



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

**BMC BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA S.A.
CÁMARA DISCIPLINARIA**

**SALA PLENA DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA DE LA
BMC BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA S.A.**

**RESOLUCIÓN No. 026
(28 DE NOVIEMBRE DE 2011)**

POR MEDIO DE LA CUAL SE DECIDE UN RECURSO DE APELACIÓN

La Sala Plena de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa, en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley, los Estatutos y el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO**, contra la Resolución 158 de 2011, proferida por la Sala de Decisión No. 11 de la Cámara Disciplinaria, de acuerdo con los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Por conducto de la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, la Sala Plena conoce del recurso de apelación interpuesto por el señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO**, en contra de la Resolución No. 158 del 06 de septiembre de 2011, mediante la cual, la Sala de Decisión No. 11 de la Cámara Disciplinaria decidió en primera instancia la investigación disciplinaria personal adelantada en su contra, en su condición de representante legal, administrador y operador autorizado de la sociedad comisionista Agrored S.A. para la época de los hechos, acompañado del expediente original contentivo de la investigación adelantada.

Previo estudio de los hechos, el pliego de cargos elevado, los descargos presentados, el acervo probatorio, la solicitud de explicaciones formales y las explicaciones presentadas por el investigado y en general el expediente que reposa en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, la Sala de Decisión No. 11 determinó la responsabilidad disciplinaria personal del señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO** y encontró mérito para sancionar por las siguientes conductas: (i) Incumplimiento referido al registro de información completa y fidedigna sobre la situación financiera de sociedad comisionista, (ii) incumplimiento relacionado con la información consignada en el formato de scoring remitido a la CRCBNA hoy CC Mercantil; (iii) incumplimiento referido al cumplimiento parcial plan de ajuste; (iv) indebido manejo de los recursos de los clientes y administración y control de riesgos; imponiendo una sanción de SUSPENSION por el término de SEIS (6) MESES.



**BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA**

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

La Sala Plena, integrada por los doctores Juan Carlos Cardozo Cruz, Rodrigo Espinosa Palacios, Luis Fernando Diago Ramírez, Sergio Fajardo Maldonado y Reinaldo Vásquez Arroyave, procede a conocer el recurso de apelación interpuesto por el señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO**.

II. PROCEDENCIA DEL RECURSO

La Resolución impugnada fue notificada al señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO**, personalmente el día 12 de septiembre de 2011, quien interpuso el Recurso de Apelación, el 19 de septiembre de 2011, dentro del término establecido reglamentariamente para tal efecto.

III. CONTENIDO DEL RECURSO DE APELACIÓN

El señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO** en ejercicio de las facultades contenidas en los artículos 2.4.6.1 y 2.4.6.2 del Reglamento de Funcionamiento y Operación, interpone recurso de apelación dentro del término establecido reglamentariamente para el efecto y solicita:

- "1. Que se revoque en su integridad la Resolución 158 de 2011, y en su lugar, se ordene el archivo definitivo de la actuación.*
- 2. Que en subsidio de lo pedido, en razón de las violaciones al debido proceso, se decrete la nulidad Resolución (sic) 158 de 2011 y, en consecuencia, se ordene rehacer la actuación de la SD.*
- 3. Que en subsidio de lo anterior, se revoque el artículo primero de la Resolución 158 de 2011 y, a cambio, se establezca como sanción una amonestación o en el peor de los casos una multa.*
- 4. Que en caso de que se decida una sanción en mi contra, se dé aplicación al Principio de revelación dirigida, según el cual se puede determinar el momento en que se divulgará la información de la sanción, toda vez que se pone en riesgo la solvencia y seguridad de AGRORED S.A., así como la parte final del Programa de Recuperación, que permitió con la aquiescencia de los mandantes mantener sus recursos por dos (2) años en una operación por fuera del MPV".*

Cada uno de los argumentos esgrimidos, será analizado en las Consideraciones de la Sala Plena.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA PLENA DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA

4.1. De la Competencia de la Cámara Disciplinaria



En primer lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.4.6.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, la Sala Plena es competente para conocer y decidir sobre los recursos de apelación interpuestos contra los fallos emitidos por las Salas de Decisión de la Cámara Disciplinaria.

En desarrollo de dicha facultad la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa, procede a pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por el señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO**, contra la sanción impuesta a través de la Resolución 158 de 2011 proferida por la Sala de Decisión No. 11.

4.2. Consideraciones de la Sala Plena.

4.2.1. De los antecedentes señalados por el apelante.

Señala el apelante que la Sala de Decisión no practicó una prueba fundamental en la investigación disciplinaria, refiriéndose al testimonio de la doctora Diana Porras, en su calidad de representante legal de Almagrario S.A., que fue solicitado en los descargos presentados ante la Sala de Decisión.

En este sentido menciona: *“En el caso fallado por la SD, reviste de particularísima importancia el hecho de que la BMC, de la que forma parte la Cámara Disciplinaria que hoy pretende sancionarme, y la CRCBMC supieran de primerísima mano que no existía subyacente, toda vez que permitieron que se continuara con la celebración de operaciones roll over sobre títulos carentes de subyacente prorrogados por el AGD”*.

Posteriormente se refiere a las pruebas remitidas en primera instancia, las cuales serán analizadas por la Sala Plena en el acápite pertinente a la conducta relacionada con el indebido manejo de los recursos de los clientes.

Ahora bien, se debe aclarar en primer lugar, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1.1.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, la Cámara Disciplinaria es un órgano independiente y autónomo de la administración de la Bolsa, quien cumple con la función de imponer sanciones por la comisión de infracciones y conductas sancionables. En efecto, la anterior disposición obedece a lo establecido en el entonces Decreto 1511 de 2006 –hoy contenido en el libro 11 del Decreto 2055 de 2010– por el cual se establecen normas aplicables a las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities que determinó que estas bolsas tendrán la facultad de imponer sanciones por el incumplimiento de las normas aplicables, para lo cual deberán regular al menos: *“La organización y funcionamiento de una cámara disciplinaria u organismo que haga sus veces, el cual se encargará de conocer y decidir sobre la contravención de las normas que regulen la conducta de los miembros de la respectiva bolsa. La*



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 -- 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

cámara disciplinaria o el organismo que haga sus veces deberá tener autonomía e independencia respecto de la administración de la bolsa correspondiente (...)¹. (El resaltado es nuestro)

Así las cosas, si bien la autorregulación en este escenario de negociación ha adoptado un esquema en el cual la Bolsa es el autorregulador, la Cámara Disciplinaria como órgano disciplinario es independiente de la administración de la misma y en ese sentido las políticas, decisiones, actividades o actuaciones de dicha administración en ningún caso impregnan las decisiones adoptadas por este órgano. Es por lo anterior, que el argumento esgrimido por el apelante no puede ser de recibo, toda vez que el hecho de la administración de la Bolsa haya tenido o no conocimiento de una situación determinada, no involucra a la Cámara Disciplinaria quien tomará su decisión de acuerdo con la valoración de las pruebas obrantes en el expediente según las reglas de la sana crítica, determinando la procedencia de la imposición de determinada sanción en caso de encontrar la existencia de responsabilidad disciplinaria.

De otra parte, de acuerdo con la Resolución 025 de 2011, la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria decretó la práctica del testimonio de la doctora Diana Porras Luna, Presidente de Almacenes Generales de Depósito Almagrario S.A., para la época de los hechos, el cual se llevó a cabo el día 21 de octubre de 2011, con la asistencia del apelante y su abogado. En las consideraciones de la Sala Plena referidas a esta conducta en particular, se analizará la incidencia que dicho testimonio tiene, en la responsabilidad disciplinaria del señor **BORIS LÓPEZ DE MESA HIDALGO**. Así mismo, nuevamente se dio la oportunidad al apelante de hacer los pronunciamientos que consideró pertinentes una vez finalizada la audiencia.

Estas nuevas pruebas testimoniales, van a ser objeto de estudio por parte de la Sala Plena en la presente resolución, en conjunto con el resto de pruebas que obran en el expediente.

Adicionalmente señala el apelante que: "(...) tampoco apreció la SD otras pruebas fundamentales para el proceso, al guardar silencio respecto de las probanzas allegadas, pues sólo se limita a enunciar su existencia, que demuestran, además de lo ya indicado, que la BMC y la entonces CRCBMC se beneficiaron por partida triple: (i) Obtuvieron ingresos por concepto de operaciones celebradas sin la existencia del subyacente, con pleno conocimiento de dichas entidades; (ii) Se liberaron de asumir las consecuencias económicas, operativas y reputacionales que se hubieran generado con una solicitud de declaratoria de incumplimiento de las operaciones; y, (iii) Mantuvieron el Mercado Público de la BMC en (MPV) condiciones de seguridad y cumplimiento".

¹ Disposición contenida hoy en el artículo 2.11.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

Respecto de este punto específicamente, el señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA**, remitió en primera instancia, mediante comunicación del 5 de julio de 2011, certificación de la entonces representante legal de la CC Mercantil, del monto total de capital e intereses pagados por la sociedad comisionista Agrored S.A. en desarrollo del acuerdo de pago suscrito con Eco Café, así como el monto total pagado por todas las sociedades comisionistas involucradas en dicho acuerdo. Así mismo se certifican los ingresos totales percibidos por la Cámara de Compensación por concepto de asiento en Cámara de las operaciones².

De otra parte, se allega comunicación PSD-354 del 23 de junio de 2011, mediante la cual el Presidente de la Bolsa certifica que *“de acuerdo con la información suministrada por la Dirección de Operaciones de la Bolsa, los ingresos percibidos por la Bolsa por el concepto antes indicado, corresponden a la suma de CIENTO CINCUENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$153.851.765,00) por cada una de las puntas de las operaciones, correspondiente a los años 2006 al 2010”*³.

Así mismo se remite certificación por parte de la entonces CRC Mercantil, de que la sociedad comisionista Agrored S.A. se encuentra a paz y salvo con esta entidad, en las operaciones en las que actuó como punta vendedora representando al mandante Eco Café⁴.

Al respecto se deben efectuar varias precisiones. En primer lugar, el monto total de capital e intereses pagados a la CC Mercantil por parte de la sociedad comisionista que asciende a \$2.852.489,122 según la comunicación ya citada, corresponde a dinero que esta entidad recuperó en virtud del acuerdo de pago celebrado, es decir, eran recursos que la CC Mercantil tuvo que desembolsar como consecuencia de los incumplimientos de este mandante, y que claramente debían ser devueltos a esta entidad.

Por otra parte, los recursos correspondientes al asiento en Cámara e ingresos percibidos por la Bolsa por registro de las operaciones asentadas, corresponden al pago por un servicio prestado por estas entidades. Por lo anterior, no entiende la Sala Plena en qué se relacionan estos pagos con la utilización indebida por parte del apelante, de los recursos de sus clientes. Ahora bien, lo que se refiere a la inexistencia del subyacente así como el hecho de no haberse declarado incumplimiento de operaciones y haber cumplido con el pago de las mismas así como del acuerdo celebrado, son situaciones que como se verá más adelante pueden ser tenidas en cuenta como aspectos atenuantes de la responsabilidad disciplinaria por cuanto se analizan los aspectos subjetivos de la conducta

² Cuaderno Expediente Folios 173-174

³ Cuaderno Expediente Folio 172

⁴ Cuaderno Expediente Folio 176



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

y las circunstancias que rodearon la comisión de la misma, sin embargo en ningún caso esto puede tenerse como un eximente de responsabilidad ya que no justifican el uso de los dineros de los clientes para fines diferentes del encargo conferido.

4.2.2. De las consideraciones de la Sala de Decisión.

En primer lugar señala que: *“La SD indica que el Área de Seguimiento de la BMC (AS), ordenó una visita de carácter específico, mediante comunicación AS-117-10. A pesar de la veracidad de lo indicado, omitió la SD indicar que la visita ordenada por el AS se derivó de la conversación que yo sostuve con el jefe de la misma, en la que hice de su conocimiento de forma detallada los asuntos que se presentan como hallazgos de la comisión visitadora”.*

Al respecto debe precisarse que la circunstancia anotada por el apelante en ningún momento fue desconocida por la Sala de primera instancia. De hecho al comenzar el análisis sobre la conducta objeto de investigación se señala:

*“Siendo esto así, se procede a analizar lo dicho por el Señor **BORIS ALEJANDRO LOPEZ DE MESA**, en sus declaraciones. Consta en el informe de visita E-01-2010 suscrito el 26 de abril de 2010, que después de ser notificado del inicio de la visita el 8 de abril de 2010 solicitó inmediatamente una reunión con el Jefe del Área de Seguimiento, la cual se llevó a cabo el mismo día en las instalaciones de la Bolsa. Señala el informe que “en esta reunión el doctor López manifestó al doctor Robles, Jefe del Área, su preocupación por adeudar una considerable suma de dinero a sus mandantes, por haber utilizado dichos recursos en el cubrimiento de algunas operaciones de sus mandantes Eco Café S.A. y Café Kenia S.A. El doctor López también informó que la Superintendencia Financiera de Colombia ya conocía dicha situación y que se encontraba adelantando una visita en las instalaciones de la firma comisionista”. Adicionalmente, al día siguiente de dicha reunión, esto es el 9 de abril de 2010, se suscribió el acta de la reunión celebrada en las instalaciones de la sociedad comisionista de Bolsa Agropecuaria Agrored S.A., suscrita por los funcionarios de la Superintendencia Financiera que en ella intervinieron, así como los funcionarios de la sociedad comisionista (representante legal, asesor, contador y gerente administrativo), explica, que en su condición de representante legal decidió cubrir las diferencias que generaban los roll overs con dineros de mandantes distintos de Eco Café S.A. y Café Kenia S.A.”. (negritas por fuera del texto original)*

En efecto, la colaboración prestada por el apelante para efectos de aclarar los hechos ante el órgano de supervisión no sólo fue tenida en cuenta por la Sala de Decisión sino que como se evidencia en el acápite de graduación de la sanción, se ponderó como un factor atenuante de la conducta y se reflejó en la tasación de la sanción, así:

“No obstante lo anterior, existen circunstancias atenuantes de la conducta que son tenidas en cuenta por la Sala.



