BOLSA NACIONAL AGROPECUARIA S.A.
CÁMARA DISCIPLINARIA

SALA DE DECISIÓN NO. 2 DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA DE LA BOLSA NACIONAL AGROPECUARIA S.A.

RESOLUCIÓN No. 067
(MAYO 8 DE 2009)

POR MEDIO DE LA CUAL SE DECIDE UNA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

La Sala de Decisión Segunda de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley, los Estatutos y el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., decide la investigación disciplinaria iniciada por el Área de Seguimiento, teniendo en cuenta, los siguientes:

I. ANTECEDENTES

El Área de Seguimiento de la Bolsa Nacional Agropecuaria, remitió 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 BNA, el documento que contiene el pliego de cargos elevado contra la sociedad comisionista de bolsa **AGRORED S.A.** El anterior pliego de cargos fue radicado en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria el día 30 de Octubre de 2008.

La Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.3.2.1 del Reglamento de de Funcionamiento y Operación de la BNA y en desarrollo de la metodología aprobada por la Sala Plena en sesión 002 del 6 de mayo de 2008, procedió a conformar la Sala Segunda de Decisión. En sesión No. 032 del 5 de noviembre de 2008, la Sala Segunda de Decisión encontró que se cumplieron los requisitos establecidos en el Reglamento de de Funcionamiento y Operación de la BNA para la formulación del pliego de cargos y por tanto, mediante Resolución 035 de 2008 admitió el pliego de cargos presentado por el Jefe del Área de Seguimiento y ordenando el correspondiente traslado. Mediante comunicación del 23 de diciembre de 2008, el apoderado de la sociedad investigada, presentó los correspondientes descargos en término.

En sesión 045 del 15 de enero de 2009, la Sala de Decisión No. 2 decretó de oficio pruebas documentales mediante Resolución 056 de 2009, las cuales, reposan en el expediente. En sesiones 052 del 18 de febrero de 2009, 059 del 16 de marzo de 2009 la Sala de Decisión No. 2 estudia las pruebas practicadas y los demás documentos que obran en el expediente. En sesión 062 del 6 de abril de 2009 la Sala realiza el estudio del caso para falo y finalmente en sesión 064 del 14 de abril se aprueba el presente fallo.

II. HECHOS

2.1 Incumplimiento en el pago parcial de las operaciones forward Nos. 6696667, 6696816, 6696817, 6696818, 6707782, 6707785

2.1.1. La sociedad comisionista **AGRORED S.A.**, en condición de comisionista comprador, celebró las operaciones Nos. 6696667, 6696816, 6696817 y 6696818 con la sociedad comisionista Correagro S.A. en calidad de comisionista vendedor y las operaciones Nos 6707782 y 6707785 con la sociedad A.R. Triple A Corredores en calidad de comisionista vendedor. Las anteriores operaciones se pactaron con las siguientes condiciones:

Operación	Fecha de celebración	Valor	Forma de pago	Fecha entrega inicial	Fecha entrega final	Fecha pago final
6696667	15-Ene-08	$116.755.200	48 días después de entregado el producto.	15-Feb-08	15-Abr-08	03-Jun-08
6696816	15-Ene-08	$72.972.000		15-Feb-08	15-Abr-08	03-Jun-08
6696817	15-Ene-08	$102.160.800		15-Feb-08	15-Abr-08	03-Jun-08
6696818	15-Ene-08	$58.377.600		15-Feb-08	15-Abr-08	03-Jun-08
6707782	15-Ene-08	$4.532.400		15-Feb-08	15-Jun-08	01-Ago-08
6707785	15-Ene-08	$4.532.400		15-Feb-08	15-Jun-08	01-Ago-08

2.1.2. Las operaciones referidas, tenían entregas parciales y pagos parciales los cuales se encuentran definidos en el Sistema de Información Bursátil de la BNA. Uno de los pagos parciales debía realizarse el día 2 de mayo de 2008 y correspondía a la suma total de $59.284.080, contando los pagos parciales de cada una de las operaciones.

2.1.3. El Representante Legal de la Bolsa Nacional Agropecuaria declaró el incumplimiento parcial de las operaciones en comento mediante PSD-150 del 6 de mayo del mismo año, toda vez que una vez efectuado el cierre de la compensación, la sociedad investigada no había cumplido con la obligación de pago. Se declara el incumplimiento por el valor parcial que debía pagar la sociedad comisionista el día 2 de mayo de 2008 respecto de cada operación.

2.2 Incumplimiento en el pago parcial de las operaciones forward Nos. 6178132, 5904466

2.2.1 La sociedad comisionista **AGRORED S.A.**, en condición de comisionista comprador, celebró las operaciones Nos. 6178132 y 5904466, con la sociedad comisionista Correagro S.A. en calidad de comisionista vendedor

Operación	Fecha de celebración	Valor	Forma de pago	Fecha entrega inicial	Fecha entrega final	Fecha pago final
6178132	23-Ago-07	$48.648.000	48 días después de entregado el producto.	25-Ago-07	25-Sept-07	02-Nov-07
5904466	08-May-07	$22.406.400	49 días después de entregado el producto	15-May-07	16-Oct-07	03-Dic-07

2.2.2. La operación No. 6178132 se encontraba pactada con entregas y pagos parciales. De esta forma, se debía realizar un pago parcial por un valor de $16.216.000 el día 2 de octubre de 2007 acorde a lo establecido en el Sistema de Información Bursátil.

2.2.3. El Representante Legal de la Bolsa Nacional Agropecuaria declara el incumplimiento parcial de las operaciones en comento mediante PSD-319 del 4 de octubre de 2008, y PSD-417 del 4 de diciembre de 2008, toda vez que una vez efectuado el cierre de la compensación, la sociedad investigada no había cumplido con la obligación de pago.

2.2.4. Respecto a la operación No. 5904466, quedó un saldo pendiente de pago, por un monto de $5.721.600 según se desprende del reporte del sistema de Compensación y Liquidación de la BNA, las pruebas allegadas por la Sociedad Comisionista Correagro S.A. contraparte de la investigada en la operación y la comunicación OC-055 del 21 de agosto de 2008 enviada por la CRCBNA[1].

2.3 Incumplimiento en el pago parcial de las operaciones Nos. 7006282, 7006283, 7006284, 7006718, 7006719, 7006720, 7006721, 7006722, 7006723, 7006724, 7011615, 7011616, 7011617, 7011618, 7012388, 7019052, 7024849, 7032695, 7032698, 7032699, 7032700, 7180941, 7233512, 7240501, 7240503, 7240514, 7240517, 7240585, 7240595, 7240596, 7240604, 7240605, 7240654, 7240655, 7240687, 7258088, 7258089 y 7258090.

2.3.1. La sociedad comisionista **AGRORED S.A.**, en condición de comisionista comprador, celebró las operaciones referenciadas con las sociedades comisionistas Renta y Campo Corredores S.A., Comisionistas de Valores Agroindustriales S.A., A.R Triple A Corredores y Correagro S.A. en calidad de comisionistas vendedores. Las anteriores operaciones se pactaron con forma de pago a plazo 15 días después de entregado el producto y las demás condiciones que se exponen a continuación:

Operación	Fecha de celebración	Valor	Fecha entrega final	Fecha pago final
7006283	7-mar-08	$2.736.000	13-jun-08	27-jun-08
7006284	7-mar-08	$6.568.560	13-jun-08	27-jun-08
7006718	7-mar-08	$8.890.560	13-jun-08	27-jun-08
7006719	7-mar-08	$11.113.200	15-may-08	30-may-08
7006720	7-mar-08	$11.113.200	13-jun-08	27-jun-08
7006721	7-mar-08	$37.044.000	13-jun-08	27-jun-08
7006722	7-mar-08	$33.586.560	13-jun-08	27-jun-08
7006723	7-mar-08	$9.878.400	13-jun-08	27-jun-08
7006724	7-mar-08	$2.963.520	13-jun-08	27-jun-08
7011615	10-mar-08	$35.625.600	13-jun-08	27-jun-08
7011616	10-mar-08	$35.625.600	13-jun-08	27-jun-08
7011617	10-mar-08	$80.157.600	13-jun-08	27-jun-08
7011618	10-mar-08	$34.341.840	13-jun-08	27-jun-08
7012388	10-mar-08	$84.744.000	13-jun-08	27-jun-08
7019052	11-mar-08	$4.240.800	13-jun-08	27-jun-08
7024849	12-mar-08	$10.725.120	15-jun-08	27-jun-08
7032695	13-mar-08	$14.817.600	15-may-08	31-may-08
7032698	13-mar-08	$9.255.600	15-may-08	30-may-08
7032699	13-mar-08	$4.113.600	13-jun-08	27-jun-08
7032700	13-mar-08	$6.170.400	13-jun-08	27-jun-08

[1] Cuaderno No. 1 Folio 181.

7180941	11-abr-08	$22.226.400	16-jun-08	27-jun-08
7233512	22-abr-08	$14.500.000	13-jun-08	27-jun-08
7240501	23-abr-08	$8.481.600	15-may-08	30-may-08
7240503	23-abr-08	$25.822.800	15-may-08	30-may-08
7240514	23-abr-08	$42.847.200	15-may-08	30-may-08
7240517	23-abr-08	$19.401.600	15-may-08	30-may-08
7240585	23-abr-08	$5.362.500	15-may-08	30-may-08
7240595	23-abr-08	$6.093.750	15-may-08	30-may-08
7240596	23-abr-08	$10.250.000	15-may-08	30-may-08
7240604	23-abr-08	$27.820.000	15-may-08	30-may-08
7240605	23-abr-08	$19.188.000	15-may-08	30-may-08
7240654	23-abr-08	$8.937.600	15-may-08	30-may-08
7240655	23-abr-08	$3.457.440	13-jun-08	27-jun-08
7240687	23-abr-08	$13.406.400	13-jun-08	27-jun-08
7258088	28-abr-08	$14.817.600	13-jun-08	27-jun-08
7258089	28-abr-08	$7.408.800	13-jun-08	27-jun-08
7258090	28-abr-08	$4.445.280	13-jun-08	27-jun-08
7006282	7-mar-08	$12.810.240	15-mar-08	30-mar-08

2.3.2. Todas estas operaciones fueron pactadas con entregas y pagos parciales según se desprende del reporte del Sistema de Información Bursátil. Así, para todas las operaciones referidas se debía realizar un pago parcial el día 30 de mayo de 2008, por un valor total de $358.535.570.

