

LAUDO ARBITRAL

ANDINO CAPITAL MARKETS S.A. COMISIONISTA DE BOLSA EN LIQUIDACION vs. LA INTERAMERICANA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

Bogotá, Octubre 11, 2001

El Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir, en derecho, las diferencias presentadas entre la Sociedad Andino Capital Markets S.A Comisionista de Bolsa - En Liquidación, parte convocante, en adelante "ACM" o la "convocante" y la Interamericana Compañía de Seguros S.A., parte convocada, en adelante "La Interamericana" o la "convocada", profiere por unanimidad el presente laudo arbitral, por el cual se pone fin al proceso objeto de estas diligencias.

I. Desarrollo del proceso

A. Fase Prearbitral

1. Con el lleno de los requisitos formales y mediante apoderado, el 29 de marzo de 2000 ACM presentó en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, un escrito que contenía la convocatoria arbitral que dio origen al proceso.¹

La demanda fue admitida mediante auto del 30 de marzo del mismo año, proferido por el Director del Centro de Arbitraje,² y previo emplazamiento, el 30 de marzo de 2000 se notificó la misma a La Interamericana, por conducto de apoderado judicial.

2. El 23 de junio de 2000, la convocada dentro de la oportunidad legal, contestó la demanda presentada por ACM.
3. De las excepciones propuestas por La Interamericana, se corrió traslado a la convocante, el 26 de julio de 2.000.
4. Para llevar a cabo la audiencia de conciliación propia de la etapa prearbitral, por auto del 4 de agosto de 2000 el Centro de Arbitraje señaló la hora de las 9:30 a.m. del 30 de agosto del mismo año.³

En tal fecha y hora, y bajo la coordinación del Dr. Alejandro Cardona Galarza, se llevó a cabo la audiencia⁴, en la que quedó clara la imposibilidad de alcanzar un acuerdo.

Atendiendo lo anterior, es decir, que la etapa de conciliación fue surtida en este proceso por el Centro de Arbitraje, el Tribunal, por considerar cumplido el requisito legal y habida cuenta que el propósito de la audiencia de conciliación es buscar un acercamiento efectivo entre los interesados (cuya imposibilidad fue patente en este caso) y no agotar un formalismo, se abstuvo de realizar una nueva audiencia con esa finalidad.

5. Una vez concluida la citada audiencia, los apoderados de las partes procedieron a designar de común acuerdo los árbitros que habrían de integrar el Tribunal.
6. Notificada su designación, los tres árbitros manifestaron, por escrito y en forma oportuna, que

¹ Cdo. Principal No. 1 - Folios 1 - 16

² Cdo. Principal No. 1 - Folio 19

³ Cdo. Principal No. 1 - Folio 64

⁴ Cdo. Principal No. 1 - Folios 58 - 59

aceptaban la misma.⁵

7. Por auto del 5 de octubre de 2000 el Centro de Arbitraje señaló como fecha para la audiencia de instalación del Tribunal el 20 de octubre siguiente a las 9:30 a.m.⁶

En dicha audiencia se profirió el Auto No. 1, en el cual se fijaron los gastos del proceso y los honorarios de los integrantes del Tribunal. Asimismo, se designó Presidente y Secretario.⁷

El Secretario tomó posesión ante el Presidente del Tribunal el 12 de diciembre de 2000.⁸

8. Las partes cancelaron oportunamente las sumas que le correspondían para cubrir su cuota de los gastos y honorarios del proceso.

B. Trámite arbitral

1. Se inició con el Auto No. 2 proferido el 10 de noviembre de 2000, en el cual, una vez que el Presidente del Tribunal informó sobre la oportuna cancelación de los gastos y honorarios del proceso, se fijó como fecha para la celebración de la primera audiencia de trámite, el 4 de diciembre de 2000 a las 9.30 a.m.⁹, la cual se desarrolló así:

- a. Primeramente, el Tribunal analizó el pacto arbitral, encontrándolo ajustado a las prescripciones legales, por lo cual se declaró competente para conocer y decidir las diferencias materia del proceso.¹⁰

- b. En esa misma oportunidad, y por Auto No. 4, fueron decretadas las pruebas del proceso, accediéndose a la totalidad de las pedidas.¹¹

2. Sobre la práctica de las pruebas cabe señalar que:

- a. El 1 de febrero de 2001 se recibieron los interrogatorios de los representantes legales de las partes;

- b. El 6 de febrero del mismo año se llevaron a cabo los testimonios de Gerardo Alfredo López Londoño y de Hernando Tapias Rocha;

- c. El 8 de febrero de 2001 se posesionaron los peritos y se recibieron los testimonios de Rafael Arturo Acosta Chacón y Manuel Jara Albarracín;

- d. El 13 de febrero siguiente se recibió la declaración de los señores Juan Guillermo Pardo Patín y Luis Fernando Syro López. En esa misma audiencia se aceptó el desistimiento de los testimonios de los señores Carlos Cuervo y Jaime Arias;

- e. El 20 de febrero de 2001 rindieron testimonio los señores Fernando Arriola Sierra y María del Carmen Fernández Parra;

- f. El 22 de febrero del mismo año se recibió el testimonio de la señora Claudia Andrea Ocampo Angel;

- g. El 12 de marzo de 2001 se dio inicio a la inspección judicial en las oficinas de la convocante, prueba que fue desistida por los apoderados al igual que aquella decretada

⁵ Cdo. Principal No. 1 - Folios 77 - 80

⁶ Cdo. Principal No. 1 - Folio 83

⁷ Cdo. Principal No. 1 - Folios 92 - 93

⁸ Cdo. Principal No. 1 - Folio 91

⁹ Cdo. Principal No. 1 - Folio 96

¹⁰ Cdo. Principal No. 1 - Folio. 99

¹¹ Cdo. Principal No. 1 - Folios 101 - 106

para ser llevada a cabo en las oficinas del Banco Andino. En esa misma fecha se concluyó el interrogatorio de la representante legal de ACM, habida cuenta que algunas de las preguntas contenidas en el cuestionario inicial, habían quedado suspendidas.

- h. Mediante memorial recibido el 13 de marzo de 2001, los apoderados de las partes solicitaron de común acuerdo la incorporación al expediente de varios documentos y desistieron de la prueba de inspección judicial decretada en las oficinas de la sociedad convocada.
 - i. El 25 de abril de 2001 se recibió el testimonio del señor Humberto Castillo Ramírez, prueba ésta cuya práctica se dispuso por iniciativa oficiosa del Tribunal.
 - j. El 15 de Mayo del mismo año se corrió traslado a las partes del dictamen pericial, oportunamente presentado, el cual fue materia de solicitud de aclaraciones y complementaciones de las cuales se corrió traslado a las partes el 9 de julio siguiente.
3. Así, pues, el trámite del proceso se desarrolló en veinte (20) sesiones, incluyendo la de fallo, en el curso de las cuales, como atrás se reseñó, se practicaron las pruebas solicitadas por las partes y se recibieron las alegaciones finales, que fueron expuestas en audiencia por los apoderados y resumidas mediante sendos escritos que forman parte del expediente.¹²
 4. Por las anteriores razones, que según queda visto resultan de los autos y teniendo en cuenta que el trámite fue suspendido en varias oportunidades por petición conjunta de las partes, el Tribunal se encuentra dentro del término señalado en la ley para proferir su decisión sobre la situación litigiosa objeto de controversia, decisión que será de mérito toda vez que la relación procesal se ha configurado regularmente y en su desenvolvimiento no se observa defecto alguno con virtualidad suficiente para invalidar lo actuado parcialmente o en su totalidad.

II. Las diferencias litigiosas y la necesidad de resolverlas mediante arbitraje

A. La síntesis de los hechos presentados por las partes es como sigue:

Demanda

1. El 14 de enero de 1998, el Banco Andino Colombia S.A. tomó la póliza integral para Bancos e Instituciones Financieras No. BBB-0000523 expedida por la Interamericana de Seguros en coaseguro con Seguros Comerciales Bolívar S.A.
2. En dicha póliza se determinó como entidades aseguradas, además del Banco Andino, a las sociedades subordinadas de éste, entre las cuales se encontraba la convocante.
3. Desde el 18 de Octubre de 1995, la sociedad ACM venía realizando por cuenta principalmente del señor Humberto Castillo "un conjunto significativo, sucesivo y creciente de operaciones de venta de acciones con pacto de recompra, más conocidas como operaciones repo", las cuales se estructuraron mediante el pago del precio de la recompra con el producto de una nueva operación de venta con pacto de recompra y así sucesivamente.
4. El 14 de abril de 1998, la Bolsa de Medellín expidió la circular No. 014 mediante la cual reglamentó las operaciones de venta con pacto de recompra.
5. Al decir de la parte actora, con esa circular se pretendía "impedir que se pudieran volver a negociar acciones bajo la modalidad de venta con pacto de recompra o 'repo', que estuviesen comprometidas previamente en otra operación similar".

¹² Cdo. Principal No. 1 - Folios 193 y 194

6. La existencia de un volumen significativo de operaciones pendientes de liquidación a la fecha de expedición de la circular, colocó al comitente de ACM en incapacidad de proveer los medios para las recompras e impuso a esta última la necesidad de obtener los recursos necesarios para cumplir sus obligaciones, recursos éstos que fueron suministrados por el Banco Andino.
7. Las anteriores circunstancias generaron para ACM un detrimento patrimonial como consecuencia de la no atención de su comitente, señor Humberto Castillo, del pago de las recompras de acciones.
8. Todas las operaciones "repo" celebradas por ACM por cuenta de Humberto Castillo, e incumplidas, ocurrieron durante la vigencia de la póliza expedida por la convocante y correspondían a "riesgos plenamente amparados por ella" (hecho 15).
9. En efecto, para la actora, las operaciones repo realizadas por el representante legal de ACM por cuenta de Humberto Castillo, tuvieron un propósito "deliberado y fraudulento de engañar a la Bolsa de Medellín, a ACM ..." (Hecho 18).
10. Esas operaciones no fueron válidamente celebradas sino "ejecutadas por él [su representante legal] en forma fraudulenta al margen y por fuera de las operaciones propias del objeto social de ACM"
11. Entre el 14 de abril y el 10 de agosto de 1998 ACM realizó desembolsos por valor de \$6.678'255.015,37, por concepto de las operaciones de compraventa con pacto de recompra que el representante legal de aquella efectuó por cuenta de Humberto Castillo "configurándose así el siniestro amparado por la póliza BBB-0000523".
12. El 21 de diciembre de 1998 ACM presentó a la convocada reclamación formal por los siniestros ocurridos, la cual fue objetada por la aseguradora el 3 de marzo de 1999.
13. La objeción se sustentó en que los hechos ocurridos no se encuadraban dentro de la cobertura de la póliza y en que ACM no demostró los supuestos de hecho previstos en el contrato de seguro para configurar siniestro.
14. Para la parte actora la objeción de la aseguradora no es seria ni fundada y por ello ACM tiene derecho al pago de la indemnización.

Contestación

La convocada, al contestar la demanda, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

B. Con apoyo en su relato de los hechos, la convocante solicitó lo que sigue:

"PRIMERA: Se declare que ACM, en su condición de filial del Banco Andino Colombia S.A. (en liquidación) tiene derecho a que La Interamericana le pague la suma de seis mil seiscientos setenta y ocho millones doscientos cincuenta y cinco mil quince pesos con treinta y siete centavos (\$6.678.255.015,37) por concepto de la indemnización a su favor por la ocurrencia del siniestro que afectó la Póliza Integral para Bancos e Instituciones Financieras BBB-0000523, expedida por esta última sociedad, el cual le fuera avisado formalmente desde el día 25 de agosto de 1998"

"SEGUNDA: Se declare que ACM acreditó plenamente ante La Interamericana, en la forma y tiempo debidos, la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la indemnización reclamada de conformidad con lo establecido en el artículo 1077 del Código de

Comercio, según reclamación que le presentó a la aseguradora demandada debidamente aparejada de los comprobantes previstos en el contrato y en la ley, desde el día 21 de diciembre de 1998”

“**TERCERA:** Se declare, igualmente que las objeciones formuladas por la Interamericana mediante cartas R-0118-99 de marzo 3 de 1999 y R-026-99 de marzo 4 de 1999 dirigidas a ACM, son objeciones poco serias que carecen de fundamento legal y contractual y que no tienden a enervar el derecho de ACM”

“**CUARTA:** Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a La Interamericana a pagar a ACM, a la ejecutoria del laudo que ponga fin al presente proceso arbitral, la suma de seis mil seiscientos setenta y ocho millones doscientos cincuenta y cinco mil quince pesos con treinta y siete centavos (\$6.678.255.015,37) por concepto de la indemnización a que tiene derecho por el siniestro que afectó la Póliza Integral para Bancos e Instituciones Financieras BBB-0000523, expedida por la aseguradora demandada”

“**QUINTA:** Que se condene igualmente a la Interamericana a pagar a ACM, a la ejecutoria del laudo que ponga fin al presente proceso arbitral, y sobre la suma de seis mil seiscientos setenta y ocho millones doscientos cincuenta y cinco mil quince pesos con treinta y siete centavos (\$6.678.255.015,37), valor de la indemnización a cargo de la aseguradora demandada, desde el día 21 de diciembre de 1998 y hasta la fecha en que el pago de la indemnización se efectúe realmente, el valor de los intereses moratorios que se hubieren causado sobre la misma, los cuales se deberán liquidar a la tasa máxima de interés bancario que certifique la Superintendencia Bancaria en el momento que se efectúe el pago, aumentada en la mitad.”

“**SEXTA:** Que se condene a La Interamericana pagar todos los gastos y costas del proceso arbitral, incluyendo el valor de las agencias en derecho que se señalen a su cargo”

A su turno, la convocada propuso las siguientes excepciones fundamentadas en los argumentos de derecho esgrimidos en la contestación de la demanda:

Principal:

- a. “Inexistencia de la obligación reclamada o ausencia de pérdida indemnizable a la luz del amparo `deshonestidad de empleados`” (excepción principal)

Subsidiarias:

- a. “Falta de prueba de la cuantía del daño”, fundamentada en el hecho de que ACM no ha demostrado la pérdida que dice haber sufrido ni la forma en que calculó el valor reclamado.
- b. “El asegurado no evitó la extensión del siniestro y no dio aviso oportuno del mismo”, fundamentado en que ACM incumplió con la obligación impuesta por el artículo 1074 del Código de Comercio.
- c. “Petición de lo no debido o de más de lo debido”, al pretender la convocante el cobro de intereses moratorios sin haberse dado el supuesto fáctico de que trata el primer inciso del artículo 1080 del Código de Comercio y por incluir en la cifra pretendida como indemnización, conceptos que no pueden ser materia de indemnización, tales como préstamos otorgados a ACM, intereses derivados de esos préstamos, entre otros.

