



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

**CONTRATO DE COMISIÓN**–Para la venta y compra de valores. Incumplimiento derivado de la falta de pago de las transacciones y labor realizada, proveniente de orden de compra de acciones en el mercado bursátil. Apreciación de grabaciones magnetofónicas de conversación telefónica por representante legal de la sociedad limitada. Reiteración de la sentencia de 30 de marzo de 2012. (SC5533-2017; 24/04/2017)

**Fuente formal:**

Artículo 2º de la ley 45 de 1990.

**Fuente jurisprudencial:**

Sentencia de 30 de marzo de 2012, rad. 2008 00586.

**INTERROGATORIO DE PARTE**–Proveniente de representante legal de la sociedad demandada en proceso de declaratoria de incumplimiento de contrato de comisión para compra de acciones. Inexistencia de confesión. (SC5533-2017; 24/04/2017)

**DOCUMENTO PRIVADO DE TERCEROS**–Autenticidad de grabaciones magnetofónicas. Incumplimiento del requisito de ratificación de este tipo de documentos al no individualizarse el autor del mismo en proceso de declaratoria de incumplimiento de contrato de comisión para la compra de acciones. Reiteración de la sentencias de 4 de septiembre 2000 y 18 marzo de 2002. (SC5533-2017; 24/04/2017)

**Fuente formal:**

Artículo 252 y 277 del Código de Procedimiento Civil.

**Fuente jurisprudencial:**

Sentencia de 4 de septiembre de 2000, rad. 5565.  
Sentencia de 18 de marzo de 2002, rad. 6649.

**GRABACIÓN MAGNETOFÓNICA**–De conversación telefónica de representante legal de la que se deriva confesión de orden de compra de acciones en el mercado bursátil. Naturaleza. Hermenéutica del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil. (SC5533-2017; 24/04/2017)

**PRUEBA DOCUMENTAL DECLARATIVA**–Aplicación de las reglas del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil para la apreciación de probatoria de grabaciones magnetofónicas en proceso de declaratoria de incumplimiento de contrato de comisión para la venta y compra de acciones. Reiteración de las sentencias de 4 de septiembre de 2000, 18 marzo de 2002, 7 de marzo de 2012 y 3 septiembre de 2015. (SC5533-2017; 24/04/2017)

**Fuente formal:**

Artículo 251 del Código de Procedimiento Civil.

**Fuente jurisprudencial:**

Sentencia de 4 de septiembre 2000, rad. 5565.

Sentencia de 18 de marzo de 2002, rad. 6649.  
Sentencia de 7 de marzo de 2012, rad. 2007-00461-01.  
Sentencia de 3 de septiembre de 2015, rad. 2009-00429.

**Fuente doctrinal:**

De Santo, Víctor. El Proceso Civil, Tomo II Prueba Documental. Buenos Aires: Editorial Universidad. 1983, pág. 34 y ss.

**NORMA SUSTANCIAL**—Los artículos 1494, 1500 y 2149 del Código Civil, los preceptos 822, 1304 y 1308 del Código de Comercio y los cánones 2º literal d) de la ley 45 de 1990, 1.1.3.1 de la Resolución 1200 de 1995 y el 2.2.8.5 de la Resolución 400 de 1995 no ostentan este carácter. Reiteración de las sentencias de 4 de abril de 2001, 29 de febrero de 2012, C-037 de 2000 de la Corte Constitucional y los autos de 4 de julio de 2013, 2 de marzo de 2011 y 21 de octubre de 2003. Concepto y características. Reiteración de la sentencia de 9 de septiembre de 2015 y el auto 1 de abril de 2004. (SC5533-2017; 24/04/2017)

**Fuente formal:**

Artículo 150 de la Constitución Política de Colombia.  
Artículos 1494, 1500 y 2149 del Código Civil.  
Artículo 822, 1304 y 1308 del Código de Comercio.  
Artículo 12 de la Ley 153 de 1887.  
Artículo 2º literal d) de la ley 45 de 1990.  
Artículo 1.1.3.1 de la Resolución 1200 de 1995.  
Artículo 2.2.8.5 de la Resolución 400 de 1995.

**Fuente jurisprudencial**

Auto de 4 de julio de 2013, rad. 2005-00243.  
Auto de 21 de octubre de 2003, rad. 6931.  
Auto de 2 de marzo de 2011, rad. 2002-00007.  
Auto de 1º de abril de 2004, rad. 1999-00915-01.  
Sentencia de 4 de abril de 2001, rad. 6436.  
Sentencia de 29 de febrero de 2012, rad. 2000-00103.  
Sentencia de 9 de septiembre de 2015, rad. 2006-00085.  
Sentencia C-037 de 2000 de la Corte Constitucional.

**ENTREMEZCLAMIENTO DE VÍAS**—Ataque por violación directa de la norma sustancial, sustentado en transgresiones de carácter probatorio en proceso de declaratoria de incumplimiento de contrato de comisión para la compra de acciones en el mercado bursátil. Reiteración de la sentencia 17 de agosto de 1999 y auto 5 de octubre de 2010. (SC5533-2017; 24/04/2017)

**Fuente jurisprudencial:**

Sentencia 035 de 17 de agosto de 1999.  
Auto de 5 de octubre de 2010, rad. 1992-01194.

**CARGO DESENFOCADO**—Inadecuada proposición del cargo al atribuir un error no cometido por la sentencia atacada en proceso de declaratoria de incumplimiento de contrato de comisión para la compra de acciones en el mercado bursátil. Reiteración de los autos 30 de agosto de 2010 y 2 de noviembre de 2011. (SC5533-2017; 24/04/2017)

**Fuente jurisprudencial:**

Auto de 30 de agosto de 2010, 1999-02099-01.  
Auto de 2 de noviembre de 2011, rad. 2003-00428.

**VIOLACIÓN DIRECTA DE LA NORMA SUSTANCIAL**—Omisión del deber de señalar los cánones con ese carácter. Reiteración de auto de 7 de diciembre de 2001. Ausencia de configuración del cargo por aplicación e interpretación errónea en proceso de declaratoria de incumpliendo de contrato de comisión para la compra de acciones en el mercado bursátil. Reiteración de las sentencias de 18 de febrero de 2004 y 3 de octubre de 2013. (SC5533-2017; 24/04/2017)

**Fuente formal:**

Artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

**Fuente jurisprudencial:**

Sentencia de 18 de febrero de 2004, rad. 7037.

Sentencia de 3 de octubre de 2013, rad. 2000-00896.

Auto de 7 de diciembre de 2001, rad 0482-01.

**APRECIACIÓN PROBATORIA**—Estructuración por preterición de los medios de prueba consistentes en grabaciones magnetofónicas, documentos y confesión, tendiente a demostrar la orden de compra de un número determinado de acciones en el marco de un contrato de comisión para la adquisición de valores. (SC5533-2017; 24/04/2017)

**ERROR DE HECHO**—La simple enunciación de algunos medios de prueba no mencionados en la decisión, no implica la configuración del yerro. Reiteración de las sentencias de 19 de mayo de 2004, 9 de noviembre de 2006, 24 de noviembre 2009, 20 de junio de 2011. (SC5533-2017; 24/04/2017)

**Fuente jurisprudencial:**

Sentencia de 20 de junio de 2011, rad. 2000-00177-01.

Sentencia de 19 de mayo de 2004, rad. 7145.

Sentencia de 9 de noviembre de 2006, rad 00684-01.

Sentencia de 24 de noviembre de 2009, rad. 2003-00500-01.