2.3.3. El Representante Legal de la Bolsa Nacional Agropecuaria declaró el incumplimiento parcial de las operaciones en comento menos la operación No. 7006282, mediante PSD-187 del 3 de junio de 2008, toda vez que una vez efectuado el cierre de la compensación del día 30 de mayo de 2008, la sociedad investigada no había cancelado la suma de $358.535.570 referida a las operaciones enumeradas y que tenía la obligación de pagar.

2.3.4. El Área de Seguimiento, inicia investigación por las faltas disciplinarias a que hay lugar e incluye la operación No. 7006282, que no se encuentra relacionada en la declaratoria de incumplimiento PSD-187 del 3 de junio de 2008 ya que, según comunicación DO-826 del 19 de agosto de 2008 del Departamento de Operaciones de la BNA, a pesar no haberse realizado el pago el día 30 de mayo de 2008 como debía ser, al realizarse la transcripción del reporte de la declaratoria de incumplimiento por un error involuntario no se reportó dicha operación. De todas formas, el valor que se debía pagar por concepto de esta operación se encuentra incluido dentro de la declaratoria de incumplimiento.

2.4 Incumplimiento de la obligación de recompra en la operaciones Repo sobre CDM Nos. 6732595, 6588595, 6771187, 6771234, 6588593, 6554026, 6888423, 6906229, 6771188, 6771236 y 6771237.

2.4.1. La sociedad comisionista **AGRORED S.A.**, en condición de comisionista vendedor celebró operaciones repo sobre CDM de Maíz Amarillo Nacional, en el mercado abierto de la BNA, actuando por cuenta de su mandante vendedor Probacol S.A. Las características de las operaciones se exponen a continuación:

Operación	Fecha celebración	Valor futuro Negociación	SCB Compradora	Fecha máxima de recompra	Incumplimiento
6732595	22-Ene-2008	$39.213.021	Agrored S.A	08- Mar -08	PSD-115.(11-abr-08)

6588595	20-Dic--07	$65.353.162	Comfia S.A	09- Mar -08	PSD-116. (11-abr-08)
6771187	30- Ene -08	$23.823.460	Agrobursátil S.A	11- Abr-08	PSD-122(15-abr-08).
6771234	30-Ene-08	$33.397.647	Gestiones Agroindustriales S.A	16- Abr-08	PSD-126(16-abr-08).
6588593	20- Dic -07	$73.897.542	Comfia S.A	21- Abr-08	PSD-133(22-abr-08).
6554026	14- Dic -07	$52.074.095	Gestiones Agroindustriales S.A	4- Mar-08	PSD-137(25-abr-08).
6888423	19- Feb -08	$33.377.258	Agrored S.A	06- May-08	PSD-152. (7-may-08)
6906229	21- Feb -08	$62.009.900	Agrored S.A	08- May-08	PSD-154.(9-may-08)
6771188	30-Ene-08	$33.264.980	Agrobursátil S.A.	16-may-08	PSD 170 (19-may-08)
6771236	30-Ene-08	$29.177.126	A.R. Triple A Corredores	14-may-08	PSD-164 (19-may-08)
6771237	30-Ene-08	$30.260.214	Agrobursátil S.A.	14-may-08	PSD-163 (15-may-08)

2.4.2. Mediante comunicaciones del Representante Legal de **AGRORED S.A.**, enviadas los días 8, 11, 16, 21 y 24 de abril y 6, 8, 14 y 16 de mayo de 2008; la sociedad investigada informa a la CRCBNA que su mandante Probacol S.A., no realizó los pagos correspondientes a la recompra y que por tanto declara el incumplimiento de las operaciones en comento.

2.4.3. La CRCBNA mediante comunicaciones Nos CC-2990 de abril 10, CC-3070 de abril 11, CC-3187 de abril 16, CC-3293 de abril 21, CC-3413 de abril 24, CC-3714 de mayo 7, CC-3788 de mayo 9, CC-3913 de mayo 14 y CC-3966 de mayo 16 de 2008, solicita a la BNA evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento de las operaciones referenciadas para efectos de que la CRCBNA salga a honrar las operaciones en desarrollo de su objeto social.

2.4.4. El Representante Legal de la Bolsa declara el incumplimiento de las operaciones acorde a las comunicaciones PSD relacionadas en el numeral 2.3.1 de los hechos por incumplimiento en la recompra en la fecha pactada.

2.5 Incumplimiento en la constitución de garantías de las Operaciones Repo sobre CDM de café excelso Nos. 6708528 y 6708529.

2.5.1. La sociedad comisionista **AGRORED S.A.**, en condición de comisionista vendedor celebró el día 16 de enero de 2008 las operaciones repo sobre CDM de café excelso Nos. 6708528 y 6708529 por un valor de $100.000.000 y $215.700.157 respectivamente, pactando como fecha máxima de recompra el día 18 de septiembre de 2008.

2.5.2. La CRCBNA mediante comunicación CC-0727 del 23 de enero de 2007[2] informó a la BNA que las operaciones mencionadas celebradas con garantía FAG y con fecha inicial de pago el día 23 de enero, no contaban con las garantías FAG propias de las operaciones.

[2] La comunicación mencionada presenta un error en cuanto a la fecha, toda vez que se trata de una comunicación del 23 de enero del año 2008.

2.5.3. El Representante Legal Suplente de la Bolsa, mediante PSD-033 y PSD-034 del 24 de enero de 2008, declaró el incumplimiento de las operaciones mencionadas toda vez que las mismas no contaban con las garantías FAG propias.

III. SOLICITUD FORMAL DE EXPLICACIONES INSTITUCIONALES

El Área de Seguimiento, con fundamento en el artículo 2.4.3.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, solicitó explicaciones institucionales mediante comunicación AS-I-003 del 15 de mayo de 2008 por los hechos expuestos en la misma, referidos a los incumplimientos de las operaciones forward Nos. 6178132, 5904466, 6696667, 6696816, 6696817, 6696818, 6707782, 6707785, incumplimiento de la obligación de recompra de las operaciones Repo sobre CDM Nos. 6732595, 6588595, 6771187, 6771234, 6588593, 6554026, 6888423 y 6906229 y los incumplimientos en la constitución de garantías de las operaciones repo sobre CDM café excelso Nos. 6708528 y 6708529[3].

Posteriormente mediante AS-I-016 del 15 de agosto de 2008, solicita explicaciones institucionales por los hechos expuestos en la misma y referidos al incumplimiento de las operaciones forward Nos. 7006282, 7006283, 7006284, 7006718, 7006719, 7006720, 7006721, 7006722, 7006723, 7006724, 7011615, 7011616, 7011617, 7011618, 7012388, 7019052, 7024849, 7032695, 7032698, 7032699, 7032700, 7180941, 7233512, 7240501, 7240503, 7240514, 7240517, 7240585, 7240595, 7240596, 7240604, 7240605, 7240654, 7240655, 7240687, 7258088, 7258089 y 7258090 y el incumplimiento de las operaciones repo sobre CDM de maíz Nos. 6771188, 6771236 y 6771237.[4]

Estas explicaciones fueron presentadas por la sociedad comisionista investigada, en término, mediante escritos de junio 17 y septiembre 8 de 2008. Posteriormente, el Área de Seguimiento de la BNA, mediante Auto de septiembre 25 de 2008, ordenó acumular en un solo expediente las operaciones objeto de investigación.

En la solicitud formal de explicaciones institucionales AS-I-003, el Área de Seguimiento realiza una relación sobre los hechos que dan lugar a la misma y frente a la conducta y normas presuntamente violadas considera que:

> *ñ(A)al parecer la sociedad comisionista de Bolsa AGRORED S.A. en las operaciones objeto de investigación, relacionadas en el hecho primero del presente escrito, incumplió el pago de las obligaciones adquiridas en la celebración de las operaciones allí relacionadas, según se desprende de las comunicaciones PSD 319, 417 y 150, proferidas con base en la información suministrada al Departamento de Operaciones por la CRCBNA, dicho proceder podría dar lugar a la vulneración del artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; el numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, salvo para la operación No. 6178132,a la cual no es aplicable lo dispuesto en el Libro II del Reglamento por no estar vigente al momento de los hechos; así como en numeral 3.11.1 del Instructivo Operativo 09 de 2006 de la CRCBNA, al no efectuarse o acreditarse el pago mediante la transferencia de fondos o entrega de cheque dentro del procedimiento de compensación y liquidación.*

[3] Cuaderno 1. Folios 115 al 123
[4] Cuaderno 2. Folios 68 al 75

En cuanto a las operaciones repo descritas en el numeral segundo del acápite de los hechos del presente documento, al parecer la sociedad comisionista de bolsa AGRORED S.A. incumplió con la obligación de recompra conforme a las condiciones de negociación pactadas, tal y como se encuentra certificado por el representante legal de la BNA. El proceder de la firma comisionista en ese sentido, en principio, podría dar lugar a la vulneración del artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; el numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, y el numeral 3.11.2 del Boletín Instructivo 09 de 2006 proferido por la CRCBNA de conformidad con el cual se presenta incumplimiento final de la operación financiera en el pago, ñcuando en la fecha donde la obligación de pago debe ser cumplida, la recompra no es efectuada por parte de la sociedad comisionista que tiene a cargo dicha obligación, es decir, no se efectúa el pago mediante la transferencia de fondos o entrega de cheque en la CCBNAò