- d. "Las eventuales pérdidas que pudieron presentarse en ACM se encuentran expresamente excluidas por la póliza para efectos de una indemnización de seguros", tal como consta en la condición tercera numerales 2º y 4º de la póliza expedida por la Interamericana.
 - e. "Culpa grave del asegurado", fundamentada en que ACM y el Banco Andino tuvieron conocimiento del volumen de las operaciones repo que realizaban, y de los riesgos a ellas inherentes, y a pesar de ello, no adoptaron ninguna medida correctiva.
 - f. "La causa originaria de la presunta pérdida y el conocimiento de la misma por parte de ACM y el Banco Andino se presentaron antes de la vigencia de la póliza", fundamentada en el hecho de que las operaciones repo se venían realizando desde antes de otorgar la póliza.
 - g. "Nulidad relativa del contrato de seguro" fundamentada en la violación del artículo 1058 del Código de Comercio.
 - h. Terminación del contrato por falta de notificación oportuna sobre la modificación del riesgo", fundamentada en que la asegurada conoció las operaciones repo y no le informó a la aseguradora sobre ello.
 - i. "Prescripción"
- C. Como lo advirtió el Tribunal en la primera audiencia de trámite celebrada el 4 de diciembre de 2000 (auto No. 3), y ahora corresponde reiterarlo, la cuestión litigiosa circunscrita a los temas de conocimiento que se dejan señalados en los apartes precedentes, corresponde claramente al tipo de controversia descrito en la condición trece de la póliza cuyo texto es del tenor siguiente:

"Si La Interamericana, luego de recibir la documentación completa de una reclamación, rechaza el pago de la pérdida que el Asegurado considere indemnizable de acuerdo con los términos, condiciones y estipulaciones de esta Póliza, ambas partes, a solicitud del Asegurado, someterán sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, que será nombrado y actuará de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2279 de 1989 y en la Ley 23 de 1991."

III. Consideraciones del Tribunal

La pretensión principal formulada por Andino Capital Markets S.A. (Comisionista de Bolsa) se dirige a que este Tribunal declare que el mismo "...tiene derecho a que La Interamericana le pague la suma de seis mil seiscientos setenta y ocho millones doscientos cincuenta y cinco mil quince pesos con treinta siete centavos (\$6.678'255.015,37) por concepto de la indemnización a su favor por la ocurrencia del siniestro que afectó la póliza Integral para Bancos e Instituciones Financieras BBB-0000523 expedida por esta última sociedad, el cual fuera avisado formalmente desde el día 25 de Agosto de 1.998.". La segunda pretensión, por su parte se dirige a que "Se declare que ACM acreditó plenamente ante La Interamericana, en la forma y tiempo debidos, la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la indemnización reclamada...."

Por su parte, la fundamentación fáctica del mismo escrito, para sustentar la afectación de la póliza y la consecuencial ocurrencia del siniestro, se encuentra en el hecho décimo sexto de la misma solicitud de convocatoria, en el cual se afirma que el amparo de la póliza con base en cual se considera existente la obligación de indemnizar por parte de la aseguradora, por lo mismo el amparo consecuencialmente afectado, contenido de la realización del riesgo que a juicio del convocante se realizó configurándose con ello el "siniestro" en los términos del artículo 1.072 del Código de Comercio, es el amparo denominado en la póliza de "Deshonestidad de Empleados", que se encuentra definido en el mencionado documento de la siguiente manera: "...pérdidas ocasionadas y causadas directa y exclusivamente por los actos deshonestos o fraudulentos que cometa algún empleado del

asegurado, independientemente del lugar en que se perpetren tales hechos, ya sea individualmente o en colusión con terceros, con intención de causar una pérdida al asegurado u obtener una ganancia financiera personal ilícita."

Ningún otro de los amparos contenidos en la póliza ha sido señalado como amparo afectado y ciertamente no parece que exista duda respecto a que el único de los mismos que podría estar en discusión en torno a su afectación con ocasión de los hechos aducidos en la demanda sea dicho amparo. En consecuencia el problema jurídico fundamental que se somete a consideración del Tribunal en este caso, es si las conductas desplegadas por el empleado de ACM señor Juan Guillermo Pardo Patín que han sido objeto de pesquisa a todo lo largo del proceso, relacionadas con las operaciones de reporto que dicho empleado hizo como representante de la firma comisionista, por cuenta de Humberto Castillo Ramírez, se enmarcan dentro de la definición del amparo de "Deshonestidad de Empleados" que se ha transcrito.

Para estos efectos, el Tribunal procederá en primer lugar a establecer cuáles son los alcances y el contenido del amparo de "Deshonestidad de Empleados" contenido en la póliza de seguro que sirve de base a la demanda, analizará posteriormente la naturaleza y características de las operaciones de reporto a la luz de los principios del derecho bursátil y, una vez hecho esto, examinará la naturaleza de la conducta desplegada por el señor Pardo Patín para concluir si la misma puede considerarse de aquellas que corresponden a la definición de ese riesgo o lo constituyen.

1. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL AMPARO DE DESHONESTIDAD DE EMPLEADOS CONTENIDO EN LA POLIZA DE INTEGRAL PARA BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS BBB-000523.

Ya se ha visto que la definición del amparo en cuestión contenido en la póliza que sirve de base a este proceso, es del siguiente tenor: "...pérdidas ocasionadas y causadas directa y exclusivamente por los actos deshonestos o fraudulentos que cometa algún empleado del asegurado, independientemente del lugar en que se perpetren tales hechos, ya sea individualmente o en colusión con terceros, con intención de causar una pérdida al asegurado u obtener una ganancia financiera personal ilícita."

El eje rector de la definición del riesgo es sin duda la calificación de los actos imputados eventualmente a los empleados del asegurado como "deshonestos o fraudulentos", siguiendo de esta manera la póliza que particularmente se encuentra involucrada en este caso, la terminología que es usual en este tipo de pólizas utilizadas en Colombia, que traducen básicamente términos de pólizas americanas concebidas hace muchos años, bajo la denominación antedicha o bajo la denominación quizás más difundida de "Infidelidad de Empleados".

Las voces "deshonesto" o "fraudulento" para calificar los actos de los empleados por cuya ocurrencia se protege a la persona del patrono, entendidas en su sentido natural u obvio que tienen en idioma castellano, que es el que debe ser asumido para interpretar el texto contractual conforme a lo que dispone el artículo 823 del C. de Co, implican necesariamente una alusión a la intención de quien lo ejecuta, intención torcida contraria a la probidad y a la honradez, expresiones ambas que a su vez aluden al ánimo que mueve la conducta cuando es recto y puro o íntegro. En el caso del acto fraudulento a la intención se debe agregar adicionalmente al ánimo incorrecto, un móvil específico de causar perjuicio a otro, así como la utilización de mecanismos, artilugios o estratagemas que induzcan en error al sujeto pasivo. La utilización de la expresión disyuntiva "o" en este caso no significa a juicio del Tribunal que la póliza entienda los dos términos como sinónimos; implica que el acto para caer en la definición del amparo puede obedecer a una u a otra calificación.

Conforme a lo afirmado por en el alegato de conclusión de la parte convocada, existe una relación de género a especie entre el vocablo deshonesto y el vocablo fraudulento, entendido que todo acto fraudulento es deshonesto pero no todo acto deshonesto es fraudulento; por lo demás así se considere que el acto deshonesto puede ser calificado tal en sí mismo sin referencia a un determinado objetivo o móvil, de hecho, la definición del amparo exige la existencia del mismo tanto para el acto deshonesto como para el acto fraudulento, al señalar, como ya se vio que los mismos se encuentran

cubiertos en tanto y en cuanto se ejecuten con intención de causar una pérdida al asegurado u obtener una ganancia financiera personal ilícita.

Pero la intención o ánimo que debe ser común a tales comportamientos, implica en ambos la existencia de dolo, supone tener conciencia de estar violando el comportamiento debido, o traicionando la confianza que se ha dispensado al agente y desear un resultado, o por lo menos tener del mismo una representación psicológica como consecuencia del acto ejecutado y consentir en ello, así ese resultado no sea específicamente querido o deseado. Es indiscutible que un acto meramente culposos, un error de conducta por grave que sea no cae dentro de la calificación a la que nos venimos refiriendo.

Si bien fuera deseable que se pudieran utilizar expresiones menos propensas a suscitar controversias, ellas no surgen a juicio del Tribunal de ambigüedad o confusión en los términos en los que se encuentra redactada la cláusula. Lo que ocurre es que toda expresión que imponga la necesidad de investigar el ánimo o la intención de las personas, tropieza con dificultades evidentes de carácter probatorio y con la interferencia de evaluaciones de tipo subjetivo que no siempre están ancladas en la fría y palpable realidad de la evidencia objetiva.

Por lo mismo, la deshonestidad y el fraude no son calificaciones de la conducta que puedan obedecer a definiciones generales inflexibles, sino que deben derivar del juicio particular sobre las circunstancias variadas que rodean cada caso, las cuales permitirán deducir o no la presencia del elemento anímico o intencional que las caracteriza, más aún por cuanto, como se verá, la prueba de los objetivos que mueven la conducta es particularmente difícil.

Por lo demás, acorde con la doctrina más aceptada dentro de nuestro medio, contrariamente a lo afirmado por la convocada, no puede a juicio del Tribunal concluirse que el cubrimiento de los actos deshonestos o fraudulentos implica la necesidad de que se estructure siempre la comisión de delitos tipificados en la ley penal. Aunque podría decirse que en la mayoría de los casos esto ocurre, no es un requerimiento necesario de la calificación del acto con esas expresiones. La deshonestidad o el fraude no son delitos en sí y por lo mismo ningún acto calificado de tal manera automáticamente queda tipificado como delito, o requiere que se halle descrito en la ley penal como delito para que resulte cubierto por el seguro. También pueden llegar a estarlo, por ejemplo, los llamados "ilícitos atípicos" que cual ocurre con el fraude a la ley y el abuso del derecho, para citar tan sólo dos supuestos que aclaran el concepto, tienen expresión en conductas activas u omisivas no sancionadas por verdaderas reglas de acción o de fin como lo son las de carácter penal, pero que son contrarias a lo que se ha convenido en denominar por los especialistas la dimensión directiva específica de los principios generales del derecho, entendidos estos desde luego, no como simples pautas programáticas sino como fuente genuina de mandatos jurídicos vinculantes a la luz de lo que sobre el particular dispone el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

En este punto es evidente que los modelos usualmente existentes en el mercado no exigen la señalada condición delictiva, que de ser necesaria requeriría de expresa y clara mención en la definición del amparo y, desde luego, no aparece en parte alguna en la póliza que sirve de base a este proceso, la cual, adicionalmente no exige como requisito previo para la formulación del reclamo bajo este amparo la presentación de una denuncia penal por parte del asegurado.

En este punto el Tribunal considera que la póliza que sirve de base a la demanda, no presenta la exigencia, que de lo contrario tendría que ser expresa, de que el acto deshonesto o fraudulento configure un ilícito penalmente tipificado en la ley, acogiendo con ello las tendencias actuales de la definición del amparo a este respecto, dentro de la descripción de las cuales se inscribe la cita de la obra del doctor Alejandro Venegas Franco "Cuestiones de Seguros" que ha incluido en su alegato de conclusión la parte convocante.

Resulta por otra parte indiscutible que, a la luz de los términos de este tipo de pólizas y por la razón anotada antes, la configuración del siniestro en el caso de infidelidad de empleados no llega a conocimiento del asegurado, salvo que se trate de ilícitos flagrantes o brutales, sino después de un largo periodo de investigación y análisis posterior a la realización misma de las conductas, cuando

además de la constatación objetiva de ellas, llega al asegurado la convicción o la prueba de su carácter deshonesto o fraudulento por una parte, y la de su resultado patrimonialmente dañoso por otra.

Otra consideración que debe ser tenida en cuenta en el momento de analizar el contenido de un amparo de estas características, es que resulta un hecho indudable dentro de los precedentes de este tipo pólizas, que las mismas no están diseñadas para cubrir los riesgos operacionales que nacen del ejercicio de los negocios normales de la entidad bancaria o financiera, ni para cubrir tampoco la mala administración de los negocios, entendida como los simples errores de criterio que en algún momento pueden inducir a los empleados a llevar a cabo negocios que no obstante permitidos por la ley o sin contrariarla, generan riesgos especiales que se realizan en perjuicio de la expectativa de lucro de la entidad financiera.

El amparo llamado de "errores u omisiones", opera dentro del contexto de las pólizas de infidelidad y riesgos financieros precisamente para cubrir, dentro de ciertos límites, los riesgos profesionales que derivan de la culpa de empleados de las entidades financieras, pero en este caso, no ha sido objeto de discusión la existencia o la afectación de un amparo como éste dentro del contexto de la póliza que sirve de base a la demanda.

Las consideraciones anteriores relativas a la caracterización del acto deshonesto o fraudulento como acto impregnado de un ánimo o intención particular, en el sentido de desear o consentir con un resultado contrario a lo que es debido dentro del recto criterio y dentro del contexto de una conducta honrada, otra caracterización indudable del amparo viene dada por la necesidad que impone su texto, como se ha visto, en el sentido de que el acto se lleve a cabo con una intención o finalidad específica que puede traducirse bien en causar una pérdida al asegurado o bien en obtener una ganancia ilícita para el agente.

También en este caso la redacción de la póliza es disyuntiva, basta con la demostración de uno u otro propósito, intención o finalidad específicas. Si bien la intención de obtener una ganancia ilícita para el agente es a menudo difícil de acreditar, no ocurre lo mismo con la intención de causar una pérdida al asegurado, porque por lo menos ésta última es fácilmente comprobable y, adicionalmente y bajo el marco teórico del seguro, una condición necesaria de la prueba del siniestro; en este caso, además del resultado, la intención en este sentido que, como se vio anteriormente no requiere necesariamente demostración de querer, sino representación psicológica del resultado y consentimiento y aceptación acerca de su eventualidad, puede deducirse válidamente de indicios y circunstancias correlativas al acto sin mayor dificultad.

