



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil y Agraria

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado ponente

SC129-2023

Radicación n.º 11001-31-03-041-2013-00035-01

(Aprobado en sesión de dos de marzo de dos mil veintitrés)

Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Se decide el recurso extraordinario de casación que interpuso la parte convocante frente a la sentencia de 19 de noviembre de 2021, dictada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso declarativo promovido por Fajobe S.A.S. contra Correval S.A. (hoy Credicorp Capital Colombia S.A.).

ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

La sociedad actora solicitó declarar que entre ella y la convocada se celebró un contrato de «*cartera colectiva, en los términos establecidos en el formulario de apertura de cuenta FONVAL de 18 de diciembre de 2000*»; que, dadas las limitaciones de esa

convención, «no le estaba permitido a Correval realizar operaciones o inversiones a nombre de Fajobe en productos de renta variable»; y que «Correval estaba obligada a cumplir las instrucciones de manejo de cuentas otorgadas (...) en carta de febrero 7 de 2007».

Asimismo, reclamó que «se declare que no es oponible a Fajobe el contrato para la administración de valores celebrado entre Alejandro Rey Pinzón, en nombre propio, y Correval, el 4 de julio de 2006»; que «se declare que entre Fajobe y Correval no existió un contrato de administración de valores», y que «se declare que Correval incumplió sus obligaciones como comisionista de bolsa para con Fajobe, en todos aquellos caos en que desatendió las instrucciones de manejo de cuenta impartidas por Fajobe, y en aquellos en que intermedió (...) en operaciones de bolsa que no estaban autorizadas dentro de la relación contractual existente entre las partes».

Consecuencialmente, pidió que se condenara a su contraparte a pagar \$1.885.134.820 «por los perjuicios causados como consecuencia de las transferencias y/o pagos efectuados a favor de Alejandro Rey Pinzón»; \$253.185.140 «por los perjuicios causados como consecuencia de las transferencias y/o pagos efectuados a favor de John Leonardo Bedoya»; \$966.000.000 «por los perjuicios causados como consecuencia de retiros o traslados en efectivo (...) autorizadas (sic) por Alejandro Rey y/o John Bedoya»; \$1.3636.094.708 «por concepto de pérdida en inversiones en acciones»; \$174.182.372 «por concepto de las pérdidas sufridas como consecuencias de operaciones denominadas fondeo de acciones»; \$279.270.224 «por concepto de pérdidas sufridas como consecuencia de la compra y venta de TES»; \$272.615.986 «por concepto de comisiones descontadas (...) generadas en operaciones de inversión de

acciones»; y \$72.294.087 «por los perjuicios sufridos al no haber podido descontar el IVA pagado a nombre de Fajobe».

En subsidio, persiguió los mismos resarcimientos, pero ahora como resultado de declarar que *«Correval incurrió en conductas abusivas e ilegales al permitir la apertura irregular de cuentas de administración de valores a nombre de Fajobe, y al intermediar operaciones de bolsa que no estaban autorizadas dentro de la relación contractual existente entre las partes».*

2. Fundamento fáctico.

2.1. Entre las partes se celebró *«un contrato de cartera colectiva para la apertura de un producto denominado FONVAL cartera colectiva»*, cuyo destino exclusivo de inversión eran especies de renta fija en Colombia.

2.2. Durante las anualidades 2000 a 2005 *«Fajobe no negoció operaciones diferentes a las de renta fija, aspecto que además quedó ratificado en las condiciones mencionadas en la actualización de 2007 del registro de firmas».*

2.3. Sin reparar en las condiciones iniciales pactadas, y en desarrollo de un contrato para la administración de valores suscrito con Alejandro Rey Pinzón –gerente financiero y segundo suplente del representante legal de Fajobe–, a partir del mes de julio del año 2006 Correval comenzó a ejecutar, con fondos que pertenecían a la actora, diversas operaciones de renta variable –principalmente compraventa de acciones en el mercado bursátil–.

2.4. Todas esas operaciones, así como varios giros desde las cuentas de la demandante a las cuentas personales de los ordenantes, fueron autorizados por el propio Alejandro Rey Pinzón, en asocio con su colaborador y cómplice, John Alejandro Bedoya Cerquera, también empleado del área financiera de Fajobe.

2.5. Por instrucción escrita de la sociedad actora, todas las transferencias superiores a 12 SMLMV que se originaran desde sus cuentas requerían la aprobación de dos empleados con un rol denominado «*firma tipo "A"*». Pese a ello, Correval ejecutó todas las órdenes ilegítimas signadas por Rey Pinzón y Bedoya Cerquera, quienes tenían claves de firmas «*tipo "A"*» y «*tipo "B"*», respectivamente.

2.6. Fajobe «*nunca recibió extractos ni información relacionada con el movimiento de una cuenta (...), o de haberse recibido, probablemente fueron destruidos y ocultados por los señores Alejandro Rey Pinzón y John Alejandro Bedoya*».

2.7. En el mes de octubre de 2009, y «*luego de la salida de Alejandro Rey de Fajobe, [se] empezaron a descubrir innumerables movimientos efectuados sin [el] consentimiento [de la sociedad], manipulados de manera directa y personal por Alejandro Rey y John Bedoya, con la complicidad de Carolina Stahelin (...), asesora comercial de Correval, a cargo de la cuenta de Fajobe*».

2.8. Es evidente que «*la conducta de Correval permitió a unos terceros enriquecerse con dineros de propiedad de Fajobe. Los movimientos financieros efectuados por Alejandro Rey Pinzón y John Leonardo Bedoya no guardaban relación con su calidad de empleados*

asalariados de Fajobe. El desmesurado aumentos de sus patrimonios personales entre los años 2007 a 2009 fue conocido por Correval, sin que dicha situación generara algún reparo o sospecha».

2.9. Todas las operaciones ideadas para defraudar a Fajobe, pudieron ejecutarse porque la demandada permitió realizar inversiones de renta variable y no efectuó ningún control a las claves de firmas; además, *«se presentó una evidente violación de las conductas propias del mercado de valores (sic), tales como exceso de mandato, ejercicio indebido del nombre y recursos del cliente, conflicto de intereses, entre otros».*

2.10. Al desatender *«las instrucciones impartidas, e ignorar impunemente las conductas propias del mercado de valores, Correval permitió que Alejandro Rey Pinzón y John Leonardo Bedoya obtuvieran un beneficio personal con los recursos de Fajobe, causando graves perjuicios económicos a esta última. Adicionalmente, mientras permitía la utilización indebida de recursos de su cliente, Correval ganó y sacó provecho de las inversiones personas que efectuaban los señores Rey y Bedoya (...) cobrando las respectivas comisiones».*

2.11. Las operaciones que se realizaron con dineros de Fajobe, pero que estaban *«destinadas a favorecer personalmente a Alejandro Rey Pinzón, ascendieron a la suma de \$1.885.134.820»,* mientras que *«las destinadas a favorecer a Alejandro Bedoya, ascendieron a la suma de \$253.185.140».*

2.12. Las inversiones en acciones que se realizaron en contravía de lo pactado, *«dejaron pérdidas para Fajobe por valor de \$1.363.094.708 (...), teniendo en cuenta el emisor de las acciones que se*

adquirieron o vendieron, el valor de las compras, el valor de las ventas, y la diferencia entre el valor de venta y el de compra».

2.13. También se produjeron detrimentos cuantiosos «*como producto de la operación de fondeo de acciones*»; y como resultado de inversiones fallidas en TES; cobro de comisiones e IVA liquidados por Correval, y «*retiros y/o traslados de efectivo autorizados por Alejandro Rey Pinzón y John Alejandro Bedoya*».

2.14. Estos hechos fueron puestos en conocimiento de las autoridades. Para la fecha de presentación de la demanda, la causa penal adelantada contra los involucrados en el desfalco cursaba la etapa preparatoria.

3. Actuación procesal.

3.1. Enterada del auto admisorio, la convocada se opuso a las pretensiones, objetó el juramento estimatorio y formuló las defensas que denominó «*inexistencia de los supuestos incumplimientos a los contratos por parte de Correval*»; «*Fajobe estuvo debida y plenamente representada en su relación con Correval*»; «*Fajobe podía llevar a cabo inversiones en renta variable*»; «*ratificación de los actos por parte de Fajobe*»; «*Correval no estaba obligado a cumplir con las instrucciones a que hace referencia la comunicación del 7 de febrero de 2007*»; «*mandato aparente*»; «*el demandante no puede alegar su propia culpa*»; «*Fajobe tenía conocimiento de su actividad en el mercado de valores a través de Correval*»; «*Fajobe no sufrió perjuicios – reintegro de los recursos por parte de Alejandro Rey Pinzón y John Leonardo Bedoya*»; «*Correval no puede responder por los giros que de otros bancos hiciera Fajobe a las cuentas de Correval*»; «*Correval no obtuvo provecho*

indebido»; «compensación» e «inexistencia de responsabilidad contractual».

3.2. La demandada también llamó en garantía a Alejandro Rey Pinzón y John Leonardo Bedoya Cerquera. El primero permaneció silente durante el término de traslado del llamamiento; el segundo se notificó a través de curador *ad litem*, quien dijo *«estarse a lo probado»*.

3.3. Asimismo, Correval presentó demanda de mutua petición, solicitando el reembolso de \$122.876.469, que habría pagado a Fajobe por concepto de utilidades derivadas de distintas operaciones de renta variable.

3.4. La demandada en reconvención se opuso al *petitum* de la comisionista de bolsa, esgrimiendo las excepciones denominadas *«falta de legitimación en la causa por activa»; «inexistencia actual del derecho reclamado»; «inexactitud en los resultados relacionados por Correval en el hecho 4 de la demanda de reconvención»*, y *«compensación»*.

3.5. En sentencia de 30 de septiembre de 2019, el Juzgado Cincuenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá negó las pretensiones de ambas demandas –principal y de mutua petición–.

Contra esa determinación, Fajobe interpuso recurso de apelación, al que se adhirió Correval en el decurso de la segunda instancia.

SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante fallo de 19 de noviembre de 2021, el tribunal confirmó lo resuelto por el juez *a quo*, con apoyo en los siguientes razonamientos:

(i) Es principio del derecho *«que nadie puede cambiar su propio designio en perjuicio de otros, más conocida como la prohibición de actuar en contra de los actos propios, cuyo sustento demanda la exigencia de un comportamiento claro, sensato y coherente de los integrantes de la colectividad; de ahí que, la determinación de una u otra conducta, según su extensión y efectos, vista en retrospectiva, permita precisar si lo ha cumplido en la misma línea de lo que antes había ejecutado o exteriorizado»*.

(ii) Del material probatorio recaudado se deduce que la actora principal *«preten[de] desconocer contratos y negociaciones por parte de la demandante, cuando para la época de los criticados hechos y ante la misma entidad, direccionó su comportamiento a ejercer (...) las operaciones de las que hoy se duele, para ahora, en contra de sus propios designios, en ejercicio de un contrato consensual, buscar que se le indemnice frente a operaciones de igual raigambre»*.

(iii) Es pertinente agregar que *«el señor Betancourt, en asocio con quien hoy acusa de orquestar un complot financiero a su espalda, señor Alejandro Rey, solicitaron a Correval que se hiciera una transferencia por la suma de \$ 1.000.000.000 de la cuenta APT a la de Fajobe. De nuevo, llama la atención que hoy se procure la inoponibilidad de todas las operaciones distintas a renta fija y con cargo exclusivo a la cuenta del contrato de cartera colectiva, cuando con antelación su comportamiento anduvo bien distante de esa presunta ingenuidad, pues*

se distinguieron portafolios adicionales al de renta fija y se autorizaron transferencias de activos entre estos».

(iv) Debe tenerse en cuenta que «Francisco Betancourt designó como ordenante del producto a, entre otros, Alejandro Rey, luego en principio, desde aquel entonces y hasta 2007, fecha en que se radicó el instructivo de firmas (...), no se puede endilgar insuficiencia del poder. Interregno en el cual se dio el registro de firma autorizada en beneficio de John Leonardo Bedoya (...), por parte de Alejandro Rey, quien ostentaba la calidad de representante legal suplente (art. 442 C. Co.) y pese a que el señor Betancourt, en el interrogatorio decretado oficiosamente, indicó que no tuvo ausencias, también lo es que narró que para ese periodo se faltó por 6 meses en ejercicio de un año sabático».