**Asunto:**

Pretende la sociedad demandante que se declare el incumplimiento del contrato de comisión para la compra y venta de acciones en una cantidad determinada, proveniente de una orden de compra apreciada en grabación magnetofónica de conversación telefónica con el representante legal de la entidad demandada, y en consecuencia que se le adeuden ciertas sumas correspondientes a la transacción realizada con sus propios rubros ante la negativa de pago de la convocada. El juzgado a quo declaró probada la excepción de “*inexistencia de la orden de compra de las acciones reclamadas en la demanda en cabeza de la sociedad demandada*”, decisión que fue confirmada por el juez de segunda instancia. La demandante interpuso recurso de casación fundamentado en dos cargos, uno por la vía directa y el otro por la indirecta maternizada en errores de hecho. La Corte, NO CASA la sentencia al no configurarse los ataques alegados por la falta de técnica y desenfoque de los mismos.

**MARGARITA CABELLO BLANCO**

**Magistrada ponente**

**SC5533-2017**

**Radicación n° 11001 31 03 027 2009 00440 01**

(Aprobado en sesión de veintiuno de junio dos mil dieciséis)

Bogotá. D. C., veinticuatro (24) de abril de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Corte el recurso de casación que ASESORES EN VALORES S.A COMISIONISTA DE BOLSA, a través de apoderado, interpuso frente a la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2013 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso ordinario que la recurrente promovió contra DISTRIBUIDORA MAYORISTA DE AUTOMOVILES S.A (MADIAUTOS LTDA).

### **ANTECEDENTES**

1. La demanda se presentó solicitando como pretensión, declarar el incumplimiento del convenio de mandato y particularmente de comisión, en lo concerniente a las

operaciones identificadas en los comprobantes 10686-0, 10670-0, 10881-0, y 10882-0.

Subsecuentemente, pidió tener como deudora a la demandada de las siguientes sumas de dinero, todas indexadas y con los respectivos intereses de mora generados:

- \$107.000.000 por la operación de compra de 100.000 acciones de ETB.
- \$267.000 correspondientes a la comisión de esa operación.
- \$26.750 por el IVA causado.
- \$54.879.230 derivados de la compra de 51.289 acciones de ETB.
- \$137.198.08 por la comisión de esa transacción.
- \$13.719.80 del IVA generado con la operación.
- \$28.172.570 por el ejercicio de la obtención de 331.442 acciones ordinarias de Fabricato.
- \$70.431.43 de la comisión de esa negociación.
- \$4.043.14 del IVA que de aquella se produjo.
- \$221.827.390 por la operación de compra de 2.609.734 acciones ordinarias de Fabricato.
- \$554.568.48 correspondientes a la comisión de dicha transacción y,
- 55.456.84 del IVA causado por esta última operación.

2. Como soporte fáctico de sus pretensiones, relacionaron los hechos que a continuación se sintetizan:

Entre las empresas en contienda, “*se celebró un contrato de mandato o comisión, para la compra y venta de valores*” acorde con las previsiones de las reglas civiles y comerciales que gobiernan la materia; actividad que, dijo, se viene adelantando desde el año 1982 bajo la vigilancia de la otrora Superintendencia de Valores hoy Superintendencia Financiera de Colombia.

La demandada, el 18 de enero de 2006, a través de su representante legal, señor ENRIQUE GUZMÁN GÁLVEZ, ordenó a la empresa ASESORES EN VALORES S.A por intermedio de su comisionista de bolsa, efectuar una compra de acciones del grupo AVAL por \$300.824.338.18, de acuerdo a las condiciones convenidas y de mercado.

Atendiendo la instrucción referida, el día 24 de ese mismo mes y anualidad, MADIAUTOS LTDA cumplió lo conversado y, consignó a órdenes de la convocante la suma señalada, como consta en el extracto de la sociedad.

El 27 de enero siguiente, operando con esa mecánica, la misma sociedad, ordenó la compra de acciones en el mercado de la Bolsa de Valores de Colombia de las especies Fabricato

y ETB, acorde con las siguientes características de negociación:

Comprobante	Acciones de especie	Valor de la acción	Cantidad	Comisión	IVA de la comisión	TOTAL
10686-0	ETB	\$1.070	100.000	\$267.500,00	\$26.750,00	\$107'294.250,00
10670-0	ETB	\$1.070	51.289	\$137.198,08	\$13.719,00	\$55.030.147,88
10881-0	Fabricato	\$85	331.442	\$70.431,43	\$7.043,14	\$28'250.044,57
10882-0	Fabricato	\$85	2'609.234	\$554.568,48	\$55.456,84	\$222'437.415,32
					<b>TOTAL</b>	<b>\$413.011.857,77</b>

Informó que, dichas transacciones se pactaron con fecha de 1° de febrero de 2006, *“motivo por el cual MADIAUTOS LTDA, debió haber efectuado la consignación del dinero necesario para dar pagar (sic) las negociaciones, más los gastos generados (comisión e iva), en dicha fecha, lo cual al día de hoy no ha realizado”*.

Ante el señalado incumplimiento en el pago por parte de la accionada, la firma ASESORES EN VALORES S.A forzosamente *“tuvo que cumplir con sus propios recursos, pues de lo contrario podía haber incurrido en las sanciones y multas que acarrea el incumplimiento de una obligación en el mercado bursátil colombiano”*.

Por causa de esa desatención contractual, la promotora intentó todo tipo de acercamientos con MADIAUTOS LTDA, procurando la cancelación de esos dineros, más resultaron infructuosos.

3. Admitida la demanda, el extremo pasivo por conducto de mandatario judicial la contestó oponiéndose a la totalidad de las pretensiones. Igualmente propuso las siguientes excepciones de mérito: *“INEXISTENCIA DE LOS HECHOS ALEGADOS”, “CULPA DE LA SOCIEDAD DEMANDANTE”, “INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVIDAD VIGENTE PARA LAS OPERACIONES DE COMPRA DE ACCIONES POR PARTE DE LA SOCIEDAD DEMANDANTE”, “INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD DEMANDANTE EN SU PROPIO REGLAMENTO INTERNO O CÓDIGO DE CONDUCTA EN LA NEGOCIACIÓN POR ÓRDENES TELEFÓNICAS”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE LA ORDEN DE COMPRA DE LAS ACCIONES RECLAMADAS EN LA DEMANDA EN CABEZA DE LA SOCIEDAD DEMANDADA”, Y, “LA SOCIEDAD DEMANDADA NO HA SIDO TITULAR DE ACCIONES DE FABRICATO NI ETB”.*

4. Luego de agotarse las formas propias del proceso ordinario, se finiquitó la primera instancia mediante proveído de 10 de mayo de 2013, que declaró probado el medio exceptivo denominado *“INEXISTENCIA DE LA ORDEN DE COMPRA DE LAS ACCIONES RECLAMADAS EN LA DEMANDA EN CABEZA DE LA SOCIEDAD DEMANDADA”* propuesta por la pasiva.

La parte actora presentó frente a la decisión del juzgador *a quo* recurso de apelación, aduciendo fundamentalmente, que en el expediente milita prueba de la existencia del contrato de comisión suscrito entre los extremos de la

relación procesal, mismo que es de naturaleza consensual, y por ende, arguyó, no requería formalidad distinta a la simple manifestación telefónica del interesado.

### **LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

Dispuso lo siguiente:

*“CONFIRMAR por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia la sentencia proferida el 10 de mayo de 2013 por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad. (...)”.*

Destacó que las pretensiones se enmarcan en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, señalando, luego de reproducir la doctrina que trajo a cuento, los elementos de la acción indemnizatoria de perjuicios derivados de una relación convencional.