El Tribunal es consciente de que en la "Condición Especial" primera (1ª.) de la condición 1.1 de la póliza, se limita el cubrimiento de infidelidad de empleados en lo concerniente a préstamos u operaciones comerciales a los casos de actos deshonestos o fraudulentos "...cometidos por un empleado que obtenga una ganancia financiera personal ilícita proveniente de tales acciones", pero considera que una exigencia probatoria de este tipo para el asegurado, con miras a la demostración de la ocurrencia del siniestro, además de los demás elementos que lo estructuran conforme a la definición básica, comporta un desequilibrio contractual evidente que podría llevar a hacer nugatoria la reciprocidad esencial del contrato cuando se trata de siniestros dentro de circunstancias de actos deshonestos o fraudulentos cometidos en desarrollo de "préstamos u operaciones comerciales", que hacen inaplicable esta condición dentro del contexto de unas condiciones que son dictadas y redactadas por el asegurador. En efecto, la prueba de la obtención efectiva, no solamente de la intención, en cuanto a la ganancia financiera personal ilícita suele ser imposible, y en ello le asiste razón a la convocante, porque muchas veces la ganancia permanece fácilmente oculta al escrutinio de la investigación o porque incluso puede no llegarse a realizar efectivamente por circunstancias ajenas al autor. Por lo mismo en este caso, esta sería una razón suficiente por sí misma para restarle validez a este condicionamiento, aunque, como se verá, su aplicación al caso es innecesaria.

Es claro pues, que en este caso y conforme a los dictados del artículo 1.077 del Código de Comercio, la prueba de la ocurrencia del siniestro compete a la parte convocante como asegurada dentro de la póliza y, en consecuencia le corresponde probar el acto deshonesto o fraudulento que ha imputado a

su empleado y la intención constitutiva del móvil del mismo en cualquiera de los dos sentidos anotados, inducir una pérdida en el asegurado u obtener una ganancia ilícita. La naturaleza misma de la póliza y los términos de la definición del amparo que como ya se dijo, no son ambiguos a juicio del Tribunal, no obstante que suponen una dificultad de prueba que debe tenerse en consideración en el momento de evaluar la manera como las partes han cumplido sus cargas a este respecto, implican que en este caso correspondía a la convocante demostrar un comportamiento voluntario o intencional de su empleado contrario a los deberes propios de su cargo o a la confianza depositada en él, movido por una intención torcida de causar daño al asegurado u obtener una ganancia ilícita.

Una conducta semejante implica necesariamente dos condiciones adicionales, que el propósito y la conducta misma en la que se materializan se oculte al asegurado y se ejecute contra su voluntad manifiesta o presunta, y que sea de tal naturaleza que escape a los riesgos propios de la actividad financiera ejercida por el asegurado. Esta última condición en la póliza se traduce expresamente en la exclusión contenida en el numeral 20º. la cláusula 3ª. del texto de sus condiciones generales.

Con base en estas consideraciones, se pasa al segundo aspecto del análisis.

2. LAS OPERACIONES BURSATILES MATERIA DE CONTROVERSID.

Establecido como queda, de acuerdo con las consideraciones precedentes, que es el amparo básico de "Deshonestidad de Empleados" contenido junto con otros en la póliza integral para bancos e instituciones financieras No. BBB 000523, el que le ha servido de fundamento a la parte convocante para formular la reclamación objetada por la compañía de seguros convocada, y fijado asimismo el alcance que según los términos de la Condición Primera (num. 1.1) de dicha póliza, tiene esa específica modalidad de cobertura de suyo bastante compleja en su definición contractual, a juicio del Tribunal es necesario pasar a examinar en detalle y con vista naturalmente en la evidencia allegada al expediente, los acontecimientos aducidos por la primera de aquellas entidades como constitutivos del siniestro origen de las pérdidas patrimoniales cuya indemnización pretende obtener, tarea esta que a su vez exige dejar consignadas unas breves consideraciones sobre el régimen propio de los llamados "contratos bursátiles", sus características mas sobresalientes y las distintas variedades en que suelen manifestarse, haciendo énfasis en las compraventas con pacto de recompra sobre valores mejor conocidas, en el ámbito de bolsa, bajo el nombre de operaciones de reporto.

A) Aun cuando parezca inoficioso hacerlo, lo primero que viene al caso apuntar es que la actividad bursátil no siempre representa materia de fácil entendimiento, ello en tanto tiene por contenido una muy extensa gama de relaciones contractuales que, en línea de principio al menos, gravitan alrededor de los contratos mercantiles típicos de compraventa sobre títulos valores y la comisión de la que los primeros constituyen el negocio de realización encargado, relaciones que además de caracterizarlas una manera peculiar de instrumentación encaminada a permitir la formación de precios corrientes de mercado y respaldarlas mecanismos eficaces de cumplimiento coercitivo, persiguen finalidades económicas también cambiantes. Tanto estas finalidades como los medios técnicos empleados en pos de alcanzarlas, son sin duda factores esenciales en la función bursátil, los segundos sobre todo en la medida en que tienen por base la publicidad, lo que a los comitentes les permite comprobar en todo momento las condiciones en que los comisionistas llevaron a cabo el mandato encomendado, y se establecen conforme a disposiciones reglamentarias adoptadas en interés del público inversor en cuanto conducen, por obra de un mercado organizado siguiendo pautas de esta índole, a la fijación objetiva de un precio denominado "cotización" que es, entonces, el precio oficial que en el mercado público de valores tienen los títulos negociados a través de la Bolsa. Por eso, dicen con acierto autorizados expositores (c.fr, Antonio Rodríguez Sastre. Operaciones de Bolsa. Vol. II, Título I, Cap. 1º) que en cuanto a valores mobiliarios admitidos a cotización de esta clase se refiere, las operaciones de bolsa en sentido estricto son en últimas ventas y compras hechas: (i) Por intermedio de un comisionista, profesional en su oficio; (ii) Según la reglamentación implantada por la Bolsa, complementada por los usos y costumbres en ella imperantes; y en fin, (iii) Sobre títulos considerados " ejusdem generis" y no " in specie", es decir sobre cantidades y no sobre valores individualizados por su numeración serial u otro dato de análogo significado.

Se trata, pues, de negocios jurídicos que involucran en forma mas o menos precisa, la compraventa de bienes muebles a los cuales, respecto de su perfeccionamiento y ejecución, el tráfico bursátil les imprime esos rasgos característicos que aquí viene al caso destacar.

1. Los negocios en cuestión suponen en primer lugar que se realicen por conducto de comisionistas de bolsa, es decir mediante la intervención de profesionales independientes que por satisfacer determinados requisitos y hallarse inscritos en el registro público correspondiente, se encuentran habilitados para concertar en bolsa y a nombre propio, operaciones en cumplimiento de órdenes recibidas de clientes (comitentes compradores o vendedores) por cuya cuenta las celebran. En consecuencia, estos últimos no tienen porque conocerse; la operación se estipula entre intermediarios, respondiendo cada uno de ellos a sus respectivos comitentes dadores de las órdenes, de la ejecución y buen fin de la negociación por parte del comisionista con quien, como contraparte, la concertó, siendo de advertir, ya que el tema tiene relevancia en la especie litigiosa en estudio puesto que con esta modalidad se efectuaron muchos de los reportos que por orden de Humberto Castillo Ramírez y sus allegados llevó a cabo la sociedad convocante ANDINO CAPITAL MARKETS S.A. hoy en liquidación, que no es inusual y por ende tampoco concita a sospecha, el que un solo comisionista apersona tanto al dador de la orden de compra como al que imparte la de venta. En este caso, explica el autor recién citado, el intermediario esta facultado para aplicar directamente a la compra que le ha sido encargada, los títulos cuya venta se ha obligado asimismo a realizar, y no por ello el contrato deja de ser bursátil para todos sus efectos como lo da por entendido, en la legislación nacional, el Art. 15 del Dcr. 1172 de 1980.

Quiere lo anterior decir, persistiendo en delimitar conceptos a veces olvidados, que previo a un contrato bursátil existe indefectiblemente otra relación contractual de los mandatarios con sus clientes que se califica como de comisión mercantil, relaciones que por su género son objeto de pormenorizada regulación normativa – en la actualidad contenida en el Dcr. 1172 de 1980, las Leyes 27 y 45 de 1990, la Res. 400 de 1995 de la Sala General de la Superintendencia de Valores y la Res. 1200 de 1995 emanada del Despacho del Superintendente de Valores - y respecto de la cual es conducente poner de relieve algunas de las reglas particulares que la conforman, a saber:

a- Una vez aceptado el encargo y antes de ejecutarlo, los comisionistas tienen el derecho de exigir la necesaria provisión de títulos o de fondos según sea el caso, y en las operaciones estructuradas sobre la base del aplazamiento de su ejecución, en estado puro o combinadas como ocurre con el reporto, es su obligación exigir las coberturas reglamentarias requeridas por la Bolsa, disponiendo en consecuencia, el Art. 21 del Dcr. 1172 de 1980, que los comitentes están obligados "...a poner a su comisionista en capacidad de cumplir todas las obligaciones inherentes a su encargo y éste, no podrá oponer a la Bolsa o a sus miembros, en las diferencias que surjan al liquidar la operación, excepciones derivadas del incumplimiento del comitente...".

b- Las instrucciones del comitente se expresan en órdenes que han de ajustarse a los usos de la Bolsa y de ellas se ha dicho que, en la práctica, son en si el reflejo del contrato que vincula al cliente y al comisionista, así como también marcan los límites de la gestión a cargo del segundo y de la que se hace responsable. Ordenes estas que, además, tienen estrecha conexión y por ende han de compaginarse con los restantes soportes documentales que de conformidad con el Art. 2.1.2.9 de la Resolución 400 tantas veces citada, deben conservar las Bolsas de Valores para sustentar la liquidación y compensación de toda operación registrada por su conducto.

c- En tercer lugar, de la comisión bursátil nace para el comisionista una genuina obligación de seguridad o garantía en el sentido de que responde ante el comitente por el fiel cumplimiento de las órdenes impartidas, ello desde luego dentro de un marco de amplias posibilidades de actuación profesional en el mercado que la doctrina describe en los siguientes términos: "...Los negocios de bolsa son realizados solo entre agentes de cambio – comisionistas en la legislación colombiana, se agrega - quienes obran como mandatarios sin representación encargados de comprar o de vender por cuenta ajena, pero en nombre propio. Y como actúan en esta calidad se convierten – transitoriamente - en propietarios de los títulos que adquieren para después transferirlos a sus clientes, y permanecen personalmente obligados por el precio, salvo el retorno para con el cliente,

cliente éste que con frecuencia es solo esperado, ya que en la práctica corriente ellos compran, sin haber recibido el encargo de esos títulos, pero en un momento que consideran ventajoso para comprar, y confiando en poder luego colocar a sus clientes a buen precio los títulos adquiridos..." (Francesco Galgano. Derecho Comercial. El Empresario. Vol. I, Cap. 13º).

d- Y por último, no está por demás puntualizar que hoy en día, a raíz de la expedición de la ley 45 de 1990 básicamente, el perfil operativo de las sociedades comisionistas de bolsa, como pudiera desprenderse de cuanto viene diciéndose, no se centra con exclusividad en el negocio tradicional de compra y venta de valores mobiliarios. Ese estatuto, recogiendo disposiciones que en buena parte se remontan al decreto 1172 de 1980 y otorgando al propio tiempo nuevas autorizaciones cuyo ejercicio reglamenta en detalle la Resolución 400 de 1995 en su Título Segundo, le permite a las sociedades en cita, entre otras cosas de no menor trascendencia, asumir posición propia, es decir adquirir títulos en el mercado con el fin de darle liquidez; financiar mediante préstamos con sus propios recursos, la adquisición de valores; constituir y administrar Fondos de Valores en beneficio de pequeños y medianos inversionistas; enajenar títulos en el mercado con el compromiso de readquirirlos en determinada fecha y en las condiciones previamente estipuladas; prestar asesoría a manera de "banca de inversión" para el mejor manejo de los recursos del público y, en fin, cualquiera otra actividad análoga que a juicio de la Superintendencia del ramo, se estime conveniente para el fomento del mercado bursátil.

2. El segundo elemento característico de los negocios en estudio lo determina la función que respecto de los mismos, cumplen los reglamentos, usos y costumbres bursátiles, entendiéndose por tales, en sentido material y por lo tanto abstracción hecha de la expresión formal que puedan tener, las prácticas "secundum legem" vigentes en una Bolsa para realizar los aludidos negocios técnica y profesionalmente, de un modo uniforme, constante y general. Significa esto que las modalidades conforme a las cuales puede desarrollarse la actividad negocial en cuestión, no quedan al libre arbitrio de los comisionistas y se tiene por aceptado de antemano que ellos, en su condición de agentes profesionales operadores en el mercado, se someten a aquellas prácticas y entre sí tratan observando la forma ritual que ellas imponen, tanto para celebrar los correspondientes acuerdos como para hacerlos efectivos.

No sobra advertir, y hacerlo resulta por cierto pertinente en la especie sub lite ante la necesidad de establecer las implicaciones jurídicas de un acto de la índole del contenido en la Circular 014 expedida el 14 de abril de 1998 por la Bolsa de Medellín, que en lo atinente a prácticas operativas no incorporadas en reglamentos escritos, podrán estas desempeñar la función descrita siempre y cuando la Bolsa respectiva, haciendo uso de sus facultades de ordenación del mercado, no las impida y, por ende, las consienta, permitiendo su repetición y paulatina generalización de manera que así, con el transcurso del tiempo, lleguen a adquirir uniformidad. Por eso, explican los especialistas, en su gran mayoría las modernas legislaciones en materia bursátil "...dejan a las respectivas Bolsas la potestad de reglamentar y fiscalizar las operaciones; de modo que cuando hay necesidad de resolver una cuestión no contemplada en los reglamentos, son las autoridades de la Bolsa las que resuelven lo que corresponda, o a la inversa, cuando en el mercado se comienza a practicar un determinado procedimiento no previsto en las normas, como las autoridades del mercado no lo pueden ignorar, en razón de sus funciones fiscalizadoras deben impedir la realización de ese procedimiento si lo consideran desaconsejable, o si se considera que es un procedimiento útil y que mejora el régimen operativo, bastará con autorizarlo e incorporarlo a los reglamentos..." (Samuel F. Linares Breton. Operaciones de Bolsa. Parte Segunda. Cap. 17º).

