

**CÁMARA DISCIPLINARIA
BMC BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA**

**RESOLUCIÓN No. 240 DE 2013
(16 DE AGOSTO DE 2013)**

POR MEDIO DE LA CUAL SE DECIDE UNA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

La Sala de Decisión No. 10 de la Cámara Disciplinaria de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley, los Estatutos y el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, decide la investigación disciplinaria iniciada por el Área de Seguimiento, teniendo en cuenta, los siguientes:

I. ANTECEDENTES

El área de seguimiento solicitó explicaciones formales a la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.**, mediante comunicación ASI-383 del 3 de octubre de 2012 por el presunto incumplimiento de operaciones sobre físicos, lo cual podría vulnerar las disposiciones contenidas en los numerales 6, 8, 11, 12 y 20 del artículo 2.11.1.8.1. del Decreto 2555 de 2010, así como los numerales 1, 2, 6, 7 y 29 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa. La sociedad comisionista presentó sus explicaciones en término, mediante escrito MB-050 del 1 de noviembre de 2012.

El Jefe del Área de Seguimiento, el día 26 de abril 2013, radicó en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.4.3.7 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, el pliego de cargos institucional en contra de la sociedad **MERCADO Y BOLSA S.A.**

La Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.3.2.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa y en desarrollo de la metodología establecida en el Reglamento Interno de la Cámara Disciplinaria, procedió a conformar la Sala de Decisión No. 10 la cual quedó integrada por los doctores Sergio Fajardo Maldonado, Luis Fernando Diago Ramirez y Rodrigo Espinosa Palacios, quienes conocieron del respectivo proceso disciplinario hasta su culminación.

En sesión No. 324 del 3 de mayo de 2013, la Sala de Decisión No. 10 encontró que se cumplieron los requisitos establecidos en el Reglamento de Funcionamiento y Operación



de la Bolsa para la formulación del pliego de cargos y por tanto, mediante Resolución 225 de 2013 admitió el pliego de cargos presentado por el Jefe del Área de Seguimiento y ordenó el correspondiente traslado. La misma fue notificada personalmente el 9 de mayo de 2013. La sociedad investigada solicitó prórroga para la presentación de los descargos y dentro del término reglamentario establecido para el efecto, radicó los mismos el día 31 de mayo de 2013. En éstos se solicitó la práctica de pruebas adicionales.

En sesión 330 del 14 de junio de 2013, la Sala de Decisión estudió las pruebas obrantes en el expediente y la solicitud de la sociedad comisionista en sus descargos y mediante Resolución No. 228 de 2013 decidió tener como pruebas las obrantes en el expediente y las aportadas por la sociedad comisionista en sus descargos, y negó la práctica de las pruebas testimoniales solicitadas.

En sesión 340 del 19 de julio de 2013, la Sala de Decisión No. 10 estudió las pruebas y los demás documentos que obran en el expediente, aprobando el presente fallo, por unanimidad.

II. DE LA COMPETENCIA DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1.2.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, la Cámara Disciplinaria es competente para conocer y decidir, sobre la conducta asumida por las sociedades comisionistas, miembros de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.

En desarrollo de dicha facultad la Sala de Decisión No. 10 de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa procede a pronunciarse sobre el caso objeto de la presente investigación.

III. HECHOS

La sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** realizó en calidad de comisionista vendedor, las operaciones sobre físicos con las condiciones que se muestran a continuación:

Tipo Op.	No. Operación	Fecha celebración	Valor	Producto	Cantidad	Fecha entrega Final	Fecha Pago
FW MCP	9609469	04-ago-09	\$ 30.230.820	Impresora Tipo 1	18	08-nov-09	09-dic-09



DISP MCP	11096643	10-may-10	\$ 23.380.000	Papelería y útiles de escritorio por lote	1	14-may-10	14-jun-10
FW MCP	10746246	03-mar-10	\$ 250.290.920	Panela cuadrada	1.137.686	23-sep-10	03-oct-10
FW MCP	10746293	03-mar-10	\$ 30.717.630	Caramelo de leche	227.538	21-sep-10	11-oct-10
FW MCP	10747030	03-mar-10	\$ 34.112.358	Barra de chocolate	114.471	20-sep-10	10-oct-10
FW MCP	12309934	22-nov-10	\$ 749.481.130	Pupitre Trapezoidal	3.150	24-dic-10	29-dic-10
FW MCP	12308066	22-nov-10	\$ 251.337.000	Butaco con armazón metálica	3473	24-dic-10	17-ene-11
DISP MCP	14910929	07-feb-12	\$ 192.000.000	Bebida achocolatada en polvo con leche	48000	24-feb-12	30-mar-12
FW MCP	15647183	12-jun-12	\$ 35.275.824	Caramelo de leche	205.092	09-oct-12	08-nov-12
FW MCP	15640430	08-jun-12	\$ 403.318.240	Refresco hidratante	2.078.960	12-10-12	14-nov-12
FW MCP	12646798	19-ene-11	\$ 39.866.904	Brownie	49.896	15-abr-11	05-may-11
FW MCP	12646799	19-ene-11	\$ 67.058.688	Muffin	100.992	15-abr-11	05-may-11
FW MCP	12652796	20-ene-11	\$ 34.507.262	Arequipe	152.687	15-abr-11	05-may-11
FW MCP	12653328	20-ene-11	\$ 34.888.240	Maní Salado	151.688	15-abr-11	05-may-11
FW MCP	12653330	20-ene-11	\$ 15.167.008	Barra de chocolate	50.896	15-abr-11	05-may-11
FW MCP	12653336	20-ene-11	\$ 13.690.880	Caramelo de leche	97.792	15-abr-11	05-may-11
FW MCP	12653339	20-ene-11	\$ 67.182.192	Turrón	254.478	15-abr-11	05-may-11
FW MCP	12667306	24-ene-11	\$ 9.059.488	Bebida achocolatada en polvo con leche	50.896	15-abr-11	05-may-11



FW MCP	12667307	24-ene-11	\$ 9.670.050	Cocoa en polvo	50.895	15-abr-11	05-may-11
FW MCP	12667308	24-ene-11	\$ 12.586.175	Leche azucarada	47.495	15-abr-11	05-may-11
FW MCP	12667309	24-ene-11	\$ 41.225.760	Malteada en polvo	152.688	15-abr-11	05-may-11
FW MCP	12652843	24-ene-11	\$ 41.225.760	Malteada en polvo	101.792	15-abr-11	05-may-11
FW MCP	12729526	02-feb-11	\$ 181.132.606	Panela cuadrada	505.957	15-abr-11	05-may-11

Las operaciones fueron certificadas incumplidas por la administración de la Bolsa por el incumplimiento en la entrega del producto y adicionalmente, por las condiciones establecidas en la ficha técnica de negociación en el caso de la operación No. 9609469:

No. Operación	PSD	Fecha
9609469	567	06-oct-09
	722	09-dic-09
11096643	503	01-jun-10
10746246	773	27-oct-10
10746293	773	27-oct-10
10747030	773	27-oct-10
12309934	11	11-ene-11
12308066	11	11-ene-11
14910929	187	18-abr-12
15647183	690	24-ago-12
	780	18-sep-12
15640430	844	25-sep-12
12646798	220	31-mar-11
12646799	220	31-mar-11
12652796	220	31-mar-11
12653328	220	31-mar-11
12653330	220	31-mar-11
12653336	220	31-mar-11
12653339	220	31-mar-11
12667306	220	31-mar-11
12667307	220	31-mar-11
12667308	220	31-mar-11
12667309	220	31-mar-11



12652843	220	31-mar-11
12729526	220	31-mar-11

Cada una de las circunstancias presentadas alrededor de las operaciones serán analizadas por la Sala en las consideraciones.

Adicionalmente, **MERCADO Y BOLSA S.A.**, celebró en calidad de comisionista vendedor, las operaciones forward MCP No. 15455141, 15455816, 15455550 y 15467838 el 9 y 11 de mayo de 2012. Las operaciones señaladas fueron declaradas incumplidas mediante comunicación PSD-248 del 22 de mayo de 2012 por el incumplimiento de los requisitos establecidos en la ficha técnica de negociación. Posteriormente, mediante comunicación PSD-276 del 30 de mayo de 2012, la administración de la Bolsa deja sin efecto la certificación de incumplimiento y anula las operaciones.

IV. DE LAS PRUEBAS

La Sala de Decisión para efectos de la valoración de las conductas sobre las cuales se admitieron cargos mediante Resolución de Admisión 225 de 2013, estudió las pruebas obrantes en el expediente original remitido por el Área de Seguimiento en tres (03) cuadernos así: Cuaderno No. 1 folios del 1 al 516, cuaderno No. 2 folios del 516A al 754 y Cuaderno de Pruebas folio 1 a 290 y tres (03) CD con material probatorio.

Ahora bien, la sociedad comisionista en sus descargos solicitó la práctica de pruebas testimoniales, las cuales fueron negadas por la Sala luego de analizar las condiciones que debe reunir la prueba, esto es la conducencia, pertinencia y utilidad; frente a cada una de las conductas imputadas.

En efecto, respecto del testimonio solicitado del Dr. Juan Carlos Marín en su calidad de Gerente Comercial de la sociedad comisionista Comfinagro S.A., quien actuó como comisionista compradora en las operaciones identificadas con los números 12309934 y 12308066, con el fin de que corrobore lo dicho en los descargos, en relación con la solicitud efectuada por la punta compradora y su posterior retracto, los miembros de la Sala analizan las pruebas documentales obrantes en el expediente, encontrando que se encuentra debidamente soportado lo aducido por la investigada en los descargos.

Si bien la prueba solicitada tiene por objeto un hecho que guarda relación con el asunto objeto del proceso, y tiene poder demostrativo, lo cierto es que dentro del presente proceso disciplinario no es necesaria o útil, ya que en el mismo se ha producido el acervo



probatorio suficiente para darle a la Cámara Disciplinaria claridad sobre los hechos alegados.

De otra parte solicita como prueba dentro de la operación identificada con el número 15640430, la declaración de Mauricio Vallejo quien para la época de los hechos fungía como representante legal de Comercializa, mandante vendedor en la operación. Ahora bien en los descargos describe la situación presentada, y que dio lugar a la declaratoria de incumplimiento. Así mismo remite pruebas documentales en los anexos 4 y 5, que acreditan la situación puesta en conocimiento de la Sala en los descargos. Por lo anterior considera la Sala que existe suficiente material probatorio en relación con los hechos objeto de investigación que hace que la misma no sea útil en la presente etapa del proceso.

En relación con las operaciones identificadas con los números 12646798, 12646799, 12652796, 12653328, 12653330, 12653336, 12653339, 12667306, 12667307, 12667308, 12667309, 12652843 y 12729526, solicita inicialmente se tenga en cuenta lo manifestado por la sociedad investigada en las respuestas presentadas y que obran en el expediente. Así mismo solicita se tenga en cuenta las comunicaciones PSD-226 del 6 de abril de 2011, PSD-220 del 31 de marzo de 2011 y el oficio de **MERCADO Y BOLSA S.A.** MBO-081 de 2011, documentos obrantes en el expediente. Adicionalmente menciona, *“para corroborar la información anterior, solicitamos como prueba el testimonio del operador de la SCB Opciones Bursátiles que para la época de los hechos manejó las negociaciones de la Agencia Logística”*. Revisadas las pruebas documentales mencionadas, así como el restante acervo probatorio, consideran los miembros que la prueba testimonial solicitada no es útil en la presente investigación.

En consecuencia, no encontró la Sala establecida la utilidad de las pruebas testimoniales solicitadas cuando se ha producido ya en el proceso el acervo probatorio suficiente para esclarecer los hechos objeto de investigación.

V. SÍNTESIS DEL PLIEGO DE CARGOS

El área de seguimiento luego de exponer los hechos presentados y las explicaciones dadas por la sociedad comisionista, analiza cada una de las operaciones objeto de investigación.

En lo que se refiere al incumplimiento en la entrega de las operaciones 9609469, 11096643, 10746246, 10746293, 10747030, 12309934, 12308066, 14910929, 15647183, 15640430, 12646798, 12646799, 12652796, 12653328, 12653330, 12653336, 12653339, 12667306, 12667307, 12667308, 12667309, 12652843 y 12729526 resalta que: *“(…) cada una de las vicisitudes que argumenta la investigada se presentaron alrededor de las operaciones,*

no son justificables a la luz de las disposiciones que rigen su actuación, de acuerdo al análisis efectuado por el Área, en la medida en que al profesional del mercado le es exigible no solo el conocimiento del funcionamiento del mercado, sino de las características de los bienes y servicios negociados en Bolsa, los riesgos asociados a la obtención de éstos, tales como la consecución de insumos, producción nacional, mecanismos de comercialización, proveedores en el mercado nacional, estado de vías, etc, aspectos todos ellos que le permiten evaluar el riesgo de incumplimiento frente a cada una de las negociaciones en las que pretende participar, pues no puede soslayarse que estos intermediarios del mercado bursátil, son profesionales que actúan en un escenario eminentemente reglado en donde las operaciones que se realizan se deben cumplir a cabalidad en la forma en que han sido celebradas en bolsa, (artículo 29 numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006 -hoy incorporado en el Decreto 2555 de 2010-, en concordancia con los reglamentos de la Bolsa) ello por tratarse de un mercado organizado, el cual debe estar revestido de los más altos estándares de seguridad, honorabilidad y transparencia lo cual las obliga a actuar con el mayor grado de diligencia en el desarrollo de sus actividades”.

Analiza igualmente las operaciones investigadas por el incumplimiento de los requisitos establecidos en la ficha técnica de negociación, encontrando que la conducta de la sociedad comisionista vulneró las normas legales y reglamentarias y por lo tanto, eleva cargos.

VI. SÍNTESIS DE LA DEFENSA

La sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** aclara en primer lugar, que la sociedad inició sus actividades en el año 2004 enmarcándose fundamentalmente en operaciones de mercado abierto, realizando un volumen importante de operaciones. De acuerdo con lo anterior afirma que: *“Las operaciones cuestionadas en el pliego representan un 0.36% del total de las operaciones realizadas en el período evaluado, lo cual evidencia el nivel de cumplimiento dentro de las operaciones realizadas”.* Agrega que su actuación en el mercado se caracteriza por la seriedad, compromiso y cultura de cumplimiento de las negociaciones realizadas.