(v) Si fuera cierto que «[el] gerente financiero y [el] director financiero no estaban autorizados para efectuar operaciones en nombre de Fajobe», no se explicaría cómo la misma sociedad actora, «mediante carta de noviembre 5 de 2009, hubiera comunicado a Correval que “...me permito informales que las personas relacionadas a continuación y quienes tienen firma autorizada para suscribir todas las transacciones originadas en operaciones financieras con el banco, no tiene vínculo laboral. Por lo anterior solicito la anulación de sus firmas en el registro de Correval”».

(vi) Aunque el 28 de febrero de 2007 «se radicó ante Correval un instructivo de firmas para la autorización de operaciones en nombre de Fajobe», debe tenerse en cuenta que ese documento, «en casi todas sus condiciones, refiere a actividades de banca y no de mediación en valores, conforme así lo confesó el liquidador y representante legal de la demandante en su interrogatorio de parte».

(vii) Incluso, «la condición segunda, esto es, aquella que limitaba operaciones a USD \$2500 y requería de una suscripción para su aprobación de dos firmas tipo A, sin duda, atiende (sic) a transacciones eminentemente bancarias por lo que, ante ausencia de otro tipo de restricciones, no puede afirmarse que para las órdenes ante la comisionista se exigiera dicha limitación (...). Una vez más, encuentra el Tribunal que si esa condición hubiese sido dirigida efectivamente a Correval y limitara la actividad operacional ante la misma, como lo defiende la demandante y es el sustento principal de su demanda, su representante legal y otros empleados distintos a los señores Rey y Bedoya, no hubiesen obviado reiteradamente tales reglas para la administración de recursos de Fajobe».

(viii) Es poco probable que la actora «no [hubiera] podido rastrear contablemente las transferencias, por cuenta de que hubo un concierto entre sus financieros y empleados de Correval que, entre otras cosas, impidieron (sic) el conocimiento de los extractos de cada operación y la trazabilidad mensual de todas ellas con el fin de evitar que se registraran esos hechos en su contabilidad y se impidiera descubrir que se estaban usando, sin autorización, recursos de Fajobe con fines, presuntamente personales, cuando hubo comunicaciones de diversos empleados, quienes sin el cumplimiento del instructivo dada las cuantías, ordenaron a bancos la transferencia de recursos de las cuentas corrientes de Fajobe a la de Correval; de tal modo que, si Correval no reportaba el uso de esos dineros, los bancos sí pudieron informar cada transacción que salía de sus cuentas para rastrear la autorización de la misma; sin embargo, en contra de esos actos previos, hoy se indica que ello no fue alertado».

(ix) En línea con lo expuesto, «no puede Fajobe constituir en fuente de responsabilidad su propia culpa, sea por acción u omisión; menos, pretender el desconocimiento de actos jurídicos que en el pasado inmediato convalidó con el ejercicio de los mismos por parte de quienes hoy lideran la estructura organizacional de la compañía, para sin causa

razonable o puente comunicacional válido, desconocerlos absolutamente y a partir de ello, procurar una reparación».

(x) Aunque lo dicho bastaría para confirmar el fallo apelado, es pertinente añadir que la única prueba del daño es «un dictamen pericial realizado por el contador público Eduardo Jiménez Ramírez (...); sin embargo, fue el mismo profesional quien desde la presentación de su experticia limitó el alcance de sus conclusiones, en tanto (...) [admitió que] “no fue posible tener acceso a los documentos que sustentan las operaciones bursátiles, tales como papeletas de operaciones, cheques girados con sus respectivas cadenas de endosos, archivos de llamadas entre otros (...)”, situación que, al ser cuestionada en audiencia, fue refrendada e incluso afirmó [el perito] que de haber tenido al alcance los endosos, su experticia hubiese podido variar».

(xi) La comentada circunstancia «resulta trascendental, pues en contra de aquel dictamen y, en especial, ante la falta de seguimiento del destinatario final de los cheques que se emitían para el pago de cada operación, la pasiva, por su parte, arrimó otra experticia, esta vez la del contador público Juan Hernán Pérez, quien teniendo en cuenta “...copias de cheques girados con endosos...” afirmó que de los portafolios de los señores Rey y Bedoya, retornaron a los de Fajobe, \$2.323.200.696 y \$75.000.000, respectivamente (...), para definir que no se había causado ningún detrimento y, por el contrario, se incrementaron los recursos de la demandante».

(xii) Aun cuando tales conclusiones «no fueron acompañadas con los anexos que permitieron efectuar tales aseveraciones, lo cierto es que, en lo que al daño refiere y a su cuantificación, hubo precariedad probatoria que impedía con el rigor que este elemento exige, establecer su existencia y extensión, deficiencia que solo afecta los intereses de la convocante quien se encontraba en el deber de demostrar cada uno de los elementos de la responsabilidad, so pena

del fracaso de su ruego (...). Y es que, si se observa más a fondo, si no se encuentra comprobado un daño, ya sea por su falta de cuantificación ora por orfandad probatoria, lo cierto es que no tendría sentido lógico una condena de responsabilidad, pues el fin del juicio de responsabilidad civil gravitará siempre en procura de la reparación de una afección derivada del insuceso; entonces, si no hay elemento indemnizable se echa al traste con la pretensión declarativa de adeudo civil».

(xiii) En lo que respecta a «la apelación adhesiva, [no] habrá lugar a efectuar disertación alguna, por cuanto desde su interposición se enfatizó que la viabilidad en su estudio se condicionaba únicamente en el hipotético caso que la Sala accediera a la apelación principal».

DEMANDA DE CASACIÓN

La convocante interpuso el recurso extraordinario de casación, y al sustentarlo, esgrimió una sola censura, fincada en la causal segunda del artículo 336 del Código General del Proceso.

CARGO ÚNICO

Se denunció al tribunal por haber incurrido en errores de hecho y de derecho, que lo llevaron a transgredir, de forma indirecta, los artículos 1602, 1603, 1613, 1614, 1615, 1616, 2155, 2157, 2173, 2175 del Código Civil; 871, 1266, 1268, 1287, 1292 del Código de Comercio, así como «*el principio general del derecho de no contravenir los actos propios*», censura que admite el siguiente compendio:

(i) El *ad quem* «es reo de la acusación de mal interpretar el contrato al colegir que “está acreditada la existencia de una negociación en renta variable”, habida cuenta que, incurriendo en error de hecho, dejó de ver todo un conjunto de acreditaciones que permitían vislumbrar, sin asomo de duda, que el contrato de cuenta colectiva –FONVAL– fechado 18 de diciembre de 2000, en que Fajobe fungió como inversionista y Correval como administradora, per se, no podía ser de aquellos en que se permitían negociaciones de “renta variable”, comoquiera que dichas demostraciones dejaron patente que aquella sociedad inversora se adhirió a un fondo de valores estructurado como una cartera de inversión colectiva, denominado FONVAL, mismo que en lo absoluto constituía un “contrato de administración de valores”».

(ii) Dada la pretermisión de varios documentos obrantes a folios, «el tribunal dejó de ver que Fajobe contrató con la comisionista de bolsa Correval, una amplia variedad de portafolios, distintos unos de otros y por ende con diversidad de perfiles en cuanto a los productos en que en cada uno de ellos se invierte y disparidad en el grado de manejo y disposición que sobre cada uno de ellos tienen los clientes, con lo que, a la postre, le restó al contrato FONVAL su condición de ser uno de “renta fija”, contrario a lo que obra con otros, diversos, que sí constituyeron contratos de administración de valores y por tanto estatuidos como de “renta variable”».

(iii) Igualmente, erró la colegiatura de segundo grado al considerar que la condición de ordenante del señor Rey Pinzón le confería también representación para variar, a nombre de Fajobe, las condiciones de contratación con Correval. Ese postulado obvia que la demandada «estaba decidida, premeditada y negligentemente, a aceptar a Rey Pinzón como representante legal de Fajobe, aún sin contar con prueba de su calidad, descuido que evidencia una culpa grave en el cumplimiento de sus obligaciones que son las de una compañía comisionista de bolsa que es

un agente profesional de la actividad bursátil y de quien, en esa condición, debe reclamársele un esmero dedicado y escrupuloso en el ejercicio de sus deberes».

(iv) Varias comunicaciones dirigidas por la actora a su contraparte, así como la versión del testigo Carlos Alberto Ussa, dejan en evidencia *«que Fajobe reclamó persistentemente a Correval respecto de las operaciones irregulares que allí se fraguaron con los recursos de aquella y desdibuja la consideración del Tribunal según la cual, la demandante convalidó las operaciones irregulares de Alejandro Rey y John Bedoya al haber ordenado Francisco Betancourt la realización de operaciones de renta variable los días 1 de diciembre de 2009 y 6 de octubre de 2010, pues, como se ha mostrado, estas operaciones solo se presentaron luego de que Fajobe ya hubiera advertido las anomalías en el manejo de sus cuentas, y en un contexto en el que, reiteradamente, se estaba discutiendo la regularidad de las operaciones ordenadas por los sujetos antes mencionados».*

(v) La *«única apreciación admisible»* de las claves de firmas radicadas en las oficinas de Correval S.A *«es que era una instrucción que comprendía y vinculaba por igual a la demandada»*, de lo cual se sigue que esta última *«faltó a sus deberes contractuales, incumplimiento que dio lugar al detrimento patrimonial reclamado en la demanda, incumplimiento que puso de relieve el perito Sergio Calderón Acevedo, totalmente preterido».*

(vi) A lo largo de las instancias *«quedó suficientemente probado que, de un lado, entre Fajobe y Correval jamás existió un contrato de administración de valores que pudiera legitimar cualquier clase de inversión en renta variable, toda vez que el contrato con fundamento en el cual se realizaron ese tipo de operaciones, de 4 de julio de 2006, no es oponible a Fajobe (...). Tales operaciones se hicieron a*

espaldas de Fajobe y de manera oculta, con el apoyo de Carolina Stahelin (...) y sin que de parte de la auditoría de Correval se activaran las alarmas correspondientes».

(vii) Además, «Fajobe jamás convalidó esos traslados e inversiones que ahora discute en el proceso, pues, muy al contrario, desde el momento en que tuvo conocimiento sobre el asunto, se lo reclamó a Correval y emprendió distintas acciones, tanto para recabar información como para ponerle de presente a ésta que esos actos significaban un incumplimiento del contrato suscrito desde el año 2000».

(viii) En cuanto a la prueba del daño, la colegiatura de segunda instancia incurrió en graves yerros al conferir mayor valor demostrativo al dictamen pericial aportado por la demandada, pues «ningún anexo aportó el perito Juan Hernán Pérez [para fundamentar sus aseveraciones]».

(ix) Al ser interrogado por «el impacto de la información a la que afirmó no haber accedido», el perito Eduardo Jiménez Ramírez «no fue más allá de aclarar que de haber conocido esa información la habría podido cruzar con los documentos provenientes de Correval que le entregó Fajobe (...) pero, y es importante aclararlo, ello no implica que el perito haya afirmado que su dictamen era impreciso o, de hecho, que de haber sido conocida esa información sus conclusiones se habrían infirmado. Muy al contrario, el perito siempre demostró confianza en su experticia –puesto que la misma estaba cimentada sobre información contable de [Fajobe]–».

(x) La convocada, en cambio, no aportó los documentos «con los que, supuestamente, se pretendió acreditar que los recursos retornaron a Fajobe y que, en consecuencia, esta sociedad no sufrió ningún perjuicio. La carga de la prueba para desvirtuar los

resultados arrojados sobre las 4.381 operaciones sobre la consulta de las cuales se basó el dictamen pericial le correspondía a Correval, quien es el profesional que tenía la información y que, no obstante, la destruyó, tal y como lo puso de presente en su dictamen el señor Sergio Calderón. Lo anterior, aun cuando a todas luces lo prudente, para sus propios intereses, era haberla conservado, más allá de las obligaciones legales de custodia de tales documentos, al estar advertida de las reclamaciones iniciadas por Fajobe».