3. Finalmente, en el común de los negocios bursátiles y en cuanto a los títulos materia de enajenación respecta, los comisionistas contratantes actúan sobre cantidades, sin indicar la numeración de tales títulos ni otro detalle semejante que conduzca a especificarlos. Se los tiene entonces y por principio, como cosas de género y fungibles que sólo vienen a quedar individualizados con su aplicación o entrega en condiciones reglamentarias, acaecida al momento de efectuarse la correspondiente liquidación bursátil de la operación concertada.

B) Como negocio de bolsa que es, el reporto de efectos o valores mobiliarios cotizables participa de las características generales enunciadas, y son su articulación técnica y las funciones económicas que atiende, los factores peculiares que en últimas marcan la diferencia con otras operaciones que también cuentan con igual caracterización genérica.

Acerca del primero de dichos factores distintivos bien puede decirse, al menos en línea de principio y con el único fin de señalar la mecánica básica conforme a la cual se desenvuelve el negocio, que se trata de una operación bursátil por partida doble y a precio determinado, en la cual una parte adquiere valores al contado y los revende simultáneamente a término, mientras que la otra enajena al contado e igualmente de manera sincrónica readquiere a plazo títulos de la misma naturaleza y calidad, denominándose "reportador" al que compra para revender y "reportado" al que vende para recomprar. Por lo tanto, el mecanismo tiende de ordinario a prolongar los efectos de una operación que lo ha precedido y la yuxtaposición de ambos convenios de venta con compromiso de recompra ajustados en dirección opuesta, le imprime sustantividad propia al negocio cuyo funcionamiento, en la modalidad que con mayor frecuencia suele presentarse, lo explica la doctrina del siguiente modo: "... Supóngase una operación a plazo realizada entre A y B. A, especulando al alza, compra a B, a 90 pesos por ejemplo, a una fecha determinada, una cierta cantidad de títulos que él cree que se cotizarán a esa fecha a mayor precio, lo que le permitirá embolsar la diferencia. Llegada la fecha convenida, el precio de cotización no ha variado o ha disminuido, contrariamente a las previsiones del comprador. Este, a quien el vendedor, B, de acuerdo con lo pactado en un comienzo ofrece los títulos y le exige el cumplimiento de su obligación, no dispone del dinero necesario. Busca, entonces, una tercera persona, digamos C, a quien en las bolsas se llama pasador o reportador, para que le compre al contado y a la cotización del día, los títulos entregados por B, y se los venda a él, a A, a plazo y a un precio mayor, a 91 pesos por ejemplo. El dinero que A recibe así de C, agregando de sus recursos la diferencia entre el precio convenido con él, 90 pesos, y la cotización del día, si esta es inferior a aquél; si la cotización de los títulos no ha variado, es obvio que A nada tiene que agregar porque no hay diferencia; puede pagar a B con el dinero que le entrega C. Queda en esta forma operado el pase – denominación con la que se conoce el reporto en Argentina y otros países latinoamericanos - . A sigue especulando al alza, cree que la cotización de los títulos va a subir y que, cumplido el nuevo plazo, podrá resarcirse de las pérdidas sufridas en la primera operación y obtener aun una ganancia. La situación de C es la siguiente: obtiene por el dinero que entrega una utilidad fija, no sujeta a las variaciones de la cotización, utilidad que esta representada por la diferencia entre lo pagado por él y el precio de venta de A. Se halla casi completamente garantizado en la operación por el hecho de que los títulos quedan en su poder; vendiéndolos puede recuperar su dinero en el caso de que la otra parte no haga frente a su obligación..."(Ramón S. Castillo. Curso de Derecho Comercial. T. I, pag. 325).

A la luz de esta ilustrativa descripción que ofrece una visión panorámica del esquema según el cual se lleva a cabo el negocio de reporto, así como de las necesidades económicas de quienes lo celebran y a cuya satisfacción dicho esquema apunta, sin dificultad se colige que son estas funciones en concreto las que le imprimen configuración contractual unitaria al señalado negocio y obligan a tratarlo, a pesar de su exterioridad, como la síntesis "sui generis" de una venta doble con finalidades específicas adecuadas a los requerimientos del tráfico bursátil, finalidades que de suyo obedecen a intereses contrapuestos que pueden ser, o la necesidad de fondos por parte de quien posee los títulos o bien la necesidad de estos últimos por parte de quien tiene disponibles los recursos para adquirirlos. En efecto, para el "accipiens" (comprador inicial y vendedor final) el motivo que lo lleva a contratar es el de contar durante un cierto periodo de tiempo con unos títulos de los que ha menester y, al propio tiempo, obtener un beneficio consistente en la diferencia a su favor entre el precio de compra y el de reventa, mientras que para el "tradens" (vendedor inicial y comprador final) la operación de reporto le permite hacer uso de aquellos recursos en el mismo periodo, móviles estos que por lo común emergen de posiciones de especulación que los susodichos contratantes se proponen prorrogar valiéndose del mecanismo en cuestión. El que no ha podido vender los títulos de acuerdo con sus expectativas, supone poder hacerlo con provecho antes de la siguiente liquidación, y espera un alza en el precio, por manera que para él el reporto es un medio de aplazar el cumplimiento del contrato primigenio; y del otro lado, con frecuencia sucede que el acreedor por especulación prevea una baja en los títulos, razón por la cual recompra por liquidación, toma los títulos en reporto y así espera cubrirse con la liquidación venidera, actuaciones estas que pueden denotar, ya sea una clara intención

de ir aprovechando la evolución de los cambios en la cotización para reeditar la diferencia de precios entre el momento en que las operaciones se perfeccionan y la fecha de su cumplimiento (función de especulación propiamente tal), o bien tratan de eliminar, o al menos reducir, el riesgo que esos cambios esperados pueden acarrear respecto de otras posiciones contractuales previamente tomadas (función de cobertura).

No se oculta, en este orden de ideas, la importancia del reporto bursátil llamado por Fremery (Estudios de Derecho Comercial. Pag.479), en fórmula afortunada que constantemente repiten los doctrinantes, "... la clave en el sistema de las operaciones de bolsa...", así como tampoco pasan desapercibidos los peligros que conlleva, en particular si se tiene en cuenta que el mencionado negocio puede continuarse en sucesivas liquidaciones encadenadas, como ocurrió en el caso en estudio, según lo refirió en su declaración el testigo Humberto Castillo Ramírez¹³, que por lo general encuentran explicación en la orientación predominantemente seguida por la especulación bursátil cuyo signo habitual es el de tender al "alza" de los valores objeto de negociación y no a la "baja".

En resumen, siguiendo a Lyon – Caen y Renault (Tratado de Derecho Comercial. T.IV, Num. 966), cabe decir que el reporto es útil para los inversionistas de capital porque les procura en corto plazo un beneficio fijo para los fondos invertidos; les permite a los especuladores – quienes, valga advertirlo, no son siempre jugadores de bolsa ni amigos del agiotaje - prolongar hacia el futuro expectativas de compra o de venta fundadas en la oscilación del precio de los títulos; y, en fin, contribuye a alimentar el mercado con numerosas operaciones y vinculándolas entre si, se convierte en valiosa herramienta para impedir variaciones de cotización demasiado abruptas. A su turno, los riesgos que entraña el negocio, significativos sin lugar a dudas para quienes suministran recursos o colocan títulos ante la eventual frustración de las aquellas expectativas por razones de mercado, son los que derivan del considerable margen de especulación lícita consustancial a las operaciones de bolsa en que el aplazamiento integral de su ejecución constituye elemento estructural típico que de cierto modo las aleja del esquema corriente de la compraventa, acercándolas si se quiere a los negocios aleatorios en que ese esquema, articulado técnicamente en la forma que se deja vista, pasa a desempeñar el papel de un simple instrumento a ser empleado en función de las aludidas finalidades legítimas de especulación bursátil.

Existe, pues, un nexo directo entre la continuación en el tiempo de operaciones de este tipo y los cambios que experimenta la cotización de los títulos en el mercado, cambios que cuando no se producen en el sentido y oportunidad esperados debido a factores adversos persistentes de la índole de los que, para el análisis del caso en estudio, identificaron los peritos (c.fr, Dictamen. Punto 2.6. Respuesta a la 6ª pregunta del cuestionario formulado por la compañía de seguros convocada) y que en manos de los operadores y comitentes interesados no está el poder contrarrestar eficazmente, tienen por lógica que originar graves consecuencias desde el punto de vista del resultado final de los "repos" en términos económicos.

C) En el presente litigio afirma la parte convocante que al amparo de sucesivas operaciones de reporto bursátil realizadas tan solo en apariencia, claramente irregulares y por fuera de las operaciones propias del objeto social de ACM, se generaron fraudulentamente pasivos para con terceros que, a la postre y contando para el efecto con el apoyo financiero del Banco Andino "...en su calidad de matriz de la sociedad comisionista y a buena cuenta de una futura capitalización...", dicha entidad se vio obligada a asumir, originándose por este concepto cuantiosas pérdidas patrimoniales que estima son indemnizables en los términos de la póliza BBB 000523 bajo la cobertura específica de "Deshonestidad de Empleados", habida consideración que la maquinación urdida tuvo por autor a quien fuera su representante legal, el señor Juan Guillermo Pardo Patín, con la complicidad de Humberto Castillo Ramírez y otras personas allegadas a este último, maquinación de la que el primero obtuvo para sí ventajas económicas recusables en la medida en que, según sostiene la demanda, "...Pardo Patín, al recibir para si esos fondos y destinarlos a fines distintos a cancelar las operaciones anteriores, obtenía una ganancia financiera ilícita pues las obligaciones correspondientes a esas operaciones no se extinguían sino que quedaban subsistiendo...".

¹³ Cdo. de Pruebas No. 3 - Folio 674

Pues bien, todo cuanto ha quedado expuesto en este capítulo conduce a dejar sentado, a manera de premisa conceptual en la que debe hacerse hincapié, que de cara a lo que es la articulación técnica de la operación de reporto bursátil de acciones, las variadas modalidades en que con mayor frecuencia se la puede llevar a cabo y las finalidades que desde una perspectiva de negocios le infunden sentido, lo cierto es que de estos elementos de análisis no surgen argumentos concluyentes en apoyo de aquella afirmación y muy por el contrario, inducen a pensar que las pérdidas motivo de reclamación fueron el resultado de "operaciones comerciales" regulares, propias del objeto social de la sociedad comisionista asegurada, y por lo tanto, en atención a la delimitación circunstancial objetiva del riesgo allí contenida y que por esencia excluye los llamados "riesgos operacionales" según se dejó apuntado líneas atrás, no susceptibles de ser resarcidas mediante la cobertura en mención.

En efecto, la experticia practicada conduce a concluir que las referidas operaciones sucesivas a las cuales la sociedad convocante pretende negarles realidad y que se efectuaron por cuenta de Humberto Castillo, Ma. Constanza de León y Jhon Jairo Pelaez, cuentan con los soportes documentales necesarios para demostrar la inexactitud de tal aserto, a lo que se suma la circunstancia de que esas mismas operaciones se realizaron con observancia de las reglas sobre la materia contenidas en el Art. 2.2.6.1 de la Resolución 400 de 1995, particularmente de la que dispone que "...el plazo que se pacte para llevar a cabo la recompra del título no podrá ser superior a tres meses contados a partir de la fecha de celebración de la operación de venta..", plazo este dentro del cual deberá tener lugar también la liquidación de la operación de recompra. E igualmente hace ver el trabajo pericial en mención, al responder la solicitud de complementación del mismo elevada por la parte convocada (Pregunta 5 del respectivo cuestionario), que hasta la expedición de la circular 014 del 14 de abril de 1998, los negocios bursátiles en que los peritos centraron su estudio no contrariaban tampoco las previsiones reglamentarias de la Bolsa de Medellín respecto de operaciones de venta con pacto de recompra sobre acciones, ello de conformidad con las resoluciones 591 de 1996, 319 y 853 de 1997 de la Superintendencia de Valores en razón a que, dentro de los límites fijados por tales previsiones, eran factibles aplazamientos del "cumplimiento y liquidación" hasta el sexto (6º) día siguiente al competente registro, tanto en las operaciones al contado como en la operación inicial de venta con pacto de recompra, no así en la operación final que en estas últimas cierra en ciclo completo que podía fluctuar entre un (1) día y noventa (90) días "entre la operación inicial y la final".

Puestas así las cosas, claro es que no obstante este marco normativo general que las circunscribe, siguen siendo muy amplias las posibilidades de actuación que ofrece en su ámbito operativo el reporto bursátil el cual, utilizado con frecuencia por codiciosos especuladores que por el hecho de serlo no es dable endilgarles protervas intenciones equiparables a la deshonestidad o el fraude, permite prolongar "...en forma creciente y casi exponencial.." posiciones compradoras o vendedoras adquiridas hacia futuro y afectar simultáneamente los mismos títulos valiéndose de breves dilaciones impuestas por la mecánica liquidatoria bursátil, por manera que con independencia de si son o no aconsejables a juicio de la Bolsa en consideración a los acentuados riesgos de incumplimiento que podrían entrañar o a las dificultades de manejo administrativo que originen para los emisores, no son los anteriores, y muchos otros que se les asemejan, procederes intrínsecamente maliciosos que muevan a recelo y sobre los que puedan construirse inferencias automáticas de mala fe como al parecer quiso hacerlo la demanda.

3. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DEL SEÑOR PARDO PATIN A LA LUZ DE LOS ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DEL RIESGO ASEGURADO

Para respaldar las pretensiones formuladas en el libelo de la demanda, la parte convocante hizo diversas manifestaciones, que ha tratado de probar en el proceso, dirigidas a demostrar que, en el presente caso, están reunidos todos los elementos configurativos del siniestro, entre ellos la comisión de actos deshonestos o fraudulentos por parte del señor Pardo Patín, representante legal y empleado de Andino Capital Markets, en colusión con el señor Castillo Ramírez, mediante los cuales aquel obtuvo una ganancia personal ilícita, generándole, al mismo tiempo, a la Sociedad asegurada, una pérdida cuantiosa.