Para efectos de probar las anteriores afirmaciones expone un cuadro de las operaciones realizadas por la sociedad comisionista durante los años 2009 a 2012, evidenciándose un total de 2503 operaciones por un valor de \$330.622.896.082,00. Frente a lo anterior señala que *“el total de operaciones incluidas dentro de este pliego de cargos son 27 y los valores por los cuales se declaran los incumplimiento es de aproximadamente \$1.188.642.533”.*

Agrega que ha sido diligente al seleccionar clientes con capacidad técnica, logística y financiera para participar en el Mercado de Compras Públicas, de amplia trayectoria y experiencia; con capacidad productiva *“muy superior a la negociada”.* Presenta un cuadro refiriéndose a la experiencia y trayectoria de cada uno de sus clientes.

Acto seguido se refiere a cada una de las operaciones objeto de investigación.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1.1. Del incumplimiento en la entrega y en las condiciones establecidas en la ficha técnica de negociación en la operación No. 9609469

La sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** en calidad de comisionista vendedor celebró el 4 de agosto de 2009 la operación forward MCP No. 9609469 sobre impresoras tipo 1 por 18 unidades. Dentro de las condiciones de la operación se estableció como fecha de entrega del producto del 10 de agosto al 8 de noviembre de 2009¹.

Antes de iniciar las entregas de la operación, se presentó un incumplimiento por parte del vendedor, en las condiciones establecidas en la ficha técnica de negociación en cuanto a la entrega del cronograma y la póliza de responsabilidad civil extracontractual.

En efecto señalaba la ficha técnica de negociación² en cuanto a esta póliza, que la misma debía constituirse en los siguientes términos:

(...) por el 50% del valor de la operación, con una vigencia mínima de cinco (5) años contados a partir de la fecha de recibo a satisfacción de los bienes y/o servicio.

Las pólizas serán aprobadas por la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la BNA, en las cuales se identificarán los siguientes actores:

Beneficiario: Ministerio de Defensa Nacional / Unidades Ejecutoras / Policía Nacional

Tomador: Proveedor

Asegurado: Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la BNA.

Si bien eran claros los requisitos de la póliza, el 16 de septiembre de 2009 la sociedad comisionista entrega una póliza de responsabilidad civil extracontractual cuyo tomador era el mandante vendedor en la operación y el asegurado el Ministerio de Defensa Nacional como mandate comprador, con tiempo de vigencia de 252 días iniciando el 15 de septiembre de 2009 y finalizando el 24 de mayo de 2010³.

¹ Comprobante de negociación (Cuaderno No. 1 folio 170), detalle de la operación en el SIB (Cuaderno No. 1 folio 106). Igualmente obra en el expediente el contrato de comisión entre el Ministerio de Defensa y Agrofib (Cuaderno No. 1 folios 149 a 168), anexo A condiciones de negociación (Cuaderno No. 1 folios 136 a 148) y Anexo B aspectos técnicos (Cuaderno No. 1 folios 107 a 135).

² Cuaderno No. 2 folio 695

³ Cuaderno No. 1 folios 008 y 009.

Al respecto evidencia la Sala que no fue clara la sociedad comisionista al explicar a su mandante los requisitos exigidos y la obligatoriedad de su cumplimiento. En efecto, si bien el 3 de agosto de 2009 remitió a su mandante los requerimientos de documentación para la negociación⁴, se encuentra que el 12 de agosto en respuesta a correo electrónico enviado por la sociedad comisionista, el mandante responde *“Hola Verónica, no entiendo, debemos además constituir unas pólizas?”*. Frente a lo anterior, responde **MERCADO Y BOLSA S.A.** al cliente *“de acuerdo con la ficha técnica, el ministerio exige estas pólizas. La que nosotros nos comprometimos a pagar es la de volatilidad (...)”*. Nótese entonces que no hubo un conocimiento previo de las condiciones de la negociación por parte del mandante vendedor, lo que a la postre llevó al incumplimiento de la misma por no cumplir con estos requisitos.

En efecto, el mandante vendedor continúa con sus reparos frente a la garantía exigida, como se evidencia del acervo probatorio así:

- El 24 de agosto el mandante informa a **MERCADO Y BOLSA S.A.** por correo electrónico que *“no pueden constituir las pólizas con las características que manifiestan en el documento debido a que si es una venta puntal es imposible responder por 5 años y más por el 50%; lo que me sugieren es poder constituir esta póliza con las mismas especificaciones que la de cumplimiento (por el 20% y seis meses)”*⁵. A lo anterior la sociedad comisionista contesta que va a hacer los comentarios pero esa condición estaba en la ficha técnica de negociación⁶.
- Correo electrónico del 26 de agosto en donde el mandante vendedor explica: *“... le ratifico que el inconveniente con este tema no es que haya una compañía que lo haga o no, lo realmente inconveniente es tener una póliza de responsabilidad civil extracontracual por el 50% del valor del contrato y con una vigencia de 5 años, mas aun teniendo en cuenta que el objeto del contrato (suministro de equipo de computo y periféricos) no da ni siquiera para la existencia de una póliza de este tipo...”* presenta la alternativa de disminuir el valor y la vigencia.⁷
- Obran adicionalmente en el expediente diversos correos electrónicos cruzados, especialmente entre **MERCADO Y BOLSA S.A.** y su mandante analizando la situación de las pólizas y en donde la sociedad comisionista remite los pendientes a la fecha⁸.

⁴ Cuaderno No. folio 553

⁵ Cuaderno No. folio 549

⁶ Cuaderno No. folio 548

⁷ Cuaderno No. folio 546

⁸ Cuaderno No. 1 folios 39 a 60

- El 2 de octubre de 2009, el mandante remite una comunicación al ministerio en donde solicita se desista de la póliza de responsabilidad civil por los argumentos expuestos. En subsidio que se acepte con vigencia de un año. Si no se acepta eso se solicita den visto bueno para que la póliza global de responsabilidad civil que actualmente tiene la compañía pueda ser prorrogada anualmente hasta cumplir los 5 años.⁹

Como se puede evidenciar a pesar de encontrarse establecidos de manera expresa y clara los requisitos de la póliza, el vendedor continúa con sus objeciones las cuales tal y como lo señala el área de seguimiento *“debieron plantearse en la oportunidad dispuesta para efectuar las observaciones respecto de los requisitos establecidos en la negociación, que en el caso en estudio, ya se había vencido conforme a lo dispuesto en el acápite correspondiente a Mercado de Compras Públicas, numeral 4 del artículo 3.6.1.10 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, razón por la cual la sociedad comisionista investigada y su mandante debían haber dado cumplimiento estricto a lo establecido en la Ficha Técnica de Negociación”*.

No obstante lo anterior finalmente entrega la póliza de acuerdo con los requerimientos de la ficha técnica¹⁰. Sin embargo, de cara a las condiciones de la operación, la garantía se constituyó más de dos meses después de celebrada la operación y de que iniciara la obligación de entregar el producto, la cual se pactó desde el 10 de agosto hasta el 8 de noviembre de 2009.

Ahora bien en lo que se refiere al cronograma de entregas, se encuentra que la ficha técnica de negociación establecía: *“El comisionista vendedor entregará al Ministerio de Defensa Nacional, a través del comisionista comprador el cronograma de entregas de los equipos a más tardar diez (10) días hábiles a partir del cierre de la operación. Así mismo, el comisionista vendedor informará al Ministerio de Defensa Nacional, a través de su Comisionista Comprador, mínimo con tres (3) días hábiles de anticipación a las fechas de entrega pactadas, el tipo de transporte e identificación del mismo, relación del personal que entregará el equipo y el horario”*. (subrayado por fuera del texto original).

Lo anterior implica, que el cronograma debía remitirse el 20 de agosto de 2009. Sin embargo, a pesar de que obran en el expediente correos electrónicos del 12 y 14 de agosto de 2009¹¹ en donde **MERCADO Y BOLSA S.A.** envía al mandante los pasos a seguir una vez cerrada la negociación y se envía la carta de Agrofib S.A. de cantidades e información para facturación, el cronograma no fue remitido para esta fecha. De hecho obra en el expediente correo electrónico del 21 de septiembre de 2009 en el cual

⁹ Cuaderno No. 1 folios 36 a 38

¹⁰ Póliza de la previsora expedida el 19 de octubre de 2009 (Cuaderno No. folio 550).

¹¹ Cuaderno No 3 de pruebas folios 277 a 280

MERCADO Y BOLSA S.A. le recuerda a los clientes los pendientes: (i) especificaciones técnicas; (ii) póliza RC extracontractual; (iii) **cronograma**; (iv) plan de inversión del anticipo¹².

Sobre cada uno de los puntos responde el mandante el 21 de septiembre señalando respecto del cronograma que necesitan la siguiente información: cantidad de usuarios a instalar impresora y cantidad de usuarios a capacitar. El plan de inversión fue remitido en mail del 29 de septiembre de 2009.¹³

Nuevamente el 2 de octubre de 2009 el mandante solicita al Ministerio la información para remitir el cronograma¹⁴ y el 5 de octubre de 2009 **MERCADO Y BOLSA S.A.** informa a la Bolsa lo que está pendiente en relación con el cronograma de entregas y las garantías adicionales, refiriéndose además a las gestiones que ha adelantado **MERCADO Y BOLSA S.A.** para solucionar los inconvenientes presentados¹⁵.

Debe anotarse que si bien la sociedad comisionista realizó gestiones para que se entregara el cronograma, no es aceptable que se solicite información para generarlo cuando ya se había vencido la fecha establecida en la ficha técnica para su entrega, por lo tanto no es aceptable el argumento en cuanto se estaba esperando una respuesta del Ministerio. Nuevamente, se llama la atención en cuanto son puntos que se debieron presentar en el momento establecido para el efecto (cuando se efectuaron las observaciones a los puntos establecidos en la ficha técnica) y no, cuando ya se había cumplido la fecha límite para la remisión del cronograma.

En consecuencia, mediante comunicación PSD-567 del 6 de octubre de 2009, se declara el incumplimiento en los requisitos establecidos en la ficha técnica de negociación “condiciones y sitios de entrega” y el ítem “garantías adicionales que debe presentar e proveedor”.¹⁶

Las partes acuden a arreglo directo según consta en acta No. 013 del 20 de octubre de 2009¹⁷ acordando que el vendedor se comprometía a realizar las gestiones para que la

¹² Cuaderno No. 1 folio 048

¹³ Cuaderno No 3 de pruebas folio 275

¹⁴ Cuaderno No. 1 folio 35

¹⁵ Cuaderno No. 1 folios 61 a 64

¹⁶ Cuaderno No. 1 folio 184. Desde el 28 de septiembre de 2009 Agrofib S.A. había informado a la Bolsa que la contraparte no había cumplido con la entrega de la póliza ni el cronograma de entrega (Cuaderno No. 1 folio 95).

¹⁷ Cuaderno No. 1 folios 98 y 99

póliza de responsabilidad civil se ajustara a los requisitos y el cronograma se entregaría al día siguiente.

En efecto tal y como se anotó previamente, se remitió una póliza que cumplía con los requisitos establecidos en la ficha técnica de negociación, la cual se expide por La Previsora S.A. el 19 de octubre de 2009 y tiene fecha de recibido por parte de Agrofib S.A., del 26 de octubre de 2009.

Adicionalmente en relación con el cronograma de entregas, se encuentra que obra en el expediente correo electrónico del 15 de octubre de 2009 en donde el mandante vendedor remite al parecer un borrador del cronograma¹⁸, sin embargo el 23 de octubre, **MERCADO Y BOLSA S.A.**, vuelve a solicitarle a su mandante la remisión de dicho cronograma.

Ahora bien, el 29 de octubre de 2009 el mandante comprador envía a su comisionista el cronograma aprobado para ARC y DISAN¹⁹.

Ahora bien, una vez cumplidos los compromisos del arreglo directo, se comienzan a presentar problemas con la entrega del producto.

En efecto, en un principio se presentan problemas con las entregas en cuanto a las remisiones y el recibo, sin embargo se encuentran aún dentro del plazo pactado para entregar²⁰. Sin embargo, el 18 de noviembre de 2009 –la fecha máxima de entrega era el 8 de noviembre–, el mandante informa de problemas con el proveedor que no tiene disponibilidad del producto solicitado correspondiente a un cable de 5 mts²¹. El mismo

¹⁸ Cuaderno No 3 de pruebas folios 272 y 270

¹⁹ Cuaderno No 3 de pruebas folios 260 y 261

²⁰ En efecto, mediante correo electrónico del 28 de octubre el mandante vendedor informa que no fue posible realizar la entrega ya que señalaron que las máquinas no eran para ellos (Cuaderno No. 2 folio 539), en correo electrónico del 30 de octubre de 2009 **MERCADO Y BOLSA S.A** le dice a su cliente: *“estoy muy preocupada porque ya hoy creo que el ministerio no va a aceptar la entrega, como te lo manifesté telefónicamente la entrega no se hizo, toda vez que el conductor tomo la decisión de retirarse sin la entrega del producto, tanto ayer como hoy, ocasionando dicha circunstancia el incumplimiento de la operación con las consecuencias respectivas”* (Cuaderno No. 2 folio 543). Sobre el particular, el mandante informa a **MERCADO Y BOLSA S.A** que la no entrega se dio porque la persona del ministerio no se encontraba. En el ministerio dicen que están en fiesta de *Halloween* y por lo tanto es imposible recibir las impresoras esta tarde (Cuaderno No. 2 folios 540 y 541). Posteriormente el 4 de noviembre de 2009, el mandante le confirma a **MERCADO Y BOLSA S.A** que la impresora que hacía falta ya fue entregada y se programó al técnico para realizar una entrega ese día en horas de la tarde (Cuaderno No. 2 folio 542), sin embargo, ese mismo día informa que no recibieron al técnico (Cuaderno No. 2 folio 535). El 5 de noviembre informa nuevamente que no los recibieron (Cuaderno No. 2 folio 527).

²¹ Cuaderno No. 2 folio 526

día, el mandante consigue los cables y entre el 18 y 19 de noviembre coordinan la entrega de los mismos²². Sin embargo debe anotarse que fueron entregados sólo hasta el 2 de diciembre²³.