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

*En efecto, encuentra la Sala en primer lugar, que el señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO**, desde el inicio del proceso disciplinario prestó tanto al órgano de supervisión como a la Cámara Disciplinaria, una colaboración efectiva que contribuyó al esclarecimiento de los hechos objeto del proceso, tanto así que fue él mismo quien descubrió ante el órgano de investigación, las conductas que estaba desarrollando al interior de la sociedad comisionista que representaba. En efecto el investigado, de manera voluntaria, explicó las conductas objeto de reproche al área de seguimiento”.*

Posteriormente se refiere a la información que debe suministrar la BMC en las investigaciones disciplinarias y nuevamente hace referencia a la situación presentada con las operaciones sobre CDM’s expedidos por el Almacén General de Depósito Almagrario S.A., y el subyacente de estos títulos.

Así, concluye mencionando: *“De manera tal que las oportunidades procesales en las que tuve la ocasión de poner en conocimiento de la SD las circunstancias que considere pertinentes, se vieron groseramente perturbadas con la negativa injusta y desleal de la administración de la BMC de allegar al plenario las pruebas solicitadas por el AS”.*

Al respecto, no es posible para la Sala Plena determinar a qué pruebas específicamente se refiere el apelante, sin embargo en el análisis de la conducta se analizará la totalidad del acervo probatorio.

4.2.3. De las conductas objeto de investigación

4.2.3.1. Del registro de información completa y fidedigna sobre la situación financiera de AGRORED S.A.

Señala que no resulta apropiada la asociación efectuada por la Sala de Decisión, en cuanto a los hechos contables del registro de los cheques *“con la corrección del yerro contable el empleo de los recursos de la cuenta compensada”*. Señala de otra parte, que la Superintendencia Financiera de Colombia, no ordenó ajuste alguno derivado del traslado de la cuenta compensada a la cuenta administrativa.

De acuerdo con lo anterior menciona:

“En efecto, el cargo elevado por el AS fue eminentemente contable, por lo que la respuesta, además de ser cierta, evidencia la subsanación del yerro contable, pues si se había parametrizado de forma errada el aplicativo contable, la modificación adelantada corrigió el tratamiento contable respecto del cual se planteó la observación.

(...)



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

Tampoco es cierto que el traslado de dineros de la cuenta compensada tuviere como objetivo subsanar la observación contable ni que lo informado al AS fuera engañoso, pues la comisionista trasladó, como lo dijo en pluralidad de ocasiones, de la cuenta compensada a la cuenta administrativa el valor de las comisiones correspondientes a las operaciones que celebró por cuenta de sus mandantes, con recursos aportados directamente por estos o, como también se dijo, con los recursos de otros mandantes”.

Posteriormente se refiere al pago de los gastos de las operaciones de roll over y el reintegro de los recursos a los clientes. En este sentido señala: *“Pero más allá de la apreciación que se tenga por el empleo de los recursos de los clientes, lo cierto es que para el tema contable que plantea la SD este hecho no tiene pertinencia alguna, pues una cosa es ese empleo y otra muy distinta el tratamiento contable que se dé al mismo. Lo único que demuestra el tratamiento contable dado es el perfecto reconocimiento del hecho en la contabilidad, pues para ésta se limitó al traslado de la cuenta compensada a la cuenta administrativa y fue así como se reconoció”.*

Así las cosas el apelante considera errada la conclusión de la Sala de Decisión, toda vez que según señala el traslado de los recursos no afecta las normas citadas como infringidas.

En efecto, la conducta imputada se refiere a la vulneración de las normas contables al haber registrado como activo disponible –cuenta caja general-, seis (6) cheques del Banco de Bogotá y el Banco de Occidente provenientes de sus mandantes Ecocafé y Café Kenia, los cuales realmente correspondían a una cuenta por cobrar a dichos mandantes. En este sentido es claro que los cheques se encontraban mal parametrizados pues no se trataba de recursos de disponibilidad inmediata.

Lo anterior es así mismo reafirmado por la contadora de Agrored S.A. quien en testimonio ante el área de seguimiento señaló: *“En el balance fiduciario cada vez que se generan las facturas hay una comisión que le corresponde digamos a la parte administrativa. Debía haberse creado una cuenta por pagar a la firma comisionista por cada una de estas cifras, pero en ese momento se estaba direccionando a la cuenta caja, dentro de la parametrización contable, por eso cuando se hacía la importación de la información a la contabilidad desde el programa bursátil desde el programa bursátil en el balance –no fiduciario- sino en el balance propio, quedaba acumulado en la cuenta caja (...)”⁵.*

Ahora bien, ante el requerimiento efectuado por el área de seguimiento por este hallazgo, en el plan de ajuste, respondió el señor **BORIS ALEJANDRO LOPEZ DE MESA** como representante legal de la sociedad comisionista, con un plan de mejoramiento presentado el día 13 de noviembre de 2009 en los siguientes términos: *“Si bien es cierto que en los estados financieros de la sociedad a corte junio de 2009, la cuenta caja general moneda legal*

⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1 Folios 1973-1984



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

presentaba un saldo de \$539.5 millones por concepto de comisiones de C.I. Ecocafé S.A., este valor ya fue cancelado en su totalidad ingresando los dineros a las cuentas bancarias de la sociedad, en adelante se utilizara la cuenta 13052502 "cuenta por cobrar por comisiones" para registrar los valores por este concepto", dando a entender que el mandante había pagado las comisiones adeudadas y en este sentido se había corregido el error contable, ya que se contaba con los recursos en caja para disponibilidad inmediata. (negrillas por fuera del texto original)

Sin embargo, en las explicaciones formales presentadas y después de que el área de seguimiento identificara que los recursos no habían sido consignados por los mandantes sino que habían sido retirados de la cuenta compensada de la sociedad comisionista, menciona el señor **BORIS ALEJANDRO LOPEZ DE MESA** "(...) En lo que hace a los dineros retirados de la cuenta compensada y consignados en la cuenta de la comisionista, los mismos corresponden a las comisiones que adeudaban los mandantes a la firma, que por estar consignadas en la compensada bien por pago de los clientes o ya en la compensación hecha por la BMC, requerían de giros a favor nuestro."

Ahora bien, en la imputación efectuada por el área de seguimiento en el pliego de cargos, se encuentra en primer lugar, la vulneración de las normas contables por el hecho de registrar indebidamente los cheques en caja general cuando no eran recursos de disponibilidad inmediata, situación que se encuentra probada y que ha sido aceptada por el señor **BORIS ALEJANDRO LOPEZ DE MESA**. En efecto se señala en el pliego de cargos: "*Según se desprende de lo anterior, efectuar el registro contable de cheques posfechados en la cuenta caja, implica una imprecisión de orden contable que genera una distorsión grave a nivel financiero, pues indica la tenencia y posibilidad de hacer uso inmediato de recursos sobre los cuales, si bien, se tienen derechos, no se encuentran dentro de las arcas del beneficiario del cheque, hecho que además hace que los estados financieros carezcan de confiabilidad y verificabilidad en la medida en que no representa fielmente los hechos económicos, cualidades indispensables de la información contable definidas en el artículo 4º del Decreto 2649 de 1993*".

En segundo lugar, se refiere el área de seguimiento a la forma cómo el señor **BORIS ALEJANDRO LOPEZ DE MESA** corrigió el hallazgo evidenciado, encontrando una vulneración adicional, al enviar información que no se compadecía con la realidad. Nótese cómo se señala en el pliego de cargos:

De otra parte, en lo que se refiere a los dineros que ingresaron a las cuentas propias de la firma comisionista para suplir los activos monetarios que se registraban en la mencionada subcuenta, como se analizará, estos provenían de la cuenta compensada; no obstante, dicha cuenta no tenía registrados saldos a favor de los clientes Ecocafé S.A. o Café Kenia S.A. que le permitieran cubrir la supuesta cuenta por cobrar en razón de comisiones debidas.

(...)



Como puede evidenciarse, el Señor Boris López, en su calidad de representante legal de la firma comisionista Agrored S.A. para la época en que ocurrieron los hechos, remitió información que no se compadecía con la realidad, debido a que en la respuesta al cumplimiento del plan de ajuste informó a esta Área que los dineros adeudados por concepto de comisiones ya habían sido cancelados en su totalidad y que los mismos habían ingresado a las cuentas de las sociedad; sin embargo, cuando se le solicitó que aportara los documentos que permitieran probar tal hecho, envió los comprobantes y extractos de las cuentas propias donde efectivamente se verificaba que los dineros habían sido recibidos por Agrored S.A., pero no se evidenciaba quién era el girador. Cabe anotar que una vez se realizó la visita en el mes de abril de 2010, se pudo comprobar que los \$506 millones reportados como el supuesto recaudo de cartera, es decir, como pago de las comisiones adeudadas por Ecocafé S.A. y Café Kenia S.A., no se ajustaba a lo dicho por el investigado, por cuanto de la revisión y análisis de la cuenta compensada se concluyó que tales recursos habían sido retirados de ésta y que los soportes se enviaron como prueba a este Despacho, con la única finalidad de pretender subsanar veladamente el hallazgo”.

Así las cosas, es claro que el área de seguimiento encontró no sólo que habían sido vulneradas normas contables sino que adicionalmente para efectos de presentar un plan de mejoramiento y dar respuesta al hallazgo evidenciado se informó erróneamente que los mandantes habían pagado las comisiones adeudadas cuando en realidad, los recursos consignados en la caja general provenían de la cuenta compensada, dineros que no correspondían a comisiones adeudadas por los clientes Ecocafé y Café Kenia.

En este sentido y en concordancia con la imputación efectuada señaló el *a quo*:

“(…) Al respecto se debe resaltar que la subsanación a la que se refiere al investigado, fue más grave aún que la misma falta contable, por lo que no puede tenerse como eximente de responsabilidad cuando en pro de cumplir con un hallazgo contable evidenciado por el área de seguimiento, se utilizan recursos de la cuenta compensada que no corresponden a los libradores de los cheques objeto de investigación, y se informa de manera engañosa al órgano de supervisión que se ha cumplido con la recomendación efectuada.

*Así las cosas, la sociedad comisionista representada por el señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO**; no sólo reportó en sus estados financieros unas sumas que no correspondían a su realidad financiera y por tanto no eran reflejo fidedigno de su situación financiera ya que los cheques registrados en Caja General Moneda Legal no eran de disponibilidad inmediata como lo exige la norma contable sino que adicionalmente al subsanar dicho error, incurrió en uno más grave al remitir información alejada de la realidad al área de seguimiento, y cubrir los faltantes con dineros provenientes de la cuenta compensada.*

*Por lo anterior, el señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO**, incumplió con sus deberes como administrador establecidos en el artículo 23 de la ley 222 de 1995 y el artículo 51*



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

de los Estatutos Sociales de Agrored S.A, ya que permitió y consistió que la sociedad comisionista incumpliera no sólo las norma contables que le son aplicables sino que adicionalmente remitiera información que no se compadecía con la realidad”.

Por lo anterior, no encuentra la Sala Plena de aceptación los argumentos esgrimidos por el apelante toda vez que la vulneración no se refería únicamente a un yerro contable que en efecto tuvo lugar sino también a la remisión de información alejada de la realidad al órgano de supervisión, conllevando a pensar que los clientes libradores de los cheques habían pagado las comisiones adeudadas y con esos dineros, se había corregido el error.

Si bien es cierto que en posteriores declaraciones y en sus descargos, el señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO** explica que estos dineros provenían de comisiones adeudadas por otros mandantes, lo cierto es, que en el momento de subsanar el yerro contable indujo en error al ente de supervisión, lo cual es una conducta reprochable, que vulnera normas reglamentarias y legales que rigen este mercado.

De esta manera, encuentra la Sala Plena que no son de recibo los argumentos esgrimidos por el apelante, toda vez que no tienen la virtualidad de eximir de responsabilidad y no desvirtúan la Resolución recurrida.

4.2.3.2. De la información consignada en el formato scoring remitido a la CRCBNA hoy CC mercantil

Señala en primer lugar lo siguiente: “(...) indica la SD que entiende que **NO SE ELEVARON CARGOS** (inciso primero del folio 25 de 64 de la resolución). No obstante, tiene como fundamento de la sanción que profiere asuntos referidos al formato scoring, decisión que resulta ilegal por cuanto, si no existe un cargo al respecto, no puede la SD basar su fallo en cualquier asunto que hubiera expresado la comisionista al respecto. Por ese solo hecho, el fallo se torna en ilegal”.