(xi) Adicionalmente, el *ad quem* transgredió la regla probatoria del artículo 170 del Código General del Proceso, pues «a espaldas de los derechos del actor, en una actitud indolente, se desentendió de hacer uso de los poderes y deberes que le incumbían y negó, arrebatadamente, las pretensiones de la demanda cuando, lo correcto, de concluir que no existían elementos de juicio para establecer el quantum de la indemnización, debió ser el oficioso decreto de las pruebas necesarias con esa finalidad».

CONSIDERACIONES

1. Precisiones preliminares y metodología de análisis del cargo.

Para clarificar el panorama, la Sala estima pertinente sistematizar los hechos del caso sobre los que no subsiste ninguna controversia; las acciones u omisiones que constituirían la infracción contractual de la demandada, y las razones del tribunal para denegar las pretensiones:

1.1. En cuanto al panorama fáctico, cabe reseñar que Fajobe se vinculó a la firma comisionista de bolsa Correval el

18 de diciembre de 2000, a través de un formato de apertura de cuenta en cuyo anverso figuran preimpresos los logotipos «Correval» y «Fonval». En esa misma página, además, puede verse un autoadhesivo con la leyenda «*Fajobe renta fija apertura de cuenta*», y un recuadro con varias opciones de «*negocios con Correval*», a saber, «*renta fija; renta variable; fondos de valores [y] divisas*», todas ellas marcadas con una “x”¹.

Allí también quedó establecido que serían ordenantes, es decir, «*personas autorizadas para impartir órdenes operativas*», los señores Francisco José Betancourt Azcárate, socio y gerente general de Fajobe; Alejandro Rey Pinzón, para entonces su director contable, y María Isabel Castro Martínez, que se desempeñaba como tesorera. Los dos primeros, además, representaban legalmente a la persona jurídica –dada sus condiciones de gerente general y segundo suplente del gerente, respectivamente²–.

El 4 de julio de 2006, el citado señor Rey Pinzón, afirmando actuar a nombre propio y en representación de Fajobe, celebró con Correval un «*contrato para la administración de valores*»³. Diez días más tarde, él mismo el mismo Rey Pinzón rubricó y remitió a la entidad financiera un documento mediante el cual «*autoriza [incluir] la firma*» como ordenante de otro empleado de la sociedad actora, John Leonardo Bedoya Cerquera, quien quedó facultado «*para realizar operaciones ante el fondo*»⁴.

¹ Folio 32 del archivo digital denominado «01Cuaderno1.pdf».

² Folio 129 del archivo digital denominado «02Cuaderno1Tomol.pdf».

³ Folio 5, *ib.*

⁴ Folio 9, *ib.*

A partir de esa calenda, con la rúbrica conjunta de los señores Rey Pinzón y Bedoya Cerquera se realizaron múltiples transacciones desde el portafolio de la convocante, que podrían sistematizarse en cuatro categorías: (i) operaciones de compraventa de acciones; (ii) operaciones de fondeo de acciones; (iii) operaciones de compraventa de títulos de deuda pública (TES); y (iv) transferencias de recursos desde la cuenta de Fajobe a las cuentas personales de Rey Pinzón y Bedoya Cerquera.

Lo relevante para este caso es que esas transacciones no representaban la voluntad de Fajobe, ni se orientaban a proteger sus intereses. Solo favorecían a los precitados ordenantes, que mediante la sustracción temporal de –o el apalancamiento en– los recursos que su empleadora tenía depositados en Correval, pretendieron costear inversiones especulativas personales, anhelando apropiarse de las utilidades que fueran produciendo⁵.

Dicho proceder se extendió por más de tres años, lapso durante el cual los implicados en el ilícito alteraron los libros y registros contables de Fajobe⁶ y reembolsaron importantes saldos a sus cuentas⁷, en procura de no despertar sospechas.

⁵ Cfr. hechos vigésimo y trigésimo octavo de la demanda, así como las copias de la causa penal adelantada en contra de los señores Rey Pinzón y Bedoya Cerquera, particularmente el escrito de acusación que presentó la Fiscalía 242 Seccional (folios 410 a 436 del archivo digital denominado «143462procesopenal.pdf») y el «texto de colaboración» que elaboró y aportó el segundo de los referidos investigados (folios 501 a 516, *ib.*). Cabe anotar que ese juicio terminó con fallo condenatorio contra Rey Pinzón, por los delitos de estafa agravada, en concurso heterogéneo con falsedad en documento privado y fraude procesal (folios 388 a 394 del archivo digital denominado «10Cuaderno9.pdf»)

⁶ Ninguna de las operaciones cuestionadas por Fajobe quedó registrada en su contabilidad, toda vez que Rey Pinzón estaba encargado de coordinar su elaboración y presentación (*ibídem*).

⁷ Por ejemplo, en el hecho trigésimo octavo de la demanda se afirma que «las sumas faltantes de los dineros que se encontraban invertidos en acciones y/o TES a través de Correval, y que en la mayoría

Con todo, en los últimos meses del año 2009 los negocios fraudulentos quedaron al descubierto⁸, revelándose también cuantiosas pérdidas acumuladas.

1.2. Con el propósito de que el detrimento fuera atribuido a la convocada, y no solamente al gerente financiero (Alejandro Rey Pinzón) o al director financiero (John Leonardo Bedoya Cerquera) de Fajobe, esta última argumentó que fue el incumplimiento negligente de la comisionista de bolsa lo que permitió que las gestiones desleales de aquellos empleados se tradujeran en una lesión cierta a su patrimonio.

En desarrollo de esa premisa, aseguró que Correval solo estaba facultada para asignar los recursos de Fajobe a inversiones de renta fija, como CDT o bonos; por consiguiente, cuando permitió que –por orden de Rey Pinzón y Bedoya Cerquera– se efectuaran operaciones de renta variable desde las cuentas de la actora, la entidad financiera demandada desatendió sus deberes contractuales y, de paso, allanó el camino para que la conducta antijurídica de aquellos ordenantes generara pérdidas.

Adicionalmente, se recriminó a Correval por haber ignorado las instrucciones impartidas en la misiva calendada el 7 de febrero de 2007, en la que *(i)* se ratificaron como

de los casos se convertían en pérdidas para Fajobe, eran encubiertas a través de préstamos aprobados por otras entidades financieras, en condiciones también irregulares».

⁸ Mediante comunicación de 5 de noviembre de esa anualidad (con sello de radicado del día siguiente), el representante legal principal de Fajobe informó a Correval que Rey Pinzón y Bedoya Cerquera «no tienen vínculo laboral vigente», por lo que «solicito la anulación de sus firmas en los registros de Correval» (folio 199 del archivo digital denominado «02Cuaderno1Tomol.pdf»).

«funcionarios autorizados para suscribir todas las transacciones originadas en operaciones financieras de Fajobe con el banco» a los señores Rey Pinzón y Bedoya Cerquera; (ii) se asignó al primero un «tipo de firma “A”», y al segundo un «tipo de firma “B”»; y (iii) se estableció que «las dos firmas se combinarán así: 2 tipo A, una A con una B, o dos tipo B, dependiendo de la operación, así: (...) 2. Traslados desde cuentas de Fajobe hacia un tercero: Pagos ACH, OCCIREC, dispersiones de fondos, pagos de nómina o pagos al mismo banco: Cuando se empleen dos firmas tipo A y B: Solo para operaciones cuyo valor sea inferior a 12 SMLMV o a US \$2.500. Para montos superiores se requiere **dos firmas tipo A** (...)»⁹. Puntualmente, Fajobe reprochó a su contraparte el haber permitido a Rey Pinzón y Bedoya Cerquera autorizar transacciones por montos superiores a 12 SMLMV, sin reparar en que el segundo de ellos no tenía una «firma tipo “A”».

1.3. El tribunal confirmó el fallo desestimatorio de las pretensiones, arguyendo que no se había demostrado la infracción contractual de Correval; en cambio, se probó que las órdenes suscritas por los señores Rey Pinzón y Bedoya Cerquera cumplían a cabalidad las pautas prefijadas para la administración de los recursos de Fajobe, por lo que la comisionista no tenía opción distinta a ejecutarlas cabalmente –como lo hizo–.

Esta inferencia se fincó en dos premisas distintas, a saber: (i) Fajobe exteriorizó una voluntad consistente con la posibilidad de realizar operaciones de renta variable desde su cuenta, o, por lo menos, toleró por largo tiempo que se

⁹ Folios 34 y 35 del archivo digital denominado «01Cuaderno1.pdf».

realizaran, sin revelar reparo alguno; y *(ii)* Las instrucciones que impartió Fajobe en el escrito de 7 de febrero de 2007 se refieren únicamente a actividades bancarias, de modo que no eran aplicables a las operaciones bursátiles que ejecutaba Correval a nombre de Fajobe –pero por instrucción de los señores Rey Pinzón y Bedoya Cerquera–.

En refuerzo de su decisión, el *ad quem* sostuvo que la existencia o entidad del daño no estaban demostradas, pues la experticia aportada como única prueba para despejar esas variables –elaborada por el contador público Eduardo Jiménez Ramírez– no consideró los documentos que «sustentan las operaciones bursátiles, tales como papeletas de operaciones, cheques girados con sus respectivas cadenas de endosos, archivos de llamadas, entre otros», omisión que socavaría por completo la credibilidad en las conclusiones del perito.

1.4. Respetando la estructura expuesta, en los acápites siguientes la Corte se ocupará de *(i)* evaluar las inferencias probatorias relacionadas con el incumplimiento contractual de Correval; *(ii)* examinar la eficacia probatoria del dictamen pericial que aportó la actora para cuantificar la pérdida alegada; y *(iii)* determinar si, en este caso puntual, resultaba imperativo decretar una prueba de oficio para estimar con precisión la entidad del daño.

2. Primer segmento del análisis del tribunal: La infracción de los deberes contractuales de Correval.

2.1. La principal inobservancia contractual que se enrostró a la demandada consistió en haber ejecutado operaciones de renta variable con cargo a los recursos depositados por Fajobe en un producto denominado «*cuenta de renta fija*», calificativo que consta en una etiqueta adherida al formato de apertura de cuenta de 18 de diciembre de 2000, y en el encabezado de los extractos mensuales de movimientos aportados por ambas litigantes.

Sucedo, sin embargo, que aquel epígrafe —«*...de renta fija*»— no prueba, *per se*, lo que sugiere la demandante, esto es, que no era posible proveer fondos para operaciones de renta variable con los dineros que dicha sociedad tenía depositados en Correval. Aunque parece sencillo conjeturar que una cuenta con el aludido rótulo solo podría destinarse a realizar operaciones de renta fija, realmente una expresión insular como esa no es suficiente para brindar claridad acerca del contenido obligacional de una convención concreta¹⁰; de hecho, la principal regla de interpretación de los contratos apunta en sentido opuesto, en tanto subordina la literalidad de las palabras a la clara y conocida intención de los contratantes (artículo 1608, Código Civil)¹¹.

¹⁰ De esa regla quedan exceptuadas ciertas expresiones cuya definición y alcances se encuentran preestablecidas en la ley u otros instrumentos semejantes (los INCOTERMS, por ejemplo).

¹¹ En punto de la interpretación de los contratos, recientemente adoctrinó la Corte: «*En materia interpretativa negocial, el Código Civil en sus artículos 1618 a 1624 contiene un histórico cuerpo normativo, instituido para la realización de la labor de fijar la auténtica significación de los términos contractuales, con perfecta aplicabilidad a los contratos mercantiles por expresa remisión del artículo 822 del Código de Comercio. Por vía general, enuncia siete elementos propios de esta tarea, tales como la intención de los extremos negociales, la delimitación de los efectos del contrato al asunto que constituye su objeto, la eficacia interpretativa en el sentido de preferir un entendimiento que produzca efectos a uno que tienda al vacío, la naturaleza propia del contrato, la interpretación sistemática, la interpretación por vía ejemplificativa y, finalmente, la deducción de consecuencias jurídicas adversas en contra de quien redactó unilateralmente el clausulado.*

Al margen de la vigente discusión sobre la pertinencia de esas guías para resolver las nuevas y contemporáneas realidades negociales y económicas, se ha sostenido, con criterio mayoritario, que

Por esa vía, la Sala comparte el punto de partida del análisis del tribunal, conforme al cual la simple frase «*cuenta de renta fija*», por muy elocuente que pueda parecer, no basta para determinar cuáles fueron las obligaciones que asumió la comisionista de bolsa frente a su cliente; y mucho menos, para poner de manifiesto la presencia de una prohibición absoluta para ejecutar órdenes de inversión en renta variable, impartidas por los empleados autorizados por la propia titular de los recursos depositados¹².