En efecto, el mandante comprador informó que la entrega se efectuó así: el 30 de octubre se reciben las impresoras y el 10 de noviembre se revisan, con lo cual, 4 son rechazadas El 17 de noviembre se reciben 4 en remplazo que presentaron problemas técnicos los cuales se solucionan el mismo día y finalmente el 2 de diciembre de 2009, se reciben los 13 cables *patch cord* sin novedad.²⁴

En consecuencia, mediante comunicaciones del 4²⁵ y 7²⁶ de diciembre de 2009 Agrofib S.A. solicita la declaratoria de incumplimiento de la operación por entrega extemporánea, y por haber entorpecido el proceso de entrega y haber causado malestar general entre los supervisores. Así mismo solicita, ampliación del segundo pago hasta el 18 de diciembre²⁷. Sin embargo, debe anotarse que la contraparte señala que lo anterior se presenta “*No obstante el esfuerzo y compromiso demostrado por la firma Mercado y Bolsa SA para lograr el cumplimiento de la negociación (...)*”.

En efecto, encuentra la Sala que se evidencia un seguimiento permanente de la operación y acompañamiento a su cliente, así como diversas gestiones para lograr el cumplimiento. De hecho adicional a las comunicaciones ya relacionadas, obra en el expediente: (i) correo electrónico del 11 de noviembre de **MERCADO Y BOLSA S.A.** a su mandante informando que: “*se realizó la entrega de 13 impresoras, pero tres de ellas tenían golpe en la impresión por lo tanto se solicitó telefónicamente visita del técnico de Lexmarck*” además señalan el procedimiento que debe seguirse, (ii) el 12 de noviembre **MERCADO Y BOLSA S.A.** envía a

²² Cuaderno No. 2 folio 522

²³ De hecho, el mandante el 23 de noviembre informa a **MERCADO Y BOLSA S.A.** que se entregaron cables de categoría 5 en vez de 6 y que harán el cambio, la sociedad comisionista el 24 de noviembre solicita se informe el estado del cambio y el 25 de noviembre el mandante responde que ese día se está realizando el cambio (Cuaderno No 3 de pruebas folio 246 a 250). No obstante lo anterior el 30 de noviembre el mandante vendedor informa problemas que tuvo con el cambio (Cuaderno No 3 de pruebas folios 234 a 237). El 30 de noviembre el mandante vendedor solicita a la sociedad comisionista informar cuándo le reciben los cables porque tuvieron problemas con la entrega durante la semana anterior ya que el mandante vendedor no se pudo comunicar con el comprador. (Cuaderno No. 2 folio 519).

²⁴ Cuaderno No. 1 folios 171 a 175. De anotarse que si bien obra en el expediente acta 97 del 9 de noviembre de 2009 en donde dejan constancia del recibo a satisfacción total del contrato, como se evidenció el análisis de calidad se realiza de manera posterior por lo cual, realmente el producto en su totalidad se entrega el 2 de diciembre (Cuaderno No 3 de pruebas folio 256).

²⁵ Cuaderno No. 1 folio 181

²⁶ Cuaderno No. 1 folio 185

²⁷ Comunicación del Ministerio de Defensa a folios 182 y 183

Agrofib S.A. comunicación informando que el martes se realizó la entrega de las impresoras y 4 de ellas tenían suministros defectuosos y se cambiaron por 4 de mejor capacidad que se van a entregar el 13 de noviembre antes de las 4:00 p.m., (iii) comunicado del 19 de noviembre en el que se deja constancia de la entrega de 15 cables²⁸.

No obstante lo anterior, nuevamente se evidencian inconvenientes que podrían haber sido evitados con un análisis profundo de la negociación de manera previa, para tener claridad sobre los requisitos del producto solicitado.

En efecto, mediante comunicación PSD-722 del 9 de diciembre de 2009 se declara el incumplimiento en la entrega extemporánea. Se señala que la fecha de entrega pactada correspondía al 8 de noviembre de 2009, sin embargo la entrega inicial se realiza el 10 de noviembre de 2009 y la entrega final correspondió al 2 y 17 de noviembre y se completa el 2 de diciembre de 2009, con la entrega de los cables.²⁹

Se tiene entonces que el producto fue finalmente entregado³⁰, pero de manera extemporánea, lo cual implica un incumplimiento de las condiciones pactadas. No obstante lo anterior debe tenerse en cuenta para efectos de graduación de la sanción que tanto para el incumplimiento referido a las condiciones de la ficha técnica como los inconvenientes en la entrega hubo gestiones permanentes por parte de la sociedad comisionista para encontrar soluciones y acompañar permanente a su cliente, haciendo un seguimiento constante del desarrollo de la operación.

7.2. Incumplimiento en la entrega de las operaciones identificadas con los números 11096643, 10746246, 10746293, 10747030, 12309934, 12308066, 14910929, 15647183, 15640430, 12646798, 12646799, 12652796, 12653328, 12653330, 12653336, 12653339, 12667306, 12667307, 12667308, 12667309, 12652843 y 12729526.

7.2.1. De la operación No. 11096643

La sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** celebró la operación de disponible MCP No. 11096643 el 10 de mayo de 2010 sobre un lote de papelería y útiles de escritorio por

²⁸ Cuaderno No 3 de pruebas folio 252

²⁹ Cuaderno No. 1 folio 187

³⁰ Facturas donde constan 18 impresoras (Cuaderno No 3 de pruebas folio 257 a 259) y

un valor total de negociación de \$23.380.000. Las entregas debían efectuarse el 14 de mayo de 2010³¹.

El 11 mayo de 2010, se reúnen el mandante comprador –ALFFMM- y los proveedores según consta en acta 001, en donde se trata la calidad de los productos, las fechas de entrega y los precios de los productos³².

El 14 de mayo de 2010 –día establecido para la entrega- el mandante vendedor Assenda envía un archivo con los elementos que se entregarán ese día³³. Frente a lo anterior **MERCADO Y BOLSA S.A.** le recuerda que las entregas son hasta las 4:00 p.m.³⁴, sin embargo, el mandante informa posteriormente que *“no es posible entregar el pedido hoy antes de las 4:pm. ya que por la cantidad de artículos fue imposible despacharlo (...)”*³⁵. Es claro entonces que no se entregó el producto en la fecha pactada.

Ahora bien, obran en el expediente las notas de despacho No. 2197466 del 21 de mayo de 2010, 2197458 del 21 de mayo de 2010, 2197385 del 19 de mayo de 2010³⁶ y factura de venta 101195598³⁷. De un lado, los despachos son extemporáneos, pero adicionalmente no se entrega la totalidad del producto pactado.

En efecto, el 24 de mayo de 2010 la ALFM solicita se declare incumplimiento parcial³⁸ por cuanto únicamente se entregó un 50% del producto negociado y así lo hace Reyca S.A., el 26 de mayo de 2010³⁹. El 31 de mayo da alcance a la comunicación anterior, en donde adjunta la relación de los productos negociados, esto es, los que componen el lote.⁴⁰

Sin embargo continúa el retraso para efectuar la entrega del producto⁴¹ y mediante comunicación PSD-503 del 4 de junio de 2010 se declara el incumplimiento parcial de la operación.⁴²

³¹ Comprobante de negociación (Cuaderno No. 1 folio 224), ficha técnica de negociación y de entrega (Cuaderno No. 2 folio 695) y Anexo de compra mensual y ficha técnica de la negociación (Cuaderno No. 1 folio 189 a 223)

³² Cuaderno No 3 de pruebas folio 225 y 226

³³ Cuaderno No. 2 folio 567

³⁴ Cuaderno No. 2 folio 564

³⁵ Cuaderno No. 2 folio 565

³⁶ Cuaderno No 3 de pruebas folio 230 a 233

³⁷ Cuaderno No 3 de pruebas folios 227 a 229

³⁸ Cuaderno No. 1 folio 227

³⁹ Cuaderno No. 1 folio 228

⁴⁰ Cuaderno No. 1 folios 230 a 233

⁴¹ En efecto, el 27 de mayo de 2010 el departamento de operaciones solicita envíe cuadro detallado de las cantidades y fechas de entrega (Cuaderno No. 1 folio 225), el 28 de mayo de 2010 M&B solicita prorroga

Reyca S.A. informa que la operación “(...) fue compensada por la Agencia Logística de las Fuerzas Militares cumpliendo con lo establecido en la ficha técnica de negociación, sin embargo no fue una operación de total satisfacción por el comprador debido a que los retrasos en las entregas no fueron indemnizadas por parte del vendedor a pesar que la solicitud se hizo de acuerdo con lo establecido en la ficha técnica de negociación”. En efecto, remite correos electrónicos en donde se evidencia que no hubo acuerdo frente a la indemnización⁴³.

Por lo tanto es claro para la Sala que se presentó un incumplimiento de la operación, sin que exista justificación alguna que pueda eximir de responsabilidad a la sociedad comisionista.

7.2.2. De las operaciones No. 10746246, 10746293 y 10747030

Tal y como se señaló en los Hechos, estas operaciones fueron celebradas por **MERCADO Y BOLSA S.A.** en calidad de comisionista vendedor el 3 de marzo de 2010, para entregar los productos panela cuadrada, caramelo de leche y barra de chocolate entre marzo y septiembre de 2010⁴⁴. Las entregas parciales se encontraban pactadas así:

Operación	Producto	Fechas entrega	Cantidades
10746246	Panela cuadrada	12-03-2010	16.260
		15-04-2010	240.000
		28-05-2010	80.000
		11-06-2010	240.000
		29-07-2010	320.000
		23-09-2010	241.426
10746293	Caramelo de leche	08-03-2010	3.252
		08-04-2010	48.000
		25-05-2010	16.000
		09-06-2010	48.000
		27-07-2010	64.000
		21-09-2010	48.286
10747030	Barra de chocolate	08-03-2010	1626
		06-04-2010	24.000
		24-05-2010	8.000

para la entrega de documentos (Cuaderno No. 1 folio 226), el 3 de junio de 2010 se realiza reunión con la ALFFMM efectuando observaciones sobre algunos ítems (Cuaderno No 3 de pruebas folio 220 a 224) y Assenda remite por mail las respuestas a cada ítem (Cuaderno No. 2 folio 568 y 569)

⁴² Cuaderno No. 1 folios 234 y 235

⁴³ Cuaderno No. 2 folio 696 a 702

⁴⁴ Comprobantes de negociación (Cuaderno No. 1 folios 246 a 248), impresiones del SIB (Cuaderno No. 1 folio 249 a 254) y Ficha técnica de negociación (Cuaderno No. 1 folios 236 a 246).



		08-06-2010	24.000
		26-07-2010	32.000
		20-09-2010	24.845

Mediante comunicaciones del 3⁴⁵, 4⁴⁶ y 6⁴⁷ de agosto de 2010 el Departamento de Operaciones solicita a **MERCADO Y BOLSA S.A.** informar si se ha presentado algún inconveniente para dar cumplimiento, toda vez que no han sido acreditadas las operaciones en el sistema, a lo cual da respuesta la sociedad comisionista el 6 de agosto de 2010, informando que las operaciones corresponden a raciones de emergencia y las facturas solo serán firmadas hasta que soliciten la totalidad del producto.⁴⁸

El 10 de agosto de 2010 del Departamento de Convenios Control Calidad informa a la sociedad comisionista compradora Opciones Bursátiles de Colombia S.A., el resultado de análisis de calidad del producto correspondiente a la cuarta entrega: la barra de chocolate (10747030) y caramelo en leche (10746293) no cumplen con la calidad.⁴⁹ Por lo tanto, el 11 de agosto de 2010 el Departamento de Operaciones solicita sustitución de producto.⁵⁰

El 17 de agosto, los comisionistas comprador y vendedor, informan a la bolsa que se están haciendo análisis microbiológicos a las muestras por parte de la Bolsa y no se han recibido los resultados. Acuerdan que se prorrogará el pago⁵¹. Sin embargo, nuevamente el 22 de septiembre de 2010 el Departamento de Convenios Control Calidad informa a Opciones Bursátiles de Colombia S.A. que ninguno de los productos pactados en las operaciones objeto de investigación y correspondiente a la quinta entrega, cumplen.⁵² En el caso de la operación No. 10747030 de barra de chocolate, no se cumple con carbohidratos; en la operación No. 10746293 sobre caramelos en leche y la operación No. 10746246 sobre panela cuadrada, no cumplen con la proteína.

En consecuencia, el 23 de septiembre de 2010 el Departamento de Operaciones solicita sustitución de producto a **MERCADO Y BOLSA S.A.**⁵³ Igualmente, este mismo día se solicita por parte del Departamento de Operaciones enviar cuadro detallado de las cantidades y

⁴⁵ Cuaderno No. 1 folio 260

⁴⁶ Cuaderno No. 1 folio 259

⁴⁷ Cuaderno No. 1 folio 258

⁴⁸ Cuaderno No. 1 folio 261

⁴⁹ Cuaderno No. 1 folio 262

⁵⁰ Cuaderno No. 1 folio 263

⁵¹ Cuaderno No. 1 folio 284

⁵² Cuaderno No. 1 folio 264

⁵³ Cuaderno No. 1 folio 265

fechas de entrega adjuntando los soportes toda vez que se encuentran faltantes entre las unidades negociadas y las entregadas.⁵⁴

La sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** solicita plazo para la entrega de los documentos ya que fueron entregados al mandante y aun no han sido devueltos⁵⁵.

El 28 de septiembre de 2010 Opciones Bursátiles de Colombia S.A. da alcance a comunicaciones anteriores informando las cantidades que a la fecha quedan faltando por recibir de los incumplimientos por entrega inicialmente declarados y solicita se declaren los incumplimientos por las mismas unidades faltantes que había señalado el Departamento de Operaciones.⁵⁶

Por lo tanto, mediante PSD-773 del 27 de octubre de 2010 la Bolsa declara el incumplimiento de las 3 operaciones y se explica la situación presentada. Se declara el incumplimiento parcial por no entrega de 53.840 unidades para la operación No. 10746246; 21.050 unidades para la operación 10746293 y 10.600 unidades para la operación No. 10747030.⁵⁷

Ahora bien, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** remite a la Bolsa el 3 de noviembre de 2010, las facturas de la quinta entrega de raciones⁵⁸ y el 5 de noviembre de 2010 se pronuncia respecto de la declaratoria de incumplimiento señalando:⁵⁹

“Las operaciones mencionadas fueron aplazadas en entrega y pago mediante acta suscrita el 17 de Agosto de 2.010 entre las sociedades comisionistas (...) en la que se informa que las entregas en ese momento se encontraban en proceso, se estaban elaborando los análisis de laboratorio y no se tenían resultados a la fecha. Cabe resaltar que las entregas no se realizaron con anterioridad ya que dichas entregas se realizan de acuerdo con la solicitud de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, quienes solicitan la entrega de producto de acuerdo con sus necesidades y capacidad de almacenamiento como es de conocimiento del Departamento de Departamento de Operaciones de la BMC”.