Se refirió al objeto del negocio cuyo incumplimiento se reclama y advirtió, que la obligación principal del comisionista se contrae a cumplir con el encargo conferido, poniendo toda su diligencia y cuidado en concretarlo y ejecutarlo, *“ya que por tratarse de un mandato no representativo, la responsabilidad que se ve comprometida es la de él mismo, y en esa medida debe contar con órdenes e indicaciones precisas del comitente”.*

Al descender al caso dijo, que para la existencia de un contrato de comisión orientado a la compra y venta bursátil,

es necesario tener en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en la ley 964 de 2005, el Decreto 1172 de 1980 y la Resolución 400 de 1995, entre otras, *“los comisionistas de bolsa o intermediarios con el mercado público de valores, deben ser profesionales habilitados e inscritos para la realización de operaciones, debiendo demostrar diligencia y cuidado en el ejercicio de su gestión (Art. 2.2.7.3 de la Resolución 400 de 1995)”*.

Volvió sobre las reclamaciones formuladas en la demanda y recordó que la pasiva, si bien reconoció celebrar pacto de comisión con la actora para la compra de las acciones del GRUPO AVAL, no sucedió lo mismo con las de FABRICATO y ETB; agregando: *“en el alegato presentado en esta instancia, la parte actora indicó que el contrato de comisión tiene el carácter de consensual y en esa medida, solo requería para su formalización de la autorización verbal dada en la conversación telefónica sostenida con el comisionista de bolsa”*.

Subsiguientemente dijo que del material persuasivo aportado *“no puede establecerse la existencia de un contrato que goce de plena eficacia jurídica, toda vez que no hay pruebas que den cuenta del contrato de comisión identificado por la parte actora como el que rige la relación negocial entre las partes”*, pues teniendo en cuenta la normativa aplicable, esos acuerdos están rodeados de una serie de formalidades que mal podrían ignorarse pretextando su consensualidad.

Expresó que la intermediación en el mercado de valores está regulada ampliamente por las leyes 45 de 1990 y 964 de 2005, el Decreto 1172 de 1980, Resoluciones 400 y 1200 de 1995 emitidas por la Superintendencia Financiera, la Carta-Circular 21 de 2008 del Autoregulador del Mercado de Valores AMV, entre otras, disposiciones según las cuales, *“la vinculación de clientes por medio de contratos de comisión debe cumplir con unas pautas de conocimiento, profesionalismo y lealtad, que permiten adelantar las operaciones propias del mercado de valores con condiciones de absoluta transparencia y honestidad”*.

Trasuntó varios artículos de las disposiciones relacionadas y advirtió que de su contenido se colige que la directriz en la materia ha sido dar credibilidad y confianza a los intervinientes, estableciendo para ello, una serie de principios y parámetros que permitan el correcto funcionamiento del sistema, *“lo cual no contradice criterios como la autorregulación y consensualidad de medios que desde siempre ha caracterizado el mercado bursátil”*; por tanto, agregó, debían agotarse unas formalidades como las relativas al diligenciamiento *“del formato de vinculación y el intercambio de un serie de información documental que permite el conocimiento del cliente, principio básico de las relaciones bursátiles (Art. 1.1.3.1 de la Resolución 1200 de 1995)”*.

Concluyó que, acorde al universo normativo que gobierna la materia y el caudal probatorio allegado a las diligencias, no puede establecerse la existencia de un

contrato de comisión entre las partes en contienda para la compra de acciones de ETB y FABRICATO pues, de un lado, no aparece claro que con anterioridad a la compra de las referidas acciones se hubiera adelantado la vinculación como lo ordenan las normas aplicables; y de otro, al reconocimiento de una compra anterior, *“no puede dársele el carácter de prueba suficiente para acreditar la existencia de un acuerdo futuro para la posterior negociación de dichos títulos”*.

La parte actora interpuso recurso de casación. Concedido por el Tribunal, la Corte lo admitió y en tiempo hábil se sustentó.

### **LA DEMANDA DE CASACION**

Dos cargos se formularon a la sentencia enjuiciada que se analizarán en el mismo orden propuesto; uno, con vengero en la causal primera que contempla el precepto 368 procesal civil, por violación directa de la ley sustancial, y el otro, se planteó con fundamento en el mismo motivo pero por infracción indirecta de la normativa sustantiva invocada.

### **PRIMER CARGO**

Con arreglo en la causal inicial que contempla el artículo *ibidem* del CPC, se acusa la sentencia de violar en forma recta el literal d. del artículo 2° de la ley 45 de 1990 y el canon 1.1.3.1 de la Resolución 1200 de 1995 emitida por la entonces Superintendencia de Valores, por aplicación

indebida; los artículos 1494, 1500 y 2149 del Código Civil, así como los artículos 822, 824, 1304 y 1308 del Estatuto Mercantil, por falta de aplicación; finalmente denuncia el quebranto del precepto 2.2.8.5 de la Resolución 400 de 1995, emitida por la misma Superintendencia, por interpretación errónea.

Como soporte de la queja manifestó que, para el Tribunal *“el contrato de comisión, cuando se trata de la intermediación en el mercado de valores, es un contrato rodeado de formalidades sin cuyo cumplimiento no puede predicarse su existencia”*, no obstante haber reconocido su naturaleza de consensual, lo que redundaba en una notoria contradicción fruto de una indebida interpretación de los preceptos que regulan ese tipo de acuerdos, *“pues ninguno de ellos establece, ni por asomo, (...) que deben observarse exigencias formales necesarias para su perfeccionamiento, es decir, no existe ninguna norma que exija la observancia de requisitos de forma como presupuesto indispensable para que se predique la existencia del contrato de comisión”*.

Insistió en advertir el yerro del Juzgador al estimar equivocadamente que dicho pacto cuando se trata de compra y venta de valores en mercados públicos, impone acatar una serie de requisitos que si no se colman lo torna en inexistente; es decir, expone, el error del Tribunal *“es atribuirle al contrato de comisión el carácter de solemne, desconociendo que en nuestra legislación el aludido negocio jurídico es consensual en cualquiera de sus modalidades”*.

Expresó que, “*por ejemplo*”, el literal d. del artículo 2° de la ley 45 de 1990, traído a colación en el fallo, “*no condiciona el perfeccionamiento del contrato de comisión a la observancia de requisitos de forma*”; en efecto, al analizar esa regla se advierte, que alude a una hipótesis distinta de la debatida, consistente en las prohibiciones “*para las comisionistas de bolsa en lo referente a la negociación de valores*”.

Afirmó, que idéntica equivocación se predica del artículo 1.1.3.1 de la Resolución 1200 de 1995 dictada por la entonces Superintendencia de Valores; norma que, dice, desarrolla la ley 45 de 1990 y de la que tampoco se advierte la señalada exigencia “*de que el contrato se celebre por escrito o que deba estar rodeado de las solemnidades*” invocadas en la sentencia impugnada.

Traer a consideración “*un deber de información que tienen las sociedades comisionistas de bolsa frente a sus clientes en el caso específico en que vayan a negociar `títulos emitidos, avalados, aceptados o cuya emisión sea administrada por la matriz, por las filiales o subsidiarias de ésta` para desprender de allí un supuesto imperativo legal consistente en que siempre y en todos los casos el contrato de comisión de valores en mercados públicos debe constar por escrito o dotarse de unas exigencias formales previas*”, manifestó, es desacertado, pues las únicas características y formalidades necesarias están determinadas “*por nuestra legislación*”.

De lo dicho, en punto al entendimiento dispensado por el Tribunal a la Resolución y ley citadas, concluyó que aquellas fueron indebidamente aplicadas por el órgano Colegiado acusado.

En lo que atañe con el artículo 2.2.8.5 de la Resolución 400 de 1995 proferida por la misma Superintendencia, dijo que el juzgador, *“fruto de una indebida interpretación de la norma, consideró que ella exige un documento escrito con el lleno de los requisitos allí indicados para que pueda perfeccionarse el contrato de comisión”*.