Para el caso concreto de las operaciones descritas en el numeral tercero del presente documento relacionadas con las operaciones repo sobre CDM, de conformidad con lo informado por la CRCBNA mediante comunicación CC-727 de enero 23 y las certificaciones de incumplimiento relacionadas en el citado numeral tercero, en principio, el proceder de la sociedad comisionista AGRORED S.A. de no constituir las garantías requeridas, en la debida oportunidad para las operaciones Nos. 6708528 y 6708529, podría dar lugar a la vulneración del artículo 29, numerales 6, 8, 11 y 12 del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1, 2, 6, 7 y 11 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; los numerales 12 y 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, y el numeral 3.11.2 del Boletín Instructivo No. 09 de 2006 de la CRCBNA de conformidad con el cual se presenta incumplimiento inicial de la operación financiera en el pago por el: áa.) Incumplimiento en la entrega de títulos, contratos y otros requisitos: Se presenta cuando el comisionista que tiene a su cargo la obligación de entregar los títulos, contratos y otros requisitos (vendedor), no los presenta oportunamente a la CCBNA para que ésta pueda proceder a asentar la operaciónôò

De la misma forma, en la solicitud formal de explicaciones institucionales AS-I-016, el Área de Seguimiento realiza una relación sobre los hechos que dan lugar a la misma y considera frente a la conducta y las normas presuntamente vulneradas que:

ñ(A)al parecer la sociedad comisionista de Bolsa AGRORED S.A. en las operaciones objeto de investigación, relacionadas en el hecho primero del presente escrito, incumplió el pago de las obligaciones adquiridas en la celebración de las operaciones allí relacionadas, según se desprende de la comunicación PSD 187, proferida con base en la información suministrada al Departamento de Operaciones por el Sistema de Compensación y Liquidación, dicho proceder podría dar lugar a la vulneración del artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1, 2,, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; el numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; y configuraría la causal de incumplimiento prevista en el numeral 3.11.1 del Instructivo Operativo 09 de 2006 de la CRCBNA, al no efectuarse o acreditarse el pago de $358.535.570 mediante la transferencia de fondos o entrega de cheque dentro del procedimiento de compensación y liquidación, en el lapso establecido.

En cuanto a las operaciones repo descritas en el numeral segundo del acápite de los hechos del presente documento, al parecer la sociedad comisionista de bolsa AGRORED S.A. incumplió con la obligación de recompra conforme a las condiciones de negociación pactadas, tal y como se encuentra certificado por el representante legal de la BNA. El proceder de la firma comisionista en ese sentido, en principio, podría dar lugar a la vulneración del artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1,

*2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; el numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, y configuraría el incumplimiento establecido en el numeral 3.11.2 del Boletín Instructivo 09 de 2006 proferido por la CRCBNA, al no efectuar la recompra de las operaciones repo sobre CDM, en la fecha de pago prevista***ò***

Adicionalmente, en ambas solicitudes le informa a la sociedad comisionista investigada que el expediente correspondiente está a disposición para ser consultado en la Oficinas del Área de Seguimiento en las instalaciones de la Bolsa Nacional Agropecuaria.

IV. PRUEBAS

Sin perjuicio de la totalidad de pruebas allegadas al expediente y relacionadas íntegramente en la solicitud de explicaciones institucionales y en el pliego de cargos formulados al investigado, es pertinente mencionar las siguientes pruebas recaudadas por el Área de Seguimiento durante la etapa de investigación y por la Cámara Disciplinaria, en estudio del presente caso:

4.1. Incumplimiento del pago parcial de las Operaciones forward Nos. 6696667, 6696816, 6696817, 6696818, 6707782 y 6707785

a) Declaratoria de incumplimiento PSD-150 del 6 de mayo de 2008[5].

b) Impresión del detalle en el Sistema de Información Bursátil de las operaciones Nos. 6696667, 6696816, 6696817 y 6696818.[6]

c) Cuadro resumen con la relación de las entregas y pagos efectuados en las operaciones 6696667, 6696816, 6696817 y 6696818 entregados por la sociedad comisionista Correagro S.A., al Área de Seguimiento el día 16 de agosto de 2008.[7]

d) Copia de las facturas o correos electrónicos enviados por el Departamento de Operaciones de la Cámara informando los pagos realizados en las operaciones 6696667, 6696816, 6696817 y 6696818 entregados por la sociedad comisionista Correagro S.A. al Área de Seguimiento, el día 16 de agosto de 2008.[8] La misma información fue remitida por Correagro S.A. el 4 de febrero de 2009 a la Cámara Disciplinaria, acorde a la solicitud realizada mediante Resolución 056 de 2009[9]

e) Cuadro resumen con la relación de las entregas y pagos efectuados en las operaciones 6696667, 6696816, 6696817, 6696818 y 6178132 entregados por **AGRORED S.A.** en comunicación del 27 de agosto de 2008.[10]

f) Copia de la orden de pago No. 927 correspondiente al pago de las operaciones 6696667, 6696816, 6696817 y 6696818, 6707782 y 6707785, enviada por el

[5] Cuaderno No. 1. Folio 081
[6] Cuaderno No. 1. Folios 261 a 264
[7] Cuaderno 1. Folios 182 a 221
[8] Cuaderno 1. Folio Folios 182 a 221
[9] Cuaderno Exp.004-2008. Folios 107 a 145.
[10] Cuaderno 1. Folio 256.

mandante comprador Agencia Logística de las Fuerzas Militares a la Cámara Disciplinaria el día 19 de febrero de 2009 acorde a la solicitud realizada mediante Resolución 056 de 2009[11].

g) Certificación de cumplimiento de las condiciones pactadas en las operaciones Nos. 6707782 y 6707785, enviada por el Director de Operaciones de la sociedad comisionista A.R. Triple A Corredores de Bolsa S.A., el día 4 de febrero de 2009 a la Cámara Disciplinaria acorde a la solicitud realizada mediante Resolución 056 de 2009[12]

h) Soportes de pago enviados por la sociedad comisionista **AGRORED S.A.**, mediante comunicación del 13 de febrero de 2009 en cumplimiento de lo decretado en Resolución 056 de 2009[13]

i) Comunicación DO-870 del 03 de septiembre de 2008 del Departamento de Operaciones de la BNA, en donde remite copia del mandato y precisa las condiciones de entrega y pago en la negociación y las fechas reales de entrega del producto de las operaciones Nos. 6696667, 6696816, 6696817 y 6696818[14], en respuesta a la comunicación AS-108 del 11 de agosto de 2008 del Área de Seguimiento.[15]

4.2. Incumplimiento en el pago parcial de las Operaciones forward Nos. 6178132, 5904466

a) Declaratorias de incumplimiento PSD-319 del 4 de octubre de 2008[16] y PSD-417 del 4 de diciembre de 2008[17].

b) Impresión del detalle en el Sistema de Información Bursátil de las operaciones Nos. 6178132 y 5904466 [18]

c) Comunicación OC-055 del 21 de agosto de 2008 en donde la CRCBNA informa que frente a la operación 5904466 al verificar el sistema de compensación y liquidación, se evidencia que posterior a ser decretado el incumplimiento, el día 22 de enero mediante el Formato Pago de Productos, la sociedad realizó un pago a la operación por un valor de $3.072.000 quedando un saldo pendiente por $5.721.600. (anexa el formato de pago de productos, copia de la declaratoria de incumplimiento y reporte del sistema de compensación y liquidación)[19]

d) Cuadro resumen con la relación de las entregas y pagos efectuados en las operaciones 6178132 y 5904466 entregados por la sociedad comisionista Correagro S.A., al Área de Seguimiento el día 16 de agosto de 2008 y copia de las facturas o correos electrónicos enviados por el Departamento de Operaciones de la Cámara informando los pagos realizados en las operaciones 6178132 y

[11] Cuaderno Exp.004-2008. Folio 216
[12] Cuaderno Exp.004-2008. Folio 106
[13] Cuaderno Exp.004-2008. Folios 209 y 210
[14] Cuaderno 1. Folio 270
[15] Cuaderno 1. Folio 154.
[16] Cuaderno No. 1. Folio 004
[17] Cuaderno No. 1. Folio 015
[18] Cuaderno No. 1. Folios 266 a 268
[19] Cuaderno No. 1. Folio 181

5904466 entregados por la sociedad comisionista Correagro S.A. al Área de Seguimiento, el día 16 de agosto de 2008.[20] La misma información fue remitida por Correagro S.A. el 4 de febrero de 2009 a la Cámara Disciplinaria, acorde a la solicitud realizada mediante Resolución 056 de 2009.[21]

e) Comunicación DO-870 del 03 de septiembre de 2008 del Departamento de Operaciones, en donde remite copia del mandato y precisa las condiciones de entrega y pago en la negociación y las fechas reales de entrega del producto de la negociación de las operaciones No. 6178132 y 5904466[22], en respuesta a la comunicación AS-108 del 11 de agosto de 2008 del Área de Seguimiento[23]

4.3. Incumplimiento en el pago parcial de las Operaciones Nos. 7006282, 7006283, 7006284, 7006718, 7006719,7006720, 7006721, 7006722, 7006723, 7006724, 7011615, 7011616, 7011617, 7011618, 7012388, 7019052, 7024849, 7032695, 7032698, 7032699, 7032700,7180941, 7233512, 7240501, 7240503, 7240514, 7240517, 7240585, 7240595, 7240596, 7240604, 7240605, 7240654, 7240655, 7240687, 7258088, 7258089 y 7258090.

a) Comprobantes de negociación de todas las operaciones relacionadas.[24]

b) Reporte de incumplimiento de operaciones de físicos enviado por el Departamento de Operaciones el día 30 de mayo de 2008.[25]

c) Comunicación DO-826 del Departamento de Operaciones en donde le informa al Área de Seguimiento respecto de la operación No. 7006282, lo siguiente: i) forma en la cual quedó registrada la operación en el sistema de compensación y liquidación; ii) los pagos registrados en el sistema de compensación y liquidación; iii) los pagos y entregas se encuentran cumplidos en su totalidad sin embargo, el día 30 de mayo, **AGRORED S.A.,** no canceló la obligación parcial de operación por valor de $4.270.080, lo cual generó el incumplimiento; iv) se procedió a realizar la declaratoria de incumplimiento con el PSD-187 del 3 de junio de 2008, pero al realizar la transcripción del reporte a la declaratoria por error involuntario no reportó dicha operación la cual se encontraba incumplida.[26]

d) Comunicación del 30 de mayo de 2008 enviada por **AGRORED S.A.** a la CRCBNA en donde indica que su mandante *ñAgencia Logística de las Fuerzas Militares realizó el pago de la compensación del día 30 de mayo por valor de $399.585.849ò*[27] La sociedad Comisionista, acorde a la solicitud realizada mediante Resolución 056 de 2009 remitió el 13 de febrero de 2009 a la Cámara Disciplinaria, la misma comunicación con fecha de recibo por parte de la CRCBNA el 3 de junio de 2008[28].