⁵⁴ Cuaderno No. 1 folio 266

⁵⁵ Cuaderno No. 1 folio 267

⁵⁶ Cuaderno No. 1 folio 257

⁵⁷ Cuaderno No. 1 folio 268 a 271. El 3 de noviembre de 2010 la CC Mercantil solicita al comprador informe si requiere la actuación de la Cámara Arbitral o de la CC Mercantil para honrar el incumplimiento (Cuaderno No. 1 folio 272 y 273).

⁵⁸ Cuaderno No. 1 folio 274 a 277. Otras facturas a folios 276 a 280)

⁵⁹ Cuaderno No. 1 folios 287 y 288

Igualmente señala en sus descargos que: *“se firmó entre las partes un acta de prórroga para la quinta entrega de estas operaciones, la cual se efectuó posterior a la fecha en la que el producto debía haber sido entregado puesto que el mandante comprador no había solicitado producto. Infortunadamente, la SCB Opciones Bursátiles solicitó la declaratoria de incumplimiento sin tener presente los actos administrativos que se habían surtido entre los mandantes, modificando fechas y cantidades a entregar”*.

El acta de prórroga a la que se refiere la sociedad comisionista en efecto se suscribe el 17 de agosto de 2010 cuando la quinta entrega debía efectuarse el 26, 27 y 29 de julio de 2010. Se señala en la misma que el producto de las operaciones *“correspondiente a la quinta entrega, realizadas entre Opciones Bursátiles de Colombia S.A. como comisionista comprador, y Mercado y Bolsa S.A. como comisionista vendedor, está en proceso de entrega en este momento razón por la cual se está elaborando los análisis microbiológicos a las muestras (...)”*. Adicionalmente aclaran que las partes están de acuerdo con las condiciones de entrega.

Dicho argumento tiene que ver con la entrega extemporánea del producto, sin embargo debe señalarse que no es aceptable en este mercado realizar modificaciones por fuera de las disposiciones reglamentarias, menos aún cuando las mismas se efectúan de manera posterior a la fecha en la cual se ha debido realizar la entrega. En efecto, nótese que habían transcurrido más de 18 días desde la fecha pactada, cuando se reúnen las partes.

Debe recordarse que las sociedades comisionistas no desarrollan su actividad en un mercado común de intercambio de productos, sino en el sector financiero y de esta manera, su actividad se encuentra completamente regulada por ser de interés público, restringiéndose en consecuencia, la autonomía de la voluntad privada para dar paso a una alta intervención estatal no sólo para efectos de la regulación sino también, ejerciendo funciones de policía administrativa y autorizando la realización de cualquier actividad catalogada como financiera, bursátil o aseguradora.

La modificación de una operación no es una situación que interese únicamente a las partes de la negociación ya que la operación se cerró en Bolsa bajo unas condiciones que se dieron a conocer al mercado y es en esas condiciones que se debe cumplir la operación o en su defecto cumplir los requisitos reglamentarios para su modificación. En consecuencia, no pueden ser de recibo en este mercado las modificaciones a la operación, efectuadas por fuera de las disposiciones reglamentarias toda vez que dicha situación podría ir en contra de la transparencia del mercado toda vez que quienes ofertaron en la Rueda de Negocios, lo hicieron de acuerdo con las condiciones que se cantaron en Rueda.

Ahora bien, adicional a la entrega extemporánea del producto se encuentra que hubo un faltante en la entrega. En efecto, **MERCADO Y BOLSA S.A.** informó en respuesta a la

solicitud de pruebas del área de seguimiento que: *“no se realizó (sic) sustitución del producto, ya que se hicieron los descuentos que por este concepto establece la Ficha Técnica de Negociación”*. Igualmente señala en sus descargos que: *“(…) del 100% de las entregas objeto de las operaciones de este aparte, los mandantes vendedores cumplieron oportunamente el 71,8% de las negociaciones”*.

Tal y como se señaló en la declaratoria de incumplimiento y lo reitera el área de seguimiento, el pago del valor correspondiente a la quinta entrega no se había efectuado lo cual permite deducir que la operación no fue cumplida acorde con los términos pactados.

En efecto, se encuentra entonces probado que en las operaciones bajo estudio se incumplió con la entrega del producto en las condiciones pactadas, de una parte porque se entregó parte del producto de manera extemporánea, y de otra, porque hubo faltante de producto que finalmente no fue entregado. De hecho debe anotarse que el mandante comprador señaló respecto de los perjuicios por el incumplimiento que⁶⁰:

- “1. Costos de mano de obra, por el retraso en la ejecución del cronograma de ensamble de raciones, el cual por día para ese año, equivalía a 1.100.000. La barra de chocolate y el caramelo de leche afectaron el retraso para 2 de 10 menús. El refresco hidratante está incluido en todos los menús.*
- 2. Desgaste administrativo para la consecución de todos los productos que conforman las raciones de campaña.*
- 3. Mala imagen institucional ante el cliente por el incumplimiento de entrega en las fechas pactadas en los contratos interadministrativos suscritos con las fuerzas militares, el cual en promedio fue de 48 días.*
- 4. Amonestaciones del cliente y negociación de la sanción pecuniaria por incumplimiento en las entregas pactadas”*.

Por lo tanto no pueden ser aceptables los argumentos de la investigada en cuanto el retraso fue por solicitud o concordado con la contraparte y por el contrario, es claro que generó perjuicios.

7.2.3. De las operaciones No. 12309934 y 12308066

Las operaciones forward MCP No. 12309934 y 12308066 tenían pactada fecha de entrega desde el 17 hasta el 24 de diciembre de 2010 en Acevedo, Huila⁶¹.

⁶⁰ Cuaderno No. 2 folios 693. Comunicación remitida por Opciones Bursátiles de Colombia el 08 de febrero de 2013 ante solicitud de pruebas del área de seguimiento.

⁶¹ Ficha técnica de negociación y del producto (Cuaderno No. 2 folio 695).

Mediante correo electrónico del 16 de diciembre de 2010, la sociedad comisionista compradora Comfinagro S.A. envía a **MERCADO Y BOLSA S.A.** *“acta para presentar el día de hoy al Departamento de Operaciones”* y remiten el texto del acta sin firma y con espacios en blanco. En dicha acta se efectuaría una modificación a la fecha de entrega, hasta el 20 de enero de 2011. Sin embargo, como se anotó, no se firmó.⁶²

En efecto, al día siguiente, el 17 de diciembre de 2010 Comfinagro S.A. remite el cronograma de entregas con fechas del 20 al 24 de diciembre de 2010. Lo anterior implica que la contraparte finalmente no aceptó modificar las fechas de entrega.⁶³

Ahora bien, mediante comunicación del 23 de diciembre de 2010, **MERCADO Y BOLSA S.A.** informa que debido a la restricción de tráfico pesado de acuerdo con el decreto 5776 de 2007 del Ministerio de Transporte han tenido problemas para efectuar las entregas, pero se están realizando las gestiones para efectuar las mismas a la mayor brevedad posible.⁶⁴ El 27, 28 y 29 de diciembre de 2010 reitera lo dicho en la comunicación anterior.⁶⁵

Por lo tanto, el 29 de diciembre de 2010 Comfinagro S.A solicita se declare el incumplimiento parcial en la entrega señalando que *“según informe de interventoría, el avance de las entregas es de aproximadamente 80%, sin que se hubiere obtenido propuesta satisfactoria en cuanto a una nueva fecha de entrega del saldo por parte de la Firma Comisionista Vendedora”*.⁶⁶

De acuerdo con lo anterior, el 4 de enero de 2011 el Departamento de Operaciones solicita a **MERCADO Y BOLSA S.A.** un informe detallado de las entregas de las operaciones. Adicionalmente menciona *“con respecto a esas operaciones, se han remitido tres comunicaciones en la que se informan retrasos en las entregas, debido a las restricciones de transporte, sin embargo, no se ha recibido ningun (sic) solicitud para modificar las condiciones de la negociación (...)”*⁶⁷. Frente a lo anterior el 5 de enero de 2011 **MERCADO Y BOLSA S.A.**, responde a la Bolsa remitiendo la relación de despachos realizados a la fecha, explicando que los soportes faltantes no han sido devueltos por los transportadores.⁶⁸

⁶² Cuaderno No. 2 folio 591 a 593

⁶³ Cuaderno No. 2 folio 589

⁶⁴ Cuaderno No. 3 de pruebas folios 198 a 201. Adjunta el decreto.

⁶⁵ Cuaderno No. 3 de pruebas folio 196, 197 y 587

⁶⁶ Cuaderno No. 1 folio 316

⁶⁷ Cuaderno No. 1 folio 315

⁶⁸ Cuaderno No. 1 folios 297 a 314

La administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-011 del 11 de enero de 2011, declara el incumplimiento parcial en la entrega de la operación.⁶⁹

Posteriormente, según consta en acta de arreglo directo No. 001 del 17 de enero de 2011 llegan al siguiente acuerdo:

- “1. Entrega la totalidad del producto en los sitios acordados a mas tardar el 26 de enero de 2011.*
- 2. Entregar 15 mesas, 45 sillas, y 9 butacos adicionales de las mismas características establecidas en las fichas técnicas de las operaciones incumplidas a manera de indemnización el 26 de enero de 2011 en la bodega central en la ciudad de Neiva.*
- 3. Las demás condiciones en la ficha técnica de la negociación no se modifican.”*

La sociedad comisionista en sus descargos señala respecto de estas operaciones: “*Mercado y Bolsa S.A. actuó de acuerdo a la solicitud que la punta compradorA nos efectuó y el retractarse de la prórroga ocasionó traumatismos en el proceso de nuestro mandante*”. Sin embargo se observa que más allá de la prórroga, los retrasos en la entrega se presentan por las restricciones en la época de diciembre, lo cual no puede ser tenido como un eximente de responsabilidad toda vez que al efectuarse la negociación, la sociedad comisionista supo que la fecha final de entrega era el 24 de diciembre, por lo tanto debió prever los inconvenientes que se presentarían por la época en que debía efectuarse el transporte y establecer medidas de contingencia para poder cumplir en las condiciones pactadas.

Por lo tanto, encuentra la Sala que en efecto se presentó un incumplimiento de la operación en las condiciones pactadas lo cual vulnera las normas que rigen el actuar de las sociedades comisionistas en este mercado, sin embargo para efectos de graduación de la sanción se tendrá en cuenta que fue un incumplimiento parcial y que se acudió a arreglo directo para entregar finalmente el producto pactado más una indemnización. Igualmente se tendrán en cuenta las circunstancias presentadas con la contraparte en cuanto a la prórroga que finalmente no se concretó y las restricciones al transporte.

7.2.4. De la operación No. 14910929

La operación de disponible MCP No. 14910929 fue celebrada por **MERCADO Y BOLSA S.A.** el 7 de febrero de 2012, sobre 48.000 kilogramos de bebida achocolatada en polvo con leche, para entregas hasta el 24 de febrero de 2012, en Villavicencio⁷⁰.

⁶⁹ Cuaderno No. 1 folio 318. El 13 de enero de 2011 la CC Mercantil pregunta a Comfinagro si requiere la actuación de la Cámara Arbitral o de la CC Mercantil (Cuaderno No. 1 folio 289)

⁷⁰ Comprobante de negociación (Cuaderno No. 1 folio 354)

Mediante correo electrónico del 20 de marzo de 2012 la sociedad comisionista compradora Comiagro S.A. informa a la Bolsa que se presentó un incumplimiento y la Bolsa el 21 de marzo solicita se tramite formalmente el mismo.⁷¹ Por lo tanto, el 12 de abril de 2012 Comiagro S.A. informa el mandante no pudo entregar en las fechas acordadas por problemas con las máquinas de empaque y solo entregó 10.400 kilogramos, señala que esta información la envió la regional Llanos Orientales de manera tardía.⁷²

Posteriormente, el 18 de abril de 2012 Comiagro S.A. solicita se declare el incumplimiento parcial en la operación, e informa las fechas de las entregas así⁷³:

Fecha	Cantidad entregada
24-feb-12	10.400
23-mar-13	10.000
28-mar-13	10.000
4-abr-13	11.500
16-abr-12	3.700
TOTAL	45.600

Señala adicionalmente, que los 2400 kilos restantes se tomarán como tolerancia.

Siendo una operación de físico disponible no es admisible que la entrega se efectúe dos meses después, pues desnaturaliza la operación que por definición debe pactarse con entregas antes de los 30 días de su celebración. Igualmente genera inconvenientes con la garantías de la operación.

De acuerdo con lo anterior, la Bolsa mediante comunicación PSD-187 del 18 de abril de 2012 declara el incumplimiento parcial y extemporáneo en la entrega del producto de la operación, señalando respecto de la tolerancia mencionada que *“no es aceptable en Bolsa, considerando debe ser una acuerdo entre las partes y debe informarse dentro de las fechas de entrega pactadas en Bolsa”*.⁷⁴

⁷¹ Cuaderno No. 1 folio 356 y 357

⁷² Cuaderno No. 1 folio 360

⁷³ Cuaderno No. 1 folio 364. Igualmente obran en el expediente las remisiones enviadas por el mandante vendedor (Cuaderno No 3 de pruebas folio 57 a 64).