Reprodujo su contenido y destacó que el precepto impone a los comisionistas de bolsa suscribir un contrato con sus clientes para administrar los portafolios, a efectos de proveer de seguridad las operaciones y proteger sus intereses, *“pero de ninguna manera impone una solemnidad ad sustanciam actus como tampoco una ad probationem para el contrato de comisión cuando se trate de compra y venta en el mercado público de valores”*; simplemente se establece un deber de conducta de las firmas comisionistas porque,

*“Una cosa es que la Resolución 400 de 1995 haya impuesto el deber de contar con un contrato para celebrar este tipo de operaciones y otra muy distinta concluir, como equivocadamente lo hizo el Tribunal, que la única formalidad admitida por nuestra legislación para la celebración del contrato de comisión para la intermediación de valores públicos sea la escrita y que, además,*

*sin el lleno de los requisitos establecidos en el citado art. 2.2.8.5 el contrato no logre su perfeccionamiento.*

*Adicionalmente, la norma no señala de forma expresa que la consecuencia de la inobservancia de ese deber sea la inexistencia del contrato de comisión, por lo cual mal podía el Tribunal extraer una consecuencia no prevista (...)*”.

Recordó, de otra parte, que la aplicación indebida de las reglas denunciadas “*ostentan el carácter de disposiciones de derecho sustancial dado que contienen deberes de conducta para las comisionistas de bolsa*”, aspecto que se aviene a los precedentes emitidos por la jurisprudencia sobre aquellas, por crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas.

Finalizó el ataque exponiendo que se vulneraron por falta de aplicación, los artículos 1494 y 2149 del Código Civil y el 824 del Código de Comercio, transcribiendo su contenido.

## **CONSIDERACIONES**

1.- La vulneración recta de las normas sustanciales, que como motivo de casación contempla la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, sólo se produce cuando, el sentenciador deja de emplear en el caso controvertido, la norma a que debía sujetarse y, consecuentemente, hace actuar disposiciones materiales extrañas al litigio, o cuando habiendo acertado en la norma rectora del asunto yerra en la interpretación que de ella hace.

También ha sido criterio reiterativo de la Sala, que cuando la denuncia se orienta por esta vía, presupone que el censor viene aceptando plenamente las conclusiones fácticas y probatorias deducidas por el Tribunal.

Acorde con lo mismo, ha sostenido la Corporación que,

*“cuando el ataque en casación se funda en la causal que se comenta, compete al recurrente centrar sus juicios exclusivamente sobre los textos legales que considere inaplicados, indebidamente aplicados o erróneamente interpretados, prescindiendo de cualquier consideración que implique discrepancia con las apreciaciones fácticas del fallador, cuestión esta que sólo puede abordarse por la vía indirecta de la misma causal”.* (CSJ SC Feb. 18 de 2004. Radicación n. 7037, reiterado en CS Oct. 3 de 2013, radicación n. 2000-00896).

2.- Por sabido se tiene, que cuando la impugnación se canaliza bajo el abrigo de la causal primera, deberá contener de manera precisa la indicación de *«las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas»*, hipótesis que, como lo ha sostenido la Sala, se materializa con, *«señalar cualquiera de las reglas de esa naturaleza»*; obviamente, en la medida en que constituyan basamento esencial de la sentencia cuestionada, según aparece regulado por la normativa *ejusdem*.

La Corte, a propósito de la causal primera de casación ha expuesto que:

*“...en el marco de dicho motivo casacional, es deber del impugnante precisar las normas sustanciales violadas, cualquiera que sea la vía que haya escogido para perfilar su acusación: la directa o la indirecta, sin que, tratándose de esta última, pueda excusarse su señalamiento a pretexto de la demostración de los errores de apreciación probatoria que se le endilguen al fallo, o de la determinación de las normas probatorias supuestamente quebrantadas –cuando se predique la comisión de un yerro de derecho-, pues si a esto último se limitare el recurrente, omitiendo la mencionada exigencia, quedaría trunca la acusación, en la medida en que no podría la Corte, al analizar el cargo, establecer oficiosamente cuáles disposiciones materiales habrían sido quebrantadas a consecuencia de los yerros que se hubieren acreditado”. (CSJ CSC Auto Dic. 7 de 2001, Rad. 0482-01).*

3. No obstante el imperativo prenombrado, la denuncia invocó como quebrantados unos artículos, que no cumplen con aquellas exigencias, por tener una vocación descriptiva y definitoria.

3.1 Al efecto, se citaron como violados, del Código Civil, el artículo 1494<sup>1</sup> alusivo a las fuentes de las obligaciones; es decir los hechos que la producen como los actos jurídicos, los cuasicontratos y los actos ilícitos; el 1500<sup>2</sup>, sobre la definición del negocio real, consensual y solemne, vale señalar las formas en que aquél se perfecciona; y el 2149 según el cual, el encargo materia del mandato puede hacerse, verbalmente,

---

<sup>1</sup> CSJ SC Auto de 4 de julio de 2013, rad. 2005-00243

<sup>2</sup> CSJ SC Auto de 21 de octubre de 2003, rad. 6931

por carta o escritura pública o privada; incluso de manera tácita.

Los dos primeros, síguese, patentizan aspectos definitorios que lejos se hallan de la exigencia instrumental civil, por no transformar una situación jurídica concreta frente a los sujetos involucrados en el litigio. Y el último, retomando las palabras de la Corte, únicamente explica cómo se configura el mandato, sin que en él se encuentre un tópico que suponga un derecho sustancial que el censor vea violado por haber sido indebidamente aplicado<sup>3</sup>, cual se enuncia en el cargo.

Por su parte, del Estatuto Mercantil fundamentó la acusación en el canon 822<sup>4</sup>, sobre la aplicación de las normas civiles y probatorias a los negocios comerciales; el 824<sup>5</sup> referente a las solemnidades y al principio de consensualidad para obligarse; el 1304 que atañe a la intermediación en el mercado público de valores y el 1308 que dice: “*son aplicables a la comisión las normas del mandato en cuanto no pugnen con su naturaleza*”.

3.2 De otro lado, el censor refirió a disposiciones con vocación reglamentaria que tampoco cumplen con las exigencias legales.

---

<sup>3</sup> CSJ SC Sentencia del 4 de abril de 2001, rad. 6436

<sup>4</sup> CSJ SC Sentencia del 29 de febrero de 2012, rad. 2000-00103

<sup>5</sup>Sentencia *ibidem* y Auto de 2 de marzo de 2011, rad. 2002-00007

La naturaleza de norma sustancial no corresponde exclusivamente a la denominación formal vertida en el canon 150 superior cuando señala que corresponde al Congreso de la República “*crear, modificar e interpretar las leyes*”; lo importante para determinar la connotación sustantiva del precepto es que “*en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también particulares entre las personas implicadas en tal situación*”<sup>6</sup>, sin atender la forma y el órgano que la crea sino su contenido, la materia por ella regulada<sup>7</sup>.

Por ende, que la denuncia cuestione la inaplicación de los artículos contenidos en Resoluciones, expedidas por autoridades del orden nacional, cuyo alcance subsecuentemente se extiende a todo el territorio patrio, no infirma, *per se*, la sustancialidad que se reclama cuando el ataque se traza en el marco de la causal primera.

En esa misma dirección, bueno es recordar, que constituye el acto administrativo —no obstante no ser ley en sentido formal sino material— en su acepción más amplia, otro componente del sistema normativo, por cuanto aquél supone una voluntad emanada de la administración que produce efectos jurídicos; esto es, transforma una situación en el mundo del derecho, participando de esa naturaleza, *in*

---

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Auto de 1º de abril de 2004. Rad. 1999-00915-01

<sup>7</sup> CSJ CS Sentencia de 9 de septiembre de 2015, Rad. No. 2006 00085

*genere*, al menos en el nivel central, todas las decisiones del Ejecutivo y las demás ramas del poder, incluyendo a los órganos de control, en sus manifestaciones de Decretos, Directivas, algunas Circulares y, por supuesto las Resoluciones.

Tanta fue su fuerza, que el artículo 12 de la ley 153 de 1887 establecía: *“Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable”*<sup>8</sup>.