[20] Cuaderno 1. Folio Folios 222a 254
[21] Cuaderno Exp.004-2008. Folios 146 a 181.
[22] Cuaderno 1. Folio 270
[23] Cuaderno 1. Folio 154.
[24] Cuaderno 2. Folios 18 al 54
[25] Cuaderno 2. Folios 055 al 063
[26] Cuaderno 2. Folio 106
[27] Cuaderno 2. Folio 114
[28] Cuaderno Exp.004-2008. Folio 206

e) Formato de Pago de Productos por Comprador con fecha del 5 de junio de 2008, recibido por la CRCBNA el 6 de junio del mismo año.[29] La sociedad comisionista, acorde a la solicitud realizada mediante Resolución 056 de 2009 remitió el 13 de febrero de 2009 a la Cámara Disciplinaria, el Formato de Pago de Productos por Comprador, con fecha del 29 de mayo de 2008, recibido por la CRCBNA el 30 de mayo del mismo año[30].

f) Soportes de la transferencia, se anexa a la comunicación los siguientes documentos: "Generador de pagos", "Archivos de confección" e "Histórico de Movimientos".[31]

g) Comunicación DFAC-0051 del 15 de septiembre de 2008 en donde la CRCBNA explica lo siguiente: i) La compensación inicial de físicos, determinaba a cargo de **AGRORED S.A.** un valor de compra de $358.535.570 y un IVA de $41.050.279,40 para un total a consignar de $399.585.849,40 (Adjunta documento); ii) Al declarar incumplida a la firma **AGRORED S.A.**, las obligaciones y/o derechos de la misma ya no se ven reflejados en el soporte final de compensación de físicos entregado al área de tesorería de la CRCBNA; iii) el día 30 de mayo en la cuenta compensada de la CRCBNA del Banco de Bogotá se refleja una consignación por abono ACH de la Agencia Logística por valor de $46.064.315 (adjunta copia del extracto); iv) el día 3 de junio se refleja una consignación por abono ACH de la Agencia Logística por valor de $353.521.538 (adjunta copia del extracto); v) las consignaciones anteriores suman en total $399.585.853; vi) correos electrónico con respuesta del Banco de Bogotá sobre la fecha y hora exacta en que pudieron ser efectuadas vía ACH.[32]

h) Copia de las órdenes de pago No. 918 y 592 correspondientes al pago de las operaciones Nos. 7006282, 7006283, 7006284, 7006718, 7006719,7006720, 7006721, 7006722, 7006723, 7006724, 7011615, 7011616, 7011617, 7011618, 7012388, 7019052, 7024849, 7032695, 7032698, 7032699, 7032700,7180941, 7233512, 7240501, 7240503, 7240514, 7240517, 7240585, 7240595, 7240596, 7240604, 7240605, 7240654, 7240655, 7240687, 7258088, 7258089 y 7258090, enviada por el mandante comprador Agencia Logística de las Fuerzas Militares a la Cámara Disciplinaria el día 19 de febrero de 2009 acorde a la solicitud realizada mediante Resolución 056 de 2009[33].

i) Documentos ñArchivos en confecciónò y ñGenerador de pagosò enviados por el mandante comprador Agencia Logística de las Fuerzas Militares a la Cámara Disciplinaria el día 19 de febrero de 2009 acorde a la solicitud realizada mediante Resolución 056 de 2009[34].

4.4. Incumplimiento en la obligación de recompra de las Operaciones Repo sobre CDM Nos. 6732595, 6588595, 6771187, 6771234, 6588593, 6554026, 6888423, 6906229, 6771188, 6771236 y 6771237.

[29] Cuaderno 2. Folio 116
[30] Cuaderno Exp.004-2008. Folio 208
[31] Cuaderno 2. Folios 111 a 114
[32] Cuaderno 2. Folio 145
[33] Cuaderno Exp.004-2008. Folios 214 y 215
[34] Cuaderno Exp.004-2008. Folios 212 y 213

a) Comunicación del 8 de abril de 2008 de **AGRORED S.A.** en donde informa a la CRCBNA que su mandante Probacol S.A. no realizó el pago por $39.213.021 correspondiente a la operación No. 6732595 y por tanto declara el incumplimiento de la operación.[35]

b) Comunicación CC-2990 de la CRCBNA del 10 de abril de 2008 en donde solicita evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento en la recompra de las operaciones Nos. 6732595, 6588595 y 6554025 acorde a la solicitud de la firma comisionista **AGRORED S.A.** para efectos de que la CRCBNA salga a honrar las respectivas operaciones.[36] Aclara que por esta razón la recompra de dichas operaciones no fue debidamente pagada a través del sistema de compensación y liquidación de ese día.

c) Comunicación del 11 de abril de 2008 de **AGRORED S.A.** en donde informa a la CRCBNA que su mandante Probacol S.A. no realizó el pago por $23.823.460 correspondiente a la operación No. 6771187 y por tanto declara el incumplimiento de la operación.[37]

d) Comunicación CC-3070 de la CRCBNA del 11 de abril de 2008 en donde solicita evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento en la recompra de la operación Nos. 6771187 acorde a la solicitud de la firma comisionista **AGRORED S.A.** para efectos de que la CRCBNA salga a honrar la misma[38]. Aclara que por esta razón la recompra de dicha operación no fue debidamente pagada a través del sistema de compensación y liquidación de ese día.

e) Comunicación del 16 de abril de 2008 de **AGRORED S.A.** en donde informa a la CRCBNA que su mandante Probacol S.A. no realizó el pago por $33.397.647 correspondiente a la operación No. 6771234 y por tanto declara el incumplimiento de la operación.[39]

f) Comunicación CC-3187 de la CRCBNA del 16 de abril de 2008 en donde solicita evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento en la recompra de la operación Nos. 6771234 acorde a la solicitud de la firma comisionista **AGRORED S.A.** para efectos de que la CRCBNA salga a honrar la misma. Aclara que por esta razón la recompra de dicha operación no fue debidamente pagada a través del sistema de compensación y liquidación de ese día.[40]

g) Comunicación del 21 de abril de 2008 de **AGRORED S.A.** en donde informa a la CRCBNA que su mandante Probacol S.A. no realizó el pago por $13.897.542 correspondiente a la operación No. 6588593 y por tanto declara el incumplimiento de la operación.[41]

h) Comunicación CC-3293 de la CRCBNA del 21 de abril de 2008 en donde solicita evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento en la recompra de la operación Nos. 6588593 acorde a la solicitud de la firma comisionista

[35] Cuaderno 1. Folio 35
[36] Cuaderno 1. Folio 38
[37] Cuaderno 1. Folio 53
[38] Cuaderno 1. Folio 54
[39] Cuaderno 1. Folio 60
[40] Cuaderno 1. Folio 61
[41] Cuaderno 1. Folio 63

AGRORED S.A. para efectos de que la CRCBNA salga a honrar la misma. Aclara que por esta razón la recompra de dicha operación no fue debidamente pagada a través del sistema de compensación y liquidación de ese día.[42]

i) Comunicación del 24 de abril de 2008 de **AGRORED S.A.** en donde informa a la CRCBNA que su mandante Probacol S.A. no realizó el pago por $52.074.095 correspondiente a la operación No. 6554026 y por tanto declara el incumplimiento de la operación.[43]

j) Comunicación CC-3413 de la CRCBNA del 24 de abril de 2008 en donde solicita evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento en la recompra de la operación Nos. 6554026 acorde a la solicitud de la firma comisionista **AGRORED S.A.** para efectos de que la CRCBNA salga a honrar la misma. Aclara que por esta razón la recompra de dicha operación no fue debidamente pagada a través del sistema de compensación y liquidación de ese día.[44]

k) Comunicación del 6 de mayo de 2008 de **AGRORED S.A.** en donde informa a la CRCBNA que su mandante Probacol S.A. no realizó el pago por $33.377.258 correspondiente a la operación No. 6888423 y por tanto declara el incumplimiento de la operación.[45]

l) Comunicación CC-3714 de la CRCBNA del 7 de mayo de 2008 en donde solicita evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento en la recompra de la operación Nos. 6888423 acorde a la solicitud de la firma comisionista **AGRORED S.A.** para efectos de que la CRCBNA salga a honrar la misma. Aclara que por esta razón la recompra de dicha operación no fue debidamente pagada a través del sistema de compensación y liquidación de ese día.[46]

m) Comunicación del 8 de mayo de 2008 de **AGRORED S.A.** en donde informa a la CRCBNA que su mandante Probacol S.A. no realizó el pago por $62.009.900 correspondiente a la operación No. 6906229 y por tanto declara el incumplimiento de la operación.[47]

n) Comunicación CC-3788 de la CRCBNA del 9 de mayo de 2008 en donde solicita evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento en la recompra de la operación Nos. 6906229 acorde a la solicitud de la firma comisionista **AGRORED S.A.** para efectos de que la CRCBNA salga a honrar la misma..[48]

o) Acta No. 003 del 11 de abril de 2008 correspondiente al sorteo realizado por la CRCBNA de la sociedad comisionista a la cual se conferirá el mandato para la compra del producto objeto de las operaciones incumplidas Nos. 6732595 y 6588595. [49]