No concuerda la Sala Plena con la interpretación del apelante por cuanto el hecho de que una de las vulneraciones relacionadas con el formato scoring no haya sido probada o respecto de la misma no se haya encontrado la existencia de responsabilidad disciplinaria, no implica que otra vulneración relacionada con el mismo documento se entienda también incluida en el archivo efectuado por el área de seguimiento.

En efecto, en la solicitud formal de explicaciones elevada por el área de seguimiento, se encontró que presuntamente se había incurrido en dos vulneraciones, una relacionada con la capacidad de encasetaamiento y otra, con la información contable del mandante, así:



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

“Conforme a la información recopilada por los funcionarios visitantes, al parecer la sociedad comisionista AGRORED S.A. certificó en el scoring una mayor capacidad de encasamiento, sin la verificación correspondiente. Lo anterior se sustenta en la revisión que se realizó a las actas de visita a las diferentes granjas de su mandante INAVES FUENTERRABÍA S.A., con ocasión de la celebración de 34 Contratos Avícolas a Término durante los meses de noviembre y diciembre de 2008 y enero y febrero de 2009, en los cuales la visitada actuó en calidad de punta vendedora. En esta revisión se evidenció que durante los meses de julio y agosto de 2008 las granjas solamente contaban con una capacidad de encasamiento de 370.000 pollos y no de 1.900.000 aves, como lo certificó la firma comisionista el 21 de agosto de 2008, cuando envió el scoring exigido para la celebración de las operaciones, a fin de dar cumplimiento a los requisitos establecidos por la CRCBNA hoy CRC Mercantil. (...)”

Así mismo, evidenciaron los funcionarios visitantes que la información contable, del precitado mandante, registrada en el scoring guardaba algunas diferencias con la que tenía documentada la sociedad comisionista; que igualmente, para la realización de las operaciones arriba mencionadas, se había utilizado la información financiera desactualizada, es decir, al corte del 31 de diciembre de 2007. (...)” (negrillas por fuera del texto original)

Nótese cómo se trata de dos conductas diferentes que si bien se relacionan con el mismo documento, representan distintas vulneraciones. De esta manera el hecho de que el área de seguimiento haya considerado en el pliego de cargos que en la respuesta al plan de ajuste, se aclaró *“cuáles fueron las cuentas utilizadas para calcular las razones financieras consignadas en el formato scoring, de su análisis, se concluyó efectivamente que dicha información concordaba con la documentada en los estados financieros de Inaves Fuenterrabia S.A. con corte al 31 de diciembre de 2007”*, no implica que respecto a la información sobre la capacidad de encasamiento se haya encontrado satisfactoria la respuesta dada y por ende, sobre esta conducta si se decide elevar pliego de cargos.

Es así como, cuando la Sala de Decisión de primera instancia, señala que no se elevaron cargos, se refiere únicamente a la conducta relacionada con la información contable y financiera, y no, a la capacidad de encasamiento del mandante y su verificación por parte de la sociedad comisionista representada por el apelante.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo claro que en ningún momento en primera instancia se señala que no se elevaron cargos respecto de la conducta relacionada con la capacidad de encasamiento del mandante, entrará la Sala Plena a analizar los argumentos específicos relacionados con la misma.

Señala el apelante que las normas reglamentarias, determinan la posibilidad de utilizar el criterio de la sociedad comisionista en el diligenciamiento del formato scoring, y en este sentido resalta: *“Criterio que se traduce en el empleo de mecanismos técnicos de usanza*



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

consuetudinaria en la evaluación de aspectos como la capacidad de encasetamiento, como lo es el muestreo que adelantó la comisionista”.

En desarrollo del anterior argumento explica:

“En efecto, la comisionista adelantó las evaluaciones sobre una muestra representativa de la capacidad de encasetamiento (el 19.5% del total), hechos que junto con la certificación expedida por el mandante, le llevó a concluir válidamente que la capacidad total certificada era cierta, habida cuenta que el nivel de confianza con esta muestra es el 96%. Como es bien sabido, el muestreo permite ahorrar recursos y obtener resultados similares a los que se alcanzarían de ser hecho un estudio de toda la población.

Así, no se trató de visitas aleatorias propiamente, sino de la inspección ocular a un muestra representativa del total a acreditar por parte del mandante, por lo que la conclusión de falta de diligencia, prudencia y precisión no es acertada”.

En efecto, la Sala de Decisión entendió en primera instancia que la vulneración se daba en cuanto no se había verificado adecuadamente que la información sobre capacidad de encasetamiento dada por el mandante, era real y exacta. Así señaló el a quo:

“En efecto coincide esta Sala con el análisis realizado, toda vez que con las visitas aleatorias efectuadas no era posible determinar con exactitud que la información brindada por el mandante correspondía a la realidad, sin que esto implica que la información que se suministró sea inexacta o irreal sino que, se incumple la norma en cuanto a la obligación de verificar dicha información, esto es, en cumplimiento no sólo de la disposición sino de los deberes de diligencia, prudencia, claridad y precisión exigibles de un profesional de este mercado.

En efecto, las visitas que debía realizar en los términos señalados en el Boletín Instructivo, en sentido estricto, le daba la posibilidad de contar con información cierta y real para expedir y remitir el formato de scoring”.

Frente a lo anterior, señala el apelante que el criterio utilizado para determinar la capacidad de encasetamiento del mandante se encontraba acorde con los reglamentos toda vez que se evaluó una muestra representativa de la capacidad de encasetamiento, y en este sentido no concuerda con la interpretación de la Sala de Decisión.

Por lo anterior, entrará la Sala Plena a analizar las obligaciones específicas establecidas en los reglamentos, referidas a la verificación de la capacidad de encasetamiento de los mandantes.

Señala el artículo 6 de la Resolución 003 de 2008 por medio de la cual la Junta Directiva de la entonces Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la Bolsa Nacional Agropecuaria



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

S.A. –hoy Cámara de Compensación de la Bolsa Mercantil de Colombia- impartió instrucciones para el asiento de operaciones sobre Contratos Avícolas a Término (CAT), lo siguiente:

ARTÍCULO 6. OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD COMISIONISTA MIEMBRO DE LA BNA QUE ACTÚA POR CUENTA DEL MANDANTE VENDEDOR.- En virtud de la celebración de la operación CAT a través de la BNA S.A., la sociedad comisionista que actúa por cuenta del mandante vendedor adquiere las siguientes obligaciones especiales:

- 3) *Diligenciar el formato de Scoring determinado por el Comité de Riesgos de la BNA, conforme a información real y verificada del mandante, y entregarlo a la CRCBNA junto con el acta de visita de la sociedad comisionista y los demás formatos y documentos que sean requeridos por la CRCBNA mediante Boletín Instructivo, en los horarios estipulados para tal efecto.*

Considera la Sala Plena que al artículo en mención, al referirse a información real y verificada y unir la presentación del formato *scoring* al acta de visita, implica que la totalidad de la información presentada haya sido efectivamente verificada y en ese sentido, se pueda afirmar que es real. En efecto, la norma impone la obligación a la sociedad comisionista de efectuar la visita correspondiente al mandante para verificar que en existan todos los subyacentes por éste último informados.

Si bien es cierto que la técnica de muestreo, que señala el apelante fue utilizada por la sociedad comisionista, no es errada, no es menos cierto que con esto no se cumple la obligación impuesta por los reglamentos de verificar la totalidad de la información reportada por el mandante.

Por su parte, el Boletín Instructivo No. 25 del 18 de julio de 2008, que establece operativamente las condiciones requeridas por la entonces CRCBNA para asentar operaciones de Contratos Avícolas a Término, determina cómo una de las responsabilidades a cargo de la sociedad comisionista vendedora, la siguiente:

“Diligenciar el formato de scoring CAT aprobado por el Comité de Riesgos, utilizando todos los insumos de información pertinentes. El formato debe entregarse a la CRCBNA al menos con un día de anticipación a la celebración de la operación, y tendrá una vigencia de seis meses, contados a partir de la fecha de la primera operación. (Anexo No. 2)”

De acuerdo con lo anterior, considera la Sala Plena que un profesional prudente y diligente, necesariamente debía tener como insumo pertinente las fincas donde se encontraban los subyacentes y en ese sentido, efectuar una verificación completa de las mismas. En efecto, concuerda este órgano con la posición del área de seguimiento en cuanto: *“Ello significa que la firma comisionista, previo al asiento de la operación en bolsa -*



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

conforme a la disposición en comento- debía entregar una serie de documentación entre la que se encontraba el formato Scoring, en el cual se exigía consignar toda aquella información relevante para el registro de la operación en la entonces CRCBNA, información que conforme a los instructivos impartidos en cuanto a la capacidad de encasamiento, debía tomarse directamente de los predios en los cuales se encontraban ubicados los semovientes, como se aprecia en el Anexo No. 1 ya mencionado". (el anexo No. 1 es el acta de visita)

De otra parte se refiere a la vulneración del principio del non bis in idem, "por cuanto al ser juzgada y sancionada la comisionista por incumplir, a juicio del fallador, con disposiciones reglamentarias y legales, no es posible readecuar los hechos para volver a juzgar a las personas naturales por cuya voluntad quien no la posee por sustracción de materia (la persona jurídica) se incurrió en la conducta sancionable. Así las cosas, al decidir juzgar a la comisionista, insito se reconoce que es ésta quien asumirá las consecuencias del obrar de las personas naturales. De no ser así, nunca se podría sancionar a una persona jurídica por carecer esta de voluntad y sólo se podría sancionar a las personas naturales".

Al respecto, se remite la Sala Plena a las consideraciones plasmadas por la Sala de Decisión en la Resolución de primera instancia, por cuanto es claro que la sanción impuesta a la sociedad comisionista en su momento en nada se relaciona con el presente caso. En efecto, a la sociedad comisionista se le sancionó por el incumplimiento de la obligación de recompra y en el caso concreto, simplemente se analiza el suministro de una determinada información que debe ser real y verificada y que se exige como requisito previo a la realización de las operaciones. Lo anterior aunado a que no se trata del mismo sujeto pasivo en los procesos bajo estudio, ni de las mismas vulneraciones.

Así las cosas, concuerda la Sala Plena con la consideración del a quo en cuanto: "En el caso concreto no se presentan ninguna de las identidades señaladas. En efecto, el proceso no versa sobre el mismo sujeto pasivo, no existiendo por tanto identidad en la persona; los hechos objeto de investigación no son similares –incumplimiento en la recompra en el caso del proceso institucional y verificación de la información suministrada a la hoy CC Mercantil en el formato scoring en el presente proceso- no existiendo identidad de objeto y finalmente tampoco existe identidad de causa pues al tratarse de diferentes incumplimientos, tanto las normas vulneradas como el bien jurídico tutelado difieren entre un proceso y otro".

De acuerdo con lo anterior, no encuentra la Sala Plena de recibo los argumentos esgrimidos por el apelante relacionados con la vulneración del principio de non bis in idem.

4.2.3.3. Del cumplimiento parcial plan de ajuste

Señala que no se vulnera la norma citada como infringida, toda vez que la misma no subsume las recomendaciones del Área de Seguimiento.



De esta manera señala que el área de seguimiento planteó recomendaciones y precisa que esta área *“no puede abrogarse funciones de administrador societario, pues si así fuera debería ser llamada a responder como sujeto disciplinable y carecería de competencia para obrar como acusador”*.

De otra parte señala que los hallazgos no son todos ciertos y se refiere a cada uno de los hallazgos evidenciados, tales como la falta de firma en algunas de las actas, el nombramiento del oficial de cumplimiento, el debido análisis de riesgo, el incumplimiento de normas contables, entre otras.

El plan de ajuste responde a una política del Área de Seguimiento de la Bolsa, consistente en *“mantener una permanente y abierta comunicación con las firmas comisionistas”* y en este sentido, al transmitir los hallazgos encontrados en la visita efectuada se busca que la sociedad comisionista *“conozca las oportunidades de mejoramiento y adopte las medidas necesarias para asegurar el correcto funcionamiento de la actividad de intermediación en el mercado que la BNA administra, lo anterior sin perjuicio de las actuaciones de orden disciplinario a que haya lugar”*.

Ahora bien, el plan de mejoramiento solicitado por el área de seguimiento, es un requerimiento de información y en este sentido su no cumplimiento, entendido éste como la omisión por parte de la sociedad comisionista requerida en el envío del respectivo plan o el envío de uno de manera inadecuada, implica la comisión del conducta objeto de investigación y sanción establecida en el numeral 1 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento que consiste en: *“No atender, dentro de los términos establecidos al efecto, los requerimientos de información que formulen las áreas u órganos de dirección, control, operación, supervisión y disciplina de la Bolsa”*. En el mismo sentido, la comisión de esta conducta por tanto conlleva a la vulneración establecida en el numeral 7 del artículo 1.6.5.2. del Reglamento que determina la obligación de los accionistas, administradores, funcionarios y demás personas vinculadas a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa la de *“atender dentro de los términos establecidos, los requerimientos que les formule el área de seguimiento, la Cámara Disciplinaria, el comité arbitral y la administración de la Bolsa, en todos los aspectos relacionados con sus negociaciones realizadas a través de la Bolsa”*.

Nótese cómo, en ningún momento, cuando se habla de incumplimiento del plan de ajuste, se sanciona por el incumplimiento de la conducta requerida como tal, sin embargo es necesario entrar a su análisis para efectos de determinar si el plan de mejoramiento presentado en efecto implicaba el cumplimiento del requerimiento o si por el contrario, la información suministrada al área de seguimiento no era la adecuada, era incierta, irreal o inexacta lo cual conlleva, a que no se atiende el requerimiento efectuado.