La infracción de estas normas puede en casación acusarse por la causal primera; pero sobre la base de que sea el quebranto de la norma legal superior la que viabilice el enjuiciamiento.

Tales preceptos acusados en este asunto, sin embargo, justamente por la vocación reglamentaria que regentan, no tienen la condición de normas sustanciales; esto es el literal d. del artículo 2° de la ley 45 de 1990 alusivo a las reglas de intermediación financiera a que deben sujetarse algunas sociedades; el canon 1.1.3.1 de la Resolución 1200 de 1995 sobre los mandatos de conducta que deben adoptarse por las

---

<sup>8</sup> Esta norma, fue declarada parcialmente inexecutable, en la sentencia C-037 de 2000, como quiera que la Corte Constitucional dispuso: "Declarar **INEXEQUIBLES** las expresiones *“expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria”* y *“ni a la doctrina legal más probable”*, contenidas en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887".

Sociedades Comisionistas de Valores en su función de intermediación; y, el artículo 2.2.8.5 de la Resolución 400 de 1995 relativo a los requisitos para administrar portafolios de terceros en las operaciones bursátiles.

4.- En adición a la falencia anotada, de no señalarse, en estrictez, las reglas con naturaleza sustancial infringidas, la Sala encuentra otras deficiencias de técnica que impiden abrirle paso a la acusación.

4.1.- Por un lado, teniendo en cuenta que para el Tribunal no existió prueba del contrato de comisión cuya existencia se reclama en este proceso, mal podía enderezarse el embate por una vía reservada a la discusión de cuestiones jurídicas y no de linaje fáctico ni probatorio.

Al efecto, el juzgador de segundo grado, para ratificar el fallo del *a quo*, culminó su exposición indicando que, el “examen del caudal probatorio arrimado al proceso llevan a la necesaria conclusión de que en este caso no pudo establecerse la existencia de un contrato de comisión entre ASESORES EN VALORES S.A y MADIAUTOS S.A para la compra de acciones de ETB y FABRICATO (...)”. (Subraya fuera de texto).

El recurrente, entonces, debió emprender la confrontación descendiendo a lo factual de la providencia, y no quedarse en argumentos estrictamente jurídicos por

inaplicar la ley, interpretarla erróneamente o hacer operar la que no correspondía, formas estas de trasgredir la normatividad rectamente.

Lo anterior porque, al censor le está vedado acudir arbitrariamente a las sendas determinadas para combatir un fallo jurisdiccional de instancia, y si la conclusión combatida por el Tribunal, se redujo a un aspecto de naturaleza demostrativa y por ende factual (ausencia de prueba del contrato de comisión), el ataque no podía plantearse, en el terreno estrictamente jurídico, dado que, recogiendo las palabras de la Sala, *“cuando la discrepancia con la decisión recurrida se anide en sus fundamentos fácticos, deberá perfilarse la censura por la vía indirecta, encontrándose impelido, en tal supuesto, a definir clara y puntualmente la especie de error endilgada al fallador, es decir, si es de hecho o de derecho”* (C.S.J 035 de 17 de agosto de 1999, Reiterada en auto de 5 de octubre de 2010, rad. 1992-01194 ).

4.2.- De otro lado, el embate lejos está de guardar la exigida simetría frente a las razones aducidas por el juzgador *ad quem*, por no tener consonancia con lo argumentado en la sentencia.

La decisión del *ad quem*, se cimentó en varios puntales que se compendian así: echó de menos la prueba del contrato de comisión; dijo que a pesar de que el pacto es consensual,

la manifestación del consentimiento requiere el cumplimiento de unas exigencias por tratarse de un pacto para la intermediación en valores públicos; señaló no estar acreditado que antes de la compra de acciones de FABRICATO y ETB, las partes hubieran adelantado algún tipo de vinculación como lo imponen las normas que gobiernan la materia; y, por último advirtió que el reconocimiento “*de una compra anterior de acciones*” no es elemento persuasivo suficiente para demostrar la existencia de “*un acuerdo a futuro*” para negociar títulos.

En efecto, revisado el contenido de la acusación, se advierte que se vislumbra su marcada asimetría en la medida que las explicaciones enarboladas se desvían de la congruencia debida respecto a lo expresado por la sentencia, teniendo en cuenta que, contrario a lo sostenido por el libelista según se resumió precedentemente, el Tribunal (i) no desconoció el carácter consensual del contrato de comisión en los términos del artículo 1500 del Código Civil, antes lo aceptó al recordar que el mismo se perfecciona por el acuerdo de voluntades (folio 62 del c. de la Corte); y (ii) ni de la letra ni del espíritu de la sentencia objeto de crítica es dable inferir que ella señaló que el pacto estudiado necesite de requisitos ora *ad sustanciam actus*, ya *ad probationem*, y menos que específicamente el negocio deba constar por escrito.

Al efecto ha señalado esta Corporación que,

*“de manera, pues, que en esas condiciones el reproche resulta desenfocado, en la medida en que no guarda una estricta y adecuada consonancia con lo esencial de la motivación que se pretende descalificar’ (auto de 18 de diciembre de 2009, exp. 6800131030012001-00389 01) o que ‘resulta desenfocado, pues deja de lado la razón toral de la que se valió el ad quem para negar las pretensiones (...) Ignorado fue, entonces, el núcleo argumentativo del fallo impugnado, haciendo del cargo una embestida carente de precisión, pues apenas comprende algunas de las periferias del asunto, lo cual anticipa su ineficacia para propiciar el pronunciamiento de la Corte”. (Auto de 30 de agosto de 2010, 1999-02099-01, reiterado en CSJ CS Auto de 2 de noviembre de 2011, radicación n. 2003-00428)”.*

De consiguiente, la puntualización del ataque respecto del dicho de la Corporación de segunda instancia, fundamentalmente en punto a la presunta exigencia de requisitos sustanciales del negocio, y *ad probationem*, por tener que constar por escrito, devela la formulación de una crítica desenfocada que riñe con la técnica casacional máxime cuando, en rigor, los vicios denunciados en la censura respecto de la providencia combatida, desmerecen, una precisa relación de causalidad.

Corolario de lo dicho anteriormente el cargo no se abre paso.

## **SEGUNDO CARGO**

Se acusa la sentencia de violar vía indirecta los preceptos 1494, 1500, 2142-2144 y 2149 del Código Civil, así

como los artículos 822, 824, 1262, 1263, 1264, 1287, 1304 y 1307 del Código de Comercio, por falta de aplicación, como consecuencia de graves, notorios y trascendentes errores de hecho en la apreciación de los medios persuasivos incorporados al expediente.

Para referirse a la notoriedad y trascendencia de esos yerros, recordó que para el Tribunal, en el informativo no existió prueba del negocio de comisión celebrado entre las partes en contienda; conclusión que, dijo, *“no se compagina en lo más mínimo con los medios de prueba que reposan en el proceso, los cuales demuestran sin el menor asomo de duda, que MADIAUTOS celebró un contrato de comisión con ASESORES EN VALORES en virtud del cual dicha sociedad comisionista adquirió en el mercado público de valores las acciones de ETB y Fabricato en la cantidad y por el valor que indicó la demandada, pese a lo cual ésta, una vez perfeccionada la compra, decidió no darle cumplimiento absteniéndose de pagar su valor”*.

Seguidamente indicó que, los medios probatorios desconocidos por el Tribunal para llegar a la inferencia mencionada fueron:

a.- La grabación magnetofónica de las distintas conversaciones sostenidas entre MADIAUTOS y ASESORES EN VALORES, por razón del referido contrato de comisión, y que demuestran, advierte, *“que dicho vínculo contractual sí existió”*.