[42] Cuaderno 1. Folio 64
[43] Cuaderno 1. Folio 70
[44] Cuaderno 1. Folio 71
[45] Cuaderno 1. Folio 84
[46] Cuaderno 1. Folio 85
[47] Cuaderno 1. Folio 88
[48] Cuaderno 1. Folio 90
[49] Cuaderno 1. Folio 108

p) Comunicación CC-3918 del 14 de mayo de 2008 en donde la CRCBNA informa al Área de Seguimiento las situaciones presentadas en el desarrollo de las operaciones Nos. 6732595 y 6588595.[50]

q) Comunicación del 14 de mayo de 2008 de **AGRORED S.A.** en donde informa a la CRCBNA que su mandante Probacol S.A. no realizó el pago por $29.177.126 y $30.260.214 correspondiente a la operaciones Nos. 6771236 y 6771237 y por tanto declara el incumplimiento de la operación.[51]

r) Comunicación CC-3913 de la CRCBNA del 14 de mayo de 2008 en donde solicita evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento en la recompra de las operaciones Nos. 6771236 y 6771237 acorde a la solicitud de la firma comisionista **AGRORED S.A.** para efectos de que la CRCBNA salga a honrar la misma. Aclara que por esta razón la recompra de dicha operación no fue debidamente pagada a través del sistema de compensación y liquidación de ese día.[52]

s) Comunicación del 16 de mayo de 2008 de **AGRORED S.A.** en donde informa a la CRCBNA que su mandante Probacol S.A. no realizó el pago por $33.264.980 correspondiente a la operación No. 6771188 y por tanto declara el incumplimiento de la operación.[53]

t) Comunicación CC-3966 de la CRCBNA del 16 de mayo de 2008 en donde solicita evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento en la recompra de la operación No. 6771188 acorde a la solicitud de la firma comisionista **AGRORED S.A.** para efectos de que la CRCBNA salga a honrar la misma. Aclara que por esta razón la recompra de dicha operación no fue debidamente pagada a través del sistema de compensación y liquidación de ese día.[54]

u) Actas del Comité de Riesgo de **AGRORED S.A.** Nos. 002 y 004 enviadas por esta sociedad a la Cámara Disciplinaria en cumplimiento de lo decretado mediante Resolución 056 de 2009.[55]

v) La CRCBNA, acorde a la solicitud realizada mediante Resolución 056 de 2009 remitió en comunicación PC-0057 del 9 de febrero de 2009 listado de la información correspondiente a las operaciones REPO: (i) el valor de los subyacentes de los CDM transados en las operaciones al momento de su celebración, (ii) el valor de los subyacentes de los CDM transados en las operaciones al momento de su vencimiento, (iii) el margen de descuento establecido para realizar las operaciones.

4.5. Incumplimiento en la entrega de la garantía de las Operaciones Repo sobre CDM de café excelso Nos. 6708528, 6708529.

[50] Cuaderno 1. Folios 109 a 114
[51] Cuaderno 2. Folio 04
[52] Cuaderno 2. Folio 05
[53] Cuaderno 2. Folio 14
[54] Cuaderno 2. Folio 15
[55] Cuaderno Exp.004-2008. Folios 199 a 202

a) Comunicación CC-0727 de la CRCBNA del 23 de enero de 2007 *(sic)* en donde informa que las operaciones repo sobre CDM Nos. 6708528, 6708529 no cuentan con las garantías FAG que le son propias.[56]

b) Comunicación OC-055 del 21 de agosto de 2008 en donde la CRCBNA informa al Área de Seguimiento las situaciones presentadas frente a la operaciones Nos. 6708528, 6708529.[57]

c) La CRCBNA, acorde a la solicitud realizada mediante Resolución 056 de 2009 remitió en comunicación PC-0057 del 9 de febrero de 2009 listado de las operaciones vigentes de ECOCAFÉ S.A. para el momento de la celebración de las operaciones Repo sobre CDM Nos. 6708528 y 6708529. Lo anterior según solicitud realizada mediante Resolución 056 de 2009.[58]

V. EXPLICACIONES PRESENTADAS POR LA SOCIEDAD COMISIONISTA

La sociedad comisionista investigada, a través de su apoderado, mediante comunicación radicada el 17 de junio de 2008[59], se refiere a las explicaciones solicitadas en escrito AS-I-003 del Área de Seguimiento. Adicionalmente, mediante escrito del 8 de septiembre de 2008, presenta sus explicaciones formales al AS-I-016.[60]

5.1. EXPLICACIONES DE CARÁCTER GENERAL:

En las explicaciones de carácter general y frente a la solicitud de explicaciones AS-I-003, se refiere al régimen de autorregulación considerando que el fin primordial del mismo es *ñla protección integral del mercado y no solamente de cumplimiento objetivo de los compromisos adquiridos por los participantesò*

Posteriormente señala que la calidad de comisionista en la que actuó en las operaciones investigadas implica que actuó por cuenta de las instrucciones de terceros y no por cuenta propia, lo cual, acorde a la sociedad investigada implica que: *ñcuando una firma comisionista de bolsa nacional agropecuaria celebra en nombre propio, pero por cuanta (sic) ajena, un contrato de forward o un repo sobre CDM,* ***su obligación natural consiste en velar por que las mercancías en el caso del repo existan en el almacén de deposito (sic) o estén dadas las condiciones para que existan en el caso de los forware*** *(sic), sin que sea posible cumplir con su propio garantizar (sic) su cumplimiento, como si de operaciones por cuanta (sic) propia se trataren*ò(Resaltado pertenece al texto original)

Manifiesta que se genera una contradicción, puesto que se obliga a las firmas a cumplir por su mandante pero no se les ha autorizado actuar en cuenta propia, por lo que la responsabilidad disciplinaria *ñdebe estar circunscrita a la debida diligencia para buscar el cumplimiento literal de las operaciones por parte de su mandante, esto es, tomando todas las previsiones necesarios (sic) para que su cliente llegado el momento de cumplimiento efectivo a la obligación pactada y de ser necesario y seguramente con autorización de la BNA, dar cumplimiento por su propia cuenta de acuerdo con la reglamentación del mercado de valoresò* Y continúa: *ñDistinta es la situación contractual, dentro del marco del derecho comercial, en la cual la firma comisionista asume toda la responsabilidad ante la otra parte, ya*

[56] Cuaderno 1. Folio 25
[57] Cuaderno 1. Folios 164 a 181.
[58] Cuaderno Exp.004-2008. Folios 182 a 198.
[59] Cuaderno 1. Folios 138 a 150
[60] Cuaderno 2. Folios 117 a 131

*que es la obligada directa por el contrato, por actuar en nombre propio aunque lo haga por cuenta ajena, respondiendo con su propio patrimonio en caso de incumplimiento por parte del cliente comitente, pero con la posibilidad natural de repetir en contra de este, por el cumplimiento de las obligaciones y los daños que el incumplimiento de su cliente le haya generado***ò**

Concluye mencionando que: ***ñ****Finalmente, en este punto es bueno señalar que si bien existe un deber similar* ***ñ****o igual***ò** *en el mercado propiamente de valores, de dar cumplimiento a las operaciones, no debe olvidarse que las firmas comisionistas de bolsa de valores cuando celebran operaciones por cuenta ajena lo deben hacer una vez tienen los recursos de sus clientes en cartera, mientras que, por el contrario, el mercado que autorregula la BNA,* ***funciona bajo la premisa de la existencia futura de los bienes y productos de las operaciones,*** *luego el deber de dar cumplimiento estricto de las operaciones necesariamente debe ser analizado en este escenario y no en el del mercado de valores***ò** (Resaltado pertenece al texto original)

Adicionalmente manifiesta que: ***ñ****(é) las operaciones que se contrataron y que fueron declaradas incumplidas, algunas de ellas a solicitud de la propia Agrored S.A.* ***finalmente fueron cumplidas****, de manera retardada o dentro del mecanismo de compensación que establece el propio mercado, sin que se pueda indicar que ha existido un daño para ninguno de los sujetos del mercado***ò** (Resaltado pertenece al texto original)

En las explicaciones formales frente al AS-I-003 reitera lo manifestado anteriormente y agrega que es básico el cumplimiento de las operaciones pactadas en el marco de la BNA en los términos pactados ***ñ****sin perjuicio de que se pueda y deba cumplir, en forma accesoria en los casos en que el cumplimiento de los términos acordados no se hace posible***ò** y concluye manifestando que: ***ñ****Finalmente, con relación a las explicaciones de tipo general que se vienen exponiendo, es procedente indicar que el procedimiento por medio del cual se declara incumplida una operación está reglamentado por la propia BNA, y en este reglamento no se establece la declaración de incumplimiento de oficio por parte de la Bolsa, sino a solicitud de la parte a la cual se le incumplió, por manera que, en principio todo señalamiento de incumplimiento que no se haya dado en el marco del procedimiento establecido para tal fin, se encuentra viciado de nulidad, afectado el procedimiento que sobre los mismo (sic) se derive***ò**

5.2. EXPLICACIONES DE CARÁCTER ESPECÍFICO:

5.2.1 Incumplimiento en el pago parcial de las Operaciones forward Nos. 6696667, 6696816, 6696817, 6696818, 6707782 y 6707785