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

En efecto, señaló el área de seguimiento en el pliego de cargos: *"En la medida en que el incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que dieron origen al plan de ajuste o mejoramiento con la firma comisionista se encuentra subsumido en las conductas analizadas en el presente documento para cada caso en particular, en el presente acápite no se imputarán cargos salvo en lo relacionado con el cumplimiento de los requerimientos formulados por el Área de Seguimiento a través del plan de ajuste a que hemos hecho referencia; por lo tanto, dicha situación da lugar a la transgresión de los num. 1º y 7 del artículo 1.6.5.2. del RFOBMC y sobre las cuales se espeta responsabilidad, como suscriptor de los mencionados acuerdos"*.

Es por esto, que no puede ser de recibo el argumento del apelante en cuanto los hallazgos son "nimiedades" y en general sus argumentos respecto de cada uno de ellos, porque cada conducta se analizó en el acápite pertinente, si fue elevado pliego de cargos por la misma o se archivó, si el área de seguimiento no consideró que existía mérito para continuar con el trámite del proceso, y la presente imputación se refiere únicamente a requerimientos de información.

En este sentido, se señaló en la Resolución de primera instancia:

*El señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO**, como representante legal de la sociedad comisionista Agrored S.A. aseguró el cumplimiento de requerimientos que no habían sido atendidos de manera adecuada, a sabiendas de esta situación.*

*Ahora bien, en relación con el incumplimiento en el plan de ajuste en cuanto a (i) la falta de firmas en algunas de las actas, en donde se verificó por la comisión de visita que las actas de la Junta Directiva No. 91, 92 y 93 correspondiente a los meses de julio, agosto y septiembre de 2009, no se encontraban firmadas por el Presidente y adicionalmente las actas de ese mismo órgano de 2010 no se encontraban impresas a la fecha de la revisión y por lo tanto concluye que no se ha dado cumplimiento al plan de ajuste; (ii) la falta de nombramiento de oficial de cumplimiento principal desde el año 2007, en donde se verificó a la fecha de la inspección que si bien se hizo el nombramiento por parte de la Junta Directiva, la SFC lo negó, y por lo tanto, no se había subsanado el hallazgo (iv) Con respecto al hallazgo en la metodología adoptada por la firma en los comprobantes de caja, en donde se evidenció que la sociedad venía agrupando varios ingresos en un solo comprobante o registro, lo que impedía identificar los clientes giradores de los recursos entre otras, como resultado de la revisión se identificaron sendos comprobantes en los que se relacionaban nuevamente varios clientes y por lo tanto no dieron cumplimiento al plan de ajuste, encuentra la Sala que existe así mismo vulneración de la obligación de atender dentro de los términos establecidos, los requerimientos que les formule el área de seguimiento acorde con lo establecido en el numeral 7 del artículo 1.6.5.2. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, toda vez que si bien en estos casos no se imputa la vulneración específica de cada uno de los puntos como conducta objeto de reprocha, lo que sí es reprochable por parte del señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO**, es que asegure el cumplimiento de unos requerimiento cuando ello no había sido así,*



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 - 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

sea porque no verificó su cumplimiento o porque siendo consciente de su incumplimiento señaló lo contrario.

Nótese cómo únicamente se trata de un tema de respuesta a requerimientos de información, y no se refiere a una imputación por cada uno de los hallazgos. En este sentido, concuerda la Sala Plena en cuanto la conducta reprochable y por la cual se sanciona, es el no dar una respuesta adecuada y real al requerimiento efectuado por el área de seguimiento por cuanto se afirma el cumplimiento de solicitudes efectuadas, cuando esto no era cierto, como claramente sucede en el caso del yerro contable referido a los cheques en caja de los mandantes Ecocafé y Café Kenia.

Señala de otra parte el apelante que: *"(...) tal como lo indica el numeral 5 del artículo 2.2.1.2 del RFO, el AS puede hacer recomendaciones, las cuales, a ese título, no pueden ser vinculantes por cuanto de serlo equivaldrían a órdenes que la convertiría en coadministrador societario. De manera tal que si no son vinculantes, no se entiende cómo su "incumplimiento" puede ser base de una sanción".*

En primer lugar se debe señalar que la disposición citada por el apelante establece: *"Artículo 2.2.1.2.- Labores o actividades para el desarrollo de la función de supervisión. El Jefe del Área de Seguimiento será responsable de la función de supervisión y ejercerá las siguientes labores: (...) Hacer recomendaciones para el adecuado desempeño de las firmas comisionistas miembros de la Bolsa conforme a las reglas que regulan su actividad y efectuar seguimiento de su cumplimiento".* De lo anterior claramente se deduce que dichas recomendaciones efectuadas por el órgano de supervisión deben cumplirse toda vez que van directamente encaminadas al cumplimiento de la función de supervisión consistente en: *"(...) la verificación del cumplimiento de las normas aplicables por parte de los miembros y de las personas vinculadas a éstos".*

Ahora bien, debe señalarse que esa conducta no representa mayor gravedad y su peso no es de gran magnitud dentro de la graduación de la sanción por lo cual, no es cierto lo mencionado por el apelante en cuanto corresponden a *"necedades por las que resulta imposible imponer una sanción a la entidad de que se pretende hacerme padecer".* En efecto, la sanción impuesta no corresponde únicamente a esta conducta sino a todas las estudiadas en el presente proceso, siendo el indebido manejo de los recursos la más grave y la que tiene el mayor peso dentro de la graduación de la sanción.

De otra parte señala el apelante: *"Me reitero en el hecho de que el ejercicio del derecho de defensa estuvo ciertamente truncado por la forma como se expuso el pliego de cargos y el sólo hecho de que se indique que el Informe de Visita forme parte de éste, no enerva la vulneración de mi derecho sino que, por el contrario, demuestra que estuvo verdaderamente conculcado. Cómo puede concluirse que el investigado debe acudir a un Informe de Visita para "buscar" en el mismo los asuntos que con tanta vaguedad y generalidad expone el AS como sustento del cargo".*



Al respecto debe señalar la Sala Plena que no puede alegarse desconocimiento del plan de ajuste y de la imputación efectuada, cuando las respuestas a cada requerimiento efectuado fueron realizadas directamente por el señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA** en su calidad de representante legal de Agrored S.A. En efecto, no es aceptable este argumento cuando desde las visitas efectuadas por el área de seguimiento se señalaron y explicaron cabalmente cada uno de los hallazgos evidenciados.

De esta manera, más allá de la posibilidad de consultar el expediente y de ser cada uno de los anexos de las visitas parte integrante del expediente, lo cierto es que de las pruebas obrantes en el expediente, se evidencia sin lugar a dudas el conocimiento del señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA** sobre cada uno de los puntos establecidos en el plan de ajuste.

4.2.3.4. Administración y control de riesgos

Señala en primer lugar que la Sala de Decisión no se podía referir al artículo 2.11.4.1.5 del Decreto 2555 de 2010, toda vez que dicha disposición no fue incluida en los cargos y por tanto no se defendió frente a la misma.

Al respecto evidencia la Sala Plena que la norma señalada por el apelante no se cita como norma imputada, sino simplemente se encuentra señalada dentro de las consideraciones de la Sala de Decisión para explicar las responsabilidades que existen dentro de una sociedad frente a los sistemas de administración y control de riesgos, en especial aquellas aplicables a los administradores.

De hecho se debe recordar que el a quo no consideró que en este punto debía efectuarse una imputación específica y aislada y por el contrario decidió que *"el análisis de los riesgos y de los daños que para el mercado ocasionó la conducta del señor **BORIS ALEJANDRO LOPEZ DE MESA HIDALGO**, debe abarcarse en el próximo acápite en donde se estudiará el indebido manejo de los recursos de los clientes. En efecto, en el caso concreto más allá de contar con un debido sistema de administración del riesgo, lo que ocurrió es que el señor **BORIS ALEJANDRO LOPEZ DE MESA HIDALGO**, ideó toda una estructura para que incluso, dentro de un sistema de riesgos no se evidenciaran los manejos que se estaban realizando"*.

Señala que no se ocasionó daño al mercado, y frente a las conclusiones de la Sala de Decisión menciona: *"(...) el supuesto de que no se llevaría al Comité de Riesgos la situación de Eco Café y Café Kenia por presuntas ilegalidades, no es cierto, habida cuenta que sí se analizó la situación de estos mandantes y la suficiencia de las garantías que amparaban las operaciones celebradas"*. A continuación transcribe las explicaciones dadas en sus descargos, las cuales considera no fueron tenidas en cuenta por la Sala de Decisión, concluyendo que: *"(...) la*



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

conclusión de la SD, además de estar fundada en normas legales no invocadas en los CARGOS, ignora las pruebas allegadas al plenario por lo que es claramente ilegal”.

Ahora bien, no obstante la Sala de Decisión analizó esta conducta en conjunto con aquella referida al indebido manejo de los recursos de los clientes, en este punto, analizará la Sala Plena los argumentos esgrimidos por el apelante.

Al señalar la Sala de Decisión que: *“(…) las operaciones efectuadas por el señor **BORIS ALEJANDRO LOPEZ DE MESA HIDALGO**, que se verán en el acápite posterior, en detrimento de los intereses no sólo de los clientes de la sociedad comisionista, sino de la sociedad misma, lograron efectuarse pasando por encima todos los controles que pudiesen haberse establecido, si los mismos existían y es que el Comité de Riesgos al parecer nunca tuvo conocimiento de la estructura de indebida utilización de recursos de los clientes que se estaba utilizando, a excepción claro está del señor **BORIS ALEJANDRO LOPEZ DE MESA HIDALGO**”, no se refiere como parece entenderlo el apelante a que no se llevó al comité de riesgos la situación específica del mandante de manera formal, sino que, es claro que en ningún momento se analizó el riesgo de utilizar recursos de los clientes para cubrir faltantes de estos mandantes, claro está, porque se trata de una conducta ilegal.*

En este sentido, y es la razón por la cual la Sala de Decisión analiza esta conducta en conjunto con el indebido manejo de los recursos de los clientes, en el caso específico más allá de los requisitos formales de analizar estados financieros y garantías de los mandantes, lo cierto es que se lograron realizar operaciones no autorizadas sin que el sistema de control de riesgos de la sociedad comisionista prendiera alarma alguna.

Lo anterior claramente prueba las fallas del sistema, sin embargo, al ser el mismo representante legal quien estructuró y desarrolló dichas operaciones, se le facilitaba omitir los controles a que hubiera lugar.

4.2.3.5. Del indebido manejo de los recursos de los clientes

Comienza el apelante señalando que el análisis de la confesión efectuado, es incompleto. En este sentido menciona:

“Es ilegal que se aprecien las pruebas de forma aislada y mucho más de manera parcial cuando están vertidas en un mismo medio probatorio, como ocurre con mi “confesión”. Si confesé la forma como se emplearon los recursos de unos mandantes para honrar las obligaciones de otros también CONFESÉ que (i) la BMC y la CCBMC fueron informadas de manera directa de la inexistencia de subyacente que ampara las operaciones honradas con recursos de mandantes distintos de los ordenantes de aquellas; (ii) la BMC y la CCBMC conocieron y de hecho solicitaron, la prórroga de los CDM’s carentes de subyacente, en fecha posterior a la



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

información que sobre dicha inexistencia obtuvieron de forma personal y directa a través de sus Presidentes y Representantes Legales, por exposición hecho (sic) por la Presidente del AGD emisor; (iii) Las razones por las cuales se destinaron temporalmente los recursos de algunos mandantes para honrar las operaciones de otros, fueron las de amparar el interés superior que representa el MPV de la BMC, claramente de mayor entidad al que representan los mandantes cuyos recursos se emplearon para ese efecto; (iv) se adelantó el pago de los recursos de los mandantes, de forma tal que jamás hubo reclamación o queja alguna de éstos y, por lo mismo, el amparo del mercado fue absolutamente efectivo; y, (v) se obtuvo de los mandantes autorización; de forma tal que el uso de sus recursos estuvo aprobado por éstos”.

Sea lo primero aclarar que la protección de los inversionistas de ninguna manera puede considerarse un interés de menor entidad, incluso frente a lo que llama el apelante la protección del mercado de la BMC. En efecto se trata de uno los pilares en los que se fundamenta la protección de este mercado y en ese sentido, en ningún caso es aceptable la utilización de los recursos de los clientes para fines diferentes del encargo conferido, ya que este mercado se basa en la transparencia y seguridad reflejadas precisamente, en un manejo adecuado, claro y profesional de los recursos por los inversionistas confiados.

Así las cosas, considera la Sala Plena que no es posible sopesar ambos intereses para justificar la conducta, toda vez que no sólo existían otras alternativas de conducta sino que bajo ninguna circunstancia se pueden considerar los derechos de los inversionistas como un interés de menor importancia.

Es por esto que no concuerda la Sala Plena con la supuesta ponderación que efectúa el apelante, ya que no es posible en este mercado, justificar una conducta nociva para los intereses de los inversionistas y para la confianza que los mismos depositan en este mercado en el supuesto amparo de otro interés.