⁷⁴ Cuaderno No. 1 folio 365 y 366

Debe anotarse que mediante comunicaciones del 20 de abril de 2012 las partes informan a la Bolsa que debido a demoras presentadas en la entrega del producto de común acuerdo entre las partes, el mandante vendedor indemnizó a la ALFM con 802 Kg de producto, como se evidencia en remisión adjunta.⁷⁵

De acuerdo con todo lo anterior es claro que las entregas del producto se realizaron de manera extemporánea, sin que exista sustento reglamentario alguno para el efecto. Respecto de las entregas extemporáneas señala la sociedad comisionista en sus descargos: *“Mercado y Bolsa S.A. conoce que las entregas fueron realizadas extemporáneamente y por esta situación, el mandante comprador acepto (sic) y se indemnizó, previo acuerdo con el mandante comprador, con 802 kilos. (...) En este sentido se solicita levantar la imputación de los cargos pues además de recibir una indemnización se está abriendo un pliego de cargos sobre una operación que se cumplió”*.

Al respecto debe anotarse que la entrega del producto de manera extemporánea, genera un incumplimiento. En efecto, las operaciones celebradas en este escenario de negociación deben cumplirse de manera estricta en las condiciones de modo, tiempo y lugar pactadas, más aún tratándose de obligaciones a término que tienen fecha cierta para su cumplimiento.

Por lo tanto no es aceptable el argumento de la sociedad comisionista según el cual entiende que al haber entregado extemporáneamente se cumplió con la operación. Por el contrario, se incumple con las condiciones pactadas en la Rueda y con las normas legales y reglamentarias que rigen este mercado y que imponen la obligación de cumplir las operaciones celebradas de manera oportuna e íntegra, en cumplimiento estricto de las condiciones pactadas.

Sin embargo si será tenido en cuenta por la Sala que el hecho de que se haya indemnizado a la contraparte por el incumplimiento presentado, lo cual, mitiga el impacto del daño causado.

7.2.5. De la operación No. 15647183

⁷⁵ Cuaderno No. 2 folio 621 y 622. Igualmente obra en el expediente remisión en la cual se evidencia la entrega de 802 kg.



La operación forward MCP No. 15647183 fue celebrada por **MERCADO Y BOLSA S.A.** como comisionista vendedor, sobre el producto caramelo de leche, para entregas parciales entre el 26 de junio al 9 de octubre de 2012⁷⁶.

El 31 de julio de 2012 la sociedad comisionista compradora Opciones Bursátiles de Colombia S.A.⁷⁷ solicita se declare el incumplimiento en la segunda entrega, el cual, luego de ser analizado por parte de la Bolsa⁷⁸, es certificado mediante comunicación PSD-690 del 24 de agosto de 2012, por el incumplimiento parcial en la segunda entrega.⁷⁹

Ahora bien, el 5 de septiembre de 2012 Opciones Bursátiles de Colombia S.A. solicita se declare el incumplimiento parcial en la tercera entrega⁸⁰ toda vez que la ALFM remitió informe de incumplimiento de esta entrega⁸¹, lo anterior es certificado por la Bolsa mediante comunicación PSD-780 del 18 de septiembre de 2012.⁸²

Obra en el expediente comunicación del 8 de octubre de 2012 en donde **MERCADO Y BOLSA S.A.** informa las entregas realizadas a la fecha⁸³ y envía las remisiones.⁸⁴ De acuerdo con dicha comunicación, las entregas se efectuaron así:

Entrega	Fecha	Cantidad	Remisión	Cantidad	Fecha	Total
1ra entrega	26-jun-12	20.770	32344	6.300	14-jun-12	20.770
			32449	7.650	10-oct-12	
			32483	6.820	17-jul-12	
2da	10-jul-12	70.000	32526	22.500	26-jul-12	70.000

⁷⁶ Comprobante de negociación (Cuaderno No. 1 folio 471). Debe anotarse que si bien se solicitó un incumplimiento en la primera entrega de la operación, mediante comunicación del Departamento de Operaciones del 10 de octubre de 2012 se señaló que la misma no procedía toda vez que se efectuó la reposición del producto. (Cuaderno No. 2 folio 663 y 664). Por lo tanto, dicha entrega no es objeto de investigación.

⁷⁷ Cuaderno No. 1 folio 466

⁷⁸ En efecto, el 2 de agosto de 2012 el departamento de operaciones solicita a **MERCADO Y BOLSA S.A.** informar los inconvenientes que surgieron con las entregas (Cuaderno No. 1 folio 465). El 3 de agosto **MERCADO Y BOLSA S.A.** contesta que están a la espera de confirmación por parte del mandante con el fin de aclarar el cumplimiento de la operación

⁷⁹ Cuaderno No. 1 folio 469 y 470

⁸⁰ Cuaderno No. 1 folio 476

⁸¹ Cuaderno No. 1 folio 472 a 474

⁸² Cuaderno No. 1 folio 478. El 11 de septiembre de 2012 el departamento de operaciones había solicita que **MERCADO Y BOLSA S.A.** informara los inconvenientes que surgieron con las entregas. (Cuaderno No. 1 folio 475).

⁸³ Cuaderno No 3 de pruebas folio 20

⁸⁴ Cuaderno No 3 de pruebas folios 8 al 19

entrega			32540	21.150	1-ago-12	
			32593	20.250	13-ago-12	
			32615	6.100	15-ago-12	
Sustitución 1ra entrega		20.770	32649	20.250	24-ago-12	20.770
			32727	520	14-sep-12	
3ra Entrega	14-ago-12	57.161	32727	24.680	14-sep-12	57.161
			32770	13.500	19-sep-12	
			32801	18.981	27-sep-12	

Como se puede evidenciar, es claro que el producto correspondiente a la segunda y la tercera entrega, fue entregado de manera extemporánea lo cual como se ha anotado, implica un incumplimiento de la operación en las condiciones pactadas. De hecho, la sociedad comisionista en sus descargos explica que: *“los retrasos obedecieron a fallas técnicas en el empaque de los productos, lo cual, aunque no se constituye como una fuerza mayor, sí genera problemas al interior del proceso productivo del mandante, lo que escapa por completo del manejo de ésta Sociedad Comisionista”*.

Sin embargo será tenido en cuenta por la Sala que el producto finalmente fue entregado en su totalidad, lo cual mitiga el impacto del daño que el incumplimiento genera.

7.2.6. De la operación No. 15640430

La operación No. 15640430 fue celebrada por **MERCADO Y BOLSA S.A.** como comisionista vendedor, el 8 de junio de 2012 sobre 2.078.960 unidades de refresco hidratante por un valor total de negociación de \$403.318.240. Las entregas de la operación se pactaron así⁸⁵:

Fecha Entrega	Cantidad Entregada
28-jun-12	220.684
13-jul-12	715.070
17-ago-12	571.602
12-oct-12	571.604
TOTAL	2.078.960

⁸⁵ Ficha técnica de negociación y del producto (Cuaderno No. 2 folio 695).

Una vez efectuadas la primera y segunda entrega, el Departamento Técnico de la Bolsa mediante comunicaciones DT-808 del 16 de agosto de 2012⁸⁶ y DT-918 del 30 de agosto de 2012⁸⁷, remite los resultados del análisis de calidad de ambas entregas señalando que el producto entregado no cumplía con las especificaciones técnicas de calidad en cuanto al contenido de potasio.

En consecuencia el Departamento de Operaciones de la Bolsa, mediante comunicaciones DO-979, 980, 981, 982 y 983 del 17 de agosto de 2012 solicita la sustitución del producto por calidad respecto de la primera entrega⁸⁸ y mediante comunicaciones DO-1059, 1060, 1061, 1062, 1063, 1064, 1065 del 31 de agosto de 2012, solicita la sustitución de correspondiente a la segunda entrega.⁸⁹

Dicha sustitución, debía efectuarse conforme lo ordena el artículo 3.6.2.1.4.5. del Reglamento de la Bolsa, en el término establecido en el artículo 207 del mismo Reglamento, esto es dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha del dictamen emitido por la Cámara Arbitral, a través del grupo técnico; según lo señaló la Bolsa.

En consecuencia la sustitución debía efectuarse el 24 de agosto para la primera entrega y el 7 de septiembre para la segunda.

Sin embargo, mediante comunicaciones del 10 de septiembre de 2012 la sociedad comisionista compradora Opciones Bursátiles de Colombia S.A. solicita se declare el incumplimiento por la no sustitución del producto⁹⁰.

Si bien se llegó a un acuerdo el 17 de septiembre de 2012 en el cual *“las 570.202 unidades de la tercera entrega se usan para la reposición de primera entrega y segunda entrega”*⁹¹, el 20 de septiembre de 2012 el Departamento Técnico de la Bolsa remite los resultados del análisis de calidad de la reposición de la segunda entrega en los cuales se determina que el producto no cumple por potasio⁹². Por lo tanto, el 24 de septiembre de 2012 Opciones Bursátiles de Colombia solicita se declare el incumplimiento ya que la reposición no cumple con las condiciones establecidas en la ficha técnica.⁹³ El incumplimiento es

⁸⁶ Cuaderno No. 1 folio 498

⁸⁷ Cuaderno No. 1 folio 497

⁸⁸ Cuaderno No. 1 folio 480 a 484

⁸⁹ Cuaderno No. 1 folio 492 a 486

⁹⁰ Cuaderno No. 1 folio 500 y 501

⁹¹ Cuaderno No. 1 folios 493 y 494

⁹² Cuaderno No. 1 folio 495

⁹³ Cuaderno No. 1 folio 499

declarado por la administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-844 del 25 de septiembre de 2012 por incumplimiento total en la primera, segunda y tercera entrega.⁹⁴

De todas formas debe anotarse que para cuando se celebra el acuerdo ya se había incumplido el término de entrega de la tercera entrega que correspondía al 17 de agosto de 2012. Por lo tanto, ésta ya era extemporánea.

Ahora bien, en sus descargos explica la sociedad comisionista que la ALFM *“distribuyó y consumió el producto con las condiciones entregadas, con posterioridad se recibieron los exámenes técnicos”*. Agrega que: *“En condiciones normales y de acuerdo con lo establecido por la ficha técnica la Agencia logística a cambio de exigir la sustitución del producto acepta indemnizaciones sin embargo para este caso en particular la Agencia Logística decide no aceptar indemnizaciones sobre el pago de producto y por el contrario, solicita la compra del producto por parte de la CC Mercantil de dos entregas”*.

En efecto, en acta de arreglo directo No. 33 del 2012 del comité arbitral del 1 de octubre de 2012, se señala⁹⁵: *“El doctor Alberto Caicedo explica que existe un inconveniente con las 220.684 unidades correspondientes a la primera entrega, en razón a que estas fueron empacadas en las cajas de ración de campaña y fueron distribuidas en 25 sitios a nivel nacional, y la Agencia Logística de las Fuerzas Militares solicita que sean recogidas por el mandante vendedor, tema sobre el cual no hay acuerdo porque el comprador argumenta que el producto fue entregado en Bogotá”*.

Adicionalmente llegan al siguiente acuerdo:

- 1- *Entrega inmediata de las 364.152 unidades de la segunda entrega que no salió a comprar la Cámara de Compensación de la Bolsa, entregar 571.604 unidades de la cuarta entrega el 17 de octubre.*
- 2- *El comprador renuncia a cualquier tipo de indemnización*
- 3- *El comité arbitral no recibió respuesta alguna por parte de la sociedad comisionista OBC, en relación con la devolución de los refrescos que no cumplieron, por lo que se prevé que no se presentó acuerdo respecto del tema*

Este acuerdo se firma el 8 de octubre de 2012. Debe anotarse que de manera posterior al arreglo directo, existe varias comunicaciones de **MERCADO Y BOLSA S.A.** solicitando la devolución del producto correspondiente a la primera entrega⁹⁶. Sin que conste en el expediente respuesta alguna por parte de la contraparte.

⁹⁴ Cuaderno No. 1 folio 502 y 503

⁹⁵ Cuaderno No 3 de pruebas folios 1 y 2

⁹⁶ Comunicaciones del 8, 16 y 30 de octubre de 2012 y del 6 de diciembre de 2012 (Cuaderno No. 4 folios 73 77).

Si bien la Sala no entiende por qué la sociedad comisionista pone de presente la situación presentada con la devolución del producto sólo hasta el arreglo directo y no por ejemplo en la reunión del 17 de septiembre, lo cierto es que aunque se trata de una circunstancia que dificulta el cumplimiento de la operación; se presentó un incumplimiento en la reposición de la primera y segunda entrega y adicionalmente ya era evidente la entrega extemporánea de la tercera entrega.

En efecto, el incumplimiento se confirma no sólo porque la CC Mercantil tuvo que salir a comprar el producto, sino porque adicionalmente se pacta la entrega del producto dado en reposición, esto con independencia de que es claro que el mandante comprador debía devolver el anterior producto. En efecto, considera la Sala que no es aceptable que el producto se compre nuevamente y el comprador no devuelva aquél que había sido rechazado, sin embargo esta circunstancia no elimina el incumplimiento de la sociedad comisionista aunque evidencia cierta responsabilidad de la contraparte en las circunstancias presentadas.

Igualmente se tiene que de acuerdo con lo señalado por la sociedad comisionista, únicamente se presenta el inconveniente con el producto de la primera entrega, sin embargo también se incumplió con la sustitución de la segunda entrega y con la entrega en término de la tercera fecha parcial de acuerdo con lo explicado previamente.

Adicionalmente, de acuerdo con el cuadro con información de entregas remitido por la sociedad comisionista, no hubo pago en relación con la primera entrega, lo anterior teniendo en cuenta que el producto correspondiente a esta entrega parcial lo adquirió la CC Mercantil en la Bolsa y frente a la segunda entrega se efectuó el pago únicamente de las 364.152 unidades que entregó la sociedad comisionista vendedora de acuerdo con lo pactado en el arreglo directo.⁹⁷ Del total de la operación que correspondía a \$403.318.240 únicamente correspondía el pago de producto entregado la suma de \$342.266.036,48; a la cual se le aplicaron los correspondientes descuentos. Por lo tanto es claro que hubo un faltante de producto que no fue entregado por la sociedad comisionista, tanto así que el comprador debió salir a adquirirlo a través de la CC Mercantil.

Por lo tanto encuentra la Sala que se presentó un incumplimiento en la entrega del producto correspondiente a la primera y segunda entrega, toda vez que no cumplió con la calidad y no se entregó en término la sustitución del mismo y adicionalmente se incumplió el término pactado para la tercera entrega. Sin embargo serán tenidas en cuenta para

⁹⁷ Cuaderno No 3 de pruebas folio 5

efectos de determinación de la sanción a imponer, las circunstancias presentadas las cuales evidentemente hicieron compleja la operación.