Expuso que el CD contentivo de las grabaciones obra en el folio 51 del plenario, y específicamente milita en el proceso la conversación sostenida entre ENRIQUE GUZMÁN GÁLVEZ, Representante Legal de MADIAUTOS LTDA, y el comisionista de la parte actora, “*en donde el primero da claramente la orden al segundo de adquirir las acciones de FABRICATO y ETB que a la postre se adquirieron por la sociedad demandante*”; transcribiendo seguidamente el diálogo habido entre ellos (folio 38), y del que anotó:

*“se desprende con total claridad (...) que confirió un mandato a ASESORES EN VALORES consistente en una operación de compra en el escenario bursátil administrado por la BOLSA DE VALORES DE COLOMBIA, sobre un determinado número de acciones de ETB y FABRICATO, por un valor a precio de mercado”.*

Concluyó exponiendo que esa documental, a pesar de ser prueba suficiente de la existencia del pacto, fue ignorada por el Tribunal porque, “*ni siquiera hizo mención a ella*” y trajo por último a cuento precedentes de la Sala alusivos a la validez de ese tipo de información por no lesionar ningún derecho fundamental.

b.- Comprobantes de Liquidación de Operación Nros 10686, 10670, 10881 y 10882.

Manifestó que esos recibos, visibles en las páginas 11 a 14 del cuaderno de primera instancia, acreditan, no obstante el silencio del fallador *ad quem*, “*que efectivamente, en*

*cumplimiento del encargo efectuado, ASESORES EN VALORES realizó en el mercado público de valores la compra de las acciones por cuenta de MADIAUTOS, respetando los límites impuestos por el comitente”.*

Dijo igualmente sobre la preterición denunciada, que es de elemental lógica que una sociedad comisionista de bolsa “no ejecuta (...) operaciones por cuenta del comitente, sin que previamente haya recibido el encargo respectivo”, y sin embargo MADIAUTOS se negó a pagar el precio de las acciones adquiridas.

c.- Certificación expedida por la Secretaría General de FABRICATO con destino a este proceso, en donde consta que la convocada es propietaria de 2.941.176 acciones de esa compañía. Advirtió, “que el número de acciones que se menciona en la certificación corresponde a las adquiridas por ASESORES EN VALORES a favor de MADIAUTOS en cumplimiento del objeto contractual y que aparecen referenciadas en los comprobantes de liquidación de operación Nos. 10881 (331.442 acciones) y 10882 (2.609.734 acciones)”; ratificando que sí se perfeccionó el negocio, tanto más cuando, las acciones se transmitieron al patrimonio de la sociedad demandada.

d.- Grabación magnetofónica de las distintas pláticas mantenidas entre el funcionario encomendado de la promotora del proceso, el Representante Legal de MADIAUTOS, y la también empleada de ésta última

MARGARITA GÓMEZ, registradas en el CD militante en el folio 51 y cuya transcripción está en las páginas 16 a 37 del cuaderno de primera instancia.

Son, todas, explicó, conversaciones que demuestran, de un lado, que MADIAUTOS decidió unilateralmente abstenerse de pagar el precio, obligando a la demandante a cubrir por su cuenta dicho pago para evitar las graves sanciones que podría implicar para la comisionista de bolsa el incumplimiento de la operación; y de otro, que tan llegó a aceptar la existencia del mandato, que afirmó *“que la consignación de los valores adeudados se había realizado y que resultaba extraño que dicha transferencia no se viera reflejada en la cuenta bancaria de la demandante”*.

e.- Confesión del Representante Legal de la convocada, producida en el interrogatorio de parte practicado ante el juez de la causa, pues aceptó *“que con anterioridad a la celebración del contrato de comisión objeto del proceso, había impartido por vía telefónica, instrucciones a ASESORES EN VALORES para la compra de acciones del Grupo Aval, compra que efectivamente se materializó y fue pagada por MADIAUTOS, a diferencia de las acciones de ETB y FABRICATO adquiridas con posterioridad”*; negociaciones que aparecen corroboradas por el perito FÉLIX OVIEDO VARGAS tanto en el dictamen inicial como en las aclaraciones y complementaciones (folios 298-300, 311, 312).

Agregó, para rematar su inconformidad lo siguiente:

*“Las pruebas referidas demuestran la manera informal como las partes sostenían sus relaciones comerciales, informalidad aceptada y consentida por ellas en virtud de la cual, las instrucciones y encargos para la compra de acciones se realizaba por teléfono sin ningún tipo de solemnidad especial dada la confianza existente entre aquellas, de lo cual da muestra el tono amable de las conversaciones. Aunque esos medios de convicción no son prueba de la celebración del contrato de comisión objeto de este proceso (como equivocadamente lo entendió el Tribunal), sí resultan ser bastante ilustrativos de los antecedentes del negocio y de las razones por las cuáles la comisión se celebró sin necesidad de tantas formalidades”.*

Finalmente concluyó, que si el fallador hubiera apreciado todos los medios de convicción referidos, hubiera encontrado (i) que las partes aceptaban que las órdenes para la compra de acciones se impartían telefónicamente; (ii) que MADIAUTOS LTDA efectuó el encargo a la convocante de la compra accionaria de ETB y FABRICATO; (iii) que el encargo *“fue específico y determinado, indicándose el número de acciones y el valor de la compra de las mismas”*; (iv) que después de realizada la operación, la firma demandada incumplió con las obligaciones a su cargo negándose a cancelar el precio de la operación, generándole un perjuicio a la comisionista de bolsa.

## **CONSIDERACIONES**

1.- La violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, es un desatino del que ha señalado la Corte, se configura cuando:

*«(...) el Tribunal cree equivocadamente en la existencia o inexistencia de un medio probatorio en el proceso o cuando al existente le da una interpretación ostensiblemente contraria a su contenido real, es decir, cuando desacierta en la contemplación objetiva de la prueba, razón por la que se ha explicado que su estructuración sólo puede tener como causa determinante una cualquiera de estas hipótesis: a) cuando se da por existente en el proceso una prueba que en él no existe realmente; b) cuando se omite analizar o apreciar la que en verdad si existe en los autos; y, c) cuando se valora la prueba que si existe, pero se altera sin embargo su contenido atribuyéndole una inteligencia contraria por entero a la real, bien sea por adición o por cercenamiento». (CSJ SC Sent. Jun. 20 de 2011, radicación n. 2000-00177-01).*

2.- Los medios de convicción que dice la censura desconoció el Tribunal, fueron (i) la grabación magnetofónica aportada que demuestra la orden que el representante legal de la pasiva le da a la firma comisionista para la compra accionaria de FABRICATO y ETB; (ii) los comprobantes de Liquidación de Operación; (iii) la constancia emitida por FABRICATO; (iv) el registro de la conversación telefónica habida entre los empleados de las empresas en litigio y, (v) la confesión del Gerente de la demandada producida en el interrogatorio de parte.

3.- Los errores de hecho cometidos a consecuencia de la preterición de pruebas no se configuran.

Conviene señalar, inicialmente, que la simple indicación de que algunos medios persuasivos no se enumeraron en la decisión, no implica que el yerro se estructure. Así lo ha recordado la Sala al sostener:

*«la mera circunstancia de que en un fallo no se cite determinada prueba o parte del contenido de la misma no implica error manifiesto de hecho, a menos que de haber apreciado tal medio la conclusión del pronunciamiento hubiera tenido que ser evidentemente distinta de la adoptada por el sentenciador (...)*» (CSJ SC de 24 de noviembre de 2009, Radicación 2003-00500-01).

Pero con abstracción de ello, baste recordar, que en el presente debate el sentenciador *ad quem* no ignoró los medios persuasivos allegados, *contrario sensu* los valoró, pero desestimó su suficiencia para hallar probada la relación comercial originada en un contrato de comisión entre las partes para la compra y venta de acciones en el mercado bursátil.