Tales manifestaciones se encuentran plasmadas, principalmente, en el aviso de siniestro que Andino Capital Markets dirigió a la Interamericana de Seguros, mediante comunicación del 25 de Agosto de 1998; en la reclamación que aquella formuló en escrito del 18 de Diciembre del mismo año enviado a la mencionada aseguradora y en la carta de Marzo 2 de 1999, con la cual la primera complementó los argumentos de la señalada reclamación. Todos estos planteamientos fueron luego vertidos en la demanda presentada por ACM para dar inicio a este proceso arbitral.

En síntesis, los documentos arriba mencionados puntualizan que el señor Pardo Patín, quien desde hacia varios años venía realizando, por cuenta de Humberto Castillo Ramírez, operaciones de venta de acciones con pacto de recompra, decidió, deliberadamente, estructurar un esquema a través del cual "el pago del precio de la recompra (sé hacia) con el producto de una nueva venta con pacto de recompra y así sucesivamente, de manera creciente, y exponencial", mecanismo este que permitía comprometer en múltiples y sucesivas operaciones las mismas acciones.

Dicho esquema operativo lo considera la convocante como contrario a la ley y a los reglamentos, y ajeno a su objeto social, a más de particularmente riesgoso, precisando que "de haberse realizado las operaciones de conformidad con la ley y los reglamentos, no se hubiesen producido las pérdidas", toda vez que las operaciones repo autorizadas para tranzarse en bolsa no conllevan riesgos inherentes, a ellas, pues la normatividad que las rige establece los mecanismos de seguridad y garantía necesarios. Por el contrario, a su juicio, la estructuración irregular de las operaciones generó pasivos que fueron creciendo muy rápidamente.

Agrega la demandante que ante la imposibilidad de seguir desarrollando el mismo esquema en virtud de lo dispuesto en la Circular Reglamentaria 014, de Abril de 1998 de la Bolsa de Medellín, "afloró la ya existente de tiempo atrás, pero encubierta, incapacidad del comitente ... de proveer los recursos para las mencionadas recompras – y que era del cabal conocimiento de ... Pardo Patín – pues precisamente para cubrir la falta de provisión de fondos se estructuraron las operaciones mencionadas en la forma anotada".

De lo anterior deduce ACM que las operaciones descritas no tenían por finalidad la asunción de una verdadera deuda, pues se concibieron y ejecutaron para engañar a la propia comisionista, a la Bolsa de Medellín, a los comitentes compradores y a terceros, toda vez que se creaba la falsa apariencia de que se habían cumplido por la comisionista todas las obligaciones que nacían de los contratos de venta con pacto de recompra. A este respecto sostiene que con el aludido esquema se creaban dos apariencias: La de celebrar por cuenta de terceros operaciones de venta de acciones con pacto de recompra; y la de extinguir las obligaciones nacidas para ACM en las operaciones precedentes, extinción inexistente, por cuanto esta no entregaba los títulos, ni el comitente proveía los fondos para las recompras, los que siempre eran suministrados por terceros. Redondea la convocante esta argumentación afirmando que Pardo Patín, al recibir estos fondos aprovechados en fines distintos de cancelar las operaciones anteriores, obtenía una ganancia financiera ilícita, que paralelamente producía una pérdida para ACM, toda vez que como quiera que las obligaciones subsistían, pero aparentemente desaparecían por un pago que no era tal, en la medida en que no fueron honradas por el comitente, se convirtieron en pérdida directa para la comisionista, "como efecto inmediato de las maniobras dolosas y fraudulentas de Pardo Patín".

Así las cosas, para ACM las operaciones en cuestión son tanto irregulares como fraudulentas, y fueron llevadas a cabo mediante "el ejercicio intencional, irregular, abusivo y deshonesto" de las atribuciones conferidas al señor Pardo Patín como representante legal de dicha firma. Se alega, igualmente, que esas actuaciones fueron adelantadas en connivencia con el señor Castillo Ramírez y que las deudas que se desprendieron de este esquema y que debió asumir la comisionista redundaron en "provecho exclusivo del mismo Pardo Patín y Castillo", consistente, respecto de este último, en no tener que pagar lo que debía en razón de las operaciones repo que se efectuaron por su cuenta.

Como síntesis de las alegaciones de la convocante, en el Hecho 17 del libelo se puntualiza que Pardo Patín, como representante legal de ACM, "realizó fraudulenta y deshonestamente la totalidad de las operaciones "repo" por cuenta de Humberto Castillo Ramírez que condujeron a las pérdidas causadas a la Sociedad Asegurada"

Así mismo, en el hecho 18 se señala que las actuaciones del representante legal se ejecutaron "con el propósito deliberado y fraudulento de engañar" y en el 20 se afirma que las operaciones efectuadas por Pardo Patín no fueron consecuencia de operaciones comerciales validamente celebradas, sino operaciones meramente aparentes y ejecutadas por él en forma fraudulenta al margen del objeto social de ACM, con el objeto de distraer el dinero obtenido de las sucesivas recompras como un mecanismo irregular de financiación que causó importantes pérdidas. Se agrega que estas operaciones nunca constituyeron verdaderos negocios de bolsa de los comprendidos en el objeto social de ACM. En el hecho 23 se concluye diciendo que las pérdidas experimentadas por la convocante son el resultado de una serie de actos deshonestos de Pardo Patín, encaminados a causar pérdidas a ACM.

Estas mismas imputaciones aparecen en el Acta No. 51 que recoge lo acontecido en la Asamblea General Extraordinaria de accionistas de Andino Capital Markets, celebrada el 1 de octubre de 1998, en la cual se consideró la renuncia presentada por el señor Juan Guillermo Pardo Patín al cargo de gerente de esa sociedad. La asamblea rechazó la renuncia y en cambio lo destituyó, acogiendo por unanimidad una constancia de desaprobación a la gestión que dicho señor desarrolló mientras estuvo al frente de ACM, en particular por "la indebida estructuración de las operaciones de venta con pacto de recompra (realizadas) por cuenta del señor Castillo". Allí se reiteran, como se dijo, los reproches plasmados en los escritos a que antes se ha hecho mención, con la calificación adicional de que el señor Pardo Patín "actuó con falta Grave"

En relación con las argumentaciones de la convocante que se dejan expuestas, y una vez estudiada la prueba documentaria y testimonial que obra en el proceso, para efectos de determinar si tales argumentaciones fueron o no demostradas, el Tribunal precisa lo siguiente.

En cuanto a los documentos aportados – y respecto de la aseveración de ACM, en el sentido de que las operaciones repo, en la forma como fueron estructuradas y ejecutadas, eran transacciones irregulares, por cuanto violaban la ley y los reglamentos y eran extrañas al objeto social de la aludida firma comisionista – cabe subrayar lo afirmado por la convocante en el recurso de reposición que interpuso contra la resolución 0035 del 17 de Enero de 2000, de la Superintendencia de Valores, mediante la cual se le impuso una multa por haber otorgado financiación al señor Castillo Ramírez después de la expedición, por la Bolsa de Medellín, de la Circular Reglamentaria 014, del 14 de Abril de 1998, a pesar de conocer la difícil situación económica de ese cliente, financiación que tenía por objeto suministrar los recursos para la recompra de acciones cuando no había nuevo comprador, o para cubrir las pérdidas que se generaban cuando el valor de las acciones bajaba. Pues bien, en el mencionado recurso de reposición se manifiesta que ACM coincide con lo que previamente había señalado la Superintendencia, esto es, que las operaciones efectuadas antes del 14 de Abril, constituían una forma de financiación que utilizó el señor Castillo Ramírez, la cual "era perfectamente viable", añadiendo la convocante que para la época en que se efectuaron tales operaciones no existía disposición alguna que las prohibiera.

En la misma Resolución sancionatoria, la Superintendencia de Valores le reprocha a ACM el que después del incumplimiento de Castillo, y a sabiendas de su situación Financiera, hubiera seguido haciendo operaciones, de reporte por cuenta de él y financiándolo en lugar de haber hecho efectivas las garantías constituidas, financiación que le otorgó con el sobregiro que a la comisionista de bolsa le concedió su matriz, el Banco Andino. A este respecto ACM alega en el recurso arriba señalado que el señor Castillo era persona solvente, si bien tenía problemas de liquidez. Y niega que hubiera celebrado con dicho señor un acuerdo para financiarlo. Afirma la convocante que ella esperaba, razonablemente, que Castillo Ramírez consiguiera el dinero para cumplir sus obligaciones de recompra de acciones. Explica que, a raíz de la circular 014, Castillo incumplió, manifestando que no podría honrar sus compromisos, a menos que se continuaran realizando operaciones repo, pues creía que el valor de las acciones subiría. La bolsa de Medellín fue informada de la situación y pidió a ACM que, a cambio de las acciones dadas en garantía, el Banco Andino constituyera una garantía de cumplimiento de los repos. A la postre Castillo incumplió y el Banco Andino observó las obligaciones de garante, mediante sobregiro que otorgó a ACM para que esta cumpliera las obligaciones de recompra asumidas por su comitente. Así las cosas, concluye ACM, no hubo acuerdo de financiación, sino la observancia

de los compromisos contraídos. Esto demuestra que, aún después de que el señor Castillo Ramírez hubiera incumplido sus obligaciones y después de tener conocimiento pleno del esquema operativo utilizado por él y la magnitud del déficit que se habría producido como resultado de ese esquema, ACM seguía creyendo en su solvencia económica y moral, razón por la cual siguió realizando operaciones repo en la misma forma que Castillo había estructurado, a la espera de que las condiciones del mercado bursátil mejoraran y con la ilusión de que su comitente pudiera cumplir sus prestaciones.

La misma confianza le mantenía el Banco Andino a Castillo Ramírez después de sus incumplimientos, y no obstante la apreciable dimensión económica de estos. Sobre este particular ha de señalarse que la Superintendencia Bancaria, a través de la Resolución 2155 del 6 de Octubre de 1998 le impuso una multa de \$30 Millones al Banco Andino por el préstamo, que, mediante sobregiro, le concedió a su filial, ACM, para que esta atendiera las obligaciones de recompra de acciones ante el no suministro de los recursos por parte de Castillo Ramírez. Con esta conducta, en opinión de la Superintendencia, el Banco violó las restricciones establecidas por el E.O.S.F. para las operaciones entre Matriz y Filiales, en especial el No. 3 del artículo 119 del señalado Estatuto, el cual prohíbe a los establecimientos de crédito conceder préstamos a su filial que sea comisionista de bolsa. Esta sanción fue confirmada por la resolución 0041 del 15 de enero de 1999, la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto por el Banco Andino. Pero lo que es del caso resaltar en este aparte, es que el Banco – al presentar sus descargos sobre la imputación en comento, lo cual hizo con escrito de Julio 2 de 1998 – manifestó a la Superintendencia Bancaria lo siguiente en relación con el señor Castillo Ramírez: "... es una persona de buen crédito en la ciudad de Pereira con un respaldo patrimonial que supera los \$5.000 millones en bienes muebles... que lleva varios años realizando operaciones de considerable valor en las tres bolsas de valores del país y es propietario de la cadena de almacenes "Electrodomésticos EL CAIMAN" y "Créditos EL CAIMAN" (Con establecimientos de Comercio en Pereira, Cartago y Armenia), acreditados por cerca de 50 años".

Respecto a la prueba testimonial recaudada en el proceso se tiene, en relación con la regularidad o irregularidad de las operaciones repo en la forma como se estructuraron, que tres abogados vinculados con el Banco Andino criticaron el proceder del señor Pardo Patín. Son ellos el Doctor Gerardo Alfredo López Londoño, Abogado interno del Banco y los Doctores Hernando Tapias Rocha y Rafael Arturo Acosta Chacón, asesores externos para la formulación de la reclamación presentada a la Interamericana de Seguros.

Del Doctor López Londoño aparecen, en su declaración, las siguientes manifestaciones:

"Al analizar este negocio, nos dimos cuenta, al descubrir lo que había detrás de esta operación o de este conjunto de operaciones sucesivas, era un perjuicio patrimonial resultante de compromisos que el representante legal o los representantes legales de la firma comisionista de bolsa venían asumiendo de manera irregular, no estábamos realmente que por esencia corresponden a las comerciales y bursátiles que se realizan en la bolsa de Medellín, sino en operaciones irregulares donde se creaban pérdidas que no debían crearse a cargo de Andino Capital Markets".¹⁴

"Adicionalmente a la reclamación, se muestra la tipología o el perfil que tienen estas operaciones realizadas en la Bolsa, definiendo que no se trata de operaciones comerciales sino operaciones irregulares. Operaciones que gracias al poder ilimitado que todo representante legal de una firma comisionista tiene en la rueda de la bolsa para negociar, había generado pérdidas creándole deudas que no tenía porque tener la compañía de Bolsa contraídas a nombre propio y que debió haber honrado como en efecto lo hizo"¹⁵

"... este conjunto de operaciones generan una sensación de aparentes operaciones comerciales cuando lo que están en realidad es ocultando la generación fraudulenta de pasivos a cargo de la firma comisionista que por la misma reglamentación de la Bolsa y del contrato de comisión les hace asumir pasivos, deudas a su cargo que no deben por qué asumir".¹⁶

¹⁴ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 225

¹⁵ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 227

¹⁶ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 228

Ante la solicitud del Tribunal, de que profundizara un poco más acerca de sus aseveraciones, en el sentido de que el esquema de operaciones que se desarrolló se hizo con el propósito específico y fraudulento de generar pérdidas, el Doctor López Londoño puntualizó:

"Parto de la base de entender quien es buen hombre de negocios. Un buen hombre de negocios particularmente tratándose del representante legal de una firma comisionista de bolsa, es aquel que estructura las operaciones conforme a la ley, aquel que prevaleciendo de su capacidad de comprometer a la compañía de manera ilimitada como lo... si se realizan ese conjunto de operaciones y sabe que se está comprometiendo a la compañía por cuanto no hay acciones realmente que sirvan para atender los riesgos del negocio y que por lo tanto la firma comisionista que representa debe salir a atender en nombre propio y a honrar su palabra, me parece a mí que está haciendo con un propósito de generar pérdidas defraudatorias, de que hay un fraude por lo menos de tipo civil en donde el representante legal está generándole pérdidas a la compañía que representa, esa es la razón y son las pruebas que se presentan en la reclamación, las que me llevan a tener la convicción de que el descuido reiterado, no hablo de una operación o de dos, estoy hablando de numerosas operaciones y sucesivas, si mal no estoy cerca de 800 en cuatro meses en interés de un solo cliente o de dos o tres personas vinculadas de manera por parentesco o por dependencia a una sola persona y que todas ellas se generan compromisos que debe salir a atender de manera irrevocable e inmediata por parte de la compañía comisionista de bolsa, me parece que está a lo sumo generando una pérdida defraudatoria a los intereses que está representando"¹⁷

Indagado a cerca de si en razón de la conducta que describe del señor Pardo Patín, con la cual hubo una generación fraudulenta de pasivos, se formuló denuncia penal, contestó:

"...La expresión defraudatoria y fraudulenta dentro de mi declaración tiene un contexto civil para demostrar o para plantear como se hace en el reclamo, una generación de deudas que en el normal operación de repos de acciones no tiene por qué generar en el objeto social de la compañía deudas a su cargo".