7.2.7. De las operaciones No. 12646798, 12646799, 12652796, 12653328, 12653330, 12653336, 12653339, 12667306, 12667307, 12667308, 12667309, 12652843 y 12729526.

Tal y como se señaló en los hechos, en estas 13 operaciones forward MCP las entregas del producto debían efectuarse entre el 7 de febrero y el 15 de abril de 2011.

El 23 de febrero de 2011 la sociedad comisionista compradora Opciones Bursátiles de Colombia S.A., solicita se declare el incumplimiento parcial en la entrega de 5 de las operaciones, identificadas con los números 12667306, 12653336, 12667309, 12729526 y 12653339, por faltantes de producto.⁹⁸ El 25 de febrero de 2011 da alcance a la anterior comunicación y aclara las cantidades entregadas y los faltantes.⁹⁹

Este mismo día, **MERCADO Y BOLSA S.A.** informa a la Bolsa que las cantidades faltantes ya fueron entregadas y el único producto que no había sido entregado era el de la operación 12729526, el cual no fue recibido por falta de capacidad de almacenamiento¹⁰⁰. Relaciona las remisiones¹⁰¹. Debe anotarse que respecto de la operación No. 12729526, obra en el expediente comunicación sin fecha del mandante vendedor, en la que informa a **MERCADO Y BOLSA S.A.** el cumplimiento en la entrega de esa operación, señalando que por haber cerrado tarde la negociación se retrasaron las entregas.¹⁰²

En efecto, el 28 de febrero de 2011 Opciones Bursátiles de Colombia S.A. informa que los productos correspondientes a las operaciones No. 12667306, 12653336, 12667309, 12729526 y 12653339 fueron recibidos pero extemporáneamente¹⁰³. Lo anterior es corroborado por **MERCADO Y BOLSA S.A.** mediante comunicación del 1 de marzo de 2011 en donde informa sobre las fechas de entrega aclarando que *“las entregas de producto se realizan de acuerdo con la solicitud directa a cada mandante por parte de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares y por esta razón las fecha (sic) en ocasiones no corresponden con las fechas*

⁹⁸ Cuaderno No. 1 folio 319

⁹⁹ Cuaderno No. 1 folio 320

¹⁰⁰ Cuaderno No. 1 folio 333

¹⁰¹ Cuaderno No. 1 folios 322 a 332. Igualmente, este mismo día el departamento de operaciones había solicitado remitir cuadro con detalle de entregas de las operaciones 12667306, 12653336, 12667309, 12729526, 12653339.

¹⁰² Cuaderno No. 1 folio 321

¹⁰³ Cuaderno No. 1 folio 335

límite para cada entrega". En consecuencia, señala que las entregas (primera entrega) se han efectuado así¹⁰⁴:

Operación	Cantidad para entregar	Fecha límite de entrega	Fecha de entrega	Remisión	Cantidad
12667306	16.000	7-feb-11	3-feb-11	1	6.000
			18-feb-11	1	10.000
12667309	35.000	7-feb-11	16-feb-11	2	24.000
			18-feb-11	3	5.600
			22-feb-11	5	401
			22-feb-11	4	4.999
	48.000	28-feb-11	22-feb-11	4	20.201
12653336	10.000	7-feb-11	7-feb-11	30605	10.000
12653339	50.000	7-feb-11	11-feb-11	30622	26.000
			17-feb-11	30645	24.000
12729526	110.000	7-feb-11	15-feb-11	1	27.680
			18-feb-11	2	24.800
			23-feb-11	3	25.600
			25-feb-11	4	24.0

En consecuencia es claro que con excepción de la operación No. 12653336, el producto correspondiente a las operaciones No. 12667306, 12667309, 12729526 y 12653339 no se entregó en la fecha pactada sino de manera posterior; en lo que se refiere a la primera entrega parcial.

Es de anotar que mediante comunicación DO-0447 del 2 de marzo de 2011, el Departamento de Operaciones solicitó a **MERCADO Y BOLSA S.A.** remitir documentación o soporte que sustente la afirmación en cuanto las entregas de producto se realizan de acuerdo con la solicitud directa a cada mandante, por parte de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares¹⁰⁵. En respuesta de lo anterior, la sociedad comisionista informa que la solicitud del producto o el cambio del mismo las hace la ALFM telefónica o directamente por lo tanto no tienen soportes¹⁰⁶

¹⁰⁴ Cuaderno No. 1 folio 336

¹⁰⁵ Cuaderno No. 1 folio 338.

¹⁰⁶ Cuaderno No. 1 folio 337

Igualmente, el mismo día el Departamento de Operaciones solicita información sobre cantidades y aclarar la solicitud de incumplimiento¹⁰⁷ a lo cual da respuesta Opciones Bursátiles de Colombia S.A., el 11 de marzo de 2011.¹⁰⁸ Este mismo día solicita se declare el incumplimiento de las operaciones No. 12667306, 12646798, 12653336, 12646799 y 12653339 por entrega extemporánea y producto que aún no ha sido recibido¹⁰⁹.

En lo que se refiere a las entregas extemporáneas únicamente, encuentra la Sala que en efecto el producto no fue entregado en las fechas inicialmente pactadas, sin perjuicio de que como se verá a continuación, haya sido levantado el incumplimiento certificado por la Bolsa. En efecto, tal y como lo señala el área de seguimiento, de las pruebas obrantes en el expediente, se evidencia que no sólo la primera entrega sino también la segunda, se realizó de manera extemporánea. En resumen, las entregas se efectuaron así¹¹⁰:

Operación	Producto	Cantidad a entregar	Fecha entrega pactada (1 y 2 Entrega)	Fecha entrega real	Cantidad	No. Remisión
12667306	Bebida Achocolatada	16.000	7-02-2011	3-02-2011	6.000	1
				18-02-2011	10.000	1
		16.000	28-02-2011	07-03-2011	16.000	5
12667309	Malteada	35.000	7-02-2011	16-02-2011	24.000	2
				18-02-2011	5.600	3
				22-02-2011	401	5
				22-02-2011	4.999	4
		48.000	28-02-2011	22-02-2011	20.201	4
12653336	Caramelos de Leche	10.000	7-02-2011	7-02-2011	10.000	30605
		32.000	28-02-2011	22-02-2011	11.700	30653
				02-03-2011	200	30676
				08-03-2011	20.300	30677
12653339	Turron	50.000	7-02-2011	11-02-2011	26.000	30622
		80.000	28-02-2011	17-02-2011	24.000	30645
				02-03-2011	15.200	30678
				07-03-2011	30.000	30699
				15-02-2011	27.680	1
12729526	Panela	110.000	7-02-2011	18-02-2011	24.800	2
				23-02-2011	25.600	3
				25-02-2011	24.000	4
				22-02-2011	5.200	Factura 15069 (F)
12646798	Brownie	16.000	28-02-2011			

¹⁰⁷ Cuaderno No. 1 folio 340

¹⁰⁸ Cuaderno No. 1 folio 341

¹⁰⁹ Cuaderno No. 1 folio 342

¹¹⁰ Cuaderno No 3 de pruebas folios 72 a 128. Adicional a las comunicaciones ya señaladas obran en el expediente las remisiones y facturas (Cuaderno No 3 de pruebas folios 72 a 128).



						590
				07-03-2011	5.400	-
				08-03-2011	5.600	-
12646799	Muffin	32.000	28-02-2011	04-03-2011	4.200	Factura 1511(Folio 591)
				07-03-2011	27.400	
				08-03-2011	600	

Por lo tanto, en las operaciones No. 12667306 y 12653339 se entregó extemporáneamente el producto de la primera y segunda entrega, en las operaciones 12667309 y 12729526 se entregó extemporáneamente el producto sólo de la primera entrega y en las operaciones No. 12653336 y 12646798, 12646799 de la segunda entrega.

Posteriormente, el 16 de marzo de 2011 Opciones Bursátiles de Colombia S.A. solicita se declare el incumplimiento de las operaciones No. 12653330, 12653336, 12667309, 12653328, 12652796, 12646798, 12652843, 12667308 y 12667307, por calidad.¹¹¹

Respecto de los inconvenientes de calidad, obra en el expediente correos electrónicos del 23, 25 y 28 de febrero y del 23 de marzo de 2012, en los cuales **MERCADO Y BOLSA S.A.** señala que los productos no han cumplido con las pruebas de laboratorio y solicitan información para solucionar los inconvenientes. Opciones Bursátiles de Colombia S.A. responde que la ALFM no ha definido las indemnizaciones y que se está citando a una reunión para hablar el tema¹¹².

El 25 de marzo de 2012 el Departamento de Operaciones solicita a **MERCADO Y BOLSA S.A.** información sobre la sustitución del producto en las operaciones y teniendo en cuenta los correos señalados previamente, **MERCADO Y BOLSA S.A.** señala que no ha sido posible sustituir el producto debido a que Opciones Bursátiles de Colombia S.A. no ha dado instrucciones para realizar el cambio¹¹³

De acuerdo con todo lo anterior, mediante comunicación PSD-220 del 31 de marzo de 2011, la Bolsa declara el incumplimiento en calidad del producto en las operaciones No. No. 12653330, 12653336, 12667309, 12653328, 12652796, 12646798, 12652843, 12667308 y 12667307 y en entrega parcial extemporánea en las operaciones No. 12667306, 12667309, 12646798, 12653336, 12646799 y 12653339.¹¹⁴ Sin embargo mediante comunicación PSD-del 6 de abril de 2011 la Bolsa “*da alcance al comunicado PSD-*

¹¹¹ Cuaderno No. 1 folio 343 a 345

¹¹² Cuaderno No. 2 folio 602

¹¹³ Cuaderno No. 1 folio 347

¹¹⁴ Cuaderno No. 1 folio 348 a 351. El 4 de abril de 2011 Opciones Bursátiles de Colombia solicita se convoque a cámara arbitral (Cuaderno No. 2 folio 607).

220 del 31 de marzo de 2011, con el que se decretó el incumplimiento en calidad de producto y en entrega parcial extemporánea de las operaciones (...); señala que se levanta el incumplimiento en los términos que habían sido señalados en el comunicado enunciado, como consecuencia de la recepción del producto por parte del comprador, lo cual implica la aceptación del mismo como fue confirmado con la acreditación en el sistema de liquidación y compensación; de otro lado para decretar un incumplimiento debe seguirse lo establecido en el artículo 3.2.1.1. de la Circular Única de la Rueda y el artículo 3.6.2.1.4.5.- procedimiento de aceptación de bienes, productos y/o servicios del Reglamento de Funcionamiento y operación de l Bolsa; lo cual no ocurrió”¹¹⁵

Explica la sociedad comisionista en sus descargos que: “no hubo un comportamiento caprichoso ni de Mercado y Bolsa S.A. ni de los mandantes vendedores con respecto a la entrega de producto que debía ser sustituido por problemas de calidad. Al solicitar al comisionista comprador el producto entregado en primera instancia para posteriormente efectuar la sustitución, recibimos como respuesta que éste ya había sido consumido. Por lo tanto, el comitente comprador decidió acogerse a los dispuesto en la ficha técnica y aplicar descuentos sobre el pago del producto, lo que denota que el reemplazo de producto no fue ni requerido ni necesario por disposición del comprador”. Para efectos de probar tal afirmación la sociedad comisionista remite nuevamente con sus descargos una tabla con las indemnizaciones solicitadas por la ALFM¹¹⁶. Igualmente aclara que para cada entrega parcial los mandantes entregaron la totalidad del producto.

Si bien no es clara la razón por la cual la Bolsa levanta el incumplimiento, las explicaciones dadas por la sociedad comisionista vislumbra la situación presentada. No obstante lo anterior, si bien es claro que representa nuevamente una dificultad para cumplir con los términos pactadas y evidencia responsabilidad de la contraparte en el incumplimiento; también es claro que se presentó un incumplimiento en la calidad del producto el cual fue certificado por el Departamento de Convenios Control Calidad de la Bolsa, y se solucionó vía descuento o indemnización.

Por lo tanto, encuentra la Sala que se presentó un incumplimiento en las condiciones pactadas en las operaciones No. 12646798, 12646799, 12652796, 12653328, 12653330, 12653336, 12653339, 12667306, 12667307, 12667308, 12667309, 12652843 y 12729526, sin embargo las circunstancias presentadas con el comprador serán tenidas como un atenuante de la conducta toda vez que evidentemente incidieron en el incumplimiento.

Es así como, más allá que la declaratoria de incumplimiento se haya levantado, lo cierto es que la misma representa únicamente una prueba dentro del proceso disciplinario y en el

¹¹⁵ Cuaderno No. 1 folio 352

¹¹⁶ Cuaderno No. 2 folio 609

caso concreto el restante acervo probatorio demuestra que se presentó un incumplimiento.

7.2.8. De las normas vulneradas por la conducta de MERCADO Y BOLSA S.A. por el incumplimiento en la entrega en las operaciones No. 9609469, 11096643, 10746246, 10746293, 10747030, 12309934, 12308066, 14910929, 15647183, 15640430, 12646798, 12646799, 12652796, 12653328, 12653330, 12653336, 12653339, 12667306, 12667307, 12667308, 12667309, 12652843 y 12729526.

El incumplimiento de uno de los requisitos establecidos en la ficha técnica de negociación en el caso de la operación No. 9609469, implica un desconocimiento de las obligaciones de la sociedad comisionista dentro de la operación más aún cuando los mismos se encuentran establecidos de manera clara y expresa antes de celebrar la operación. En efecto, dicha verificación no se efectuó con la responsabilidad y diligencia propia de un profesional que participa en este mercado pues como tal, debió haber informado con claridad y precisión a su mandante de los requisitos exigidos, en cuanto a la póliza y los cronogramas de entrega.

Dicha conducta configura una vulneración a lo establecido en el numeral 11 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, según el cual las sociedades comisionistas miembros, están obligadas a *“Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva”*. Adicionalmente vulnera lo previsto en el artículo 1.6.5.1 numeral 7° que prevé de manera específica dentro de las obligaciones de los miembros de la Bolsa, *“Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, reglamentario, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. En ningún caso será admisible al momento del cumplimiento la excepción de falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado”*.