De esa proscripción puntual, además, no existe rastro en ningún medio de prueba directo, porque las partes no se cuidaron de documentar con prolijidad los términos de su negociación. Dada esa particularidad, los jueces de instancia optaron por servirse de pruebas indirectas (*indicios*), como la conducta de los contratantes durante su relación comercial, a fin de establecer a partir de allí, y con la mayor precisión posible, en qué consistían las instrucciones de manejo de los recursos confiados por la recurrente.

La anunciada metodología permitió determinar que la sociedad demandante tenía plena libertad para definir en qué

tales postulados consultan tanto elementos subjetivos, esto es, la intención de las partes, como objetivos concernientes con las declaraciones regulatorias del acto jurídico, los cuales han sido traducidos en los postulados que seguidamente se expresan.

*El primero de ellos, contenido en el artículo 1618 **hace prevalecer la intención de los contratantes sobre lo literal de las palabras, cuando aquella está claramente establecida.** La justificación de su preeminencia la fundan algunos en el ejercicio mismo de la autonomía de la voluntad y en la libertad, por vía general, para la configuración del contrato en los segmentos en que ello es posible, es decir, en la autorización para incluir, por vía de cláusulas esenciales y accidentales, las condiciones, modalidades, estipulaciones o pactos que resulten necesarios para el buen suceso del vínculo obligacional, siempre que no contraríen la Constitución, la ley, el orden público, entre otros» (CSJ SC2879-2022).*

¹² Cabe insistir en que la decisión de invertir en instrumentos de renta variable no fue adoptada *motu proprio* por la comisionista, sino que provino de personas que habían sido delegadas para la gestión de las cuentas de Fajobe.

negocios invertir su dinero, inferencia que, se anticipa, luce plausible, a la luz de los medios de prueba recaudados. Nótese que, desde el referido formato de vinculación, aparecen como opciones de «negocios con Correval» los de «renta fija; **renta variable**; fondos de valores [y] divisas», mención que sugiere un abanico de posibilidades más amplio que el descrito en la demanda.

Por ese mismo sendero, durante las anualidades 2006 a 2009 se ejecutaron desde la «cuenta de renta fija» de Fajobe más de setecientas transacciones de compraventa de acciones, que totalizaron \$48.731.999.620, y se financiaron («fondearon») cerca de quinientas adicionales, por un valor de \$59.167.264.874¹³. Un ejercicio de esa magnitud, extendido por cuatro años, no podría explicarse sino asumiendo la existencia de un marco negocial que permitiera a la recurrente destinar sus excedentes de capital a la inversión en instrumentos de renta variable –aunque se encontraran depositados en una «cuenta de renta fija»–.

Esta hipótesis también es compatible con el hecho de que Fajobe recibiera en sus oficinas los extractos mensuales de la pluricitada «cuenta de renta fija», en los que se registraban incontables transacciones bursátiles ¹⁴, sin que hubiera manifestado ninguna inconformidad con el destino dado a su dinero. Al contrario, el propio gerente general de la compañía, Francisco Betancourt Azcárate, pidió a la comisionista

¹³ Así lo señaló el perito de la demandante (folios 322 y 323 del archivo digital denominado «01Cuaderno1.pdf») y así se sigue también de los anexos a esa experticia.

¹⁴ Las constancias de entrega de los extractos, con sello de recibido de Fajobe, obran a folios 12 a 127 del archivo digital denominado «02Cuaderno1Tomol.pdf».

demandada la ejecución de, al menos, una operación de esa naturaleza (adquirir 689.655 acciones de Ecopetrol¹⁵).

Todo lo expuesto deja en evidencia que la hipótesis postulada por el *ad quem* está lejos de ser descabellada; de hecho, articula de manera coherente la información que puede extraerse del material probatorio, a saber, la mención expresa a negocios de renta variable en el formato de vinculación; la conducta que las partes exteriorizaron durante cuatro años; la pasividad de la actora frente a los reportes de negocios bursátiles que remitió Correval; y la decisión del señor Betancourt Azcárate de adquirir acciones de Ecopetrol a través de la comisionista.

A lo anterior se suma que, en el segmento del cargo que se analiza, la casacionista solo presentó hermenéuticas alternativas de la evidencia recolectada, en lugar de derruir la labor de valoración del tribunal. A modo de ilustración, la sociedad convocante sugirió –sin evidencia que respaldara su afirmación– que algunos documentos contractuales pudieron haber sido alterados por Alejandro Rey Pinzón, e indicó que era posible que este último hubiera destruido los extractos que remitía Correval a su cliente.

Igualmente, puso en duda que el referido Rey Pinzón hubiera acreditado la condición –que sí tenía– de representante legal suplente de Fajobe; e incluso insistió en que la orden de compra de acciones firmada por el señor

¹⁵ Esto mediante misiva de 1 de diciembre de 2009 (folio 196, *ejusdem*).

Betancourt Azcárate tuvo que darse en un marco negocial distinto, que no determinó, ya que es posterior «a las defraudaciones cometidas entre 2006 y mediados de 2009». En resumen, en vez de probar los dislates anunciados, la recurrente ideó una serie de suposiciones de lo que pudo ocurrir, a manera de un alegato de instancia.

Sobra decir que argumentos como esos son infértiles en sede de casación, pues,

*«(...) partiendo de la base de que la discreta autonomía de los juzgadores de instancia en la apreciación de las pruebas conduce a que los fallos lleguen a la Corte amparados en la presunción de acierto, (...) los errores de hecho que se les endilga deben ser ostensibles o protuberantes para que puedan justificar la infirmación del fallo, justificación que por lo tanto no se da sino en tanto quede acreditado **que la estimación probatoria propuesta por el recurrente es la única posible frente a la realidad procesal**, tornando por lo tanto en contraevidente la formulada por el juez; por el contrario, **no producirá tal resultado la decisión del sentenciador que no se aparta de las alternativas de razonable apreciación que ofrezca la prueba o que no se impone frente a ésta como afirmación ilógica y arbitraria**, es decir, cuando sólo se presente apenas como una posibilidad de que se haya equivocado (...)» (CSJ SC, 8 sep. 2011, rad. 2007-00456-01; reiterada en CSJ SC3631-2021).*

2.2. La tesis del tribunal también encuentra sustento en el contrato para la administración de valores que ajustaron las partes el 4 de julio de 2006, toda vez que dicho pacto refleja con claridad la voluntad de Fajobe de invertir sus recursos en el mercado nacional de valores, valiéndose de los servicios de intermediación que ofrece la comisionista de bolsa demandada.

Y si bien la impugnante argumentó –con insistencia– que dicha convención no le era oponible, dado que había sido representada allí por el propio Alejandro Rey Pinzón, quien era segundo suplente del gerente, y no acreditó ante su contraparte las ausencias temporales del representante legal principal y del primer suplente, lo cierto es que ese alegato carece de sustento, por lo que la negociación debe entenderse plenamente vinculante para Fajobe.

En efecto, el ejercicio de la representación legal por parte de un suplente puede supeditarse estatutariamente a una falta temporal o absoluta del principal; pero ante terceros, esa circunstancia no requiere prueba distinta al hecho mismo de que sea aquel (el suplente), y no este (el principal), quien comparezca a representar al ente societario en un acto jurídico concreto. No es pertinente presentar justificaciones de ningún tipo ante personas ajenas a la propia sociedad representada, pues ello entorpecería el tráfico económico y sería incompatible con el principio de buena fe que campea en el derecho mercantil.

Quien ajusta un contrato con el representante legal suplente de una persona jurídica, debe poder confiar en que *(i)* la actuación de ese representante obedece a la ausencia del principal; y que *(ii)* la sustitución corresponde a una decisión reflexiva del ente representado, adoptada según sus reglas estatutarias. Por tanto, atendidas las directivas y restricciones inscritas en el respectivo certificado de

existencia y representación legal¹⁶, la gestión del suplente debe considerarse equivalente a la del principal¹⁷.

Y aunque lo anotado no obsta para que la sociedad inicie acciones en contra del administrador que actúa deslealmente, la eficacia del negocio jurídico no puede quedar en entredicho. El riesgo de que el suplente ejerza sus facultades en contravía de los intereses de su representada debe asumirlo esta última –en tanto fue quien confirió la potestad de representación–, y no puede trasladarse a la comunidad, pues ello aumentaría los costos de transacción injustificadamente, y socavaría la confianza pública en la fuerza obligatoria de los contratos¹⁸.

Por esa vía, se torna intrascendente que el tribunal hubiera sugerido –sin suficiente respaldo probatorio, valga señalarlo– que el representante legal principal de Fajobe (el señor Betancourt Acárate) disfrutó de algún período sabático durante el año 2006¹⁹, pues la vinculatoriedad de las convenciones celebradas por el representante legal suplente de la sociedad actora (Alejandro Rey Pinzón), no dependía de la prueba de esa ausencia efectiva.

¹⁶ El artículo 117 del Código de Comercio prescribe que «*[p]ara probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la cámara respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones acordadas a dichas facultades, en su caso*».

¹⁷ A voces del canon 442 ejusdem, «*[l]as personas cuyos nombres figuren inscritos en el correspondiente registro mercantil como gerentes principales y suplentes serán los representantes de la sociedad para todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento*».

¹⁸ Si las cosas no fueran así, todos los actos en los que interviniera un representante legal suplente quedarían expuestos a un alegato similar al que propuso la recurrente, esto es, que el contrato es inoponible, porque el representante legal principal «*no estaba ausente*» de su cargo para la fecha de su celebración. Esa posibilidad, además, implica asignar a todos quienes hacen tratos con un suplente la pesada carga de esclarecer si este actúa de buena fe, o si pretende desplazar ilícitamente al principal.

¹⁹ Recuérdese que el 4 de julio de ese año, el señor Rey Pinzón, actuando como representante legal suplente de Fajobe, celebró el aludido convenio de administración de valores con Correval.

A modo de síntesis preliminar, puede decirse que no se acreditó un error de hecho trascendente del tribunal, en tanto consideró que Correval no había inobservado sus obligaciones al permitir que se efectuaran operaciones de renta variable desde la «*cuenta de renta fija*» de la actora; ello, obviamente, previa autorización de algún ordenante establecido por Fajobe.

2.3. Como segundo puntal de su acción de responsabilidad contractual, la sociedad actora denunció a Correval por haber omitido –consistentemente– su deber de verificar que las transacciones ordenadas por Rey Pinzón y Bedoya Cerquera satisficieran las condiciones de manejo de cuenta estipuladas en la comunicación de 7 de febrero de 2007 (que se radicó el 28 del mismo mes); específicamente, las combinaciones o “llaves de firmas” ahí detalladas.

Para responder ese alegato, el tribunal recordó que las instrucciones se dirigían a ciertas «*operaciones financieras de Fajobe con el **banco***» –según allí se afirmó–, o lo que es lo mismo, a negocios arquetípicamente bancarios, como la dispersión de pagos de nómina, o la adquisición de créditos, que nada tendrían que ver con los que ejecutaba Correval por órdenes del personal autorizado de Fajobe –para quienes no existiría ninguna directriz de firmas–.

Y, a decir verdad, los conjuntos de «*firmas “tipo A”*» y «*firmas “tipo B”*» solo se previeron para (i) «*traslados desde nuestras cuentas [las de Fajobe, se aclara] hacia cuentas de ahorro colectivo (fondos) o a otras cuentas a nombre de Fajobe*»; (ii) «*traslados desde*

cuentas de Fajobe hacia un tercero: pagos ACH, OCCIRED, dispersiones de fondos, pagos de nómina o pagos al mismo banco»; (iii) «operaciones de endeudamiento en moneda legal o extranjera», y (iv) «operaciones de compra de divisas»; por tanto, puede afirmarse que ni la compraventa de acciones, ni la negociación de títulos de deuda, ni el fondeo de acciones, quedaron incluidos –expresa o implícitamente– en tales “llaves de firmas”.