Ampliando la anterior respuesta, añade el Doctor López: "... y en la medida en que la compañía de seguros en boca de estos ajustadores no veían necesaria colocar la denuncia penal ni hacer ese desgaste de sumas de dinero en dificultades para tipificar qué clase de conducta penal se estaba haciendo, hasta donde tengo conocimiento no se presentó ningún tipo de denuncia penal y le reitero no recibí poder para presentar ningún tipo de denuncia".

Por su parte, el Doctor Hernando Tapias Rocha, al describir en términos generales como entendía las operaciones realizadas por Pardo Patín, en el folio 238 del cuaderno de pruebas No. 2, afirma: "... No había por ninguna parte ni operación nueva de recompra que era lo que hacia Pardo Patín aparecer, ni había de ninguna manera por otra parte cumplimiento de las obligaciones que provenían de los pactos de recompra de ninguna manera, era si se quiere ver la presentación de una apariencia derivada, esa apariencia de que en manos de Pardo Patín estaba en apretar el timbre y en la práctica esto se realiza así de la operación en Bolsa".

Añade, en el folio 260, que "... De esas operaciones aparentes de Pardo Patín que consistían, repito porque creo que esto tiene que ser un aspecto clarísimo entre otras cosas de un testimonio no de una opinión, consistían sencillamente en crear una apariencia de operaciones que engañara a la Bolsa de Medellín, que engañara a las personas que tenían interés en la operación, que engañara al público en general porque en ningún caso había nuevas operaciones sino simple y sencillamente el disimular el incumplimiento de todas las anteriores..."

Y agrega luego, "Por el compromiso que le resulta en la calidad de comisionista toda la maniobra de Pardo Patín sin la más mínima duda, resulta creando una deuda a cargo de Andino Capital Markets, pero no una deuda real, no una deuda desde el punto de vista de que la hubiera creado por operaciones verdaderas Andino Capital Markets como comisionista de Bolsa, sino por obra y gracia de

¹⁷ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 229

la creación, la función y la ejecución de una operación puramente aparente que permitía que ninguna operación repo finalmente se cumpliera y que en el momento en que la Bolsa de Medellín varía la reglamentación determina la aparición ahí si de toda la bola de nieve que había creado Pardo Patín absolutamente solo, creando y desarrollando esa apariencia y que le determina aproximadamente una pérdida a la sociedad comisionista como tal.”

En cuanto al testimonio del doctor Arturo Acosta Chacón, este señaló que la nota característica del esquema operativo que se ejecutó fue la de haberse estructurado sucesivamente las operaciones, sobre la base de que con el producto de la venta de las acciones en una segunda operación se recompraban las acciones de la primera, y así sucesivamente.¹⁸ Subraya que a pesar de haberse pactado en todas estas operaciones liquidación el mismo día, se aplazaba por 5 días y la recompra de las acciones se pactaba para el sexto o séptimo día hábil siguiente al registro de la operación.¹⁹ Con todo, reconoce que el aplazamiento de 5 días para el cumplimiento de la operación repo se ajustaba a los reglamentos de la Bolsa de Medellín, de manera que si había mutuo acuerdo entre comisionista vendedor y comprador podía hacerse el aplazamiento.²⁰ Admite, igualmente, que el aplazamiento era discrecional del comisionista, sin que eso violara la reglamentación²¹ y precisa que todas las operaciones que se analizaron fueron registradas por la bolsa.²²

Este mismo deponente explicó que desde el día en que se registraba la operación, por caja giraba el precio para que pudieran ser recomprados los valores de la operación precedente. Esta estructura rompía el principio de la compensación y permitía que en un momento dado las mismas acciones estuvieran comprometidas en tres o más operaciones al mismo tiempo.²³ Agrega que esto generó una cadena exponencial de operaciones aparentes que iban encadenándose una a otras, difiriéndose las recompras de las acciones, obligación ésta cuyo cumplimiento se disfrazaba. Con esto, dice, se burlaban los controles de la bolsa.²⁴

No obstante, de las expresiones del Doctor Acosta Chacón no se infiere que existiera ilicitud en las operaciones llevadas a cabo, lo cual vino a ser corroborado por la Doctora Blanca Lucia Burbano Ortiz, liquidadora y, por tanto, representante legal de Andino Capital Markets, quien en el interrogatorio de parte que se le formuló puntualizó que el sistema de operaciones de reporto que se venía empleando en ACM era conforme a la reglamentación existente por parte de la Bolsa de Medellín²⁵.

La convocante le endilga al señor Pardo Patín el haber llevado a cabo un esquema de operaciones que conllevaba graves riesgos para la comisionista de Bolsa, la cual, dentro del marco de las operaciones repo autorizadas, no debería haber corrido riesgo alguno.

Sobre este punto el Doctor Gerardo A. López Londoño, señaló en su testimonio que las operaciones repo son neutras desde el punto de vista patrimonial para la firma comisionista que actúa representando a cualquiera de las partes en ese negocio, de manera que no le genera ningún riesgo el incumplimiento en que puedan incurrir las partes, toda vez que la normatividad sobre la materia exige de ciertas garantías, constituidas sobre las acciones mismas, que aseguran el cumplimiento de las prestaciones y cubren las fluctuaciones en la cotización de los valores en cuestión.²⁶

Lo propio declaró el doctor Arturo Acosta Chacón, quien explicó que la operación en comento se estructura bajo la premisa de que la misma neutraliza los riesgos de incumplimiento de las partes²⁷, en virtud de las garantías exigidas y porque operativa y jurídicamente la acción no puede tener una fluctuación de más de 30% diariamente y por eso se exigen garantías que cubren ese porcentaje de oscilación.²⁸

18 Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 267

19 Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 268

20 Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 277

21 Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 278

22 Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 280

23 Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 270

24 Cdo. de Pruebas No. 2 - Folios 270 y 271

25 Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 276

26 Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 225

27 Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 268

28 Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 269, 272 y 273

Sin embargo, a pesar de que en efecto, en el caso bajo estudio, la comisionista asumió altos y cuantiosos riesgos, la prueba que obra en el proceso permite concluir, que ellos fueron y debieron ser conocidos por la Junta Directiva de ACM y por su principal accionista, el Banco Andino, los que lejos de prohibir o desestimular las operaciones repo las prohicieron dada su señalada importancia para la comisionista, en razón de constituir su principal fuente de ingresos y en virtud de la confianza que de tiempo atrás tenían en el comportamiento y solvencia del señor Castillo Ramírez.

Nótese, en primer lugar, que, según el testimonio del Doctor Gerardo López Londoño, ACM ejecutó, entre Enero y Abril de 1998, cerca de 800 operaciones bursátiles por cuenta de Humberto Castillo, número este que representó el 95% del total de operaciones de la firma comisionista, para ese periodo.²⁹ En este mismo sentido, la señora María del Carmen Fernández Parra – Revisora Fiscal de la Comisionista hasta 1999, manifestó, en su deposición, que ACM negociaba muchísimos repos, “se puede decir que el mayor porcentaje de sus comisiones provenía de este tipo de operaciones.³⁰ Y Clara Andrea Ocampo Ángel – Gerente Administrativa de dicha Sociedad – precisó que las operaciones repo eran el producto estrella y que Humberto Castillo era el cliente que manejaba la mayor proporción de tales operaciones, pues manejaba más o menos el 30% de las mismas³¹

Por su parte el señor Fernando Arriola Sierra, manifestó que a partir de 1978 fue corredor en la firma Gómez Arriola y Cía, la cual fue posteriormente vendida al Banco Andino, cambiándole su denominación por la de Andino Capital Markets.

Explicó este testigo que hacia 1993 – 1994 se crearon las operaciones repo y la señalada firma se fue especializando mucho en este tipo de operaciones, a tal punto que llegó a tener un volumen importante de las mismas.³² Señaló que con varios comitentes se efectuaban dichas operaciones, entre ellos Humberto Castillo, Manuel Jara, Fabricato, Caribú.³³ No obstante, puntualizó que la única persona que realizaba operaciones repo con la característica de doble utilización de la misma cantidad de acciones era el señor Castillo, en tanto que con los otros comitentes se hacían repos normales.³⁴

El mismo señor Arriola Sierra expresó que antes de la venta de la firma comisionista al Banco Andino los señores Humberto Castillo y Manuel Jara eran ya clientes y llevaban a cabo operaciones repo (folios 528 y 529) y añadió sobre este punto: “Yo creo que estas operaciones se empezaron a generar cuando el precio de las acciones empezó a bajar, porque estos señores eran más bien unos jugadores, unos especuladores en el mercado de valores, entonces en el momento en que las acciones bajaron, pues lógicamente se les vino un déficit y creo que empezaron a buscar mayor financiación y este fue un método que encontraron y crearon las características de la operación repo que les permitía en un momento dado comprometer las acciones por unos días doblemente”³⁵.

El señor Arriola Sierra afirmó, igualmente, que cuando el Banco Andino adquirió la firma comisionista de Bolsa, esta ya venía ejecutando las operaciones que nos ocupan, las cuales, en opinión del testigo, “en ningún momento le causaron ningún problema a Gómez Arriola ni a ACM hasta el momento de la resolución de la Bolsa”.³⁶ Este mismo testigo reitero que “antes de la venta al Banco Andino, éste fue conecedor de estas operaciones porque nos auditaron”, puntualizando también que “el Banco Andino nunca tuvo una Junta Normal, pero si conocían de este tipo de operaciones”.³⁷ En igual sentido se expresó Claudia Andrea Ocampo Ángel, quien indicó que “El Banco Andino desde que entró a comprar la firma comisionista conocía cuales eran las operaciones que se realizaban y la manera de realizar las operaciones. Al principio nos reuníamos y ellos analizaban las operaciones”.³⁸

²⁹ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folios 226 y 247

³⁰ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 548

³¹ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 568

³² Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 522

³³ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 525

³⁴ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 526

³⁵ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 528

³⁶ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 524

³⁷ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 541

³⁸ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 588

Castillo, por lo demás, gozaba de confianza y credibilidad entre los distintos funcionarios de ACM. En relación con este aspecto, el señor Fernando Arriola Sierra manifestó que "Humberto Castillo llegó a la firma a través de Pardo, sus referencias eran de gente muy prestante de Pereira, tenía negocios en la Bolsa de cierta trayectoria con otras firmas comisionistas, empezamos a trabajar con él y fue una persona muy correcta, nunca nos quedó mal hasta el año en que los repos vinieron con los bajones"³⁹

Así mismo, la señora María del Carmen Fernández Parra señaló que "Castillo no era un cliente que incurriera sistemáticamente en incumplimientos ", explicando que también negociaa con otras firmas de Bolsa y cumplía sus compromisos⁴⁰

Claudia Andrea Ocampo Ángel coincidió con los anteriores planteamientos, puntualizando que Humberto Castillo era persona solvente, honesta y cumplida. ⁴¹

De ahí que ACM le permitiera adelantar operaciones repo en la forma en que lo hizo, esto es, sin que se le exigiera, antes de cada venta, la entrega de las acciones correspondientes, lo que únicamente se hacía con muy pocos clientes.

Por ello Fernando Arriola Sierra declaró que "a los que ya eran clientes y habían pasado por el examen inicial para inscribirse en la firma se les permitía hacer operaciones repo sin entregar físicamente los Títulos, porque yo creo que en la Bolsa para hacer un negocio tiene que haber confianza mutua". ⁴²

Lo propio afirmó Claudia Andrea Ocampo Ángel, para quien "el negocio se basaba en la confianza que se le tenía al señor Castillo, ⁴³ indicando que la misma clase de operaciones se realizaban con Manuel Jara, Caribú y Paguemenos, todos los cuales también contaban con la confianza de ACM. ⁴⁴ Precisó que "la parte comercial con el Gerente eran los que determinaban cuales clientes eran de confianza. Quienes lo determinaban eran el comisionista con el Gerente Guillermo Pardo". ⁴⁵ Agregó que en general con todos los clientes que hacían repos se tomaban los 5 días para recoger los documentos pertinentes al cumplimiento ⁴⁶ y que "no teníamos títulos físicos ni ningún soporte solo el número de la operación y la fecha que se cumplía"⁴⁷.

Pero esto, se reitera, solo se hacia con los clientes ya conocidos y de confianza, ya que como dijo la señora Ocampo Ángel, "eventualmente si otro cliente llegaba, voy a hacer una operación y no contaba con esa confianza, como igual se hace en una operación de CDT digamos que se va a cumplir hoy, yo le digo como me va a cumplir esa operación". ⁴⁸ "...cuando apenas se está conociendo al cliente le esta exigiendo tráigame los Títulos para conocer, pero estas operaciones repo que eran delicadas siempre se hacían con estas cinco personas"⁴⁹

De otra parte, uno de los reproches que con más énfasis se le endilgan al esquema operativo que concibió Castillo Ramírez y que ejecutó ACM por instrucciones y por cuenta suyas, es el hecho de que con ese esquema se hubieran efectuado múltiples afectaciones de las mismas acciones, toda vez que eran objeto de sucesivas operaciones de venta, lo que a juicio de ACM fue causa preponderante para la generación de las pérdidas crecientes que se fueron acumulando.