No se puede olvidar que nos encontramos ante una actividad que la Constitución Política de Colombia ha caracterizado como de interés público y en este sentido se trata de una actividad totalmente regulada y que se desarrolla dentro de un permanente proceso de intervención de Estado, no sólo a nivel regulatorio sino de inspección, vigilancia y control. Ahora bien, el principal objetivo de esta intervención del Estado es precisamente mantener la confianza de los inversionistas en el mercado. En efecto, siendo la confianza uno de los pilares fundamentales del mercado, implican mayor gravedad aquellas conductas que conllevan a que se mengüe la misma, lo cual es precisamente lo que ocurre cuando se utilizan indebidamente los recursos entregados por los inversionistas.

Así las cosas es claro que como lo mencionado la doctrina, “la protección de los inversionistas es una condición para la confianza en el mercado de valores y por ende para su desarrollo y el de la economía. Esto en tanto son los inversionistas los que aportan los recursos para el desarrollo de los



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

proyectos productivos en el largo plazo ya que están dispuestos a correr riesgos acordes con su naturaleza y de esta manera a movilizar el ahorro macroeconómico”, y en este sentido, no es aceptable de ninguna manera el argumento del apelante según el cual se amparó un interés superior “claramente de mayor entidad al que representan los mandantes cuyos recursos se emplearon para ese efecto”, toda vez que los inversionistas son el centro de protección de este mercado.

Lo anterior de hecho fue explicado por la Sala de Decisión en primera instancia en los siguientes términos:

Si bien se entiende éste puede corresponder a un móvil de su conducta, lo cierto es que, los mecanismos implementados tales como i) las ventas anticipadas de títulos, ii) recompras de los mismos títulos de ECOCAFÉ y iii) la no inversión de dineros de los clientes entregados a la firma, son conductas que vulneran en sí mismas al mercado y por lo tanto, no es posible so pretexto de proteger al mercado, incurrir en riesgos tan altos como los asumidos por el investigado.

En efecto, es claro para la Sala que el investigado tenía distintas alternativas de conducta a la hora de actuar; de un lado declarar los incumplimientos y que el CRC Mercantil y Almagrario salieran a cumplir con las operaciones. La cual constituye también una conducta sancionable, ya que es el comisionista el obligado al cumplimiento de las operaciones que celebra en virtud del contrato de comisión. En efecto, ante esta circunstancia, claramente el riesgo en que pone a la CRC que actúa como contraparte, es enorme. Sin embargo la alternativa escogida, de tomar los recursos de los clientes para el cumplimiento de las operaciones, no puede ser considerada una conducta de menor significancia toda vez, que con esta última opción se pone en riesgo la confianza del público y por ende al mercado mismo y su estabilidad.

Así las cosas, si bien las circunstancias en las cuales se desarrolló la conducta y el móvil mismo del investigado para llevarla a cabo, son situaciones que se tendrán en cuenta para efectos de graduación de la sanción, de ninguna manera pueden justificar el uso indebido de dineros de los clientes, conducta que afecta los bienes jurídicos más protegidos de este mercado, como lo son la transparencia y honorabilidad con que deben actuar quienes participan en el mismo, menguándose así mismo, como se mencionó, la confianza que los diferentes inversionistas depositan en el mercado.

De la misma manera, se debe resaltar que en el caso concreto, al utilizar un esquema en el cual, el pago de las operaciones se supeditaba a los nuevos inversionistas que tenía la firma, era claro que el mismo resultaba insostenible, como en efecto ocurrió. Por lo cual, no es posible tener una aparente protección del mercado, como causal eximente de responsabilidad.

(...)

Así las cosas, es claro que la utilización indebida de los dineros de los clientes es una conducta que implica una afectación grave a los bienes jurídicos más protegidos del mercado de valores,



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

y por tanto, el argumento según el cual no se produjo daño no es aceptable como eximente de responsabilidad, toda vez que como se mencionó se produce la afectación del bien jurídico en el momento en que se comete al conducta, ya que se trata de dineros del público, los cuales, se encuentra protegidos constitucionalmente. En efecto, no sobra recordar que nos encontramos ante una actividad de interés público, precisamente por el manejo de los dineros del público y en ese sentido se trata de una actividad absolutamente reglada y sobre la cual se da una especial supervisión e intervención del Estado. De acuerdo con lo anterior, es claro que el manejo de estos dineros debe efectuarse en todo momento de acuerdo con las normas que rigen la materia y en cumplimiento de los principios de transparencia, seguridad y honorabilidad que rigen este mercado, y en especial la confianza en este mercado.

Ahora bien, en lo que se refiere a la situación presentada con los subyacentes de los CDM's sobre los cuales se efectuaron las operaciones en la Bolsa, se analizará más adelante, al efectuar toda la traza de las circunstancias presentadas.

Se refiere posteriormente el apelante, a los antecedentes de la visita practicada por el área de seguimiento y cómo se identificaron las conductas por la colaboración prestada por el apelante.

Al respecto encuentra la Sala Plena que en primera instancia, según se evidencia de la Resolución recurrida se tuvo en cuenta la colaboración prestada por el apelante incluso como atenuante para la graduación de la sanción. En efecto, señala el a quo: *"En efecto, encuentra la Sala en primer lugar, que el señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO**, desde el inicio del proceso disciplinario prestó tanto al órgano de supervisión como a la Cámara Disciplinaria, una colaboración efectiva que contribuyó al esclarecimiento de los hechos objeto del proceso, tanto así que fue él mismo quien descubrió ante el órgano de investigación, las conductas que estaba desarrollando al interior de la sociedad comisionista que representaba. En efecto el investigado, de manera voluntaria, explicó las conductas objeto de reproche al área de seguimiento".*

Así las cosas es claro que tanto la colaboración prestada al inicio de la visita efectuada por el área de seguimiento, como en las restantes etapas del proceso disciplinario fue tenida en cuenta y sopesada por la Sala de Decisión, como atenuante de la conducta sancionada.

De otra parte señala el apelante: *"La SD tiene en cuenta las razones que motivaron desde siempre la implementación de mecanismos para honrar las operaciones de dos mandantes cuyo incumplimiento tenía la potencialidad de generar la debacle en el mercado, pero luego indica que esos mecanismos representaban un riesgo para éste".*

Al respecto aclara la Sala Plena que el hecho que el riesgo que representaba un incumplimiento sistemático de las operaciones celebradas por cuenta de los mandantes Eco Café y Café Kenia difiere del riesgo que representó la utilización de dineros de clientes

diferentes para el pago de dichas operaciones; en efecto, el hecho de que con ese mecanismo se haya evitado el incumplimiento, no implica que el mismo no representara riesgos, que por lo demás no tenían por qué asumir inversionistas que nada tenían que ver con la contingencia presentada y que dieron instrucciones para la realización de otras operaciones y no, para que sus recursos fueran utilizados en el pago de negocios de otros clientes.

Es por lo anterior, que como ya ha mencionado esta Sala Plena, no es factible realizar una ponderación como la que menciona el apelante, toda vez que la afectación de los inversionistas y de la confianza que los mismos depositan en el mercado siempre conlleva a una afectación del mercado mismo.

De esta manera no se trata como lo menciona el apelante de *“sólo advertir de la presunta vulneración de un (sic) norma legal”*, ya que la conducta reprochable evidenciada en el presente proceso disciplinario, si bien vulnera diversas normas legales y reglamentarias, va más allá al afectar unos los pilares base de este mercado, como es la protección de los inversionistas y su confianza en este escenario.

Continúa refiriéndose a su interés de protección del mercado público de la Bolsa, y señala: *“No se puede apreciar el hecho de no haber solicitado la declaratoria de incumplimiento y de haber cedido \$2.500 millones del sobre colateral a favor de otra vigilada (el AGD), aún a costa de la totalidad de mi patrimonio y el de mi familia”*.

Así mismo menciona:

“Sé que el asunto por el que se me pretende sancionar es de orden disciplinario, pero ello no quiere decir que lo argumentado y que evidencia la responsabilidad de otras entidades pueda ser pasado por alto, máxime que con ello quiero demostrar la necesidad en la que me vi forzado a actuar.

Si hay algo que se protegió con mi conducta fue la confianza del MPV, pues para éste resultó completamente inocuó el uso temporal de recursos y, por el contrario, mantuvo la certeza de que en el escenario de la BMC las operaciones se honran”.

Se debe precisar que la Sala de Decisión, para efectos de graduación de la sanción tuvo en cuenta los móviles del sancionado para la realización de la conducta y el hecho de que haya pretendido evitar la declaratoria de incumplimiento. En efecto se señala en la Resolución recurrida: *“Adicionalmente, es preciso tener en cuenta las circunstancias en las cuales se presentó la conducta y los móviles que conllevaron a la realización de la misma. En efecto, el investigado actuó bajo el convencimiento de que podría producirse un daño mayor al mercado si permitía que se incumplieran un cúmulo de operaciones de sus mandantes Ecocafé y Café Kenia. Si*



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

bien, la Sala se encuentra absolutamente en desacuerdo con la opción tomada por el investigado, si debe ponderarse que se encontraba intentando evitar una situación compleja en el mercado”.

Así las cosas, tanto el hecho de haber cedido el sobrecolateral al AGD, y la incidencia del actuar de otras entidades, son situaciones que claramente se tienen en cuenta y de hecho, por estas razones se encuentra que una conducta con las implicancias y gravedad como la estudiada, se ve evidentemente atenuada por diferentes aspectos que menguan la responsabilidad disciplinaria. Sin embargo, no pueden ser estas situaciones tenidas como eximentes de responsabilidad, toda vez que el señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA** como profesional del mercado decidió por sí mismo, utilizar recursos de sus clientes para fines diferentes del encargo conferido y dicha decisión no es imputable a ninguna de las entidades que señala.

De otra parte, después de todas las consideraciones efectuadas por la Sala Plena es claro que no resulta “inocuo” el uso de recursos de los clientes, de manera indebida y haciendo caso omiso de las instrucciones dadas por estos, no cumpliendo por tanto el encargo conferido. En efecto, como se ha dicho incasablemente, esta conducta afecta un pilar fundamental del mercado, pilar en el cual se fundamenta gran parte de la regulación que se encuentra encaminada a la protección del inversionista.

Posteriormente se refiere al programa de recuperación aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia y la autorización dada por los clientes dentro del mismo, para “el uso de sus recursos por fuera del MPV”. En este sentido menciona: “(...) de manera tal que lo dicho por la SD en relación con la falta de aprobación de los mandantes cuando se emplearon sus recursos, no puede llevar a desconocer que su obtención posterior subsana la falencia, estos, que la corrige”.

Al respecto encuentra la Sala Plena que los mandantes en ningún momento autorizaron la utilización de sus recursos para el pago de operaciones de otros clientes. En efecto no puede ser aceptable el argumento del apelante según el cual “(...) lo dicho por la SD en relación con la falta de aprobación de los mandantes cuando se emplearon sus recursos, no puede llevar a desconocer que su obtención posterior subsana la falencia, esto es, que la corrige. Una conclusión en contra y resaltar que no se contaba con esa autorización, ignorando la subsanación en comento, implica el empleo evidente de la proscrita teoría de la responsabilidad objetiva, que la SD indicó no usar para efectos de su decisión”.

De ninguna manera subsana la conducta asumida, el hecho de que en el plan de recuperación los clientes den su autorización para que sus recursos se manejen por fuera del mercado público, pues no permitieron de manera previa, concomitante o posterior, que sus dineros se utilicen para el pago de operaciones de Eco Café o de Café Kenia.



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

Así las cosas, nada tiene que ver la responsabilidad objetiva en este análisis, ya que lo que ocurre es que el señor **BORIS LÓPEZ DE MESA HIDALGO**, utilizó recursos de sus clientes con el pleno desconocimiento de éstos, para el pago de obligaciones de otros clientes y el hecho de que posteriormente se de una autorización que permite un determinado manejo posterior para la devolución de los recursos, es simplemente un mecanismo para reparar el daño causado y no, una forma de “subasanan” la conducta reprochable. En efecto, el hecho de que se apruebe el plan de recuperación bajo las instrucciones precisas dadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, implica que existe un esquema adecuado para la devolución de unos recursos de los clientes, que no fueron utilizados debidamente y ésta última es la conducta reprochable por la que se sanciona, sin perjuicio de que las gestiones posteriores sean tenidas en cuenta para efectos de graduación de la sanción como en efecto ocurrió.

En efecto, señaló la Sala de Decisión en la Resolución recurrida, como aspecto atenuante en la graduación de la sanción, el siguiente: *“Así mismo, se debe resaltar el hecho de que los recursos hayan sido devueltos en su totalidad a los clientes, pues implica que se logró reparar efectivamente el daño ocasionado y adicionalmente se evitó la propagación del perjuicio. En efecto, con las gestiones realizadas, el señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO**, logró evitar un daño mayor y finalmente logró estabilizar la situación tanto de la sociedad que representaba como de los clientes afectado. Esta situación, atenúa en gran medida la conducta, toda vez que es fundamental que los inversionistas y clientes, sean reparados en la afectación de sus intereses”*. (negrillas por fuera del texto original)

Ahora bien, no sobra recordar que acorde con el artículo 3.12.1.6 de la entonces vigente Resolución 1200 de 1995: *“Se considera práctica ilegal, no autorizada e insegura la utilización de activos de los clientes para realizar o garantizar operaciones de otros clientes o de la entidad vigilada por esta Superintendencia, salvo en los casos autorizados por la normatividad y con el consentimiento expreso y escrito del cliente”*. En este punto es preciso resaltar que no existe una excepción legal que permita utilizar los recursos de los clientes para no generar incumplimientos en el pago de operaciones de clientes diferentes.