Subsiguientemente, luce razonable que el tribunal hubiera concluido que la comisionista de bolsa no tenía la obligación –ni la potestad– de exigir que las órdenes de inversión de aquel linaje (compraventa de acciones, negociación de TES o fondeo de acciones) respetaran una “llave de firmas” preestablecida. En contraste, Correval tenía el deber jurídico de ejecutar todos los mandatos de Fajobe, en tanto provinieran de un ordenante autorizado, como lo eran los señores Rey Pinzón y Bedoya Cerquera.

Este argumento, cabe reiterar, no luce arbitrario o contraevidente, por lo que se mantiene a salvo en casación, máxime si se repara en que la recurrente no discutió los alcances de las “llaves de firmas”, sino que teorizó que otros cursos de acción habrían sido posibles para Correval tras recibir la misiva de 7 de febrero de 2007; por ejemplo, solicitar a su cliente una aclaración sobre las instrucciones de manejo, o extender preventivamente la exigencia de «*dos firmas tipo “A”*» para materializar cualquier orden que involucrara un movimiento considerable de dinero.

Proposiciones como esas, insiste la Sala, carecen del vigor necesario para derruir la presunción de acierto que cobija al silogismo del tribunal, pues no refutan los razonamientos probatorios que esa corporación expuso, ni identifican las evidencias que servirían para demostrar que la sociedad convocada estaba obligada a bloquear, revalidar o no tramitar las órdenes de inversión en valores bursátiles firmadas por Rey Pinzón y Bedoya Cerquera.

En punto de lo anterior, conviene reiterar que

«(...) si el propósito de la censura es comprobar un yerro fáctico, el casacionista está en la obligación de acreditarlo cabalmente, presentándolo como la única alternativa de valoración posible y no como una mera opinión divergente en la apreciación probatoria, toda vez que la estructuración de los cargos por esta causal [la segunda, se aclara] no puede limitarse a la simple alegación de la falta de razón del juzgador, sino que exige la concreción de los específicos errores que se habrían cometido al valorar las probanzas, exponiendo, además, de qué forma tales yerros influyeron en la decisión cuestionada (CSJ, AC 29 ago. 2000, exp. 1994-0088, citado en CSJ SC, 2 feb. 2001, rad. 5670).

(...) Recuérdese que la presentación de una valoración factible y alternativa de los medios de convicción no es suficiente para derruir las conclusiones probatorias del juzgador, sino que debe demostrarse por qué razón la propuesta por los censores es la única valoración posible dado el contenido objetivo de los medios de prueba; el simple criterio divergente de los recurrentes no tiene la fuerza suficiente para desconocer la reconocida autonomía de los juzgadores al momento de valorar las pruebas, labor que es de su exclusivo resorte.

Al respecto ha sostenido la Sala: “...en cuanto a la apreciación de las pruebas por parte del sentenciador de instancia, ha de respetarse por norma la autonomía con que cuenta de acuerdo con la ley para formarse su propia convicción sobre la configuración fáctica del asunto litigado, habida consideración que la facultad de la Corte frente a un recurso que haga uso de esta vía es, por

principio, la de velar por la recta inteligencia y la debida aplicación de las leyes sustanciales, no así la de revisar una vez más y con absoluta discreción, todas las cuestiones de hecho y de derecho ventiladas en las instancias, razón por la cual esta Corporación, situada en el plano del que viene hablándose, ‘... ha de recibir la cuestión fáctica tal como ella se encuentre definida en el fallo sujeto al recurso extraordinario...’ (G. J. t. CXXX, pág. 63), descalificando en consecuencia aquellos recursos que cual ocurre con el que viene examinándose, se estructuran sobre la base de planteamientos que tienden a disentir, en simple contraste de pareceres, del criterio empleado por el Tribunal en lo que respecta a la elección y valoración de las pruebas que en realidad pesan y tienen por ello influencia decisoria, olvidando justamente que elegir los medios demostrativos con arreglo al sentido jurídico general de la causa y observando naturalmente las normas de disciplina probatoria pertinentes, así como también el atribuirles a dichos medios, según los dictados de la sana crítica, la jerarquía correspondiente dentro del conjunto de las acumuladas y que hay lugar a evaluar, son facultades que les competen de manera privativa a los juzgadores de instancia” (CSJ, SC 22 may. 1998, exp. 4996)» (CSJ SC3463-2022).

2.4. Con todo, las razones para desestimar los apartes del cargo hasta aquí analizados no son replicables en tratándose de las transferencias de dinero desde la cuenta de Fajobe, hacia las cuentas personales de los señores Rey Pinzón y Bedoya Cerquera, porque estas sí pueden quedar subsumidas en el protocolo de firmas de 7 de febrero de 2007. Puntualmente, en su ordinal segundo, que instituyó la participación de dos personas con «*firma tipo “A”*» para dar curso a los «**traslados desde cuentas de Fajobe hacia un tercero: pagos ACH, OCCIREN, dispersiones de fondos, pagos de nómina o pagos al mismo banco**», siempre que superaran los 12 SMLMV (equivalentes a \$5.204.400 de esa anualidad).

Ahora bien, para arribar a la conclusión opuesta, el *ad quem* centró su lectura en el listado de operaciones que

sucede al signo de puntuación («...pagos ACH, OCCIRED, dispersiones de fondos, pagos de nómina o pagos al mismo banco»), las cuales son típicamente bancarias y, por lo mismo, ajenas al giro de los negocios de la comisionista demandada. Sin embargo, no existe razón que justifique ese análisis fragmentario, como tampoco la hay para prescindir de la inequívoca referencia a los «**traslados desde cuentas de Fajobe hacia un tercero**», operación que Correval ejecutaba con relativa frecuencia.

Para la Corte, resulta improcedente que un profesional en la gestión de inversiones elija cuáles instrucciones de sus clientes atender, y cuáles no; y también lo es que dichas instrucciones sean interpretadas al arbitrio del gestor, y en el único sentido que impide derivar de ellas algún efecto útil. Pero, dejando de lado esos cuestionamientos, lo que hace insostenible la tesis del *ad quem* es la evidencia de que Correval sabía que las órdenes de traslado de dineros hacia cuentas de terceros tenían que ser autorizadas por dos personas con «*firmas tipo "A"*», y también era consciente de que estaba incumpliendo esa restricción cuando ejecutaba las órdenes de los señores Rey Pinzón y Bedoya Cerquera –dado que este último tenía una «*firma tipo "B"*»–.

Así se sigue de dos mensajes de correo electrónico que militan en copia impresa en el expediente, y que fueron enviados el 14 de mayo de 2008. En el primero de ellos, la analista de cumplimiento de Correval, Fernanda Valero Acevedo, le pide a Carolina Stahelin Uribe –quien laboraba en el área comercial de la misma compañía– lo siguiente:

«Carolina por favor te recomiendo la carta de Fajobe **donde rectifiquen nuevamente las condiciones de manejo**, para evitar futuros inconvenientes en cuanto a la visación (sic) de ciertas cartas»²⁰.

Pocos minutos después, la propia Stahelin Uribe remite el segundo correo a John Leonardo Bedoya Cerquera, advirtiéndole que «**según instrucciones que ustedes mandaron dicen que para giros mayores a 500 (sic) millones se necesitan 2 firmas tipo A y actualmente para los giros la carta la firman tu y Alejandro que son firmas tipo A y B**». Tras esa introducción, resaltó que «auditoría me está molestando con los giros», y agregó: «**este tiempo he rogado cada giro, pero ya no me lo aceptan**, ellos me dicen que ustedes simplemente manden una autorización para cualquier tipo de giro y monto podemos aceptar **2 firmas, una tipo a y otra tipo b**»²¹.

El contenido de estos mensajes electrónicos revela que la comisionista de bolsa estaba plenamente advertida de la existencia de una “llave de firmas” específica para la aprobación de ciertos giros dinerarios, restricción que decidió ignorar al ejecutar transferencia desde la cuenta de Fajobe, hacia la de algunos de sus empleados, a pesar de que la instrucción correspondiente no venía suscrita por dos personas con «firmas tipo “A”».

Y si alguna duda quedare de la aplicabilidad de las referidas condiciones de manejo de cuenta, nótese que el propio Rey Pinzón²² trató de radicar otras instrucciones

²⁰ *Ídem*.

²¹ Folio 188 del archivo digital denominado «11Cuaderno9Tomol.pdf».

²² Diciendo actuar como representante legal (suplente) de Fajobe.

distintas el 22 de mayo del año 2009, en las que se lee: «Toda operación debe llevar dos firmas (...). Las firmas se combinarán así: 2 tipo A, una A con una B, o dos tipo B, dependiendo de la operación, así: (...) 1. (...) **traslados desde cuentas de Fajobe hacia un tercero** (...). Se requiere que vayan 2 firmas tipo A, **o una A + una B, no hay otras restricciones**»²³. El interés en simplificar las “llaves de firmas” refrenda el hecho de que la convocada sí estaba obligada a verificar la coexistencia de «dos firmas tipo “A”», al menos en tratándose de transferencias a terceros

Lo expuesto no sufre mengua porque otros empleados de Fajobe –distintos de Rey Pinzón y Bedoya Cerquera– hubieran presentado órdenes de inversión sin respetar la mentada “llave de firmas”. Dicha circunstancia, a la que se aferró la sentencia de segunda instancia, no traduce que el método de autenticación perdiera sus efectos, ni tampoco exonera a la comisionista de cumplir a cabalidad sus deberes profesionales, puntualmente, el de atender con celo las instrucciones impartidas por sus clientes.

2.5. En consecuencia, el *ad quem* sí incurrió en un yerro de valoración, aunque mucho menor que el denunciado. Ese error consistió en no dar por probado, estándolo, que de acuerdo con las instrucciones impartidas por Fajobe, Correval estaba obligada a verificar que las transferencias mayores a 12 SMLMV desde la cuenta de la actora, hacia las cuentas de terceros, estuvieran autorizadas por dos personas con «firma tipo “A”».

²³ Folio 37 del archivo digital denominado «12Cuaderno9TomolI.pdf»

Aquel dislate explica otro, que es consecuencial, consistente en pretermitir la evidencia de la referida obligación. Como se anunció al iniciar estas consideraciones, en el expediente obran varios documentos firmados por los señores Rey Pinzón y Bedoya Cerquera, en donde imparten órdenes de giro desde la cuenta de Fajobe, a sus cuentas personales, y que fueron ejecutados sin inconveniente por Correval, a pesar de no cumplir con la “llave de firmas” prefijada para operaciones superiores a 12 SMLMV.

Entre otras pruebas similares²⁴, milita a folios un escrito de 10 de abril de 2007, mediante el cual los dos empleados piden a Correval transferir \$362.000.000²⁵; el 25 de mayo del mismo año, ordenaron el giro de \$20.000.000²⁶; dos días después, transfirieron \$50.000.000 más²⁷; y el 5 de noviembre de la anualidad siguiente, otros \$261.000.000²⁸. En todos esos casos, el destinatario de los recursos era Rey Pinzón, lo que equivale a decir que se trataba de giros a un tercero, que fueron ejecutados por la comisionista, a pesar de no estar debidamente autorizados.

2.6. En los restantes aspectos del debate, la argumentación del tribunal no fue derruida, lo que descarta que los demás reproches de la convocante puedan considerarse verdaderos incumplimientos de Correval. No es posible, en el contexto explicado, calificar de infracción negocial el hecho de que se tramitaran órdenes de inversión

²⁴ Que serán relacionadas, con detalle, en líneas posteriores.

²⁵ Folio 563 del archivo digital denominado «01Cuaderno1.pdf»

²⁶ Folio 559, *ib.*

²⁷ Folio 560, *ib.*

²⁸ Folio 161, *ib.*

en instrumentos de renta variable, con cargo a recursos depositados en una «*cuenta de renta fija*», o que se ejecutaran cuantiosas operaciones de compraventa de acciones, fondeo de acciones, y compraventa de títulos TES, por instrucción de un ordenante con «*firma tipo “A”*», y otro con «*firma tipo “B”*»²⁹.

Por ende, aunque los señores Rey Pinzón y Bedoya Cerquera hubieran ocasionado pérdidas a Fajobe por cualquiera de esas vías (*v. gr.*, ordenando adquirir acciones a nombre propio, pero con recursos de su empleadora), la obligación de reparar no podría hacerse extensiva a Correval, porque, siguiendo el argumento del tribunal –que en este aspecto se mantuvo indemne–, la participación de la comisionista en esos hechos no constituyó una transgresión de sus deberes negociales, sino una expresión legítima de estos; puntualmente, de la carga de ejecutar las directrices de los ordenantes delegados por sus clientes.