La sociedad investigada menciona que se debe aclarar que estas operaciones ***ñ****ueron pagadas por la Agencia Logística, mandante de Agrored S.A. para las mismas, el día 2 de mayo de acuerdo con lo pactado en la operación. Sin embargo la transferencia no quedo (sic) reflejada en el sistema por problemas en la oficina del Banco que funciona en el Ministerio de Defensa, la cual no tuvo atención en la oficina ese día. Por tal motivo el giro se volvió a realizar el día 6 de mayo de 2008, por manera que el pago efectivo de las mencionadas operaciones y por tanto el cumplimiento de las mismas se hizo efectivo el día 7 mayo.***ò**

Continúa manifestando que:

> *ñLa gestión de Agrored S.A., enterada del problema en las transacciones consistió en conminar al cliente para que consultara su Banco- BVBA (sic)- encargado de efectuar el pago, en los términos pactados para las operaciones. Indicando éste que se presentó una situación de fuerza mayor, al presentarse durante el lapso de cumplimiento y el día efectivamente pactado, un problema en los sistemas del Banco, el cual se acentuó por el paso de los días sábado, domingo y lunes festivo.*

Por su parte el Banco explicó lo siguiente, que su sistema no es enteramente compatible con el del Banco de Colombia, con el cual trabaja la Cámara de Compensación, luego las transacciones ACH, no quedan reflejadas el mismo día sino hasta el siguiente, razón por la cual al momento de la compensación el giro no apareció aun de haber sido efectuado.

De acuerdo con lo dicho se puede apreciar que si en realidad se dio el mencionado incumplimiento técnico de las operaciones, ***éstas se cumplieron de manera tardía pero efectiva****, tan solo horas hábiles después del plazo establecido. Situación que como se puede apreciar escapa a las posibilidades reales de gestión del investigado y en ningún momento afecta su compromiso para conducir los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y responsabilidad, de que trata el numeral 6, del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de la BNA, que se sugiere como infringido****ò*** (Resaltado pertenece al texto original)

5.2.2 Incumplimiento en el pago parcial de las Operaciones forward Nos. 6178132, 5904466.

En las explicaciones formales, la investigada no se pronuncia de forma específica sobre las operaciones Nos. 6178132 y 5904466.

5.2.3. Incumplimiento en el pago parcial de las Operaciones Nos. 7006282, 7006283, 7006284, 7006718, 7006719, 7006720, 7006721, 7006722, 7006723, 7006724, 7011615, 7011616, 7011617, 7011618, 7012388, 7019052, 7024849, 7032695, 7032698, 7032699, 7032700, 7180941, 7233512, 7240501, 7240503, 7240514, 7240517, 7240585, 7240595, 7240596, 7240604, 7240605, 7240654, 7240655, 7240687, 7258088, 7258089 y 7258090.

Frente a estas operaciones la sociedad investigada aclara que: ñ*las operaciones enlistadas, fueron pagadas por la Agencia Logística, nuestro cliente mandante,* ***el día 30 de mayo de acuerdo con lo pactado en la operación****, tal y como se puede corroborar de los soportes bancarios que se adjuntan como prueba al expediente y en los cuales se aprecia de manera clara que los dineros sí fueron consignados, no solo la cifra de $358ô535.570 que indica el Área de Seguimiento de la BNA, sino ésta más su respectivo IVA, que no fue tenida en cuenta por el Área de Seguimiento de la BNA. Suma que adicionalmente el (sic) incluye el efectivo cumplimiento de la operación forware MPH (sic) No. 7006282, a la cual se hace mención de manera aislada en la parte inicial de la página 4 del escrito de solicitud de explicaciones.****ò*** Y continúa: ***ñ****De lo cual se puede deducir, que el hecho de que los dineros no aparezcan reflejados en las cuentas obedece a fallas en los sistemas de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte, que no pueden ser atribuibles a nuestro mandante comprador y mucho menos a Agrored S.A., toda vez que se le dio cumplimiento en la fecha establecida para las operaciones que son objeto de investigación, tal cual se informó en oficio de Agrored S.A., CTA. AG. 2008-2669, recibida el 3 de junio por la CRCBNA, que se adjunta como prueba al expediente****ò*** (Resaltado pertenece al texto original)

Manifiesta además que*: ñla gestión de Agrored S.A. y su mandante ha sido diligente y apropiada con sus obligaciones y el hecho de que los pagos no aparezcan reflejados en los sistemas de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte, es una situación que escapa a nuestra responsabilidad, que posiblemente pueda ser explicada por situaciones de fuerza mayor o caso fortuito en los procesos que desarrollan los sistemas de compensación, pero que en todo caso escapan de nuestra posibilidad de injerenciaò*

Posteriormente determina que se debe analizar la forma mediante la cual se declararon incumplidas las operaciones considerando que:

ñEl procedimiento por medio del cual se declara incumplida una operación está reglamentado y debe ser agotado para que una operación efectivamente se tenga como incumplida y no es una situación automática u oficiosa por parte de la BNA o su Área de Seguimiento, con base en la comunicación PSD-187 del Departamento de Operaciones por el Sistema de Compensación y Liquidación, como se menciona en el escrito por el cual se solicitan explicaciones de carácter formal.

*Por el contrario, el proceso por el cual se declara incumplida una operación está reglado en el Reglamento de la BNA, estableciendo quienes pueden solicitar el incumplimiento, el tiempo que se tiene para hacerlo y como se decreta el mismo. Pues bien, en las operaciones que son objeto de investigación ese trámite nunca se agotó; primero, como se explico (sic), por que (sic) los dineros si fueron oportunamente consignados; y segundo, lo cual resulta oportuno para este punto de la explicación, porque ninguno de los miembros de la BNA que podrían solicitar o informar el incumplimiento lo hizo, y si así lo quisiera hacer en este momento, ya el término de 15 días adelantar (sic) dicha actuación venció***ò***

Finalmente concluye indicando que*: ñlas operaciones forward que se investigan en el primer acápite de la solicitud formal de explicaciones, corresponde a **óoperación sin garantía de crédito en Cámara ï Financiación privadaô**, e (sic) decir estas son de aquellas operaciones en que la Cámara de Riesgo Central de Contraparte no interviene, toda vez que no tiene injerencia en las garantías de la operación, luego mal puede indicarse que se pudo infringir una norma de sus (sic) Instructivo Operativo No. 09 de 2006 y mucho menos que eta (sic) pudo haber solicitado el incumplimiento de las operaciones**ò** (Resaltado pertenece al texto original)

5.2.4. Incumplimiento en la obligación de recompra de las Operaciones Repo sobre CDM Nos. 6732595, 6588595, 6771187, 6771234, 6588593, 6554026, 6888423, 6906229, 6771188, 6771236 y 6771237.

Se remite en primer lugar a las explicaciones de carácter general según las cuales: ***ñ**si bien las firmas comisionista (sic) de la BNA, actúan en virtud del contrato de comisión, en nombre propio, el cumplimiento de las obligaciones por ella pactadas depende enteramente de la capacidad real de cumplimiento que tenga su mandante***ò**

Posteriormente, entra a explicar la situación presentada con su mandante en las operaciones investigadas de la siguiente forma:

ñDesafortunadamente, según se informa por los representantes legales de la sociedad algunos de los planes de financiación no salieron de la forma esperada, situación que llevo (sic) al incumplimiento generalizado de obligaciones por parte Probacol S.A., entre los cuales se incluye el cumplimiento de las operaciones financieras que se investigan y que hoy la tiene en busca de un trámite de insolvencia empresarial, de que trata la ley 1116 de 2006, ante la Superintendencia de Sociedades.

*Esta situación, si bien no es fuerza mayor o caso fortuito, es un evento normal y recurrente en la economía (**é**) que como en Probacol S.A. se vio resaltado, con la desafortunada muerte del representante legal y mayor accionista, seguramente como consecuencia del estrés que le generaron los incumplimientos generalizados.*

Pero lo cierto, es que a esta sociedad seguramente reciba apoyo del Estado, en aplicación de la ley 1116 de 2007 que subrogó la conocida ley 550 de 1999 con lo cual se le brindará la oportunidad de salir adelante, en reconocimiento de que la insolvencia como un hecho natural de la económica (sic), ***luego no sería procedente disciplinar a su mandatario por el incumplimiento técnico de las operaciones, generadas por una situación endémica***

en la cual no tiene ninguna responsabilidad el intermediario. (Resaltado pertenece al texto original)

Por otra parte con relación a la actuación de la firma Agrored S.A. en esta serie de operaciones es procedente indicar que fue la propia firma fue quien solicito el decreto de algunos de los incumplimientos, consiente (sic) de la situación de su mandante, ya que tenia la tranquilidad de que las garantías aportadas pagarían las operaciones, es decir, el maíz blanco que se encontraba en el almacén de deposito (sic) cubriría la obligación, con lo cual se daría el cumplimiento real de las operaciones, de acuerdo con el procedimiento reglado por la propia Bolsa.