No obstante las precisiones anotadas, entrará la Sala Plena a analizar nuevamente la situación fáctica presentada y la totalidad del acervo probatorio para determinar si existen causales atenuantes de la responsabilidad disciplinaria que no hayan sido tenidas en cuenta en su momento por la Sala de Decisión. Se aclara que las circunstancias presentadas no justifican la conducta asumida, ya que como se ha mencionado incansablemente, la utilización indebida de los recursos de los clientes no se puede justificar de ninguna manera por situaciones que si bien complejas, no conllevaban a que el apelante tomara la decisión de disponer de los recursos confiados por sus inversionistas para fines diferentes del encargo conferido.



Se encuentra probado en el expediente, que en el año 2005 se celebró un acuerdo entre la entonces CRCBNA, Eco Café y cuatro sociedades comisionistas para efectos de dar cumplimiento a operaciones celebradas por la sociedad Eco Café, que no habían sido cumplidas en las fechas pactadas para el efecto. De hecho, en el contrato de mandato sin representación para Repo sobre CDM No. 272 de 2009 entre Eco Café S.A. y Agrored S.A., celebrado el 9 de julio de 2009, se explican las características de este acuerdo en los siguientes términos⁶:

- a) *Que mediante acuerdo celebrado el 9 de diciembre de 2005, la CRC acogió la fórmula propuesta por ECO CAFÉ y las SCB AGRONEGOCIOS, MERCANCIAS Y VALORES, AGROPAR y AGRORED, para atender las obligaciones con la CRC derivadas de operaciones forward celebradas en la Bolsa, por valor de \$7.659.193.733*
- b) *Que en virtud de dicho acuerdo ECOCAFE se comprometió a celebrar en el mercado abierto operaciones repo de CDM constituidos sobre café excelso en tránsito tipo exportación y a efectuar pagos mensuales de \$200MM para cancelar dichas obligaciones, pudiendo también realizar operaciones repo sobre café consumo o pasilla en las condiciones establecidas en la CRC y acorde al portafolio indicativo aprobado hasta por un monto equivalente al 5% del volumen transado por ECO CAFÉ.*

Ahora bien, en variadas ocasiones el señor **BORIS LÓPEZ DE MESA HIDALGO**, explica que el acuerdo celebrado funcionó correctamente. En efecto, en acta de reunión celebrada dentro del proceso de inspección adelantado por la Superintendencia Financiera de Colombia –SFC– a la sociedad comisionista Agrored, el señor **BORIS LÓPEZ DE MESA HIDALGO** explicó: *“Desde el inicio del acuerdo en diciembre de 2005, hasta alguna fecha a finales del año 2007 que no recuerdo exactamente, la operación funcionó de la forma prevista en el acuerdo y el mandante Eco Café honró las obligaciones de recompra de las operaciones sobre los CDMs.”*⁷

Según explica el sancionado, en la misma reunión, a partir de esa fecha – finales del 2007– se comienzan a efectuar renovaciones sobre las operaciones que se iban venciendo, y de esta manera se aumentó así mismo la exposición del mandante.

En efecto, lo anterior es explicado por el área de seguimiento, mediante comunicación del 24 de septiembre de 2009, en donde solicita a la CRC Mercantil información sobre las operaciones REPO sobre CDM de Eco Café. En dicha comunicación resalta el órgano de supervisión los siguientes hechos:

- Ecocafé S.A. es el principal comitente en operaciones de financieros, con posiciones abiertas a cierre de agosto/2009 por \$27.732 millones de pesos.

⁶ Cuaderno No. 1. Anexos Visita Agrored S.A. Folio 110

⁷ Cuaderno No. 1. Anexos Visita Agrored S.A. Folio 259-265



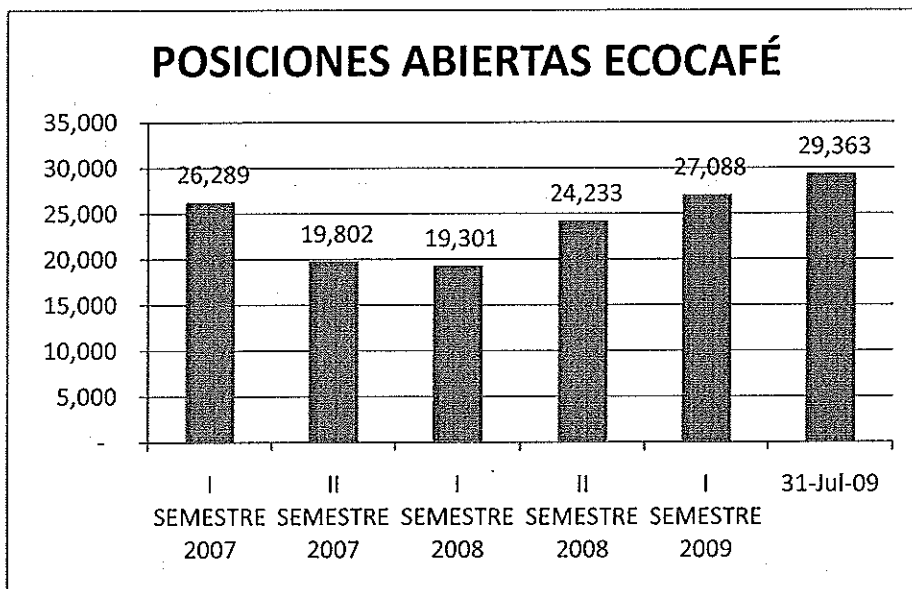
BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 - 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

- Ecocafé incrementó sus posiciones abiertas en un 43.7%, pasando de \$19.300 millones de pesos al cierre del primer semestre de 2008 a 27.088 millones para el mismo periodo del año 2009.
- Aproximadamente el 70% de las posiciones abiertas que a la fecha (sep/09) tiene este mandante provienen de operaciones de roll over realizadas sobre títulos emitidos por Almagrario S.A.. Aclara que existen operaciones sobre las cuales se han realizado más de tres renovaciones.
- La SFC solicitó a Almagrario S.A. implementar medidas preventivas relacionadas con la expedición de CDM's sobre café destinado a exportaciones.
- Se celebró un acuerdo con Ecocafé y varias sociedades comisionistas de la Bolsa, el cual ya debe haberse completado a la fecha. Sin embargo existen obligaciones de recompra vigentes.

En efecto, como se verá en la gráfica siguiente, elaborada por el área de seguimiento en su informe de visita, el aumento de la exposición del mandante Eco Café es evidente para el año 2008:



Continuando el orden cronológico, tenemos que según explica el sancionado, a mediados del 2008 es cuando se evidencian los inconvenientes con los subyacentes de los CDM transados en la Bolsa. En efecto, explica el señor **BORIS LÓPEZ DE MESA HIDALGO** lo siguiente:

"A mediados de 2008 fui citado a una reunión en la BNA a la cual asistieron los presidentes de la Cámara, la Bolsa y Almagrario, y en la cual fuimos informados por la presidencia de



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

Almagrario sobre problemas en la operación cafetera de los mandantes Café Kenia y Eco Café, derivados del faltante, y en algunos casos, la inexistencia del subyacente de los CDMs. A partir de ese momento se buscaron fórmulas que permitieran continuar con la operación, entre los participantes de dicha reunión, de manera tal que todo indicaba que se mantendría, así fuera bajo un mecanismo alterno, la operación para el pago de los dineros de que tratan el acuerdo de pago celebrado en 2005. Fórmulas tales como, contratos de exportación de café, y hacer los "rollovers" de las operaciones vigentes, para que, entre tanto, el mandante Eco Café fuera llenando los CDMs con el subyacente faltante.

(...)

A pesar de los problemas que en su momento informó Almagrario, se expidieron nuevos CDMs por parte de este almacén, lo cual permitió a Agrored considerar que la operación cafetera continuaba y, de esta manera, la obtención de los recursos para cancelar el saldo del acuerdo de pago a favor de la CRCBNA, los costos y el valor de las operaciones de bolsa, es decir se expidieron nuevos CDMs, y sobre estos se efectuaron prórrogas que permitieron la realización de nuevos "rollovers".

(...)

El "rollover" de las operaciones se adelantó por solicitud expresa del mandante ECOCAFE S.A., con la anuencia de ALMAGRARIO y de la Cámara de Compensación de la BNA, evidenciada en la prórroga de los CDMs y la expedición de los certificados de calidad del subyacente, como ya lo dije."

En efecto, en comunicación de Almagrario S.A. referida a la recompra CDM's contingencia cafetera, se señala:⁸

"Como es de su conocimiento, en días pasados la sociedad C.I. Eco Café S.A. empresa que ha generado una importante contingencia de pérdida para la CRCBNA y Almagrario, fue objeto de toma de posesión por parte de la Superintendencia de Sociedades.

(...)

La mencionada contingencia de pérdida deviene de las operaciones repo amparadas en CDM's emitidos por Almagrario, celebradas por las mencionadas empresas a través del mercado abierto de la BNA, que fueron asentadas en la CRCBNA.

A la fecha la CRCBNA, en desarrollo de las mencionadas operaciones financieras, es tenedora legítima de CDM's, por valor total nominal de \$14.632.796.937,12,

⁸ Cuaderno No. 1. Anexos Visita Agrored S.A. Folio 004-007



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

(...)

Es de recordar que los CDMs atrás relacionados, están vinculados a la operación cafetera y que, por ese motivo, Almagrario no tiene en su poder mercancías subyacente que los respalde, como se ha informado en sendas oportunidades en forma escrita y verbal. Por ende, los mismos deben ser pagados por Almagrario con recursos propios, en la medida que su flujo de caja se los permita (...)"

Así mismo, en audiencia realizada por la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria, señaló la Presidente, para la época de los hechos, de Almagrario S.A.:

"Para esa época cuando yo me posesioné el 12 de agosto toda la anterior administración había sido o fue ese día retirada de Almagrario por mala gestión en el tema de la operación cafetera. Porque para esa época ya se conocía que todos los CDM's que había negociado Ecocafé, Café Kenia que también era una empresa de Francisco Arango y Máximo Exportadores que era una empresa del actual gobernador de Caldas, no tenían subyacente. Y eso fue lo que dio, llevó al traste la, el proceso de venta de Almagrario por lo cual ese proceso decayó y ahí empezaron una serie de investigaciones, tanto así que yo digamos como a los 15 días siguientes de estar posesionada en mi cargo, denuncié penalmente a Francisco Arango, a Máximo Exportadores, incluso a las ex empleadas que habían participado en esa operación.

También se denunció esos hechos a la Contraloría General de la República y se interpusieron pues una serie de denuncias en los entes de control incluido la Superintendencia Financiera. Para esa época nosotros lo primero que hicimos fue un inventario del café que había, supuestamente en las trilladoras de Ecocafé, de Café Kenia que era Francisco Arango; y nos encontramos que para la época había un faltante de 39.900 millones de pesos si o me equivoco en café y el resto eran 8 mil millones de pesos de café que estaba depositado en la almacenadora pero era café que no cumplía con la calidad, o sea con calidad de tipo exportación que era el café excelso que se exportaba o el que había que era café Verde, pues ya digamos había pasado mucho tiempo sin que se hiciera el proceso de trilla. Por lo tanto ese café no terminó valiendo digamos o no podía costar lo que supuestamente ese inventario podía costar en el mercado, pues porque ya había perdido sus calidades.

Entonces el paso a seguir fue, yo me reuní con la Bolsa con el presidente en su momento Botero y Juan Camilo Montejó para esa época pues estaba como Presidente de la Cámara, las primeras personas que notifiqué digamos, lo primero que yo hice fue reunirme con todas las personas que eran de alguna manera estaban o tenían que ver con esta operación; tanto así que había un cuadro en que el 70% de la operación si no es más, el 70% recaía sobre la Bolsa digamos era el mayor riesgo que tenía la Bolsa éramos nosotros o Almagrario y estaban otras carteras colectivas una parte la tenía Interbolsa, entonces la estrategia fue yo me senté con todo el mundo por aparte y les dije: vea, acá no hay café, si Almagrario quiere honrar estos títulos, no



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

tenemos caja en este momento pero la idea es que vamos a hacer algo para poder sacar el almacén adelante, porque si no pues se liquidaba, el riesgo que era se liquidaba el almacén.

Estaba el tema pues de que los inversionistas eran titulares de pues de estos títulos había cuarenta y pico millones de pesos en valor nominal que estaba en el mercado y finalmente pues también se liquidaba la Bolsa y la Cámara porque en ese momento pues no había la liquidez por que responder por esos títulos. Entonces yo me reuní con todos aquí y empecé y con Francisco Arango claramente que era el mayor causante de este problema, con Francisco Arango nos sentamos y hicimos un acuerdo de pago en principio un primer acuerdo de pago que se llamó no es acuerdo de pago sino acuerdo de restitución de café. La suma de eso podría ser alrededor de 26 y 27 mil millones de pesos, con Café Kenia hicimos otro que podría estar alrededor de 7 mil millones y Máximo Exportadores por el saldo que le correspondía. Todos firmamos un acuerdo de restitución de café.