Preguntado el Doctor Gerardo A. López Londoño – abogado interno del Banco Andino – a cerca de si en su opinión, el comisionista estaba enterado de esas múltiples afectaciones, o si también pudo haber resultado engañado por esa dinámica operativa, respondió:

³⁹ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 530
⁴⁰ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 552
⁴¹ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 568
⁴² Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 539
⁴³ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 571
⁴⁴ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 577
⁴⁵ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 577
⁴⁶ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 578
⁴⁷ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 580
⁴⁸ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 588
⁴⁹ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 588

“Como no estarlo, si frente a las ochocientas y tantas operaciones que realizaba, tenía que llevar físicamente las acciones a la Bolsa y entregarlas para que quedaran en su custodia y para cumplir con la garantía que tiene la Bolsa en esta operación y nunca las tenía, tenía que estar corriendo a tapar en cinco, y en cinco, cinco días los vacíos que dejaba, operaciones que tenía que crearse para que ese hueco que existía nunca saliera a la vista. Yo pienso que él necesariamente en su fuero interno debería saber que había evidentemente una...”. En la siguiente pregunta se precisa que “el” es el representante legal de ACM, señor Pardo Patín.⁵⁰

Sin embargo, del resto de la prueba testimonial se desprende una conclusión distinta, vale decir, que para el comisionista era muy difícil, sino imposible, saber con certeza si unas mismas acciones se comprometían en varias operaciones repo sucesivas. Esa dificultad se presentaba por cuanto las acciones que iban siendo objeto de las ventas no se identificaban como cuerpo cierto, esto es, por su número y serie, sino como bienes de genero, lo que significa que solo se indicaba su cantidad y sociedad emisora, de manera que no era posible determinar si se trataba de unas mismas acciones. Además, se empleaban acciones emitidas por varias sociedades, las cuales se podían usar en forma cruzada, es decir, que para generar los recursos necesarios para la recompra de ciertas acciones, se podían dar en venta – con pacto de recompra – acciones de otra emisora. A este panorama, de suyo complejo, venía a sumarse el hecho de que Castillo desarrollaba este esquema con varias sociedades comisionistas, de suerte que los dineros para una recompra, que debía suministrarle a un comisionista, los podía obtener de la venta de otras acciones que hacia otro comisionista. Esto refleja, entonces, que para cualquiera de tales comisionistas era prácticamente imposible esclarecer cuales eran las acciones afectadas en el encadenamiento de las operaciones repo, así como la magnitud del déficit que se iba generando de forma creciente.

El propio Humberto Castillo declaró que el gran porcentaje de operaciones que manejaba eran operaciones repo, y que las realizaba no solo con ACM, sino con varias firmas comisionistas,⁵¹ entre ellas Corredores Asociados, compañía Integral de Valores, Arthur y Cía, Comisionistas de Colombia, Serfino.⁵²

Agregó que pudo realizar entre 3000 y 5000 operaciones, que era muy variable el volumen, pero que en ciertos meses pudo mover hasta 8 o 9 mil millones. Y sobre la afectación múltiple de unas mismas acciones puntualizó: “en el escenario de una pluralidad de operaciones con las mismas acciones, el comisionista de Bolsa no sabe efectivamente que el comitente esta haciendo operaciones plurales sobre las mismas acciones”.⁵³ “Cuando se hace una segunda operación repo sin haber liquidado la primera no necesariamente se enteraban que eran las mismas acciones o si eran otras”⁵⁴

Con estas apreciaciones coincidieron otros declarantes. En este sentido el señor Luis Fernando Syro López expresó que “era muy difícil determinar que las operaciones se realizaban con las mismas acciones”.⁵⁵ Y añadió: “Es muy difícil que uno se dé cuenta que si yo tengo este plazo para una operación así estoy montando aquí la otra, quien va a saber si son parte de estas acciones o si son otras. Por eso la dificultad de entrar a demostrar una cosa de estas y por esto todo lo que le hicieron a la firma”⁵⁶

Fernando Arriola Sierra, explicó:

“Nosotros no teníamos que damos cuenta de cuándo se cumplían las mismas acciones para dos o más operaciones repo. Habían un volumen muy grande primero que todo y segundo es difícil establecer eso porque en un momento dado a mi me dicen, voy a hacer un repo con 20.000 acciones de x compañía, entonces esas x acciones no se si están en repo, quién las tiene, simplemente yo espero

⁵⁰ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 233

⁵¹ Cdo. de Pruebas No. 3 - Folio 675

⁵² Cdo. de Pruebas No. 3 - Folios 676 y 677

⁵³ Cdo. de Pruebas No. 3 - Folio 686

⁵⁴ Cdo. de Pruebas No. 3 - Folio 686

⁵⁵ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 335

⁵⁶ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 336

que esas acciones me las den para hacerles repo. Yo no sé esas acciones de dónde venían, no sabía si estaban comprometidas en un repo o no".⁵⁷

Así mismo reiteró: "Yo no se desde cuando esas acciones se comprometían dos veces porque de pronto no estaban en mi firma y si estaban en mi firma estaban en disposición de la Bolsa, yo no sabía que títulos físicos eran"⁵⁸.

Ahora bien, no obstante la falta de conocimiento puntual sobre la múltiple afectación de las mismas acciones y sobre la exacta dimensión de los compromisos que se iban acumulando, no es menos cierto que ACM asumió un apreciable riesgo al ejecutar las operaciones repo en la forma en que lo hizo, sin contar con respaldos adecuados para hacer frente a las obligaciones que como comisionista asumió personalmente ante terceros, aunque por cuenta de Castillo Ramírez. Esos riesgos podrían haber sido aún más acentuados de ser exacta la aseveración que se hizo en su momento en el sentido que ACM le adelantaba a su comitente los dineros de las acciones objeto de cada venta, aún antes de que este le entregara dichas acciones y sin que le hubiese suministrado, tampoco, los dineros para la ulterior recompra.

Pero de esos riesgos y de esa forma de operar, estuvieron siempre informados los órganos sociales de ACM y, más concretamente, su matriz – El Banco Andino – sin que nunca hubiera hecho nada para corregir esa situación, o para reducir las operaciones o para exigir que se constituyeran garantías suficientes y efectivas a fin de cubrir los riesgos a que se exponía. Y no lo hizo porque, por el contrario, parecía estimular ese tipo de operaciones repo por la señalada importancia que tenían para la comisionista los ingresos producidos por tales operaciones.

Lo anterior está plenamente acreditado por las pruebas que obran en el proceso.

En efecto, según fue dicho, el Banco Andino, desde antes de adquirir la sociedad comisionista, tuvo conocimiento de estas operaciones y de la forma como estaban estructuradas para su ejecución. Luego se le mantuvo informando de su desarrollo, sin que hubiera reaccionado para corregir la situación o para atenuar los riesgos.

El señor Luis Fernando Syro López señaló: "encontré un documento de la Revisoría Fiscal en donde se les informaba a los socios varias anomalías dentro de la casa de Bolsa, entre ellas, la falta de Registros".⁵⁹ Aún así precisa que "por parte del Banco Andino no se tomó ninguna medida para corregir las anomalías observadas que ellos evidentemente debían conocer porque habían recibido copia del informe".⁶⁰

También la Revisora Fiscal llamó la atención de los accionistas de ACM, a cerca de lo que para ella era una financiación irregular que la comisionista le concedía a los comitentes, al avanzarles el precio de las acciones, sin que aún las hubieran entregado.

A este respecto, obran en el proceso los dictámenes de la Revisoría a los Estados Financieros de la sociedad comisionista correspondientes a los ejercicios de 1996 y 1997. En el primero se señala que "durante 1996, en varias oportunidades se financió a clientes sin previa autorización de la Supervalores". En el segundo dictamen se reiteró que "durante 1997, la firma entregó a sus clientes el importe correspondiente a ventas de Títulos, sin que se hubiera realizado el cumplimiento de las mismas ante la Bolsa".

Así mismo, en el informe del Revisor Fiscal, elaborado después de haber realizado las pruebas sobre "Control Interno", expresó: "Se continúan anticipando a los clientes el producto de las ventas, situación que excede el objeto social de ACM; ... ni está autorizado por la Supervalores".

⁵⁷ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 526

⁵⁸ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 539

⁵⁹ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 529

⁶⁰ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 530

Sobre estos reportes, el señor Fernando Arriola Sierra declaró que la señora María Fernández – Revisora Fiscal – varias veces manifestó que en la operación repo se estaba presentando una financiación irregular, lo cual si era cierto, si bien ella no especificó que se estuviera haciendo con un determinado cliente.⁶¹

Lo propio señaló la Gerente Administrativa – Claudia Andrea Ocampo Ángel – al expresar que “La Revisoría Fiscal estaba siempre informando de que había fallas en cuanto al cumplimiento de esas operaciones, que se estaban anticipando los pagos de las operaciones repo”;⁶² complementó lo anterior señalando que “Ante los cuestionamientos de la Revisoría Fiscal, Guillermo Pardo siempre fue defensor de la operación, porque creía que era la forma de hacerlo y todos nosotros pensábamos que el anticipo no se estaba dando. Pardo decía que ahí no estábamos incurriendo en ninguna financiación porque estábamos cruzando dineros”.⁶³ Luego, dice, “El Banco Andino ante la firma comisionista empezó a ejercer bastante control de tipo administrativo”,⁶⁴ pero puntualiza que “no conoció ninguna reacción del Banco Andino frente a los informes de la Revisoría Fiscal”.⁶⁵

Por su parte, la Revisora Fiscal – señora Carmen Fernández Parra – describió sus actuaciones relevantes al respecto, mediante los siguientes apartes extraídos de su testimonio:

“Desde el año 1996 informé el riesgo a la Asamblea de Accionistas de estas operaciones al pagar por adelantado, esa misma excepción la volví a colocar en el 97” .⁶⁶

“Me parecían riesgosas (las operaciones) porque simplemente yo pensaba y qué pasa si después de haber entregado el dinero el señor no nos entregaba los títulos, en ese orden de ideas y siempre con esa inquietud lo discutí con Guillermo Pardo”⁶⁷, quien era la persona que tomaba las decisiones de llevar a cabo esas operaciones riesgosas.⁶⁸

“De mis conversaciones con pardo no se adoptó ninguna medida correctiva; él hablaba de que riesgo él asumía todos los días, que tenía que trabajar con un alto grado de confianza en los clientes y que de todas maneras la norma le estaba permitiendo realizar la operación”.⁶⁹

“A la Auditoria de la Price también le presente mi preocupación en el año 97 y ella quedó de realizar alguna gestión, ni siquiera así se realizó ninguna gestión”.⁷⁰

“Las excepciones al control interno que presenté consisten en decir que uno considera que los recursos de los terceros no están bien protegidos”.⁷¹

“Los dineros de terceros no estaban bien protegidos porque entregaban el dinero antes de recibir los títulos para cumplir la operación”⁷²

“Las excepciones al control interno se referían a un tema de conveniencia, de riesgo, no por violación de normas, aunque debo reconocer que inicialmente yo captaba la situación como si fuera una financiación a clientes. Están financiando clientes sin permiso de la Superintendencia que exige la norma que se pida permiso”.⁷³

⁶¹ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 531

⁶² Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 573

⁶³ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 574

⁶⁴ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 574

⁶⁵ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 589

⁶⁶ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 548

⁶⁷ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 549

⁶⁸ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 554

⁶⁹ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 549

⁷⁰ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folios 549 y 550

⁷¹ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 553

⁷² Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 553

⁷³ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 554

“De todas esas distintas formas en que manifesté mi preocupación lo único que puedo estar segura tenía que haber llegado a la Asamblea, era mi dictamen de cierre de año”.⁷⁴

“En el año 96 yo les expreso que considero que se está financiando a crédito. En el año 97 yo digo que existe una norma que dice que debo hacer otra entrega y que esa norma se está incurriendo al hacer entrega anticipada de los dineros y en este mismo año, yo adjunté a mi dictamen un informe del control interno donde también les digo lo mismo”.⁷⁵

“La sociedad comisionista no hizo nada frente a mis comentarios hechos a la auditoria externa e interna, sólo defender la posición de ellos”.⁷⁶

Así, pues, a pesar de estar permanentemente informado el Banco Andino del esquema operativo utilizado, así como de los riesgos que con su ejecución asumía ACM, no hizo nada para evitar su desarrollo, o al menos para limitar sus eventuales consecuencias nocivas. Por el contrario, después de que el señor Humberto Castillo incumplió sus compromisos y conciente del volumen del déficit o pérdidas que se habían producido, el mencionado Banco autorizó a la Comisionista a continuar con las operaciones aún después de la expedición de la circular 014 de la Bolsa de Medellín, todo ello con un espíritu especulativo y con la esperanza de que las cotizaciones volvieran a subir, con el propósito de que Castillo pudiera honrar sus compromisos.

Sin embargo, como lo dijo la Gerente Administrativa de ACM – Claudia Andrea Ocampo Ángel – “los repos que se hicieron con posterioridad a la circular generaron pérdidas porque las acciones tendían a la baja”.

De otra parte, y sin perjuicio de lo que se dice a este respecto en el aparte 1 de estas Consideraciones, conforme a lo cual no hubiera sido posible, en principio, exigir una prueba positiva a este respecto a cargo del asegurado para acreditar la ocurrencia del siniestro, en lo que se refiere a la ganancia financiera ilícita del señor Pardo Patín, el resultado del proceso acredita, por el contrario, que ella no se produjo en ningún momento.

Sobre este tema, el Doctor Gerardo Alfredo López Londoño, abogado interno del Banco Andino, afirmó:

“... lo que había realizado durante todo el tiempo el señor Pardo Patín eran actos destinados a defraudar a la Bolsa de Medellín a defraudar a su patrono y representado que era Andino Capital Markets, creando además de eso un beneficio directo para Pardo Patín, porque durante todo el tiempo que mantuvo esas operaciones y todas esas cosas, devengaba y obtuvo remuneraciones derivadas de todos esos negocios como si se hubieran real y efectivamente celebrado. En otras palabras, no se trataba de tener que demostrar que él se había aprovechado de este dinero en que consistía la defraudación, simple y sencillamente había aprovechado a la defraudación para crear apariencia de negocios verdaderos de los cuales derivaba comisiones específicas”.

Para el esclarecimiento de este tema, al doctor López se le preguntó sobre las investigaciones adelantadas para determinar si el señor Pardo Patín había obtenido un enriquecimiento personal. El doctor López señala que esa labor había sido prácticamente impuesta por la aseguradora, que es una tarea compleja y explica por qué:

“Doctor López: “Una prueba de un enriquecimiento de una transferencia de dinero o de alguna ganancia impropia que hubiese recibido el señor Pardo Patín distinta de las condiciones y honorarios producto de la cooperación, básicamente es posible dentro de un juicio en el que se decrete este tipo de prueba, cómo acceder frente a la reserva bancaria a las cuentas personales de Pardo Patín, cómo acceder a sus negocios y conocerlos para determinar si hubo una ganancia impropia; la satisfacción

⁷⁴ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 556

⁷⁵ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 556

⁷⁶ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 558

de ese requisito a manera de ver de los expertos, no correspondía a los requisitos que la póliza establecía amparadas en la misma”.⁷⁷

A este respecto el apoderado de la Convocada, doctor Gabriel Pardo, preguntó: “... ¿Las operaciones repo que usted ha descrito se realizaban por cuenta de Castillo en una forma jineteo, se generaron comisiones a favor de ACM?”