Ahora bien, en relación con todas las operaciones (9609469, 11096643, 10746246, 10746293, 10747030, 12309934, 12308066, 14910929, 15647183, 15640430, 12646798, 12646799, 12652796, 12653328, 12653330, 12653336, 12653339, 12667306, 12667307, 12667308, 12667309, 12652843 y 12729526), el Área de Seguimiento imputa a la sociedad comisionista la vulneración del artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006 recogidos en el artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010; los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de la Bolsa; situación que configuraría la conducta objeto de investigación y sanción prevista en el numeral 13 del artículo 2.2.2.1.

del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia.

Como se vio previamente, en ninguna de las operaciones estudiadas se cumplió con la entrega de producto en las condiciones pactadas, bien sea porque el mismo se entregó de manera extemporánea incumpliendo el término pactado o porque definitivamente hubo producto que se dejó de entregar.

Lo anterior implica una vulneración del numeral 6 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006 -hoy artículo 2.11.1.8.1 del decreto 2555 de 2010- que establece expresamente la obligación para las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa de *“Pagar el precio de compra o hacer la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión de los mismos”*. (Resaltado fuera del texto original)

En efecto, tanto la no entrega como la entrega extemporánea del producto implican un incumplimiento de esta obligación por cuanto celebrada la operación en Bolsa, y acordados los términos de la negociación, éstos deben cumplirse de la forma como se pactaron.

Ahora, el numeral 1 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación establece como obligación de los miembros de la Bolsa *“Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación”*¹¹⁷. En el caso en estudio, no se atendió con esta disposición al incumplir con la obligación de entrega acorde a las condiciones pactadas al momento de la celebración de la operación. Adicionalmente, entiende esta Sala que con el incumplimiento final de la operación, desatiende lo previsto en el numeral 7° del mismo artículo que prevé dentro del catálogo de las obligaciones de los miembros *“Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. En ningún caso será admisible al momento del cumplimiento la excepción de falta de provisión de fondos o la*

¹¹⁷ Igual disposición se establece en el numeral 11 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos: *“Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones (...): 11. Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva”*.

inexistencia del producto, documento o servicio negociado” y el numeral 2 de esta disposición que determina que los miembros deberán “Cumplir permanentemente y en su integridad la ley, los estatutos y reglamentos de la Bolsa y las determinaciones de sus áreas u órganos de dirección, administración, operación, supervisión, disciplina y de solución de conflictos, sin que sirva de excusa o defensa la ignorancia de dichos reglamentos, circulares, instructivos operativos, acuerdos y laudos.”. En efecto, en el caso concreto, independientemente de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad disciplinaria que se hayan podido identificar en cada una de las operaciones estudiadas, lo cierto es que no se entregó el producto pactado en la fecha establecida para el efecto, sin que haya una causal que pueda eximir de responsabilidad por dicha conducta.

La no entrega del producto, genera un incumplimiento toda vez que las operaciones celebradas en este escenario de negociación deben cumplirse de manera estricta en las condiciones de modo, tiempo y lugar pactadas, y esta obligación sólo en cabeza de la sociedad comisionista recae ya que se encontraba actuando en virtud de un contrato de comisión, a nombre propio, por cuenta ajena. En efecto, el contrato de comisión es una especie de mandato no representativo siendo parte de su esencia, la circunstancia en virtud de la cual el comisionista obra en nombre propio, es decir, la firma comisionista, es la que realiza el negocio y soporta plenamente los efectos del mismo, para luego desplazarlos a su mandante o cliente.

Siendo esto así, le asiste razón al área de seguimiento al encontrar que la conducta investigada, se enmarca dentro de aquella contemplada en el numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación, la cual debe ser objeto de investigación y sanción en los siguientes términos: *“Incumplir las operaciones celebradas a través de la Bolsa o los deberes correspondientes al desarrollo de las actividades autorizadas;”*.

Adicionalmente considera la Sala que se presenta una vulneración del numeral 6° del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en concordancia con el numeral 8° del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, que establecen que será obligación de los miembros de la Bolsa conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad. Al respecto debe señalarse que el nivel de profesionalidad que se le exige al comisionista implica que debe llevar sus negociaciones con la mayor claridad y precisión posibles. De esta manera, al realizar una actividad dentro del mercado público, es claro que deben actuar con la diligencia propia de un profesional que actúa en el mercado bursátil, toda vez que se encuentra en juego la confianza y credibilidad depositada por el público.

El incumplimiento de la operación implica de suyo la vulneración de los deberes que como profesional del mercado, que actúa en virtud de un contrato de comisión, le son aplicables. En efecto, el contrato de comisión se encuentra definido por la ley en los siguientes términos: *“La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena”*¹¹⁸, siendo la característica de profesional un elemento esencial del contrato y el cumplimiento del encargo a nombre propio, la obligación principal para el comisionista.

Siguiendo esta línea, como profesional del mercado y al actuar en virtud de un contrato de comisión, a la sociedad comisionista le son aplicables además de aquellos deberes establecidos reglamentariamente, todos los deberes que surgen del principio de buena fe objetiva, entendido éste como aquél que introduce en el contenido de las obligaciones, deberes coherentes con un modelo de comportamiento objetivo¹¹⁹.

En efecto, la doctrina ha agrupado algunas exigencias a todos los profesionales que dependerán del sector o de la especialidad a la cual se aplique el caso concreto, determinando que las obligaciones especiales asumidas en los contratos, en forma expresa o tácita, por los profesionales, son¹²⁰:

*“Dentro de estas obligaciones cabe destacar aquellas que, a pesar de no haber sido contempladas por los contratantes, se entienden tácitamente incorporadas y, por ende, implícitamente asumidas por el profesional, a través de interpretaciones jurisprudenciales enderezadas a proteger a la parte neófita, al consumidor o a la clientela profana. Para la determinación de estas obligaciones se acude a la noción de **la buena fe objetiva**, la cual sirve como instrumento de integración de los contratos, función esta de la buena fe consagrada expresamente en nuestro Derecho por los artículos 1.603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, a cuyo tenor los contratos obligan “no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre y la equidad natural”. Así las cosas, en cada caso el juez debe analizar el contrato para establecer a qué se obligó expresamente el profesional y a qué lo obliga también la buena fe, de acuerdo con la naturaleza de los servicios estipulados, pero, igualmente, para fijarle límites a las obligaciones, y, a la responsabilidad que el profesional ha podido pactar lícitamente”.*(negritas por fuera del texto original).

¹¹⁸ Código de Comercio. Art. 1287

¹¹⁹ NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Revista de Derecho Privado Externado 17-2009. Pág. 49

¹²⁰ Laudo Arbitral CCV de Inurbe vs Fiduagraria. Ocho de junio de 1999. Árbitros: Jose Ignacio Narváez García- Julio Cesar Uribe Acosta.

Seguidamente la doctrina, divide estas obligaciones especiales derivadas del principio de buena fe objetiva en tres categorías con deberes concretos cada una de ellas. De esta manera se encuentran las obligaciones de lealtad; obligaciones de eficacia y obligaciones de seguridad. Por su parte, dentro de las obligaciones de lealtad se identifican: (i) obligación de ejecutar el contrato; (ii) obligación de información; (iii) deber de vigilancia; (iv) deber de transparencia; (v) deber de perseverancia; (vi) deber de fidelidad; (vii) respeto a los intereses del cliente y (viii) facilitar la ejecución del contrato.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la buena fe objetiva determina unos parámetros de conducta y exige un comportamiento objetivo determinado, ha señalado la doctrina que la misma *“presupone **que se actúe**, de manera que para que se predique la existencia de buena fe objetiva no es suficiente la conciencia de estar obrando conforme a buena fe, es necesario cumplir de manera efectiva los deberes que del principio emanan, se requiere no solo creer, sino obrar de conformidad con sus reglas, cumplir de manera precisa y eficiente con los postulados de la buena fe, no creer que ha sido diligente, sino serlo realmente, no creer que se ha sido transparente o suministrado la información requerida confirma a buena fe, sino haberlo sido en realizada y suministrado la información adecuada, no estimar que se ha respetado el equilibrio sino haberlo hecho de manera que el contrato en un todo refleje, en fin no basta creer que se obra conforme a buena fe, sino obrar en un todo según los mandatos de la buena fe”*¹²¹. (negrillas pertenecen al texto original)

Queda claro entonces que en el marco de los deberes del profesional, es preciso que los mismos se cumplan de manera efectiva, no siendo por tanto suficiente el convencimiento de que se actuó diligentemente, o de manera honesta, leal, recta y responsable, toda vez que debe probarse su efectiva realización.

Así las cosas por las consideraciones anotadas, encuentra la Sala que en efecto se vulneraron normas legales y reglamentarias sin causal que exima de responsabilidad disciplinaria, existiendo por tanto mérito suficiente para sancionar. La sanción a imponer será determinada en el acápite de *Graduación de la sanción*.

7.1. Incumplimiento de las condiciones establecidas en la negociación contenidas en la Ficha Técnica de Negociación de las operaciones identificadas con los números 15455141, 15455816, 15455550 y 15467838.

Las operaciones forward MCP señaladas fueron celebradas por **MERCADO Y BOLSA S.A.** el 9 y 11 de mayo de 2012.

¹²¹ NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Revista de Derecho Privado No. 18, 2010. Pág. 68

Mediante comunicaciones MBO-187 y MBO 188 del 4 de mayo de 2012¹²², la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** certifica el cumplimiento de los requisitos por parte de sus mandantes en los siguientes términos: *“En los términos de la Ficha Técnica de Negociación del INSTITUTO COLOMBIA (sic) DE BIENESTAR FAMILIAR adjunto nos permitimos informar que hemos revisado los documentos suministrados por nuestros Mandantes y cumplen, con los requisitos de Proveedor y de los Productos, tal y como se relacionan a continuación los cuales fueron recibidos por esta Sociedad Comisionista para habilitar la participación en las (sic) negociación de estos productos en el mercado de la BMC”*. Dentro la comunicación se relaciona el RUP como uno de los documentos entregados y verificados.

En efecto, con anterioridad a la celebración de la operación, conforme lo establece el Reglamento, el 20 de abril de 2012 la sociedad comisionista investigada envía a su mandante las fichas técnicas preliminares para estudio¹²³ y el 29 de abril solicita a la Bolsa aclaración sobre requisitos habilitantes en los siguientes términos: *“le agradecería nos aclara (sic) porque (sic) dentro de los requisitos habilitantes exigen el RUP, si según la Ley 019 de enero 10 de 2012 artículo 221 numeral 6 y al decreto 1464 de 29 de abril de 2010 artículo 4 exonera este requisito si las (sic) es por Bolsas de productos”*.¹²⁴

En documento de respuesta a observaciones del 24 de abril de 2012, el ICBF explica que sí se requiere de tal documentación toda vez que: *“el ICBF, atendiendo a la naturaleza del presente proceso de Selección y en procura de garantizar en mayo (sic) medida la Selección objetiva de los futuros proveedores, considera necesario exigir el Certificado de Inscripción, calificación y clasificación del Registro Único de Proponentes”*.¹²⁵

Adicionalmente obra en el expediente correo electrónico del 24 de abril en donde la sociedad comisionista remite ficha técnica de negociación, ficha técnica de producto e instructivo para la venta de panificados¹²⁶. En el instructivo están detallados los documentos de vinculación, las garantías, los documentos para participar en la rueda y los requisitos técnicos; se señala claramente que se requiere el RUP.¹²⁷ En efecto, para este momento era claro que el RUP era necesario para realizar la negociación y así lo hizo saber el mandante comprador.

¹²² CD anexo a comunicaciones DT-178 del 7 de febrero de 2013, remitida por el departamento técnico de la Bolsa al área de seguimiento.

¹²³ Cuaderno No 3 de pruebas folio 51

¹²⁴ Cuaderno No 3 de pruebas folio 50

¹²⁵ Cuaderno No 3 de pruebas folio 47.

¹²⁶ Cuaderno No 3 de pruebas folio 37

¹²⁷ Cuaderno No 3 de pruebas folios 22 a 31. Igualmente obra en el expediente un listado de requisitos técnicos (Cuaderno No 3 de pruebas folio 21).

No obstante lo anterior, una vez celebrada la operación, la sociedad comisionista compradora Agrofib S.A. el 18 de mayo de 2012 solicita la declaratoria de incumplimiento por requisitos habilitantes, de varias operaciones entre ellas las que están siendo objeto de investigación.¹²⁸ El 22 de mayo Agrofib S.A. da alcance a la comunicación anterior explicando que la solicitud de incumplimiento corresponde a *“la no presentación del REGISTRO UNICO DE PROPONENTES, al no cumplimiento del NIVEL MAXIMO DE ENDEUDAMIENTO, al no cumplimiento del SUMINISTRO DE LA INFORMACIÓN FINANCIERA CON CORTE AL 31 DE DICIEMBRE DE 2011 y a la condición de que la información contenida en el RUP deberá esta EN FIRME al momento de realizar la negociación (...)”*¹²⁹

En consecuencia la administración de la Bolsa certifica el incumplimiento de la operación mediante comunicación PSD-248 del 22 de mayo de 2012, por el incumplimiento de requisitos habilitantes jurídicos, técnicos y financieros.¹³⁰

Sin embargo, el 30 de mayo de 2012 la Bolsa da alcance al PSD-248 del 22 de mayo de 2012, en ejercicio de la facultad otorgada por el parágrafo del art. 3.2.3.2.1. del Reglamento de la Bolsa y de oficio declara la anulación de las operaciones 15455141, 15455550 y 15467838 teniendo en cuenta que la entidad estatal ha manifestado que el requisito de la capacidad financiera es insubsanable.¹³¹ El 31 de mayo de 2012 se declara la anulación de la operación 15467838¹³²

Considera la Sala que además de que el mandante comprador aclaró que era necesario contar con el RUP antes de que se celebrara la operación, era clara la ficha técnica respecto del requisito solicitado al señalar:

“8.2.3 Registro Único De Proponentes

*Teniendo en cuenta que en virtud del Artículo 6.1.2.2 del Decreto 734 de 2012 se indica que “Todas las personas naturales o jurídicas nacionales, o las extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, **deberán estar inscritas en el Registro Único de Proponentes**”, los Comitentes Vendedores deberán allegar el Registro Único de Proponentes original expedido por la Cámara de comercio cuya fecha de expedición no podrá ser superior a treinta (30) días calendario anteriores a la fecha de revisión de la documentación **y encontrarse en firme a la fecha de cierre de la negociación en la BMC**, en el que se acredite que se encuentran inscrito (...)”*

¹²⁸ Cuaderno No. 1 folio 457 y 458

¹²⁹ Cuaderno No. 1 folio 456

¹³⁰ Cuaderno No. 1 folios 461 y 462

¹³¹ Cuaderno No. 1 folio 463. Obran en el ep

¹³² Cuaderno No. 2 folio 656

Las personas jurídicas y cada uno de los integrantes de Consorcio o Unión Temporal, deben encontrarse inscritos en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio, calificados y clasificados en las actividades solicitadas.

