones, conocida desde los romanos, cabe puntualizar que la justicia debe denegar la protección cuando quien la exhorta ha actuado de una manera irregular, bien sea por simple descuido o culpa, o por dolo (nemo creditur turpitudinem suam allegans).*» SC, Sentencia SC4654-2019 del 30 de octubre de 2019.

³⁶ CSJ AC 3672 de 04 septiembre de 2019.

exoneración de responsabilidad de la sociedad comisionista de bolsa, que resulta ineficaz de conformidad con el ordenamiento aplicable»

2. Posteriormente, se hace un estudio del numeral 10 del Formulario en cuestión donde se indica que *«los apartes subrayados contienen exenciones o exoneraciones de responsabilidad de la sociedad comisionista de bolsa, por actuaciones que sus clientes realizan a través de ordenantes, sean estas legítimas o ilegítimas, pues la cláusula de irresponsabilidad se extiende “incluso” a los casos en los que el ordenante actúe por fuera de la normatividad aplicable, luego también se encuentra exonerada respecto de sus actuaciones ajustadas a la ley»*.³⁷

3. Así mismo, se acude a lo referente a cláusulas abusivas en el derecho colombiano con el apoyo de la jurisprudencia civil, la cual generó los criterios para definir la existencia de tales estipulaciones. Igualmente, recurre a los postulados referentes a la protección del consumidor financiero Ley 1328 del 2009.

4. A esto, se le agrega el análisis de la Ley 1480 de 2011 para aplicación suplementaria, toda vez que *«cuando no se trate de una de las condiciones expresamente catalogadas como abusivas, juzgar si se presentan los elementos*

³⁷ De acuerdo con esto, se considera que la consideración del Tribunal en este aspecto causa una incoherencia toda vez que *«frente a la afirmación que realiza en la parte inicial de la providencia en el sentido de que el contrato de comisión bursátil y el mandato celebrado con el ordenante son vínculos coligados, pues el recto entendimiento de la coligación comercial conduce a reafirmar la ineficacia de una exoneración plena de responsabilidad del comisionista de bolsa por los actos del ordenante»*.

fundamentales para la existencia de una de estas estipulaciones». Por lo que, «no puede interpretarse de manera restrictiva, puesto que es apenas una lista abierta o numerus apertus de las posibles estipulaciones que pueden constituirse en cláusulas abusivas al interior de un contrato de adhesión, tanto así que se le asigna una facultad expresa a la Superintendencia Financiera de Colombia para que desarrolle el contenido del precepto señalado».³⁸

5. Finalmente, se dice que los artículos enunciados que se consideran violados nacen del supuesto bajo el cual el Tribunal *«cometió evidentes y trascendentes errores en la valoración de la estipulación contractual al inicio individualizada»*. Por lo que pide a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia casar la sentencia impugnada y acoger las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

1. Este cargo deviene intrascendente, en la medida en que es consecencial a la prosperidad de los embates estudiados en precedencia. Véase que las estipulaciones contractuales cuya interpretación es censurada descansan

³⁸ A partir de este análisis, se indica que *«es claro que en el numeral 10 de las DECLARACIONES Y AUTORIZACIONES A LA SOCIEDAD COMISIONISTA se incorporan estipulaciones que corresponden a cláusulas de exoneración de responsabilidad, que se encuentran prohibidas de conformidad con la normatividad aplicable, y que son, por tanto, ineficaces, razón por la cual cometió error de hecho evidente el Tribunal Superior de Bogotá al llegar a una conclusión contraria. La transcendencia del error cometido por la mencionada corporación judicial se encuentra en que este argumento fue una consideración de refuerzo del Tribunal para denegar las pretensiones de la demanda, que igualmente debe ser controvertido en forma exitosa»*

en la exoneración de responsabilidad del comisionista por actos del ordenante.³⁹

2. Así las cosas, discutir sobre eficacia de las cláusulas tachadas de abusivas cuando no se demostró la extralimitación del ordenante resulta francamente inane. De allí el fracaso del cargo.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. el 31 de julio de 2017, dentro del proceso de responsabilidad contractual que promovió **LINA MARÍA BARGUIL MANRIQUE** contra **ASESORÍAS E INVERSIONES S.A.**- hoy **VALORALTA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA**.

Costas en casación a cargo del recurrente. Se fija como agencias en derecho la suma de seis (6) s.m.l.m.v.

³⁹ Por un lado, se estableció lo que viene: «*declaro que eximo a Asesorías e Inversiones S.A., de toda responsabilidad que se derive de información errónea, falsa o inexacta, que yo hubiese proporcionado en este documento, igualmente, como ya se ha manifestado previamente, por la actuación de los ordenantes en las operaciones pactadas en nombre de la sociedad que represento*». Por otro, lo siguiente: «*Asesorías e Inversiones S.A. exenta de cualquier responsabilidad frente a las consecuencias que se desprendan de los actos de esta persona [ordenante] incluso de aquellos que se aparten de las normas que regulan el mercado de valores o de las políticas establecidas por la sociedad.*»

En su oportunidad, devuélvase el expediente a la Corporación de origen.

NOTIFÍQUESE

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Hilda Gonzalez Neira

Álvaro Fernando García Restrepo

Martha Patricia Guzmán Álvarez

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Francisco Ternera Barrios

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: FAC813194970E9A25D076159B4126E3C4E9E479362094882492C9AD3B30E79B4

Documento generado en 2022-06-30