*Y es que efectivamente, si bien se han decretado (sic) el incumplimiento de este grupo de operaciones financieras, el mecanismo de liquidación de las garantías ha sido suficiente para saldar las mismas, sin que esta (sic) el momento ninguna persona del mercado se haya visto afectada o haya presentado queja por este hecho***ò**

Posteriormente, se refiere al embargo de los remanentes de liquidación en cabeza de Probacol y menciona que ***ñ****la firma Agrored S.A., a actuando (sic) como mediadora en el último vencimiento, logrando la recompra del título por parte del acreedor y evitando por ende el incumplimiento técnico, con mejores dividendos para las partes, en desarrollo de una ingente función como mandatario***ò**

Agrega que: ***ñ****Con todo lo dicho, se demuestra la ausencia de responsabilidad material de Agrored S.A., por el incumplimiento de las obligaciones que son materia de explicación. Primero, pues se insiste parte de una situación generalizada en las finanzas del mandante vendedor, segundo, por que (sic) las garantías para las operaciones negociadas por Agrored S.A., han permitido de manera tranquila dar cumplimiento real a las operaciones; y tercero, por que (sic) su gestión ha sido constante y efectiva para solucionar las contingencias en que desafortunadamente se ha visto involucrada, pero que ha logrado superar para el mercado, al punto de que hoy solo resta un ultimo (sic) vencimiento de este grupo de operaciones, el cual seguramente se cumplirá de manera satisfactoria.***ò**

Finalmente concluye*: **ñ**si bien la insolvencia de Probacol S.A., puso a prueba el marcado (sic), este con el trabajo conjunto de todos los intervinientes, en el cual a (sic) jugado un papel relevante Agrored S.A., el cual no puede ser desconocido y menos sancionado por la mera objetividad de la norma la sociedad Agrored S.A., como si no existiera (sic) las justificantes como las que se acaban de explicar***ò**

En las explicaciones formales frente a la solicitud AS-I-003 agrega que frente a las operaciones repo Nos 6771236, 6771237 y 6771188: ñ*es clara la ausencia de responsabilidad de Agrored S.A. por los hechos que generan el incumplimiento de las operaciones cuestionadas; primero, por (sic) nuestra firma comisionista se encargo (sic) de generar las garantías suficientes que respaldaran situaciones como la que desafortunadamente se presentó; segundo, porque informó oportunamente de la situación de su cliente, poniendo en marcha los mecanismos establecidos, y; tercero y los (sic) mas (sic) importante, porque las garantías aportadas y el procedimiento reglamentado por la BNA para liquidarlas funcionó de manera tan exitosa, que le produjo utilidades a la Bolsa, luego sería contradictorio que se sancione a nuestra firma, por hechos en los cuales aparte de no tener ningún tipo de responsabilidad, salió beneficiado el mercado en cabeza de la BNA***ò**

5.2.5. Incumplimiento en la constitución de garantías de las Operaciones Repo sobre CDM de café excelso Nos. 6708528 y 6708529

Manifiesta que en este punto de la defensa se podrá dilucidar más claramente que la actuación de la sociedad *ñha sido diligente y ajustada a las costumbres propias del mercado de productos agropecuarios, agroindustriales y de otros comodities***ò**

De esta forma explica lo ocurrido con las operaciones en mención de la siguiente manera:

> ***ñ****Pues bien, en la realización de las operaciones 678528 y 678529 (sic) que son objeto de explicación, de Repo sobre CDM, previo a ser cantadas en la bolsa se requiere que sea otorgado por FINAGRO, la llamada garantía FAG. La cual, para su otorgamiento requiere de la radicación de una serie de documentos y poderes con lo cual se procede a su autorización.*
>
> *Agrored S.A., como es costumbre hizo el trámite de radicación de documentos ante FINAGRO, y por tratarse de un procedimiento rutinario, acostumbrado y con la seguridad de tener los documentos en regla, cantó las operaciones contando con la garantía. Pero solo hasta las 12:30 cuando ya la operación habían (sic) sido registradas se indicó por parte de FINAGRO que el cupo de garantías común a todos (sic) las firmas comisionistas estaba copado y que por lo tanto no existían las garantías FAG para las operaciones ya cantadas.*
>
> *Así las cosas, las operaciones de manera técnica se encontraron incumplidas por falta de garantía. Y se indica que de manera técnica, por que* ***las mismas pueden ser cantadas sin garantía****, pero haciendo expresa referencia a ello, situación que ya no se podía modificar pues ya esta (sic) registrada en esa forma***ò** (Resaltado pertenece al texto original)

Continúa manifestando que en aras de encontrar un mecanismo de solución, se propuso la recompra de las operaciones inmediatamente, lo cual no fue posible debido a la regulación de la BNA. Por lo anterior, la sociedad investigada intentó prepagar operaciones con el fin de liberar cupo en FINAGRO, lo cual, no era de utilidad pues una vez cantada la operación no es posible expedir la garantía FAG. Finalmente, acorde a la sociedad investigada se estructuró el siguiente esquema: *ñprimero, los recursos de la operación 6708528 quedaron en poder las (sic) Cámara de Compensación de la Bolsa en garantía, hasta que trascurridos 30 días de la operación se efectuó la recompra de las dos operaciones, cerrando las mismas.***ò**

Frente a lo anterior concluye afirmando que: *ñsi bien puede reprocharse en los hechos señalados un apresuramiento al cantar la operación sin tener el visto bueno de FINAGRO, en ningún momento se puede establecer como una conducta dolosa, sino y por el contrario como un hecho aislado ya que el cupo de garantía difícilmente se copa y es costumbre del mercado operar como lo hizo Agrored S.A., costumbre que si bien como quedo (sic) demostrado puede generar el incumplimiento técnico de la operación y que debe servir de experiencia al mercado y al autorregulador para que efectúe las recomendaciones pertinentes a sus autorregulados, pero que con el debido respeto, no puede dar base para iniciar una investigación en contra de una firma comisionista, aun de existir claridad en el actuar normal en el trámite de la operación y diligente luego de cometido el error. Y lo más importante, sin que nunca se haya puesto en peligro la seguridad y transparencia del mercado***ò**

VI. EVALUACIÓN DE LAS EXPLICACIONES POR PARTE DEL ÁREA DE SEGUIMIENTO Y PLIEGO DE CARGOS

Mediante el escrito de pliego de cargos allegado a la Secretaría de la Cámara Disciplinaria el 30 de octubre de 2008, el Área de Seguimiento de la BNA, evaluó las

explicaciones presentadas por el apoderado de la sociedad comisionista **AGRORED S.A.** de la siguiente manera:

6.1. CONSIDERACIONES DEL ÁREA DE SEGUIMIENTO FRENTE A LAS EXPLICACIONES DE CARÁCTER GENERAL

El Área de Seguimiento realiza ciertas precisiones frente a las obligaciones de las sociedades comisionistas cuando se encuentran actuando dentro del marco de un contrato de comisión. De esta forma, considera que:

> *ñ(é) en materia de contrato de comisión el artículo 1287 del Código de Comercio lo define como "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". Conforme a la definición en cita, son elementos característicos del contrato de comisión, además del carácter profesional del mandatario, la actuación a nombre propio del comisionista, es decir, que su actuación ante terceros es clara, es parte contratante y sujeto del interés contractual y, por ende, bajo ninguna circunstancia el comisionista actúa como representante de su comitente frente a los terceros con los cuales contrata. Siguiendo al tratadista Jaime Alberto Arrubla Paucar, el contrato de comisión siempre es un mandato en nombre propio y por cuenta ajena, es decir que nunca hay representación, pues considera que ñsi el comisionista actúa a nombre del comitente, se desvirtúa la comisión, (en tanto que) se omite el cumplimiento de un requisito que califica esta modalidad de mandato, que se considera de su esencia.ò*[61] (Resaltado pertenece al texto original)

Señala asimismo, que el comitente resulta un tercero ajeno a los vínculos jurídicos adquiridos por el comisionista en el ejercicio de la comisión por lo cual considera que:

> *ñEs evidente entonces que conforme a la ley y al reglamento y según se desprende de la naturaleza del contrato de comisión, los comisionistas de bolsa, en ejercicio de su función de comprar y vender bienes, productos y servicios agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, títulos, valores, derivados, derechos y contratos con origen o subyacente en tales bienes productos y servicios que se negocien en la Bolsa Nacional Agropecuaria, provenientes de órdenes derivadas de un contrato de comisión sobre tales bienes, contratos o valores, al ejecutar un mandato no representativo, no pueden obligar a sus comitentes entre sí, en tanto que no tienen capacidad legal ni contractual para hacerlo, y por el contrario, tienen el deber de actuar y responder a nombre propio en el escenario que la Bolsa administra.ò* Y continúa: *ñHabida consideración de lo anterior, las sociedades comisionistas de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., como profesionales del mercado público de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales y de otros commodities, cuando ejecutan una operación de compraventa en bolsa les asiste el deber de cumplir con todas las obligaciones derivadas del contrato celebrado y las asumidas frente a sus comitentes y al mercado en generalò*

Siguiendo esta línea el Área de Seguimiento, opina que: *ñla obligación de la sociedad comisionista de bolsa Agrored S.A. trasciende aquella de ñvelar porque las mercancías en el caso del repo existan en el almacén de depósito o estén dadas las condiciones para que existan en el caso de los forwardòcomo lo señala el memorialista, en la medida en que, como parte contratante y sujeto del interés contractual, debe atender, en forma estricta, las obligaciones que se derivan de su actuación en el escenario bursátil, razón por la cual tiene el deber de actuar y responder a nombre propio en el escenario que la Bolsa administra, obviamente en virtud del contrato de comisión a través del cual actúa y atendiendo a la naturaleza del mercado dentro del cual se desempeñaò*

[61] ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Octava edición, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1997, página 416.