En qué consistía ese acuerdo? Con la ayuda de la Bolsa porque sentados acá digamos Juliana Correal también participó en eso, Almagrario liderado por mí, estructuré un proceso en el cual con el café que había podíamos salirlo a vender y empezar a recomponer los inventarios que faltaban. Y, en la medida que se fueran venciendo los títulos nosotros íbamos sacando plata de la caja y con Francisco Arango se negoció y con Máximo Exportadores, que el haircut de esas negociaciones se aplicaba a favor de Almagrario, por lo que Almagrario iba a poner los recursos propios.

Esos acuerdos se firmaron en el 2008, por ahí septiembre, bueno a finales de noviembre de 2008 se firmaron esos acuerdos, la Cámara digamos siempre estuvo al tanto de esa situación. La Bolsa pues también, yo me reuní varias veces digamos Juan Camilo y el doctor Botero siempre pues exigían a Almagrario que pusiéramos la plata, que si constituíamos una garantía en a favor de la Cámara. Siempre tuve una discusión con ellos porque siempre manifesté que por ser Almagrario una entidad financiera no podíamos constituir ningún tipo de garantías y que lo que necesitábamos era tiempo para seguir prorrogando esos títulos pues los títulos se prorrogaron ene mil veces, durante todo ese periodo, realmente la operación cafetera se vino a pagar en el año noviembre del 2010. Se terminó de pagar la operación cafetera.

Y cómo se hizo eso? Pues lo que nos dio el plazo para pago fue precisamente la prórroga de eso títulos durante ese tiempo, eso se suspendió cuando Francisco Arango, cuando a Ecocafé lo intervinieron por captación masiva e ilegal que fue en ese momento pues donde ya digamos no podíamos prorrogar los títulos; sin embargo era de conocimiento público de la Bolsa, mío, incluso de la Superintendencia Bancaria que esos títulos no tenían subyacente. Tanto así que en las certificaciones que yo enviaba a la Cámara, las que me pedían o las que piden generalmente a los almacenes generales de depósito cada mes para certificar los inventarios, si usted se da cuenta en las columnas están partidas por años, cada columna dice, nosotros decíamos cada CDM y en qué estaba amparado. Entonces yo decía, en el acuerdo de restitución de café.

Y los nuevos que sacaron, porque yo hice una nueva operación que se llamaba operación cafetera no contingente, que fue con base en el inventario que había, Almagrario estructuró un



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

producto que nosotros cogíamos y hacíamos todo el proceso de trilla, como nosotros teníamos toda la cadena logística hasta la exportación, con Bancoldex hicimos un convenio en el que a través de las cobranzas bancarias en una cuenta digamos de Bancoldex, que la plata entra de Ecocafé, nosotros vendíamos el café al exterior los compradores que Ecocafé nos dijera, hacíamos digamos la cobranza bancaria documentábamos toda la cobranza y así recuperamos, por eso había una parte de la plata y en esa medida con esa operación fue que se empezó digamos a pagar la operación cafetera”.

Ahora bien es en estas circunstancias en las cuales el apelante justifica su conducta, y la utilización de los recursos de los clientes para poder efectuar la renovación de las operaciones de sus mandantes Eco Café y Café Kenia. En efecto, al continuar con su explicación sobre la situación presentada, señala el señor **BORIS LÓPEZ DE MESA HIDALGO**:

“A pesar de los problemas que en su momento informó Almagrario, se expidieron nuevos CDMs por parte de este almacén, lo cual permitió a Agrored considerar que la operación cafetera continuaba y, de esta manera, la obtención de los recursos para cancelar el saldo del acuerdo de pago a favor de la CRCBNA, los costos y el valor de las operaciones de bolsa, es decir se expidieron nuevos CDMs, y sobre estos se efectuaron prórrogas que permitieron la realización de nuevos “rollovers”.

(...)

“El “rollover” de las operaciones se adelantó por solicitud expresa del mandante ECOCAFE S.A., con la anuencia de ALMAGRARIO y de la Cámara de Compensación de la BNA, evidenciada en la prórroga de los CDMs y la expedición de los certificados de calidad del subyacente, como ya lo dije.

(...)

“Teniendo en cuenta las garantías con que se contaba y el hecho de que el cliente continuaba operando, y por lo mismo expidiendo nuevos títulos y generando fondos que permitirían en ese momento cubrir las diferencias que se presentaban en las operaciones “rollover” enunciadas anteriormente, y, en mi sentir la imperiosa necesidad de evitar que en el mercado se generara una nueva situación que afectara la credibilidad en el mismo, el patrimonio de la Cámara de Riesgo Central de la BNA y el de Almagrario, en mi condición de representante Legal de Agrored S.A. decidí cubrir las diferencias que se generaban en los “rollover” con dineros de mandantes distintos de ECOCAFE Y CAFÉ KENIA.

Básicamente, los dineros de los otros clientes a los que hice referencia, se obtuvieron por operaciones hechas sin la autorización de éstos, y que consistieron en la venta de operaciones



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

de mercado secundario en la BNA, las recompras anticipadas de títulos, la no reinversión de operaciones registradas en la BNA, y dineros que estos entregaron a la firma y no fueron invertidos. Tales operaciones han sido hechas desde el año 2008.

(...)

Todos los dineros obtenidos bajo las operaciones anteriormente descritas fueron empleados de manera exclusiva para completar el valor de las compensaciones de las operaciones en los vencimientos correspondientes ante la Cámara de Riesgo Central de la BNA, o para sustituir los clientes cuyos dineros se habían destinado a la compensación anteriormente referida. Así, manifiesto que de dichas sumas no se destinó peso alguno a la atención de obligaciones distintas a aquellas cuyos faltantes se completaron, y desde luego, al reconocimiento de los rendimientos que dichas platas generaban a favor de los clientes durante el término en que se mantuvieron en Agored y se sustituyeron con otros clientes. Por lo tanto, el manejo de todos los dineros de esas operaciones se dio por medio de la cuenta compensada de Agored, Banco de Bogotá cuenta corriente número 080030091”.

En efecto, tal y como se logró probar en la etapa de investigación, en la etapa de decisión y como también lo explica el sancionado, para efectos de cubrir los faltantes que se generaban con la realización de operaciones de roll over, se utilizaron recursos de varios de clientes diferentes de Eco Café y Café Kenia, mediante la instrumentalización de diferentes mecanismos tales como recompras anticipadas de títulos de sus clientes sin entregar el producto de dicha recompra o reinvertirlos en el encargo conferido; para destinar dichos recursos a las operaciones de Eco Café y Café Kenia; recompras de los mismo títulos de Eco Café, con recursos de otros clientes sin que este fuera el encargo conferido y la no inversión de los dineros entregados por los clientes en las operaciones de bolsa por ellos instruidas.

Ahora bien, bajo este esquema se encontró que a la fecha de corte, se habían utilizado recursos por una suma de \$9.700'000.000, correspondientes a 92 inversionistas de la sociedad comisionista administrada por el señor **BORIS LÓPEZ DE MESA HIDALGO**, los cuales también como se logró probar en el expediente serán devueltos a dichos inversionistas dentro del plan de restablecimiento patrimonial y obtención de recursos aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia. De hecho, en comunicación de aprobación por parte de la entidad de supervisión y control, del 31 de mayo de 2010, ésta señala⁹:

⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2. Folios 351-371



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

"En desarrollo del programa de recuperación, la firma comisionista procederá a liquidar activos de su propiedad para atender las obligaciones derivadas de los contratos de mandato correspondientes a los 92 clientes a que hace referencia el presente programa.

Adicionalmente, la propuesta incorpora medidas destinadas a realizar cambios en la administración y en los órganos de control de la firma comisionista tendientes a garantizar que la sociedad ejecute su objeto social con estricto cumplimiento de la normatividad que le resulta aplicable.

El programa propuesto por Agrored S.A. incorpora el desarrollo de diversas medidas administrativas y de orden económico que permiten establecer que la sociedad podría superar las dificultades que actualmente afronta y principalmente proteger el interés de los inversionistas, a través de mecanismos que para el presente caso, resultan más eficientes y útiles para mantener la confianza en el público que la adopción de la medida de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la sociedad que eventualmente culminaría en una liquidación".

De todo lo anterior, encuentra la Sala Plena que en efecto se presentaron circunstancias que pudieron poner al señor **BORIS LÓPEZ DE MESA HIDALGO** en una situación bastante compleja ante la posibilidad de generar un incumplimiento sistemático de las operaciones efectuadas por sus mandantes Eco Café y Café Kenia, sin embargo, no comparte de ninguna manera la decisión adoptada de utilizar recursos de otros clientes, involucrándolos con la contingencia presentada, para cubrir a mandantes que por lo demás ya habían presentado un comportamiento reprochable en operaciones celebradas en este mismo escenario.

En efecto, no es aceptable que se ponga en riesgo los recursos de otros inversionistas para el cumplimiento de obligaciones que ya se encontraban en situación prácticamente inminente de incumplimiento. Más allá de las gestiones realizadas posteriormente y que lograron que los recursos puedan ser devueltos a cada inversionistas, lo cierto es que se puso en gran riesgo sus recursos sin que siquiera éstos hubiesen dado su aceptación ni conocieran la naturaleza de las operaciones en donde se estaban invirtiendo, y es claro el riesgo porque, sencillamente pudo pasar que para el momento de devolver los recursos a los inversionistas, el señor **BORIS LÓPEZ DE MESA HIDALGO**, no hubiese logrado conseguir los mismos.

Es así como, si bien atenúa en gran medida la responsabilidad disciplinaria y el daño ocasionado, el hecho que los recursos sean devueltos a los inversionistas, no mengua el riesgo que se asumió con recursos que clientes habían confiado a la sociedad comisionista representada por el señor **BORIS LÓPEZ DE MESA HIDALGO**.



4.2.3.6. De la graduación de la sanción.

Señala que la sanción impuesta no consulta al gravedad de los hechos y la infracción, los antecedentes del sancionado ni la dimensión del daño o peligro para la confianza del público. En este sentido menciona:

“Los hechos no se limitan al empleo temporal de los recursos de algunos clientes para honrar operaciones del MPV, sino que incluyen el reintegro de los recursos a los mandantes, el inocultable amparo al mercado, a la BMC, a la CCBMC y al AGD, y el sostenimiento de la confianza en el MPV a costa de mi propio patrimonio y el de mi familia.

Mis antecedentes en todos los casos corresponden a los de una persona honesta, seria, leal, de buena fe y diligente, sin que con ello quiera insinuar que soy infalible. Operé con convencimiento íntimo e invencible de que priorizar o privilegiar los intereses del MPV de la BMC era imprescindible en las circunstancias y hoy, frente a la situación por la que atraviesa la CCBMC y sus implicaciones para la BMC y para el propio MPV, demuestran que no fue errado mi juicio y por lo mismo tampoco mi decisión. Por eso, creo que una sanción de suspensión no corresponde a un error de buena fe exenta de culpa.

Si algo no hubo en el presente caso, es daño o peligro para la confianza del público, pues no se afectó ninguno de los mandantes y el MPV se mantuvo incólume frente a las graves implicaciones de la celebración de operaciones sin subyacente, a ciencia y paciencia de la BMC y de la CCBMC, y de los efectos perniciosos de la intervención del mandante cuyas operaciones se honraron sin que existiera el subyacente.”

Finalmente señala: *“(…) Reclamo, eso sí, que a pesar de haber podido, de forma que considero facilista, solicitar la declaratoria de incumplimiento y con ello lograr el traslado de la obligación de honrar la (sic) operaciones a la CCBMC y la entrega del sobre colateral por parte de AGD a AGRORED S.A. decidí asumir el riesgo y cubrir con mi patrimonio el faltante de esas operaciones, al emplear de manera transitoria los recursos de otros mandantes”.*

Al respecto encuentra la Sala Plena que estructurar un mecanismo completo para utilizar recursos de los clientes para el pago de los vencimientos de Eco Café y Café Kenia de ninguna manera puede ser una conducta ni de buena fe ni exenta de culpa. Adicionalmente como se ha señalado incansablemente, si hubo daño para la confianza del público toda que precisamente fueron los recursos de los inversionistas los indebidamente utilizados para operaciones a las cuales ellos no habían accedido, incumpliendo el encargo conferido y afectando por tanto, directamente su confianza. En efecto, el hecho de devolver posteriormente los recursos no elimina el hecho que los mismos fueron utilizados indebidamente asumiendo riesgos sobre los cuales ni siquiera tuvieron conocimiento dichos clientes.



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

Así las cosas concuerda la Sala Plena con los argumentos esgrimidos por la Sala de Decisión en la graduación de la sanción, en los siguientes términos:

*Para la Sala, la conducta desplegada por el investigado resulta ser de la de mayor gravedad para el mercado de la Bolsa, pues supone la utilización de activos de un cliente en beneficio de terceros, que eran clientes de la sociedad comisionista representada por el señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO**, y que generaban un gran riesgo de incumplimiento que a la postre se concretó. La exposición de estos clientes y la falta de un análisis real de riesgos de los mismos, conllevó a que la conducta asumida pusiera en riesgo los dineros confiados por todos los clientes cuyos encargos nunca fueron cumplidos.*

Adicionalmente, la conducta se materializó en el traslado de activos de los clientes de la sociedad comisionista para solventar incumplimientos y renovación de posiciones de dos clientes específicos, que bien podría haber conducido a la sociedad comisionista a una situación de insolvencia o iliquidez que a la postre, se habría podido convertir en una situación de riesgo sistémico al comprometer a otros intermediarios del mercado de valores.