(...)

*La **inscripción en el RUP** del comitente vendedor y de cada uno de los integrantes del consorcio o unión temporal deberá encontrarse en firme a la fecha de presentación de la documentación a la BMC.*

Es clara la exigencia en cuanto la sociedad debe estar inscrita y dicha inscripción debía estar en firme en el momento de la negociación.

En efecto, si bien existen exoneraciones en el decreto 019 de 2012, lo cierto es que lo que se analiza en el presente proceso disciplinario es el cumplimiento de un requisito previamente establecido en la ficha técnica de negociación, los cuales tal y como lo establece la Circular Única de la Bolsa, son de obligatorio cumplimiento, por lo tanto el no presentarlo en firme como la ficha técnica lo exigía implica un incumplimiento de su obligaciones como vendedor. En efecto, señala el artículo 3.1.2.5.6.1. de la Circular Única: *“(...) Si, adicionalmente, en la ficha técnica de negociación, la entidad estatal establece el cumplimiento de requisitos por parte de los comitentes vendedores que tengan la intención de participar en la rueda de negociación, éstos se deberán cumplir en los términos señalados en la respectiva ficha técnica de negociación”.* Nótese que el ICBF en respuesta a las observaciones de la sociedad comisionista señala que si bien es claro que legalmente no se exige, la entidad si requiere de dicha documentación. En efecto el documento era relevante a al punto que no tenerlo llevó a la anulación de la operación.

Adicionalmente debe señalarse que el RUP es un registro de creación legal y en el mismo *“constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente (...)”*¹³³ por lo cual, no se trata de una exigencia caprichosa sino que es un requisito necesario para la entidad estatal de acuerdo con sus necesidades y marco para contratar. Tal y como lo señaló el ICBF, le permite *“verificar la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera, y la capacidad organizacional de los proponentes, lo que redundará en el servicio recibido para los beneficiarios”.*

Ahora bien, el hecho que la Bolsa haya anulado la operación en nada afecta la responsabilidad de la sociedad comisionista por el incumplimiento de sus obligaciones pues debió verificar el cumplimiento por parte de su cliente, de cada uno de los requisitos establecidos en la ficha técnica de negociación más aún cuando se aclaró de manera

¹³³ Congreso de la República. Ley 1150 de 2007. Artículo 6.

previa la necesidad del mismo. De hecho de acuerdo con la información contenida en la comunicación de anulación y aquella remitida por el Departamento Técnico, la anulación correspondió a que de manera posterior a la declaratoria se informó por parte de la sociedad comisionista compradora que el incumplimiento en los requisitos financieros no era subsanable pues como se anotó, es este registro en donde consta dicha información.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que existe un incumplimiento de los requisitos establecidos en la ficha técnica y en este sentido, considera que la sociedad comisionista debió verificar que los documentos remitidos por su mandante se acompañaran con aquellos exigidos por la ficha técnica.

Siendo esto así, no encuentra la Sala aceptable el argumento de la sociedad en cuanto no existe un hecho generador de sanción puesto que *“no hubo ingreso de las operaciones en comento al tráfico jurídico”* al anular las operaciones, ya que lo que se analiza en el presente proceso disciplinario es el incumplimiento por parte de **MERCADO Y BOLSA S.A.** de sus deberes legales y reglamentarios.

El incumplimiento de uno de los requisitos establecidos en la ficha técnica de negociación, implica un desconocimiento de las obligaciones de la sociedad comisionista dentro de la operación celebrada, más aún cuando tiene la obligación de certificar el cumplimiento de los mismos antes de la celebración de la operación. En el presente caso no se efectuó una verificación de acuerdo con lo previsto en la ficha técnica de manera expresa y clara.

Dicha conducta configura una vulneración a lo establecido en el numeral 11 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, según el cual las sociedades comisionistas miembros, están obligadas a *“Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva”*. Adicionalmente vulnera lo previsto en el artículo 1.6.5.1 numeral 1 que prevé de manera específica dentro de las obligaciones de los miembros de la Bolsa la de *“Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación.”*

De otra parte entiende la Sala que con la conducta adoptada la sociedad comisionista vulneró así mismo la disposición contenida en el numeral 6° del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en concordancia con el numeral 8° del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010¹³⁴, que establece que será obligación de los miembros de la Bolsa: *“Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”* pues denota falta de precisión, claridad y

¹³⁴ Antes en el artículo 29 del Decreto 1511 de 2006.

diligencia el no realizar una revisión profunda de las fichas técnicas de negociación y verificar que se cumple con la totalidad de los requisitos exigidos pues en el caso concreto no revisó la ficha técnica de negociación con el carácter profesional exigible para determinar la necesidad de contar con el requisito bajo análisis y que el mismo se encontrara en firme.

Ahora bien, no considera la Sala que se vulneren las normas imputadas por parte del área de seguimiento en cuanto al deber de asesoría e información, toda vez que se evidencian gestiones para asesorar al mandante sin embargo, la sociedad comisionista efectuó una interpretación errada del requisito lo cual no es aceptable de un profesional, pero no implica que no haya informado debidamente a su cliente.

VIII. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

De acuerdo con todo lo anterior, encuentra la Sala que existe una vulneración de las normas legales y reglamentarias aplicables por el incumplimiento de las obligaciones en cabeza de la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** al actuar como comisionista vendedor en las operaciones No. 9609469, 11096643, 10746246, 10746293, 10747030, 12309934, 12308066, 14910929, 15647183, 15640430, 12646798, 12646799, 12652796, 12653328, 12653330, 12653336, 12653339, 12667306, 12667307, 12667308, 12667309, 12652843, 12729526, 15455141, 15455816, 15455550 y 15467838, que no existe eximente de responsabilidad de rompa la imputabilidad de la conducta, sin embargo para efectos de la graduación de la sanción frente a las conductas desplegadas por la sociedad comisionista, se determina la sanción a imponer teniendo en cuenta, la gravedad de los hechos y la infracción, las modalidades y circunstancias de la falta, los antecedentes del investigado, la dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa y las demás circunstancias que considere pertinentes.

Sea lo primero reiterar, que los mercados bursátiles fundan sus pilares fundamentales en el cumplimiento de las operaciones en ellos celebradas, la transparencia de las negociaciones y la seguridad del mercado. Estos principios son a su vez fácilmente afectables, ya que al realizarse la actividad con dineros del público, cualquier indicio de incumplimiento o inseguridad podría afectar la confianza de estos inversionistas y por lo tanto, alejarlos del mercado. En igual medida, el mercado de compras públicas en donde intervienen entidades estatales que vienen a satisfacer sus necesidades de compra a la Bolsa Mercantil de Colombia, se ve claramente afectado ante el incumplimiento de las operaciones que celebran, restándole credibilidad a este escenario y al mecanismo de negociación.

Es por esto, que en este mercado un incumplimiento de una operación genera en sí mismo, una afectación a los pilares fundamentales del mercado. En efecto, en los mercados bursátiles las operaciones deben cumplirse.

De manera general se debe anotar que en todos los casos estudiados se evidencia una actitud proactiva por parte de la sociedad comisionista, intentando dar solución a las diferentes circunstancias presentadas, efectuando un acompañamiento permanente a su mandante y atenta al desarrollo de las operaciones.

Igualmente se tiene en cuenta lo dicho por la sociedad comisionista en sus descargos en cuanto las operaciones bajo análisis representan un *“0.36% del total de las operaciones realizadas en el período evaluado”*. En efecto, se trata de 23 de operaciones –sobre las cuales se encontró mérito para sancionar- celebradas durante los años 2009, 2010, 2011 y 2012, esto es un lapso de cuatro años.

Debe anotarse que la sociedad comisionista únicamente presenta un antecedente relacionado con operaciones sobre físicos, en donde se impuso una sanción de amonestación pública.

Igualmente existen otros atenuantes de la conducta en cada una de las operaciones objeto de estudio.

En el incumplimiento en la entrega y en las condiciones establecidas en la ficha técnica de negociación en la operación No. 9609469, se encuentra que se efectúan diversas gestiones para lograr el cumplimiento de la operación y el producto fue finalmente entregado aunque extemporáneamente, lo cual mitiga el impacto del daño causado.

En el caso del incumplimiento en la entrega del producto en las operaciones No. 12309934 y 12308066 se tiene que se trató de un incumplimiento parcial y se acudió a arreglo directo para entregar finalmente el producto pactado más una indemnización. Estas circunstancias minimizan el impacto del incumplimiento y permiten resarcir a la contraparte, por lo cual, atenúan la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista.

Igualmente en la operación No. 14910929 se indemnizó a la contraparte por el incumplimiento presentado y en la operación No. 15647183 el producto finalmente fue entregado en su totalidad, todo lo cual mitiga el impacto del daño que el incumplimiento genera.



Por su parte en la operación No. 15640430 si bien hubo un faltante de producto que no fue entregado por la sociedad comisionista, se deben tener en cuenta las circunstancias presentadas con la contraparte, esto es que se distribuyera el producto que debía reemplazarse y se solicitara al vendedor su recolección. Evidentemente éstas dificultan el cumplimiento, hacen compleja la operación y evidencia cierta responsabilidad de la contraparte, todo lo cual incide en la responsabilidad que le asiste a la sociedad comisionista.

En el caso del incumplimiento en la entrega del producto oportunamente en las operaciones No. 12667306, 12653339, 12667309, 12729526, 12653336, 12646798 y 12646799 se debe tener en cuenta que finalmente se entregó la totalidad del producto correspondiente a estas entregas. Igualmente, en lo que se refiere al incumplimiento en la calidad del producto en las operaciones No. 12653330, 12653336, 12667309, 12653328, 12652796, 12646798, 12652843, 12667308 y 12667307 atenúan la conducta las circunstancias presentadas con el comprador las cuales evidentemente incidieron en el incumplimiento.

Por su parte en el caso de las operaciones No. 11096643, 10746246, 10746293 y 10747030 no se entregó la totalidad del producto y en la operación No. 11096643 ni siquiera hubo acuerdo en cuanto al pago de una indemnización; lo cual para estas operaciones agrava la infracción.

Finalmente en el caso de las operaciones No. 15455141, 15455816, 15455550 y 15467838 debe señalarse que la imprecisión de no cumplir los requisitos de la ficha técnica tal y como se encontraban establecidos de manera expresa, produjo desgaste al escenario de negociación y conllevó finalmente a la anulación de la operación.

Ahora bien, como se pudo apreciar de manera general en todas las operaciones se presenta alguna circunstancia que dificulta el incumplimiento, es decir que no hay voluntad de incumplir sino por el contrario se efectúan gestiones para dar solución a los inconvenientes presentados. Existe una actitud proactiva y de voluntad de cumplimiento, aunque no se logre el mismo pues igualmente existen imprecisiones que no pueden ocurrirle a quien se predica como profesional del mercado.

Así las cosas, la Sala analiza en conjunto los incumplimientos relacionados con las obligaciones referidas a operaciones sobre físicos MCP, teniendo en cuenta para el efecto, todas las circunstancias atenuantes y agravantes de la conducta e impone una sanción pecuniaria en relación con todas ellas.

De esta forma, ponderando los elementos de graduación de la sanción, en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos y las circunstancias específicas de las falta estudiadas y de las conductas desplegadas por la sociedad comisionista investigada, por unanimidad la Sala de Decisión No. 10 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de MULTA DE UN (1) SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE por el incumplimiento de las obligaciones en cabeza de la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** en las operaciones sobre físicos No. 9609469, 11096643, 10746246, 10746293, 10747030, 12309934, 12308066, 14910929, 15647183, 15640430, 12646798, 12646799, 12653336, 12653339, 12667306, 12667309, 12729526, 15455141, 15455816, 15455550 y 15467838.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Sancionar disciplinariamente al miembro comisionista de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. **MERCADO Y BOLSA S.A.**, con MULTA DE UN (1) SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE, por el incumplimiento de las obligaciones en cabeza de la sociedad comisionista en las operaciones No. 9609469, 11096643, 10746246, 10746293, 10747030, 12309934, 12308066, 14910929, 15647183, 15640430, 12646798, 12646799, 12652796, 12653328, 12653330, 12653336, 12653339, 12667306, 12667307, 12667308, 12667309, 12652843, 12729526, 15455141, 15455816, 15455550 y 15467838, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTICULO SEGUNDO: El pago de la multa que mediante esta Resolución se impone, se debe efectuar a nombre de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. en la cuenta de ahorros No. 080-14726-7 del Banco de Bogotá, mediante consignación en efectivo o cheque de gerencia. El pago deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al día en que quede en firme la presente Resolución. La consignación deberá acreditarse en el Departamento de Gestión de Recursos Financieros de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A., el mismo día en que se produzca el mismo. El incumplimiento en el pago será considerado una falta disciplinaria y una conducta sancionable

ARTÍCULO TERCERO: Notificar a la sociedad, **MERCADO Y BOLSA S.A.**, el contenido de la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, advirtiéndole que contra la presente Resolución procede el recurso de apelación ante la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria, el cual podrá interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su notificación.

ARTÍCULO 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, advirtiendo que contra la presente Resolución procede el recurso de apelación ante la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria, el cual podrá interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su notificación.

ARTÍCULO QUINTO: Comunicar a la Superintendencia Financiera de Colombia y a la Vicepresidencia Secretaría General de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. el contenido de esta Resolución para lo de su competencia, una vez ésta se encuentre en firme.

Dada en Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días del mes de agosto de 2013

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

(ORIGINAL FIRMADO)
SERGIO FAJARDO MALDONADO
Presidente

(ORIGINAL FIRMADO)
ISABELLA BERNAL MAZUERA
Secretaria