Con estas limitaciones, se analizarán los apartes restantes de la motivación del *ad quem*, referidos a la ausencia de acreditación del daño que dijo haber sufrido por la demandante, debiéndose insistir en que ese daño solo sería resarcible en la medida en que se encuentre vinculado causalmente a la única inobservancia contractual de Correval que sí quedó probada: tramitar órdenes de giro mayores a 12 SMLMV, desde la cuenta de Fajobe, hacia las

²⁹ Lo expuesto serviría también para descartar la posibilidad de trasladar a Correval los costos que generaron esas operaciones (comisiones, IVA, etc.), conforme se reclamó en las pretensiones 3.7. y 3.8. de la demanda (en concordancia con los hechos 63 a 68). Sin embargo, este puntal del debate no amerita mayor desarrollo en esta providencia, porque no fue mencionado en la sustentación del único cargo formulado en casación.

cuentas de terceros, sin contar con la autorización de dos personas con «*firma tipo "A"*».

3. Segundo segmento del análisis del tribunal: La (falta de) prueba del daño.

3.1. Fajobe aportó como principal prueba del daño un dictamen pericial, en el que el contador público Eduardo Jiménez Ramírez sistematizó «*los documentos [extractos de cuenta] denominados "Correval S.A. consulta de movimiento de clientes"*», clasificando varios de sus registros en una de las cuatro tipologías de operaciones cuestionadas en la demanda: compraventa de acciones; fondeo de acciones; compraventa de TES y transferencias a cuentas de terceros.

A partir de esos grupos de datos, el experto *(i)* integró los costos asociados a cada tipología de negocio; y *(ii)* totalizó, por separado, los ingresos y egresos asentados en el extracto, calculando la diferencia. Por vía de ejemplo, tras seleccionar las operaciones de compraventa de acciones, sumó todos los depósitos que correspondían al pago de un precio de venta (\$23.684.452.456) y sustrajo los retiros efectuados para cubrir un precio de adquisición (\$25.047.547.164), obteniendo un valor negativo (-\$1.363.094.708), pues los egresos fueron superiores a los ingresos.

El hecho de que las operaciones aritméticas efectuadas por el señor Jiménez Ramírez arrojaran invariablemente resultados como ese (negativos), llevó a la demandante a presentar esas cuentas como la demostración irrefutable de

la existencia de un daño a su patrimonio. Incluso, el importe de las indemnizaciones que se reclamaron coincide cabalmente con los valores que obtuvo el perito en cada uno de los subgrupos transaccionales que se reseñaron *supra*.

3.2. Al desatar la alzada interpuesta por la parte convocante, el tribunal –que había descartado ya el incumplimiento contractual de Correval– incluyó como argumento adicional unas breves apreciaciones en torno a la falta de prueba del daño, que consideró una secuela inexorable de la escasa credibilidad de las conclusiones del reseñado dictamen pericial.

La crítica consistió en que el perito contratado por Fajobe no había verificado los soportes contables que correspondían a los movimientos registraos en los extractos de cuenta, lo que pudo llevarlo a obviar datos relevantes, como el que suministró otro dictamen pericial, aportado por la demandada –y a cargo del contador público Juan Hernán Pérez García–, a saber, que «*de los portafolios de los señores Rey y Bedoya, retornaron a los de Fajobe \$2.323.200.696 y \$75.000.000*».

A juicio de la Sala, le asiste razón a la recurrente en cuanto sostuvo que el anterior argumento del *ad quem* carece de una estructura analítica sólida. También acertó al criticar la invocación de la experticia elaborada por el señor Pérez García, pues a ella no se acompañaron los soportes de sus conclusiones. Sin embargo, tales pifias no conducen a afirmar que el daño está probado; al contrario, la evidencia

parece descartarlo, al menos en el reducido ámbito en el que pudiera ser atribuible a la convocada.

3.3. Para arribar a la anterior conclusión, es necesario reiterar que no se probó ningún incumplimiento de Correval alrededor de la compraventa de acciones, el fondeo de acciones, o la compraventa de TES³⁰; razón por la cual resulta jurídicamente inviable atribuirle cualquier pérdida ligada a esa clase de operaciones. Por ello, el daño por el que se averigua debe ser consecencial a la infracción contractual que sí se probó, a saber, la ejecución de órdenes de transferencia de sumas superiores a 12 SMLMV, desde las cuentas de Fajobe, hacia las cuentas de un tercero, sin la autorización de dos ordenantes con «*firma tipo "A"*».

Establecida la parcela del debate que debe analizarse, cabe señalar que en el expediente reposan registros de los siguientes movimientos de dinero, que armonizan con la aludida descripción:

31FECHA	ORIGEN	BENEFICIARIO	MONTO	FL.
10/04/2007	Fajobe "renta fija"	Alejandro Rey Pinzón	\$ 362.000.000	154 ¹
23/05/2007	Fajobe "renta fija"	Alejandro Rey Pinzón	\$ 20.000.000	152
25/05/2007	Fajobe "renta fija"	Alejandro Rey Pinzón	\$ 50.000.000	156
27/11/2007	Fajobe "renta fija"	Alejandro Rey Pinzón	\$ 51.912.300	159
27/11/2007	Fajobe "renta fija"	John Bedoya Cerquera	\$ 113.185.140	159
5/11/2008	Fajobe "renta fija"	Alejandro Rey Pinzón	\$ 261.000.000	161
19/12/2008	Fajobe "renta fija"	Constructora Pijao ¹	\$ 70.997.800	565

³⁰ También se descartó el incumplimiento de Correval con relación a las transferencias desde distintas cuentas bancarias de Fajobe hacia la comisionista, pero este tópico (al que se refieren la pretensión 3.3. y el hecho 69 de la demanda) fue abandonado en la sustentación del recurso de casación. En cualquier caso, a esas operaciones le son extensibles las conclusiones expuestas en el numeral 2. de esta providencia, frente a la compraventa de acciones, el fondeo de acciones, o la compraventa de TES.

³¹ Sociedad a la que Rey Pinzón adeudaría esa suma de dinero.

Es innegable que la demandada debía abstenerse de tramitar todas esas órdenes de giro, pues a pesar de superar los 12 SMLMV, y de tener como destinataria una persona distinta de la titular de los recursos, fueron autorizadas por los señores Rey Pinzón y Bedoya Cerquera, quienes no cumplían los requerimientos previstos en la “llave de firmas” prefijada por Fajobe –en tanto el segundo de los nombrados tenía una «firma tipo “B”»–.

No ocurre lo mismo con otras cuatro transacciones que fueron reseñadas tanto en la demanda, como en la experticia elaborada por el contador público Jiménez Ramírez. Dos de ellas se realizaron el 14 de junio³² y el 31 de noviembre de 2006³³, es decir, varios meses antes de que las “llaves de firmas” se radicarán en Correval (7 de febrero de 2007); por consiguiente, esta nada pudo ni debió hacer con miras a frustrar tales órdenes de giro, en tanto fueron emitidas por personas autorizadas para administrar –sin restricción para ese entonces– los recursos de la convocante.

Las dos restantes se llevaron a cabo con posterioridad, pero no corresponden a «traslados desde cuentas de Fajobe hacia un tercero», que es el género al que refieren las instrucciones de manejo impartidas por la recurrente, y aplicables a la comisionista. La primera se trata de «un depósito en cheque en el Banco de Bogotá en cuenta CORREVAL S.A. el día 23 de octubre de

³² Transferencia desde la cuenta de Fajobe, hacia la cuenta de GS1 Colombia, por valor de \$110.000.000 (folio 203, *ib.*), mencionada en el literal c) del hecho n.º 51 de la demanda

³³ Transferencia desde la cuenta de Fajobe, hacia la cuenta de Alejandro Rey Pinzón, por valor de \$31.000.000 (folio 557, *ib.*), mencionada en el literal h) del hecho n.º 50 de la demanda.

2007, por \$30.000.000»³⁴, que no puede considerarse «*un traslado desde cuenta*», y sobre el cual no existe constancia de cómo, o por quién, fue autorizado. Al respecto solo obra una breve mención en un correo electrónico remitido a la actora por el auditor interno de Correval³⁵.

La segunda, que es la más operación cuantiosa, vino precedida de una instrucción del siguiente tenor:

*«Con toda atención, estamos confirmando que el día 30 de noviembre de 2007 le solicitamos a CÍA. PROFESIONALES DE BOLSA S.A. transferir vía SEBRA a CORREVAL S.A. la suma de \$1.038.224.720. Dichos fondos deben ser aplicados a la cancelación de acciones de Ecopetrol a nombre de Alejandro Rey Pinzón, identificado con cédula de ciudadanía (...)»*³⁶

Aunque su brevedad hace complejo dotar de rasgos particulares a la referida consigna, es claro que tampoco puede subsumirse en la expresa descripción de negocios a los que aplicaba la “llave de firmas” («*traslados desde cuentas de Fajobe hacia un tercero...*»), máxime si se tiene en cuenta que, en aplicación de una de las razones del fallo del tribunal –que no fue derruida en casación–, a esa “llave de firmas” ha de aplicársele una exégesis literal.

Por consiguiente, las cuatro transacciones aludidas también quedarían sometidas a la solución que postuló la sentencia de segunda instancia, conforme a la cual la demandada no tenía el deber jurídico de asumir las

³⁴ A folio 350 (*ib.*) puede verse la referencia que hace el perito Eduardo Jiménez Ramírez a ese cheque. Así también se encuentra en el literal b) del hecho n.º 51 de la demanda

³⁵ Folio 571, *ib.*

³⁶ Folio 562, *ib.*

consecuencias perniciosas de las operaciones ordenadas por Rey Pinzón y Bedoya Cerquera, respecto de las cuales no hubiera sido viable exigir una de las “llaves de firmas” previstas en el documento de 7 de febrero de 2007.

3.4. Depurados los cálculos que presentó la actora con base en el informe del perito Jiménez Ramírez, se puede considerar demostrado que Correval tramitó un total de siete órdenes de traslado de sumas superiores a 12 SMLMV, desde la cuenta de Fajobe, hacia las de terceros –principalmente, los señores Rey Pinzón y Bedoya Cerquera–, sin contar con la autorización de dos ordenantes con «*firma tipo “A”*». En esos movimientos, se extrajeron de la cuenta de la demandante un total de \$929.095.240.

Pero ello no significa, necesariamente al menos, que Fajobe hubiera sufrido una pérdida equivalente a esa cantidad, negación que podría parecer contraintuitiva, pero que, si se analiza con detenimiento, emerge irrefutable, en tanto no existe garantía de una perfecta y absoluta sincronía entre los ingresos y egresos de una cuenta de depósito y la situación patrimonial del cuentahabiente. Dicho en términos simples, no todos los ingresos de dinero aumentan los activos del titular, ni cualquier egreso lo disminuye.

En líneas generales, el movimiento de una cuenta puede servir como un indicio de pérdidas o ganancias, pero no constituye prueba directa de ellas, ni mucho menos una que no admita refutación. Por ende, en casos como estos resulta imperativo acudir a elementos de juicio adicionales –en

tratándose de comerciantes, un análisis forense de contabilidad u otra evidencia técnica semejante puede ser de gran utilidad— para esclarecer la situación real del patrimonio afectado, verificando que el egreso de la cuenta de depósito se convirtió en un detrimento cierto.

Este requerimiento de verificación, lejos de ser excesivo, se torna ineludible, porque en punto de la existencia del daño es deseable alcanzar el mayor grado de certeza que sea posible. El fenómeno del daño es el elemento diferencial de la responsabilidad civil, el único punto de partida desde el cual se puede averiguar por la presencia de los criterios normativos que permiten imponer a una persona el deber de reparar a otra.

El daño, en tanto agravio cierto que justifica que la víctima reclame una indemnización del demandado, debe ser cuestión sobre la que no se albergue ninguna duda. Así se sigue de la jurisprudencia de esta Sala, que ha insistido en que la reparación solo procede

«...en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de [estos] y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido. En otras palabras, toca al demandante darse a la tarea, exigente por antonomasia, de procurar establecer, por su propia iniciativa y con la mayor aproximación que sea factible según las circunstancias del caso, tanto los elementos del hecho que producen el menoscabo patrimonial del cual se queja, como su magnitud, siendo entendido

que las deficiencias probatorias en estos aspectos de ordinario terminarán gravitando en contra de aquél» (CSJ, SC, 4 mar 1998, rad. 4921).