*Así mismo, debe tenerse en cuenta que la conducta desplegada por el investigado se encontraba organizada, en la medida en que existía una estrategia desarrollada por el señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO**, para fondear a sus clientes con recursos de otros clientes haciendo caso omiso de los encargos de estos últimos, y pasando por alto cualquier control de riesgos que pudiesen efectuar los órganos internos de la sociedad comisionista. En efecto, nótese cómo todas las conductas investigadas y por las cuales se encontró mérito para sancionar adicionales al indebido manejo de los recursos de los clientes - registro de información completa y fidedigna sobre la situación financiera de Agrored S.A., incumplimiento en los requerimientos formulados por el área de seguimiento en el Plan de Ajuste, incumplimiento de las normas relacionadas con la administración y control de riesgos - sirvieron como mecanismos para ocultar el verdadero destino de los dineros que los clientes habían confiado en la sociedad comisionista.*

En este punto, se debe resaltar, como ya lo ha mencionado la Sala, que nos encontramos ante una actividad que ha sido catalogada como de interés público precisamente porque a través de la misma se manejan los dineros del público y en este sentido, uno de los puntos cruciales en que se centra la regulación y supervisión, es la protección de los inversionistas. Por su parte, esta protección de los inversionistas conlleva a que se logre un fin primordial de este mercado y es la confianza en el mismo. Al respecto ha mencionado la doctrina: "De esta forma, la regulación se basa sobre principios acordes con la creencia que lo que prima en el mercado es la libertad de elección por parte de los inversionistas que correrán el riesgo de los proyectos, en tanto cuenten con la información relevante en forma oportuna, suficiente, y con la calidad necesaria; la garantía de los derechos de propiedad de manera que los inversionistas puedan ver cumplidas y culminadas sus operaciones y ejercer sus derechos oportunamente y en debida forma; y la toma de decisiones responsables por parte de los agentes que contarán con la



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

*información del riesgo de sus inversiones y la debida asesoría por parte de los especialistas cuando a ello haya lugar*¹⁰.

*Así las cosas, la conducta asumida por el señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO** y la estructura ideada, afectó uno de los pilares fundamentales de este mercado al utilizar indebidamente los recursos de sus clientes y no ejecutar los encargos por ellos conferidos, conducta que representa la mayor gravedad en el mercado, y que puede conllevar a analizar la idoneidad del investigado para participar en este mercado y por ende, a la imposición de la máxima sanción.*

En este punto es preciso aclarar que precisamente por los aspectos atenuantes de la conducta referidos a las circunstancias en las cuales se desarrolló la misma –contingencia cafetera e inexistencia de subyacente en las operaciones Repo CDM celebradas por cuenta de Ecocafé y Café Kenia-, el móvil del señor **BORIS ALEJANDRO LÓPEZ DE MESA HIDALGO** –no declarar los incumplimientos para evitar un riesgo sistémico en el mercado- y la devolución de los recursos a los inversionistas es que se adopta la decisión de no imponer la sanción máxima que correspondería a este tipo de conductas y determina adicionalmente el término de la sanción impuesta.

Por todo lo anterior, encuentra la Sala Plena que por la gravedad de la conducta y teniendo en cuenta que todos los aspectos atenuantes de la misma ya fueron ponderados en primera instancia, no es posible acceder a la petición del apelante en cuanto “se revoque el artículo primero de la Resolución 158 de 2011 y, a cambio, se establezca como sanción una amonestación o en el peor de los casos una multa”, ya que no existe aspecto atenuante adicional en esta instancia que pueda conllevar a dicha disminución.

4.2.4. DE LOS MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

Soporta el recurso el sancionado en la violación al debido proceso. Después de transcribir el artículo 29 de la Constitución Política, explica:

Se vulnera el debido proceso por parte de la SD, al emplear la teoría de la responsabilidad objetiva, apreciar de forma parcial las pruebas al tomar de éstas sólo aquello que respaldara los CARGOS, no tratar de forma igual las pruebas y tener solo como confesión lo que me podría generar responsabilidad disciplinaria y no haber practicado toas (sic) las pruebas solicitadas, por no haber citado a testimoniar a la Doctora Diana Porras.

Como quedó probado en primera instancia y se reitera en la presente Resolución, en ningún momento se aplica la teoría de la responsabilidad objetiva sino por el contrario se

¹⁰ BLANCO BARON, CONSTANZA. Revista Contexto. Artículo “La regulación como herramienta de protección a los inversionistas”. Págs. 85 y 86.



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

realiza un amplio análisis de los aspectos subjetivos de la conducta e incluso de los móviles que conllevaron a la comisión de la misma, y así mismo se determinó que la vulneración de las normas legales y reglamentarias aplicables a este mercado, no se encuentra exenta de culpa, toda vez que el señor **BORIS LÓPEZ DE MESA** a sabiendas y con la plena intención de hacerlo, utilizó recursos de sus clientes para fines diferentes del encargo conferido cubriendo con dichos recursos operaciones de otros mandantes diferentes, sin que exista causal alguna que pueda eximirlo de responsabilidad.

Ahora bien considera la Sala Plena que no obstante no haberse practicado el testimonio en primera instancia y después de practicarse la prueba en esta instancia, durante todo momento del proceso se tuvieron en cuenta las circunstancias explicadas por la entonces Presidente del Almagrario S.A., por lo que no es cierto que el análisis probatorio se haya encaminado únicamente a las pruebas que eran desfavorables para el investigado. El hecho de la inexistencia del subyacente en los CDM's negociados por cuenta de los mandantes Ecocafé y Café Kenia se encontraba claramente probado dentro del expediente aún sin el testimonio de la doctora Diana Porras, de hecho existe en el expediente una comunicación de Almagrario S.A. que se refiere a tal circunstancia.

Adicionalmente, como se analizó en las consideraciones anteriores es absolutamente claro que la Sala de Decisión tuvo en cuenta los aspectos atenuantes de la conducta y todas las circunstancias que favorecían al señor **BORIS LÓPEZ DE MESA** y precisamente a esas consideraciones obedece la sanción impuesta, que como se ha dicho, por la conducta tendería a ser mayor.

Como se pudo determinar en esta instancia, la prueba practicada no era de utilidad para el proceso toda vez que los hechos determinados con la misma ya se encontraban probados dentro del expediente, y por tanto no existe vulneración del derecho de defensa por no practicar la prueba solicitada o por el análisis probatorio efectuado en primera instancia. Por tal motivo no es procedente acceder a la petición de nulidad de la resolución, solicitada por el sancionado.

DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE REVELACION DIRIGIDA

Dentro de las peticiones señala el señor **BORIS LOPEZ DE MESA HIDALGO**, que *"en caso de que se decida una sanción en mi contra, se dé aplicación al Principio de revelación dirigida, según el cual se puede determinar el momento en que se divulgará la información de la sanción, toda vez que se pone en riesgo la solvencia y seguridad de AGRORED S.A., así como la parte final del Programa de Recuperación, que permitió con la aquiescencia de los mandantes mantener sus recursos por dos (2) años en una operaciones por fuera del MPV"*



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 - 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

El principio de revelación dirigida se encuentra establecido en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en los siguientes términos:

Artículo 2.3.3.2.- Imposición de sanciones.

(...)

Adicionalmente, para efectos de la imposición de una sanción se atenderá a los siguientes principios:

(...)

Revelación dirigida: la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria podrá determinar el momento en que divulgará al público determinada sanción, en los casos en los cuales la revelación de la misma pueda poner en riesgo la estabilidad del mercado. Lo anterior, sin perjuicio del deber de informar las sanciones a la Superintendencia Financiera de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento.

Así las cosas, es claro que se trata de un mecanismo de protección de la estabilidad del mercado sin embargo, el mismo no afecta la efectividad de la sanción sino únicamente su divulgación. Respecto de este principio señaló la entonces Superintendencia Bancaria:

"De la lectura de las normas citadas se infiere que, para el caso que nos ocupa, el principio general predicable en materia sancionatoria es la publicidad de las sanciones y, su excepción, la constituye la aplicación del denominado principio de la revelación dirigida.

Al respecto, es menester resaltar que dado el interés público que conlleva la actividad financiera, bursátil y aseguradora, a voces del artículo 335 de la Carta, llevó al legislador a consagrar al principio de revelación dirigida como una excepción al principio de publicidad de los actos derivados de la facultad sancionatoria ejercida por este Organismo en la supervisión de las aludidas actividades dado los especiales objetivos que conlleva esta labor. Precisamente el citado principio de revelación fue establecido para que la Superintendencia Financiera de Colombia determine, en cada caso, si la publicación de una sanción puede afectar la solvencia o seguridad de las entidades vigiladas consideradas individualmente o en su conjunto o incluso, cuando el conocimiento de tal determinación pueda llegar a poner en riesgo la estabilidad del mercado.

En todo caso y concordante con la regla general de la publicidad de las sanciones también se aplica el principio ejemplarizante o disuasorio de las mismas, pues lo que también busca este Organismo al ejercer su facultad sancionatoria es persuadir a sus vigiladas e incluso, a sus administradores y demás funcionarios sujetos a su supervisión, de abstenerse en incurrir en



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

conductas consideradas por el supervisor como reprochables y por ende, sujetas a la aplicación de las consecuencias administrativas correspondientes”.¹¹

Así las cosas, es claro que la divulgación de la sanción se encuentra concordante con la función disuasoria de la misma y de ahí la importancia de su publicidad. En el caso concreto encuentra la Sala Plena que no es comprobable que la divulgación de la sanción en sí misma pueda crear un riesgo para la estabilidad del mercado, sin embargo, si es factible que la inmediatez en dicha publicación pueda crear inconvenientes en el plan de recuperación y por ende, a la sociedad comisionista y al mercado.

Es por lo anterior, que considera la Sala Plena necesario dar un tiempo al sancionado para efectos establezca los mecanismos necesarios que permitan causar el menor impacto posible a los clientes que se encuentran incluidos en el plan de recuperación así como a la sociedad comisionista Agrored S.A., y evitar así que se afecte la solvencia de la misma.

De esta manera, considera este órgano disciplinario que la sanción impuesta deberá divulgarse, al mes siguiente de la firmeza de la presente Resolución.

De acuerdo con todo lo anterior, la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria,

IV.- RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución 158 de 2011, mediante la cual la Sala de Decisión No. 11 de la Cámara Disciplinaria sancionó disciplinariamente al señor **BORIS LÓPEZ DE MESA HIDALGO** identificado con cédula de ciudadanía número No. 79.423.616 expedida en Bogotá, en su condición de representante legal, administrador y operador autorizado de la sociedad comisionista Agrored S.A. para la época de los hechos, y por ende persona vinculada, con **SUSPENSION** por el término de **SEIS (6) MESES**.

ARTICULO SEGUNDO: Contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

ARTICULO TERCERO: Notificar al señor **BORIS LÓPEZ DE MESA HIDALGO** el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa.

ARTICULO CUARTO: Notificar al Jefe del Área de Seguimiento, el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa.

¹¹ Superintendencia Bancaria de Colombia. Concepto 2007015138-002 del 18 de mayo de 2007



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

ARTICULO QUINTO: En firme la presente Resolución, comuníquese a la Superintendencia Financiera de Colombia y a la Vicepresidencia Jurídica de la Bolsa – Secretaría General el contenido la de la misma para lo de su competencia.

ARTICULO SEXTO: La divulgación de la presente Resolución se efectuará al mes siguiente de la firmeza de la misma, en aplicación del principio de revelación dirigida establecido en el artículo 2.3.3.2 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa.

Dada en Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días del mes de noviembre de 2011.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


SERGIO FAJARDO MALDONADO
Presidente


ISABELLA BERNAL MAZUERA
Secretaria



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

Calle 113 # 7 – 21 Torre A Piso 15
Edificio Teleport Business Park
PBX 6292529 FAX: 6292529 Ext. 165
Bogotá D.C.

www.bolsamercantil.com.co

EN LA FECHA 05 / Dic / 2011 NOTIFIQUÉ PERSONALMENTE AL DOCTOR GERMÁN ROBLES MARÚN IDENTIFICADO CON CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 79.113.397 EXPEDIDA EN BOGOTÁ, JEFE DEL ÁREA DE SEGUIMIENTO DE LA BOLSA SOBRE EL CONTENIDO DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN.

LA PRESENTE RESOLUCIÓN QUEDARÁ EN FIRME A PARTIR DE LA PRESENTE NOTIFICACIÓN.

EN LA SECRETARÍA DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA SE ENCUENTRA A DISPOSICIÓN EL EXPEDIENTE DISCIPLINARIO.

NOTIFICADO

NOTIFICADOR

EN LA FECHA 5- Diciembre de 2011 NOTIFIQUÉ PERSONALMENTE AL DOCTOR BORIS LÓPEZ DE MESA IDENTIFICADO CON CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 79423616 EXPEDIDA EN BOGOTÁ, REPRESENTANTE LEGAL DE LA SOCIEDAD COMISIONISTA ACUERDO SA. SOBRE EL CONTENIDO DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN.

LA PRESENTE RESOLUCIÓN QUEDARÁ EN FIRME A PARTIR DE LA PRESENTE NOTIFICACIÓN.

EN LA SECRETARÍA DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA SE ENCUENTRA A DISPOSICIÓN EL EXPEDIENTE DISCIPLINARIO.

NOTIFICADO

79423616

NOTIFICADOR

Se declara que el DR Boris López de Mesa es operador de la sociedad comisionista Acuerdo SA.