Dr. López: “Debieron generarlas a favor de ACM, pero más que todo a favor de Pardo Patín el representante legal”

Dr. Suescún: “Por qué?”

Dr. López: “Porque el tenía un sistema de remuneración donde le pagaban un salario y también le pagaban comisiones sobre las operaciones que realizaban, en el último año creo que su esquema cambió y las comisiones no fueron tan cuantiosas como lo fueron antiguamente, pero comisiones recibió por esas operaciones irregulares, es más en algún momento llegue a pensar en decirle a la compañía de seguros que esas comisiones eran producto de operaciones a celulares y que no eran verdaderas comisiones. La comisionista recibió la firma comisionista de Bolsa, en realidad la firma comisionista de Bolsa en esa operación lo que hizo fue pérdidas y de esas pérdidas distribuyó unas utilidades a manera de comisión para el señor Pardo Patín, pero supongo que comisiones no debió recibir pensándolo ya muy juiciosamente no hizo un análisis contable detenido.”

Dr. Pardo: “Sí las recibió o no las recibió? Evitémonos conceptos jurídicos ...”

Dr. López: “Lo desconozco”.⁷⁸

Por tanto, para el Dr. López Londoño, las ganancias impropias obtenidas por Pardo Patín consistieron en las comisiones que recibió, como parte de las que a su turno percibió la sociedad comisionista por las operaciones repo que aquí nos ocupan, las cuales, para dicho testigo, fueron irregulares, en tanto que para el Tribunal – como quedó expuesto en otro aparte de este laudo – fueron operaciones riesgosas, pero no ilícitas.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que, según las condiciones especiales de la Póliza, ni los salarios ni las comisiones – únicos ingresos que recibió Pardo Patín, según la prueba que obra en el expediente – “constituyen ganancias financieras personales ilícitas”.

No sobra subrayar aquí que en comunicación del 2 de Marzo de 1999 – dirigida por ACM a la Interamericana de Seguros, mediante la cual aquella complementó las argumentaciones de la reclamación que había formulado el 18 de Diciembre de 1998 – solicitó también que le fuera concedido algún tiempo durante el cual trataría de buscar pruebas de las ganancias impropias obtenidas por Pardo Patín, distintas de salarios y comisiones.

Esas indagaciones se llevaron a cabo, sin que hubieran arrojado el resultado buscado por la Asegurada. Así lo declaró la Doctora Blanca Lucia Burbano Ortiz – liquidadora de ACM – quien admitió que dicha firma adelantó investigaciones tendientes a establecer el enriquecimiento personal del señor Juan Guillermo Pardo Patín por las operaciones de reporto celebradas por cuenta de Humberto Castillo, su señora y su socio, sin encontrar la existencia de ingresos no usuales o extraordinarios, distintos de comisiones que por aquella época hubiera recibido el señor Pardo Patín.

⁷⁹

Este último señor reafirmó en su declaración que sus únicos ingresos fueron salarios y comisiones. Al respecto explicó:

⁷⁷ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 238

⁷⁸ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 250

⁷⁹ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 465

“Tenía un salario básico integral y después de cierto tope de comisiones generadas en la Firma, un dos o tres por ciento de ese tope se generaba para repartir a los demás miembros del grupo de trabajo, como remuneración adicional, en reconocimiento de la labor cumplida con el puesto pactado; básicamente salario integral mas unas comisiones adicionales”⁸⁰

“Todos los negocios que se hicieran debían generar comisiones para la Firma”.

Sobre esta materia tiene una especial relevancia el testimonio del señor Luis Fernando Syro López, vicepresidente del Banco Andino en Medellín, quién afirmó: “aquí no hubo un enriquecimiento ilícito, como en algún momento se quiso hacer saber, sino un empobrecimiento grande de parte de Juan Guillermo; estoy seguro que él no se aprovechó de un solo centavo de esas operaciones”. “Juan Guillermo Pardo siempre ha sido austero en sus gastos, en el manejo de su patrimonio familiar. No hay nada que le deje a uno la menor duda sobre su conducta recta, en lo que a mi respecta”⁸¹

“Mi conocimiento con Pardo se remonta a 20 años de conocer sobre su actividad. No hemos realizado nunca un negocio”.⁸²

“ACM tenía la presión del Banco Andino ejercida por la tesorería, Guillermo Chemas, el director que era Mario Yepes, de que hay que ganar plata para continuar con la firma”.⁸³

“De las operaciones efectuadas no le correspondía ninguna comisión a Pardo, las comisiones eran para la firma.”⁸⁴

En igual forma se pronunció Fernando Arriola Sierra, quien señaló que lo “único que buscaba (Pardo Patín) era la parte del negocio comercial de Andino; en ningún momento dudé, ni antes cuando no era ACM, ni durante ACM que el tuviera nada distinto a hacer un negocio para ganar comisiones para la firma”.⁸⁵

Y posteriormente agregó: “Juan Guillermo Pardo no ganaba comisiones personalmente por las operaciones de Castillo, las comisiones son de la firma. Inclusive esa comisión va registrada en la operación de Bolsa”.⁸⁶

Es claro, entonces, que no solamente no quedó demostrado que Guillermo Pardo Patín hubiera percibido una ganancia personal ilícita, sino que tampoco se le acreditó que hubiere tenido una intención en ese sentido.

Ahora bien, de las declaraciones recaudadas en la fase instructiva del proceso, se colige, mas allá de toda duda, que el citado señor Pardo Patín tenía entre sus compañeros de trabajo y frente incluso a funcionarios del Banco Andino, una nítida imagen de hombre probo y honrado, razón por la cual la mayoría de los testigos coincidió en resaltar que si bien las operaciones de reporto que se ejecutaron fueron adversas para ACM dados los detrimentos patrimoniales que sufrió como consecuencia de ellas, no es menos cierto que el aludido funcionario obró con rectitud y buscando un buen resultado de negocios para la sociedad comisionista.

Así se expresó, entre otros, el señor Luis Fernando Syro López – Vicepresidente del Banco – quien, como ya se indicó, fue enfático en decir: “ No hay nada que le deje a uno la menor duda sobre su conducta recta, en lo que a mi respecta”.⁸⁷

Y en la misma línea de apreciación manifestó:

⁸⁰ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 316

⁸¹ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 340

⁸² Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 341

⁸³ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 342

⁸⁴ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 345

⁸⁵ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folios 535 y 536

⁸⁶ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 543

⁸⁷ Cdo. de Pruebas No. 2 - Folio 340

“Castillo no estaba de acuerdo con nadie dentro de ACM para montar todo esto, simplemente Castillo es habilísimo. No pude comprobar ninguna mala fe de alguno de los funcionarios de ACM que se prestaran para un juego de estos”⁸⁸

“El mismo (Castillo) se llamaba un tahúr de Bolsa, dijo haber perdido mucha plata y a veces haber perdido mucha plata”.⁸⁹

“Cuando empecé a tratar de llegar a un arreglo comercial con castillo la reacción de Pardo Patín fue de que en todo lo que pueda ayudarle con el mayor de los gustos. Siempre me ayudo y nunca tuvo una reserva en hacerlo y en indicarme donde podía encontrar las cosas”.⁹⁰

Por su parte, Fernando Arriola Sierra expresó:

“A Juan Guillermo Pardo lo conocí más o menos en el año 87 como comisionista de bolsa en otra firma comisionista. Me parecía una persona supremamente clara, transparente en todos los negocios, tenía muy buen trato con la gente, a mi socia también le agradaba y lo hicimos socio de la compañía en el año 92, con gran éxito. Con todo el mundo era una persona de trato muy especial, muy correcto y a mi Juan Guillermo Pardo me amerita toda mi confianza”.⁹¹

Así mismo puntualizó: “Para mí el comportamiento de Pardo siempre fue supremamente claro y cristalino ... “Jamás he dudado de Juan Guillermo Pardo con ocasión de las operaciones con Humberto Castillo”⁹²

Claudia Andrea Ocampo Ángel – Gerente Administrativo de la Sociedad Comisionista – coincidió con la anterior opinión al señalar:

“Juan Guillermo Pardo era un creyente de la operación, en cuanto tenía una operación rentable, era una operación que era un buen producto para, ofrecer y poder incrementar las comisiones que básicamente era lo que pedía el Banco. El trataba por todos los medios de hacer una buena gestión administrativa, en mi percepción personal Juan Guillermo era una persona muy buena comercialmente y es una persona que la considero honesta, él hacía la operación consciente de ser una operación rentable para ambas partes, él creía en el producto y nosotros creíamos en ese producto e igual creía en la firma y hacía todo lo posible porque en la firma hicieran todo bien”.⁹³

En síntesis, como resultado del análisis jurídico y de la evaluación probatoria que ha llevado a cabo el Tribunal, puede concluirse que las operaciones de compraventa de acciones con pacto de recompra fueron reales, y, en la forma como se estructuraron y ejecutaron, no violaron las disposiciones legales ni reglamentarias vigentes en la época en que se realizaron; tales operaciones, además, se encuentran comprendidas dentro del ámbito del objeto social principal de Andino Capital Markets.

Así mismo, si bien a través de tales operaciones el señor Pardo Patín asumió por cuenta de ACM riesgos de consideración, no es menos cierto que en esa gestión Pardo Patín no obró de manera fraudulenta ni deshonesta. A pesar de las aseveraciones del apoderado de la convocante y de los testigos abogados llamados por ésta a declarar, no quedó acreditado ningún comportamiento desleal del mencionado señor para con la firma que gerenciaba, toda vez que los órganos sociales de ACM, y en particular su matriz – el Banco Andino – siempre estuvieron puntualmente informados del esquema operativo que se utilizaba en las relaciones de negocios con el señor Humberto Castillo Ramírez, así como de su carácter riesgoso, sin que hubieran hecho nada para impedirlo o atenuarlo o para exigir mayores garantías. Mas bien, podría decirse que el Banco estimuló esas transacciones, o por lo menos las toleró pasivamente, probablemente por la marcada importancia que tenían dentro del

⁸⁸ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 336

⁸⁹ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 337

⁹⁰ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 339

⁹¹ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folio 530

⁹² Cdo. de Pruebas No. 2 – Folios 535 y 536

⁹³ Cdo. de Pruebas No. 2 – Folios 592 y 593

volumen de ingresos de la comisionista y por la presión ejercida sobre la filial para que incrementara sus utilidades.

No se probó, tampoco, a pesar de las investigaciones que se adelantaron para tal efecto, que el señor Pardo Patín hubiera tenido la intención de causar un demérito patrimonial a ACM, ni que hubiera tenido la intención de lucrarse ilegítimamente, ni, mucho menos, que hubiera obtenido una ganancia personal ilícita. No hay, pues, tacha alguna que formularle al proceder de Pardo Patín, para los fines del seguro en discusión, lo que concuerda con la imagen de probidad y rectitud que tenía ante sus compañeros de trabajo e incluso frente al personal del Banco Andino que tuvo conocimiento directo de los hechos acaecidos.

4. CONCLUSION

Síguese de todo cuanto queda expuesto en los párrafos precedentes que en la medida en que la entidad convocante no demostró la ocurrencia del riesgo asegurado bajo el amparo de "Deshonestidad de Empleados" según los términos de la condición 1.1. de la póliza BBB-000523 y en consecuencia, tampoco acreditó el derecho a recibir la indemnización que reclama de conformidad con el contrato de seguro de cuyas cláusulas da cuenta la señalada póliza, está llamada a prosperar la excepción principal propuesta por la convocada en el escrito de contestación de la demanda, excepción ésta que por su contenido de fondo y el alcance que ha lugar a atribuirle en derecho, conduce a desestimar en su integridad las pretensiones objeto de la demanda que al proceso le dio comienzo.

Así se limitará a declararlo el laudo sin que sea procedente, a juicio del Tribunal, hacer pronunciamiento sobre las demás excepciones propuestas, ello en atención al carácter eventual o subsidiario con que fueron formuladas, motivo que de suyo basta para justificar tal determinación con arreglo a los artículos 305 y 306 inciso 2 del Código de Procedimiento Civil.

5. LAS COSTAS

En atención a lo dispuesto por los artículos 392 numeral 1, y 393 numeral 3 del C. de P.C., se condenará en costas de este proceso arbitral a la sociedad Andino Capital Markets S.A. Comisionista de Bolsa en liquidación y se fijan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$90'000.000,00 la que se tiene en cuenta en la liquidación que a renglón seguido se efectúa:

Agencias en derecho	\$ 90.000.000,00
50% de los honorarios y gastos del Tribunal	\$ 173.754.125,00
50% de los honorarios de la pericia	\$ 8.000.000,00
50% de los gastos de la pericia	\$ 1.900.000,00
Total costas (incluye agencias en derecho)	\$ 273.654.125,00

IV. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias suscitadas entre Andino Capital Markets S.A. Comisionista de Bolsa en liquidación y La Interamericana Compañía de Seguros S.A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

- Primero: Declarar probada la excepción principal de "Inexistencia de la obligación reclamada o ausencia de pérdida indemnizable a la luz del amparo de deshonestidad de empleados", propuesta por la parte convocada en el escrito de respuesta a la demanda que al proceso le dio comienzo.
- Segundo: Desestimar en su totalidad y como consecuencia de lo anterior, las pretensiones formuladas por la parte convocante en la demanda.
- Tercero: Condenar a la entidad convocante a pagar a la convocada la cantidad de DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CIENTO VEINTICINCO PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$ 273.654.125,00) por concepto de costas.
- Cuarto: Por secretaría expídanse copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes.
- Quinto: Una vez en firme este laudo protocolícese este expediente en una de las Notarías del Círculo de Bogotá y ríndase por el Presidente cuenta a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y protocolización, y restitúyaseles lo que corresponda.

Esta providencia queda notificada en estrados.

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS
Presidente

ANDRES ORDOÑEZ ORDOÑEZ
Arbitro

JORGE SUESCUN MELO
Arbitro

ANTONIO PABON SANTANDER
Secretario