Por la misma senda, la Corte también ha dicho que

«...el daño constituye “la columna vertebral de la responsabilidad civil, en concreto de la obligación resarcitoria a cargo de su agente (victimario), sin el cual, de consiguiente, resulta vano, a fuer de impreciso y también hasta especulativo, hablar de reparación, de resarcimiento o de indemnización de perjuicios, ora en la esfera contractual, ora en la extracontractual, habida cuenta que “si no hay perjuicio”, como lo puntualiza la doctrina especializada, “...no hay responsabilidad civil” (sent. 4 de abril de 2001, rad. 5502)» (CSJ SC, 27 jun. 2005, rad. 1997-05210-01).

3.5. Pues bien, en la causa *sub examine* no obra ningún rastro de la situación económica de la demandante, pues esta no aportó su información contable (con los ajustes pertinentes para corregir cualquier alteración introducida por Rey Pinzón y Bedoya Cerquera); y tampoco se preocupó por traer al expediente otro elemento de juicio que permitiera elucidar, con la precisión del caso, el impacto de las acciones de los ordenantes desleales en su patrimonio.

A ello se agrega que en la foliatura existen soportes de movimientos de la cuenta administrada por Correval, que dan cuenta tanto de la información de egresos a la que se hizo referencia en el numeral 3.2. *supra*, como también de varios movimientos en sentido inverso. Esto significa que, así como hay anotaciones de transferencias desde la cuenta de Fajobe, hacia la de Rey Pinzón y Bedoya Cerquera, también las hay desde la de estos, hacia la de aquella; lo que ocurre

es que dichas consignaciones no fueron mensuradas por el perito Jiménez Ramírez, porque habiendo examinado todas las operaciones inscritas en los extractos, solamente cuantificó *algunas* –las que encuadraban mejor con la teoría del caso de la actora–.

Ello demuestra que un análisis fragmentario no resultaba admisible, en tanto no podría afirmarse que la pérdida quedó probada con la aportación de los documentos que registran egresos en la cuenta de Fajobe, y a la par ignorarse que en los mismos documentos existen rastros de ingresos, con protagonistas idénticos en ambos extremos transaccionales, pero ocupando roles invertidos. Dicho de otro modo, si se pretende computar como daño el dinero que salió de la cuenta de Fajobe hacia las cuentas de Rey Pinzón y Bedoya Cerquera (o de terceras personas elegidas por ellos), no parece procedente desconocer los montos depositados de vuelta por los empleados en la misma cuenta de Fajobe.

Téngase en cuenta que el plan de Rey Pinzón y Bedoya Cerquera daba visos de ser bastante intrincado³⁷, por lo que no cabe reducirlo a una simple sustracción de dinero. Además, aunque es imposible comprender a cabalidad el opaco actuar de los defraudadores, no puede negarse que los giros se dieron en las dos direcciones, pues existen registros variados tanto de ingresos, como de egresos. Y al computar

³⁷ Por vía de ejemplo, el señor Bedoya Cerquera relató lo siguiente en marco del juicio penal que se adelantó en contra: «*Al interior de Correal se realizaron distintas operaciones y manejos que se encuentran pormenorizados en la denuncia (...), sin embargo, vale aclarar que Alejandro Rey en esas operaciones parecía más comisionista de bolsa que vicepresidente financiero de Fajobe (...), comenzó a manejar mis cuentas personales como suyas, haciendo en ocasiones traslados de las cuentas de Fajobe a mis cuentas personales, y luego de mi cuenta a los portafolios de Fajobe*» (folio 512 del archivo digital denominado» 143452.pdf»

los segundos, no los primeros, la distorsión del resultado emerge evidente.

Esa tergiversación, además, parece contraria a la regla *compensatio lucri cum damno* (Cfr. CSJ SC, 9 jul. 2012, rad. 2002-00101-01), y también al principio de reparación integral, que supone que «[e]l resarcimiento no puede superar la pérdida efectiva, ni generar una ventaja para el damnificado»³⁸, de donde se sigue que «**la indemnización no constituye fuente de enriquecimiento**» (CSJ SC2107-2018), y que «una condena excesiva puede ser fuente de riqueza o ganancia injustificada» (CSJ, SC10297-2014).

3.6. Pues bien, las transferencias que recibió Fajobe de parte de Rey Pinzón y Bedoya Cerquera, y de las cuales existe soporte documental, son las siguientes:

39FECHA	ORIGEN	BENEFICIARIO	MONTO	FL.
11/05/2007	John Bedoya Cerquera	Fajobe S.A.	\$ 70.000.000	39 ¹
3/01/2008	John Bedoya Cerquera	Fajobe S.A.	\$ 75.000.000	40
31/01/2008	Alejandro Rey Pinzón	Fajobe S.A.	\$ 870.000.000	41
31/07/2008	Alejandro Rey Pinzón	Fajobe S.A.	\$ 427.917.338	42
6/02/2009	Alejandro Rey Pinzón	Fajobe S.A.	\$ 298.000.000	43

Así las cosas, y al menos según los datos que arroja el análisis detallado de las pruebas recaudadas, Fajobe recibió de parte de Rey Pinzón y Bedoya Cerquera un total de \$1.740.917.338⁴⁰, esto es, un monto de dinero superior al

³⁸ ALPA, Guido. *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. Jurista Editores, Lima. 2006, p. 797.

³⁹ En todos los casos, los folios corresponden al archivo digital denominado «11Cuaderno9TomoI.pdf», en el que reposa la diligencia de exhibición de documentos de Correval, solicitada por la demandante.

⁴⁰ Aunque no los contabilizó, el perito Jiménez Ramírez sí hizo referencia a algunos de estos giros, al decir que «se observaron traslados de fondos de Alejandro Rey hacia el portafolio de renta fija de Fajobe, por un monto total de \$527.917.339» y que «se observó un traslado de fondos de John Bedoya

que aquellos extrajeron de la «*cuenta de renta fija*» de su empleadora prevaleciendo de la omisión de la verificación de la «llave de firmas» por parte de Correval (\$929.095.240).

Con ello no quiere decirse que la interacción entre Fajobe y sus improbables empleados solo le hubiera reportado beneficios a la primera. Al contrario, en el curso del juicio penal que cursó contra los implicados en la estafa, quedó claro que aquella sufrió elevadas pérdidas; pero lo que no está probado es que todas, o algunas de ellas, se deban a que Correval hubiera tramitado las espurias órdenes de transferencia que signaron Rey Pinzón y Bedoya Cerquera.

Esta conclusión, en lo medular, es idéntica a la que propuso la colegiatura de segunda instancia, aunque se base en otro tipo de argumentos. Tal como lo hiciera el tribunal, la Corte considera que las pruebas recaudadas no son suficientes para acreditar la existencia o extensión del daño patrimonial que se alegó, lo que equivale a decir que los errores de hecho que frente a este puntal del litigio denunció la casacionista no logran el quiebre de la sentencia recurrida.

Como colofón, no puede pasarse por alto que, previa solicitud de Fajobe, el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Bogotá decretó la extinción de la acción penal a favor del señor Bedoya Cerquera, por cuanto este «*cumplió con el pago de la indemnización integral*» (auto de 23 de julio de 2012 ⁴¹). El

[hacia el portafolio de renta fija de Fajobe], *por un monto total de \$75.000.000*» (folios 348 y 352 del archivo digital denominado «*01Cuaderno1.pdf*»). Aunque esos valores sean inferiores a los que encontró probados la Corte, el reconocimiento del experto sirve para confirmar que Fajobe sí recibió en su cuenta dineros que fueron transferidos por Rey Pinzón y Bedoya Cerquera.

⁴¹ Folios 592 a 594 del archivo digital denominado «*143462.pdf*»

monto de ese pago no se precisó, pero como tiene efectos liberatorios –según su tenor literal–, refuerza la tesis del tribunal, al tornar más improbable la consolidación del daño que dijo sufrir la actora.

4. Breve referencia sobre la prueba de oficio.

4.1. En punto de la potestad-deber de decretar pruebas de oficio, así como de la posibilidad de cuestionar la omisión de ese deber a través de la causal segunda de casación, el precedente de la Corte tiene dicho lo siguiente:

«Como en la mayoría de las legislaciones actuales, nuestro estatuto procesal consagra un sistema mixto en el que se mantienen características dispositivas como el inicio del proceso a través de demanda (art. 8 C.G.P), la carga de la prueba atribuida a las partes (art. 167 C.G.P), la posibilidad de disposición del derecho en litigio (art. 312 y 314 C.G.P) y la exigencia de congruencia de la sentencia (art. 281 C.G.P); y se consagran facultades oficiosas del juez en materia de pruebas⁴², encaminadas tanto a la verificación (art. 169 C.G.P) como al esclarecimiento de los hechos (art. 170 C.G.P), elevando el estatuto procesal dicha potestad a la categoría de deber del juzgador (art. 42 num 4 C.G.P)⁴³.

En consecuencia, el procedimiento patrio hace compatible la carga de la prueba asignada a las partes, con la iniciativa probatoria del juzgador. La primera exige de los extremos procesales una actitud proactiva y diligente al presentar los hechos en los que se sustentan las pretensiones y los medios de defensa, pues son ellos quienes están obligados a presentar o procurar la obtención de los medios de convicción que pretendan hacer valer, debiendo soportar las consecuencias desfavorables de la falta de acreditación de su dicho. La segunda, permite al juez decretar pruebas de oficio “cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”, en los términos del artículo 169 del estatuto adjetivo, y “cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia”, conforme al artículo 170 ibídem.

⁴² «Las facultades oficiosas del juez en materia probatoria fueron consagradas tanto en el Código de Procedimiento Civil de 1970 (art. 179) como en el Código Judicial de 1931 (art. 597)» (referencia propia del texto citado).

⁴³ «Al respecto ver AZULA CAMACHO, “Manual de Derecho Procesal. Tomo VI Pruebas Judiciales”, Cuarta Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2015, pág 53 y ss.» (referencia propia del texto citado).

Esta iniciativa probatoria, confiada al juez como director del proceso, busca garantizar fallos coincidentes con la realidad procesal y de esa manera, lo más justos posible. Se trata de una facultad-deber reconocida por la Corte como una herramienta de gran valía a la hora de esclarecer los hechos del litigio con el fin de lograr la prevalencia del derecho sustancial en la decisión, y se concreta cuando, a pesar de la diligencia y cumplimiento de las cargas probatorias por parte de los interesados, aún persisten «zonas de penumbra» que es indispensable despejar para llegar a la verdad de los hechos; y cuando sean necesarias para evitar nulidades y fallos inhibitorios, que contrarían la esencia misma de la función jurisdiccional.

Sin embargo, el ejercicio de esas facultades no es, ni puede ser, arbitrario o caprichoso, pues no están consagradas para que el juez tome partido por uno de los extremos procesales, rompiendo el principio de imparcialidad y desconociendo en consecuencia el equilibrio entre los extremos procesales. En sentencia CSJ, SC5676-2018, 19 dic, se consideró: “Aunque al juez se le exige acuciosidad y dinamismo en la búsqueda de la verdad real sobre la cual ha de definir la controversia, esa labor no se extiende hasta el punto de tener que suplir en cualquier supuesto la carga probatoria que le incumbe a las partes. Al respecto, la Corte en fallo SC 23 nov. 2010, rad. 2002-00692-01 precisó: ‘No se trata, pues, de que el juez tome la bandera de una de las partes, ni que dirija su esfuerzo a construir la que desde su personal perspectiva debe ser la respuesta para el caso, sino que su iniciativa debe contribuir a dar forma a una hipótesis que muestra algunas trazas en el expediente y que, siendo coherente, atendible y fundada, aparece apoyada por los medios de convicción a su alcance y se ajusta plausiblemente a una solución que acompase con el ideal de justicia’”.