En efecto, la sentencia acusada informó: *“En el alegato presentado en esta instancia, la parte actora indicó que el contrato de comisión tiene el carácter de consensual y en esa medida, solo requería para su formalización de la autorización verbal dada en la conversación telefónica sostenida con el comisionista de bolsa el 27 de enero de 2006, de la cual obra copia y transcripción en el expediente”*; indicando seguidamente, que **“del material probatorio recaudado no**

***puede establecerse la existencia de un contrato que goce de plena eficacia jurídica***". (Negrilla fuera de texto).

Finalmente coligió:

*"en este orden de ideas, las disposiciones referidas, unidas al examen del caudal probatorio arrimado al proceso, llevan a la necesaria conclusión de que en este caso no pudo establecerse la existencia de un contrato de comisión entre ASESORES EN VALORES S.A y MADIAUTOS S.A para la compra de acciones de ETB y FABRICATO en virtud de que, de una parte, no aparece claro que con anterioridad a la compra de las mencionadas acciones las partes hubieran adelantado algún tipo de vinculación como lo disponen las normas mencionadas; y de otra, al reconocimiento de una compra anterior de acciones, no puede dársele el carácter de prueba suficiente para acreditar la existencia de un acuerdo futuro para la posterior negociación de dichos títulos"*. (Subraya fuera de texto).

Es decir, que el estudio de los medios de convicción allegados no resultaron bastantes para abrirle paso a la reclamación de las pretensiones derivadas del vínculo contractual esgrimido, pues su misma existencia estuvo reprobada.

En esa dirección, examinando una a una las pruebas de cuya inobservancia se duele el censor, se aprecia que estas, evidentemente, validan el análisis realizado por el sentenciador plural.

3.1 De la invocada confesión del representante legal de MADIAUTOS LTDA se observa que aquella no existió; por el contrario, él, en la diligencia realizada el 19 de noviembre de 2010 ante el fallador *a quo* se opuso categóricamente a la reclamación y a los hechos que le sirvieron de fundamento; tanto así que dijo “*no es cierto no se dio ninguna orden de compra de acciones de FABRICATO y ETB*”. (Folios 128 y 129).

3.2.- Referente a las grabaciones habidas entre el Gerente de la pasiva y quien recibió la orden telefónica de compra, al igual que entre los empleados de las partes de este proceso junto a sus transcripciones (folios 51, 15-38 respectivamente) es necesario hacer las siguientes acotaciones:

Las grabaciones de voz son consideradas por nuestro Estatuto Procesal como medios de prueba de carácter documental y por tanto se le aplican las disposiciones normativas relativas a esa clase de acreditaciones. Así lo ordena el artículo 251 del CPC, que gobierna el caso, por ser el vigente al momento de realizar la valoración de los hechos y la aprehensión material correspondiente, a pesar de regir en la actualidad el Código General del Proceso.

En el sistema positivo colombiano, la eficacia probatoria de un documento privado, está indisolublemente ligada a la verificación de su autenticidad, misma que se predica cuando exista certeza de la persona que lo ha firmado o elaborado.

Esa certeza la explica el canon 252 *ibidem*, al disponer en el numeral tercero que es el que interesa al asunto presente, que el documento privado es auténtico cuando:

*(...)*

*3. Si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289.*

*Esta norma se aplicará también a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen, afirmándose que corresponde a ella”.*

A su turno, el canon 277 de la misma, alusivo a las documentales emanadas de terceros enseña:

*“Salvo disposición en contrario los documentos privados de terceros sólo se estimarán por el juez.*

*1. Si siendo de naturaleza dispositiva o simplemente representativa son auténticos de conformidad con el artículo 252.*

*2. Los documentos privados de contenido declarativo, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite ratificación”.*

No cabe duda que las grabaciones son documentos declarativos, es decir “*se limitan a dejar constancia de una determinada situación de hecho*”<sup>9</sup>; ellos, contienen una declaración de ciencia o de conocimiento sobre determinados

---

<sup>9</sup> DE SANTO, VÍCTOR. El Proceso Civil, Tomo II Prueba Documental. Buenos Aires: Editorial Universidad. 1983, pág. 34 y ss.

hechos, que en su materialidad corresponde en estricto sentido a un testimonio, atributo que no pierde a pesar de estar incorporado en un medio instrumental. Sobre aquellos, en últimas, ha manifestado la Sala, “*se estableció la ratificación como única formalidad para reconocerle valor como prueba*”<sup>10</sup>.

La jurisprudencia de esta Corporación se ha referido en múltiples ocasiones a la necesidad de distinguir la naturaleza del contenido de los documentos privados en orden a otorgarle valor probatorio, pues en relación con los que proceden de terceros, el legislador ha supeditado su mérito demostrativo al cumplimiento de algunas exigencias que difieren según aquellos sean dispositivos o constitutivos, representativos o simplemente declarativos.

A ese respecto, ha sostenido que cuando se pretenda hacer valer “*documentos privados de terceros de naturaleza dispositiva o simplemente representativa*”, su “*estimación sólo es viable si se tiene certidumbre sobre su procedencia, ante su reconocimiento, en los términos de los artículos 252 y 277 del Código de Procedimiento Civil*”, carga de la cual se exonera a aquellos de “*contenido declarativo*” (CSJ SC, 7 Mar 2012, Rad. 2007-00461-01), a los cuales “*podrá el Juez concederles valor, siempre que la parte contra quien se oponen no solicite, oportunamente, su ratificación (nral. 2 art. 10 ley 446/98,*

---

<sup>10</sup> CSJ, SC Sentencia de Sept. 3 de 2015, Rad. 2009-00429

*derogatorio del nral. 2 del art. 277 ib.)*” (CSJ SC, 4 Sep. 2000, Rad. 5565).

En relación con las pruebas documentales de naturaleza declarativa precisó:

*“(...) en lo tocante con su eficacia probatoria, ninguna norma procesal ha exigido la autenticidad», toda vez que «por sus características especiales, han tenido una regulación también particular que, en la legislación permanente, ha consistido en asimilarlos a los testimonios para efecto de su ratificación (o, más bien, su recepción directa), salvo cuando, por acuerdo de las partes se acepta el documento como tal (arts. 277, num 2°., y 229 inciso 2° C. de P.C.)” (CCXLIII, págs. 297 y 298). Pero a partir de la vigencia del decreto especial de descongestión antes aludido, “Esa ‘ratificación’, que en realidad consiste en recibir una declaración testimonial juramentada, fue la que se relegó..., con la salvedad de que debe producirse siempre y cuando la parte contra quien se presenta lo solicite de manera expresa.(...)” (se subraya; CCXXII, pág. 560)... (CSJ SC, 18 Mar. 2002, Rad. 6649).*

En las grabaciones telefónicas aportadas por la Sociedad actora, ella dice que contienen, de un lado, la orden que el Gerente de la demandada dio a la firma comisionista promotora para la compra accionaria de FABRICATO y ETB; y, de otro, la conversación telefónica habida entre los empleados de las dos empresas que concurren a este juicio como extremos litigiosos, registradas en el CD obrante en el folio 51, debiéndose anotar, que son distintos los efectos de los documentos cuando provienen de una de las partes o de

un tercero ajeno al debate, acorde lo disponen las reglas trasuntadas en precedencia.

3.2.1 De las primeras (las realizadas al representante legal de MADIAUTOS), se echa de menos la certificación de voz de su autor, esto es del señor ENRIQUE GUZMÁN, quien además señaló en el interrogatorio rendido, de un lado, que no es cierto que tuvieran con la promotora una relación comercial continua y permanente; sólo reconoció haber hecho una transacción; y de otro, que respecto de las acciones de FABRICATO y ETB señaló nunca haber dado esa orden de adquisición. (Folios 128 y 129).