*Procurando la protección de tales garantías constitucionales, nuestro estatuto procesal consagra la limitación del decreto oficioso de pruebas testimoniales a los testigos que aparezcan mencionados en el expediente (art. 169 C.G.P), y la obligatoriedad de la contradicción de las pruebas decretadas por iniciativa del juez (art. 170 C.G.P). En la misma dirección, **esta Corporación ha sostenido que la labor oficiosa no llega hasta el punto de suplir la carga probatoria de las partes, pues ella no desplaza el principio dispositivo que rige los procesos entre particulares y que subsiste en nuestro sistema.** Ha considerado la Sala que las facultades oficiosas no pueden interpretarse como un mandato absoluto, dado que no son exigibles cuando la ausencia del medio probatorio se debe a la comprobada incuria o negligencia de la parte, o cuando no se apoyan en trazas serias y fundadas dentro del expediente que permitan considerar de manera plausible su necesidad⁴⁴.*

⁴⁴ «Al respecto puede verse la sentencia SC5676-2018: “exceptuando aquellos eventos donde la práctica de determinada prueba ésta prevista como un imperativo legal concreto, conviene precisar que si bien

La jurisprudencia constitucional, por su parte, reconoce que el decreto de pruebas de oficio responde a la exigencia de garantizar el principio de igualdad material, pero no por ello puede estar encaminado a corregir la inactividad ni la negligencia de los apoderados, ni a agudizar la asimetría entre las partes⁴⁵. Ese decreto oficioso exige justificación para que estas puedan practicarse y debe permitirse la plena contradicción de los medios de convicción así obtenidos, en atención a los principios de igualdad y lealtad procesal⁴⁶.

Las anteriores consideraciones permiten concluir que, además de los casos en los que el mismo legislador ha consagrado la obligatoriedad de una determinada prueba, el decreto oficioso se vuelve un imperativo para el juez cuando el medio de convicción faltante es indispensable para evitar nulidades o proferir fallos inhibitorios, y en aquellos casos en los que –sin existir incuria de la parte– se hace indispensable obtener una pieza de evidencia que permita superar una “zona de penumbra”, es decir, cuando existe en el expediente la traza, el indicio, la sospecha fundada de la existencia de un hecho, cuya plena comprobación –a través del decreto de pruebas de oficio– emerge necesaria para llegar a la verdad del asunto⁴⁷.

*Por lo anterior, no siempre que el juez se abstenga de hacer uso de sus facultades oficiosas, se estará ante un error de derecho. **Sólo en aquellos casos en los que, descartada la negligencia de las partes, la actuación del funcionario se mostraba indispensable para llegar a la certeza plausiblemente insinuada en el expediente, podrá acusarse al fallador de incumplir con su deber oficioso.** Ello en tanto que el juez, “como director del proceso, debe propender por la solución del litigio, fundado en el establecimiento de la verdad, la efectividad de los*

el juez tiene la facultad-deber de decretar pruebas de oficio, la misma no puede interpretarse como un mandato absoluto o fatalmente impuesto en todos los casos, dado que aquél sigue gozando de una discreta autonomía en la instrucción del proceso y en esa medida, no siempre que se abstenga de utilizar dicha prerrogativa, incurre en un yerro de derecho. Ello, porque hay eventos en los cuales la actitud pasiva, de la parte sobre quien pesa la responsabilidad de demostrar determinado supuesto de hecho, es la generadora del fracaso, bien de las pretensiones o de las defensas o excepciones, por haber inobservado su compromiso al interior de la tramitación y en las oportunidades previstas por el legislador, particularmente en aquellos asuntos en los que la controversia versa sobre derechos disponibles. Bajo esas consideraciones, para que a través del recurso extraordinario de casación pueda acusarse eficazmente una sentencia de haber incurrido en error de derecho respecto de una prueba y, más concretamente, por no haber decretado alguna de oficio dentro de la discrecionalidad que le es propia al juzgador, es requisito inexcusable su existencia o que de ella se tenga conocimiento en el expediente y que su falta de evacuación no sea imputable a manifiesta negligencia de la parte a cuyo cargo se halla”» (referencia propia del texto citado).

⁴⁵ «Ver sentencia SU-768 de 2014» (referencia propia del texto citado).

⁴⁶ «Ver sentencia T-615 de 2019» (referencia propia del texto citado).

⁴⁷ «Al respecto véase, por ejemplo, la sentencia SC2215-2021: “No puede perderse de vista que el decreto de pruebas de oficio es un precioso instituto a ser usado de modo forzoso por el juez, cuando en el contexto del caso particularmente analizado esa actividad permita superar una zona de penumbra, o sea, que debe existir un grado de certeza previa indicativo de que, al superar ese estado de ignorancia sobre una inferencia concreta y determinada, se esclarecerá una verdad que permitirá decidir con sujeción a los dictados de la justicia”» (referencia propia del texto citado).

derechos reconocidos por la norma de fondo, la prevalencia del derecho sustancial y la observancia del debido proceso”⁴⁸.

En conclusión, cuando pese a la adecuada actividad probatoria de las partes sea necesario esclarecer espacios oscuros de la controversia, cuando existan fundadas razones para considerar que la inactividad del juez alejará su decisión de la justicia material⁴⁹; cuando la práctica de la prueba sea un imperativo legal o cuando con ella se evitan nulidades o fallos inhibitorios, puede configurarse un error de derecho por infracción de las normas probatorias⁵⁰» (CSJ SC592-2022).

4.2. Atendiendo los criterios del precedente, puede afirmarse que quien acude como demandante a un proceso de responsabilidad civil, negocial o extranegocial, tiene la carga de presentar al juez de la causa no solo su versión de los hechos, sino también los elementos de prueba tendientes a confirmar el fundamento de sus aspiraciones, entre los que se cuentan la existencia y extensión del daño padecido.

En esa afirmación subyace el reconocimiento de que el daño tiene dos dimensiones jurídicas distintas. Una es su *existencia*, traducida en la ya referida lesión de un interés, material o moral, objeto de tutela jurídica, resultante de la interacción injusta entre la conducta o actividad del agente dañador y el proyecto de vida de la víctima. En este sentido, pueden considerarse como especies de “daño” el menoscabo

⁴⁸ «CSJ SC5676-2018, 19 dic» (referencia propia del texto citado).

⁴⁹ «Ver sentencia T-264 de 2009» (referencia propia del texto citado).

⁵⁰ «Al respecto pueden verse las sentencias CSJ, SC, 12 sep. 1994, Exp. 4293, CSJ, SC 21 oct. 2013, Exp: 2009-00392, CSJ SC1656-2016, CSJ SC8456-2016, CSJ SC5676-2019, y la reciente CSJ SC4232-2021, entre otras. En ésta última se consideró: “la falta de prueba de un hecho relevante en un proceso y que conduce a la desestimación de alguna de las pretensiones de la demanda en la sentencia censurada por vía de casación, no es posible adjudicarla, siempre, a un error de derecho en materia probatoria por parte del respectivo juzgador, pues, lo tiene decantado la Corte, que tal desatino se descarta, por ejemplo, en hipótesis en las que el desgreño de la parte interesada o su falta de interés en la práctica de un determinado medio suasorio, es el que provoca el estado de incertidumbre fáctica y la consecuente solución del caso con las reglas de la carga de la prueba; o también en eventos, donde el contenido de la prueba que se dice debió haberse decretado ex officio no existe en el expediente o tampoco está insinuado”» (referencia propia del texto citado).

a la integridad física de una persona; la destrucción de un activo de su propiedad, una pérdida patrimonial, o ciertas faltas de respeto.

La segunda dimensión es su extensión, esto es, el efecto concreto de la interacción injusta en el interés material o moral tutelado. Así, por ejemplo, un daño puede abarcar el costo del tratamiento médico que requiere la víctima tras un accidente; las ganancias que esta dejó de percibir por la avería de un bien productivo, o la afectación a su buen nombre provocada por cierta imputación deshonrosa. Si esas secuelas son susceptibles de ser valoradas a precios de mercado, se llamarán *daños patrimoniales*, y si son inconmensurables, se considerarán *extrapatrimoniales*.

A partir de esa diferenciación, la Corte ha defendido con ahínco que, salvo circunstancias excepcionales, es carga del actor acreditar la dimensión existencial del daño. En cambio, ha considerado pertinente asumir un rol más proactivo en lo que atañe a su extensión, de modo que, si a pesar de los esfuerzos razonables de la víctima, no logra recaudarse evidencia suficiente para su adecuada cuantificación, el juez de la causa puede decretar oficiosamente las pruebas necesarias para superar ese vacío.

Con todo, cabe anotar que esa intervención oficiosa debe tener por propósito la realización de la justicia, razón por la cual no puede servir para encubrir los efectos de un actuar negligente o incurioso del demandante, sino solamente como complemento de sus esfuerzos, tal como

ocurre cuando se necesita clarificar alguna variable puntual del reclamo, imprescindible para calcular el importe exacto de la pérdida denunciada (como el ingreso de la víctima, el valor exacto de un bien, etc.). No se olvide que

«la atribución para decretar pruebas de oficio no es ilimitada o absoluta, ni puede servir de pábulo para suplir la falta de diligencia de las partes, pues de otra forma, se desdibujaría el equilibrio judicial que gobierna a los litigios y que impone respetar las cargas probatorias procesales que la normatividad vigente ha reservado para cada uno de los sujetos que intervienen en esa relación procesal» (SC10291-2017; reiterada en SC282-2021).

4.3. Así las cosas, refulge la impertinencia del último alegato de la casacionista, pues como ya se dejó sentado, lo que quedó sin demostración en esta tramitación fue la causación misma del daño atribuido a Correval –es decir, la existencia de una pérdida o detrimento patrimonial cierto–, lo cual constituiría el presupuesto mínimo de cualquier reclamo indemnizatorio.

Además, la orfandad demostrativa no obedeció a causas exógenas, sino a la estrategia de la propia demandante, que voluntariamente decidió concentrar toda su atención en el análisis de los movimientos de la cuenta «*de renta fija*» que tenía en la comisionista de bolsa demandada, esmerándose por mantener total opacidad sobre sus propios registros financieros y contables.

La información que aquí se extraña, de existir, se encontraría en manos de la misma actora, pues de lo que se trataba en este juicio era de evidenciar los rastros de una

pérdida económica sufrida por ella. Y aunque la Corte entiende que la manipulación de la contabilidad de Fajobe por parte del señor Rey Pinzón pudo haber dificultado esa tarea, lo cierto es que un comerciante no puede permitirse que sus cuentas se mantengan alteradas por tiempo indefinido; de hecho, su deber es deshacer con premura todas las incorrecciones de sus estados financieros, so pena de perpetuar su efecto nocivo en el futuro.

Ante este panorama, cualquier intervención oficiosa de la jurisdicción se mostraría nociva, pues no estaría orientada por un fin justo o equitativo, sino por la necesidad de superar un escenario de *non liquet* probatorio creado por Fajobe, que fue quien decididamente insistió –incluso en sede de casación– en confiar toda su suerte a una única prueba técnica, diseñada con innumerables inconsistencias, sesgos y errores conceptuales.

5. Conclusión.

Más allá de que el tribunal incurriera en alguno de los yerros denunciados, lo cierto es que la decisión de denegar las pretensiones elevadas por Fajobe resulta razonable, no solo porque muchos de los incumplimientos alegados no se acreditaron, sino también porque el daño, piedra angular de cualquier reclamo indemnizatorio, quedó ayuno de prueba, por causas atribuibles a la actora, y que, por lo mismo, descartaban la necesaria intervención oficiosa de los jueces de instancia.

Por consiguiente, el único cargo propuesto no prospera.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. NO CASAR la sentencia de 19 de noviembre de 2021, dictada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso declarativo promovido por Fajobe S.A.S. contra Correval S.A. (hoy Credicorp Capital Colombia S.A.).

SEGUNDO. COSTAS a cargo de la parte demandante. Líquidense en la forma que prevé el artículo 366 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta la cantidad de diez (10) SMLMV, que el Magistrado Sustanciador señala como agencias en derecho de esta actuación.

TERCERO. REMÍTASE el expediente a la autoridad judicial competente.

Notifíquese y cúmplase

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidenta de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Presidente

Hilda González Neira
Magistrada

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
Magistrado

Luis Alonso Rico Puerta
Magistrado

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Magistrado

Francisco Ternera Barrios
Magistrado

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: 33C7C756B420D20B35949433344430774E28D40214D65739ECBC4AB2D2340C24

Documento generado en 2023-06-09