3.2.2 Cuanto hace a las segundas, se recuerda que de ellas, al contestarse la demanda, la opositora solicitó su convalidación. Al efecto, en el libelo de réplica pidió: **“RATIFICACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL (GRABACIÓN) PROVENIENTE DE TERCEROS PRESENTADOS CON LA DEMANDA E INTERROGATORIO.** *Atentamente solicito se cite a las personas que como terceros figuran en los documentos o grabaciones aportados para que reconozcan el contenido de los mismos (...).* (Negrilla y mayúscula original del texto).

En consecuencia, al no determinarse la identidad de las personas a llamar para cumplir con la ratificación de las manifestaciones contenidas en la grabación aportada por la propia parte demandante, esa prueba quedó huérfana de eficacia demostrativa.

La prueba de ratificación fue negada mediante proveído de 3 de marzo de 2011, por no haberse individualizado a las personas a quienes se pretendía escuchar en la diligencia, y en la instancia superior el Tribunal confirmó la referida desestimación (folios 10-14 del cuaderno 3).

Observa la Sala, que estas últimas conversaciones adosadas por la demandante, dimanaban de personas que no son parte en el juicio, contenidas en un CD (folio 51); por lo tanto constituyen un documento privado emanado de terceros, que para su validez, debieron ratificarse, lo cual no se hizo por los defectos formales encontrados en las instancias.

De donde, con independencia de la falta de identidad de las personas que participaron en la conversación registrada y acompañada a los autos, razón suficiente para desestimar el medio de convicción, las declaraciones de terceros contenidas en un documento (grabación), de acuerdo con el artículo 277 reproducido anteriormente, tiene valor si la parte contraria no pide su ratificación, empero, en este caso específico, aunque la propia accionante la solicitó, aquella se negó, se itera, en ambos grados del litigio.

Sobre el tema, ha señalado la jurisprudencia de la Corte lo siguiente:

*“si el documento proviene de un tercero, la posibilidad de apreciarlo está dada por su naturaleza, como quiera que sólo cuando son de*

*contenido dispositivo o representativo, se requerirá que sean auténticos (nral. 1 art. 277 ib.), mientras que si son simplemente declarativos, podrá el Juez concederles valor, siempre que la parte contra quien se oponen no solicite, oportunamente, su ratificación (nral. 2 art. 10 ley 446/98, derogatorio del nral. 2 del art. 277 ib.)” (se subraya; CSJ SC. Sent. Sept. 4 de 2000, rad. 5565, reiterado en Sent. Mar. 18 de 2002, rad. 6649).*

A no dudarlo, las cintas, discos o casetes pueden ser aducidos como pruebas documentales, pero su valor, su eficacia y alcance probatorio está determinado por la autenticación de la declaración y reconocimiento de la voz por parte de su autor; sin importar, como lo ha enseñado la Sala, si provienen de una de las partes o de un tercero.

Es decir, que la omisión en el análisis de las grabaciones presentadas, junto a las transcripciones de las mismas — estas últimas allegadas y fabricadas por la accionante sin que tampoco fueran ratificadas—, por no cumplir con los requisitos legales de aducción y autenticación, no podían ser valoradas en el presente caso con miras a demostrar la existencia del contrato de comisión de compra de acciones alegado.

3.3.- Las otras pruebas de cuya inobservancia se duele la censura son, los comprobantes de liquidación de operación relacionados en precedencia y la constancia expedida por FABRICATO.

Aunque no hubo una referencia puntual del Tribunal sobre aquellas, de todas formas, de haberse estudiado no tendrían la aptitud suficiente para infirmar la sentencia acusada pues las mismas, no demostrarían la existencia del contrato, deviniendo el embate intrascendente.

4.-Ahora bien, por la misma razón anterior, si se pensara, que el error ocurrió porque se pretirieron todas y cada una de las pruebas relacionadas en la acusación, la conclusión a la que llegaría la Corte situada en sede de segunda instancia sería la misma; la negativa de las pretensiones se preservaría y, por ese camino, el ataque se tornaría insubstancial, como pasa a explicarse.

Es sabido que cualquier desatino atribuido al Tribunal debe ser trascendente, lo que significa que el mismo ha de resultar determinante o decisivo para fijar el sentido de la providencia combatida en el recurso extraordinario, al punto que, de no haberse cometido, otra habría sido forzosamente la dirección del pronunciamiento judicial; precisamente, se tiene dicho sobre el particular que,

*“... para que la violación de la ley adquiriera real incidencia en casación, de suerte que conduzca al quiebre de la sentencia acusada, es menester que tenga consecuencia directa en la parte resolutive del fallo, por lo que aquellos errores que apenas aparezcan en las motivaciones o razonamientos de la providencia, sin esa forzosa trascendencia en la conclusión final, no alcanzan a obtener la prosperidad del recurso.”* (Sentencia de May. 19 de

2004, radicación n. 7145, reiterada en decisión de Nov. 9 de 2006, radicación n. 00684 – 01)

En efecto, en primer lugar, la Sala tendría que arribar a la misma resolución y las súplicas no saldrían avante en la medida que no existe certidumbre de la calidad en que actuó el Director de la empresa demandada MADIAUTOS, señor ENRIQUE GUZMÁN GÁLVEZ, esto es, si se pensara que impartió la orden de compra a través de las grabaciones, se desconoce si procedió *motu proprio* o como Gerente y representante legal de esa Compañía.

Además, la certeza sobre la potestad para adquirir las acciones cuya compra se debate en este proceso, tampoco quedó demostrada, menos aún cuando, no existe en el plenario diligenciamiento del formato de vinculación —o por lo menos no se acreditó la existencia de ese documento— acorde lo imponen las reglas de conducta que deben adoptar las sociedades comisionistas de bolsa en su función de intermediación, mismas que, por concernir a las operaciones bursátiles, el Estado ejerce una particular vigilancia y control dada la necesidad de organizar las transacciones sobre el ahorro y el derecho de propiedad, proteger al público frente al fraude y canalizar los mecanismos de financiación, para lo cual se tornaba imperioso el cumplimiento de una serie de requisitos que gobiernan esa actividad, merced a lo ordenado por el artículo 2° de la ley 45 de 1990.

Referente a esa especial atención, vale destacar la inspección que sobre las operaciones en bolsa realiza el Estado, en las que la jurisprudencia de la Sala ha enfatizado lo siguiente:

*“Precisamente por estar comprometido el interés público, los comisionistas, en sus actividades negociales con los inversionistas, encuentran constreñido al ámbito de su autonomía privada, en la medida que su actividad está sujeta a controles por parte del Estado, quien ejerce un control tendiente a preservar el interés general, comprometido en la transparencia del mercado de valores.*

*En coherencia, la ley le impone a las sociedades profesionales en la materia, a propósito del mandato especial de comisión para la compra y venta de valores, entre otros, los deberes de asesoría y abstención.*

*(...)”<sup>11</sup>.*

Habida cuenta de las motivaciones condensadas, y por establecerse que lo invocado en el cargo es una apreciación diversa a la manera en que el sentenciador valoró los diferentes elementos persuasivos adosados al plenario, más parecido a un alegato de instancia, fracasa la acusación.

## **DECISIÓN**

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

---

<sup>11</sup> CSJ SC Sentencia de 30 de marzo de 2012, radicación n. 2008 00586

**RESUELVE**

**Primero.- NO CASA** la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2013 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso ordinario identificado en el encabezamiento de esta providencia.

**Segundo.- CONDENAR** en costas del recurso de casación al recurrente. Por concepto de agencias en derecho inclúyase la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000.00) M/cte., por haber sido objeto de réplica.

**NOTIFÍQUESE**

**ALVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**  
**(Magistrado Impedido)**

**MARGARITA CABELLO BLANCO**

**FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ**  
**(Con ausencia justificada)**

**AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO**

**LUÍS ALONSO RICO PUERTA**

**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**

**LUÍS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**