Asimismo, expresa que comparte las apreciaciones de la sociedad investigada en cuanto a la obligación de las firmas de actuar con la debida diligencia, sin embargo precisa que esto no es suficiente toda vez que para *ñentender cumplidas las obligaciones surgidas para con su contraparte en el negocio celebrado en el recinto bursátil, en la medida en que la prestación correlativa al negocio celebrado, no es otro que el cumplimiento estricto del mismo. Por ello, el actuar con la debida diligencia, de suyo no puede convertirse en pretexto para justificar el desconocimiento de sus deberes como profesional del mercado y como parte contratante, en la medida en que en el escenario de la Bolsa, en virtud del contrato celebrado, no solo tiene el deber de actuar, sino de cumplir y responder a nombre propio.ò*Con base en lo anterior, precisa que la responsabilidad disciplinaria de una sociedad comisionista miembro de la Bolsa no puede encontrarse circunscrita únicamente a la debida diligencia, agregando además que *ña investigación no está orientada a determinar si la firma comisionista desplegó la debida diligencia para el cumplimiento del mandato conferido por su cliente, sino de lo que se trata es de establecer si el comportamiento o conducta asumida por la investigada en las relaciones jurídicas trabadas en la Bolsa a través de las operaciones de compraventa allí celebradas se ajustaron a la ley y al reglamento, pues de lo contrario se obraría en abierta contraposición con la conducta exigida y con las normas que rigen su actuación, tal como se explicó anteriormente.ò*

Frente a la contradicción entre la pretendida responsabilidad disciplinaria y la prohibición de realizar operaciones por cuenta propia argüida por la investigada, el Área de Seguimiento expresa que: ñ*contrario a lo afirmado por el apoderado de la investigada, no genera una ñcontradicción*ò *pretender que las negociaciones celebradas en el recinto bursátil se cumplan en los términos pactados, por el hecho de que la sociedad comisionista no se encuentre autorizada para efectuar operaciones en cuenta propia, toda vez que honrar las operaciones que se celebran en Bolsa se deriva de la naturaleza propia del contrato de comisión y consecuentemente de su calidad de contraparte en la negociación y no de las autorizaciones adicionales que se le puedan conceder a la sociedad para que, como intermediario, realice otro tipo de actividades en el mercado en el cual despliega su actividad, tales como aquella de celebrar operaciones por cuenta propia, cuya razón de ser, finalidad o filosofía que las inspira, en nada se contraponen ni inciden en el cumplimiento de las operaciones cerradas en desarrollo de su objeto social exclusivo. Luego, no es dable confundir la posición propia o cuenta propia de una firma comisionista de Bolsa con el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de compraventa válidamente celebrado en desarrollo de un contrato de comisión*.ÒAgregando que la investigación que se adelanta no versa sobre la realización o no realización de operaciones por cuenta propia por parte de la sociedad investigada sino la vulneración de otras normas que regulan el mercado de la BNA.

Asimismo y frente a la diferenciación realizada por la sociedad comisionista en cuanto al desarrollo de un contrato de comisión en el marco de la BNA y el contrato de comisión regulado por la ley comercial, el Área de Seguimiento entiende:

> *ñé) con las salvedades pertinentes, que las obligaciones propias del contrato de compraventa asumidas por una sociedad comisionista de Bolsa en el mercado administrado por la BNA, no difieren de la situación contractual presentada en el marco del derecho comercial que conoce el apoderado especial de Agrored S.A. y que alega en su escrito, salvo que lo hace a través de un mecanismo de negociación eminentemente reglado. Ahora bien, el contrato de comisión es un contrato típico definido en el artículo 1287 y siguientes del Código de Comercio, al que le son aplicables las reglas del mandato siempre que no pugnen con su naturaleza (Artículo 1308 idem).*
>
> *Nótese que, como lo señala acertadamente el apoderado de la investigada, ña firma comisionista asume toda la responsabilidad ante la otra parte, ya que es la obligada directa*

*por el contrato, por actuar en nombre propio aunque lo haga por cuenta ajena, respondiendo con su propio patrimonio en caso de incumplimiento por parte del cliente comitente, pero con la posibilidad natural de repetir en contra de este, por el cumplimiento de las obligaciones y los daños que el incumplimiento de su cliente le haya generado***ò** *Presupuesto que no se desvanece cuando se trata de negocios de los operadores del mercado de la BNA.***ò**

Posteriormente, se manifiesta sobre la aseveración de la sociedad comisionista en la cual diferencia la naturaleza de una operación por cuenta ajena en el marco del mercado de valores frente a este tipo de operaciones en el marco de la BNA. Así, el Jefe del Área de Seguimiento precisa que: ñ*en relación con la provisión de recursos por parte de los comitentes para la realización de operaciones bursátiles, sea en el mercado de valores o en el mercado que administra la BNA, no existe diferencia alguna, es decir, atendiendo las reglas del mandato, siempre el mandante debe poner en capacidad a su comitente para que cumpla con la operación ordenada (artículo 2184 del Código Civil aplicable al contrato de comisión en virtud de los artículos 1308 y 822 del Código de Comercio) facultando la ley, incluso, al mandatario para renunciar a su encargo o suspender su ejecución en el caso de que no se hayan suministrado los recursos en cantidad suficiente (Artículo 1286 C.Co.). En este orden de ideas, no puede soslayarse que, en ambos mercados, una de las obligaciones del comitente frente a su comisionista es la de procurar que éste no sufra perjuicios por la realización del mandato poniendo a su disposición lo necesario para la ejecución del encargo conforme lo indican las disposiciones previamente citadas.***ò**

Para efectos de fundamentar la anterior aseveración, trae a colación un concepto de la Superintendencia de Valores que ratifica lo mencionado en el sentido de que ñ***la exigencia o no de los títulos o de los dineros con antelación a la ejecución de una operación de compra venta de títulos, es una decisión absolutamente discrecional de la comisionista de bolsa respectiva****, quien adoptará la decisión que más convenga a sus intereses financieros y comerciales, con sujeción a lo que al respecto se contemple en sus sistemas de control interno y de gestión y control de riesgos.* ***Empero, es claro que el no suministro por parte de los clientes de los recursos o títulos para el cumplimiento de operaciones celebradas por cuenta de los mismos, no exime ni libera a la comisionista de la responsabilidad de cumplir las operaciones, la cual, ante el no suministro del dinero o de los títulos por parte de los clientes, no puede argüir como justificación de un incumplimiento la falta de la provisión de los clientes*****ò** (Resaltado fuera del texto original)

Finalmente concluye su argumentación de la siguiente manera: ñ*En consecuencia, en el mercado de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales y otros commodities, no le es dable a la firma comisionista justificarse en la falta de provisión de fondos por parte de su mandante, en la medida en que las mismas normas le imponen la obligación de cumplir estrictamente con las obligaciones asumidas en virtud de los contratos celebrados. Adicionalmente, es predicable de ambos mercados la potestad de exigir a sus comitentes la constitución de las garantías que se consideren suficientes para el cubrimiento de los riesgos inherentes a las negociaciones que por su cuenta celebren las sociedades comisionistas de bolsa.***ò**

6.2. CONSIDERACIONES DEL ÁREA DE SEGUIMIENTO FRENTE A LAS EXPLICACIONES DE CARÁCTER ESPECÍFICO.

6.2.1. Incumplimiento en el pago parcial de las Operaciones forward Nos. 6696667, 6696816, 6696817, 6696818, 6707782, 6707785

Considera que no es de recibo la defensa de la investigada en cuanto las operaciones se cumplieron de forma tardía pero efectiva. Así, expresa que frente a la regulación

vigente las obligaciones deben cumplirse *ñen forma exacta, cabal, tal y como fueron asumidas y cumpliendo con los requisitos y normas que regulan su cumplimiento.ò*

Manifiesta además que:

> *ñSi bien AGRORED S.A. en comunicación CTA. AG. 2007-4630 de agosto 27 de 2008[62], incorporada al expediente en respuesta a la solicitud efectuada por el Área de Seguimiento informa que uno de los pagos parciales de las operaciones Nos. 6696667, 6696816, 6696817, 6696818 fue realizado el 2 de mayo de 2008, no acompaña pruebas que soporten su aserto, como tampoco acredita que la trasferencia de los recursos no haya quedado registrada en el sistema por problemas en la oficina del Banco que funciona en el Ministerio de Defensa, como lo afirma el memorialista, contrario sensu, y como también lo señala el libelista, lo cierto es que el pago de las mismas se hizo el 7 de mayo como de igual manera lo señala la sociedad Correagro S.A., quien actuó como comisionista vendedora en las referidas operaciones, quien a su vez anexa como prueba, copia de la compensación del día 7 de mayo para cada operación[63], información que concuerda con la registrada en el módulo de compensación de físicos del SIB, con lo cual se acredita que el pago no se realizó en la fecha prevista para el efecto, esto es el día 2 de mayo de 2008.ò*

Concluye expresando que:

> *ñEn este sentido, como quiera que es deber ineludible de la sociedad comisionista dirigir los negocios con diligencia, precisión y especial responsabilidad, entre otros deberes que le son predicables, en ejercicio de tales exigencias ha debido dirigir sus esfuerzos en aras de solicitar, por parte de su mandante, el giro de los recursos con anterioridad a la fecha del pago debido, bien a las cuentas compensadas o a la misma firma, con el fin de cumplir en la fecha establecida con el pago, o en su defecto, estar presto a cubrirlo con sus recursos, o con las garantías solicitadas a su mandante, lo cual en ninguno de los casos ocurrió, pues como bien lo afirma la investigada su cumplimiento se realizó de manera ñtardía pero efectivaò, lo cual significa que su cumplimiento no se efectuó en la forma como lo ordenan los reglamentos de la Bolsa, en forma exacta, cabal y oportuna.*
>
> *Por lo tanto, estando a su cargo la obligación de pagar, no puede trasladar a su comitente la responsabilidad que le asiste de cumplir las obligaciones derivadas de los contratos celebrados en Bolsa. En este sentido al no existir prueba alguna en el expediente que acredite que el pago se retrasó por motivos de fuerza mayor, como lo señala el libelista, deberá imputarse a la sociedad comisionista de Bolsa la vulneración de las disposiciones citadas como transgredidas en la solicitud formal de explicaciones la cual para todos los efectos legales deberá entenderse incorporada al presente pliego de cargos.ò*

6.2.2. Incumplimiento en el pago parcial de las Operaciones forward Nos. 6178132 y 5904466.

En primer lugar manifiesta que la investigada no se pronunció frente a estas operaciones, lo cual, considera que deberá ser apreciado por el órgano disciplinario como *ñindicio grave en contra del imputado conforme lo tiene previsto el artículo 2.4.3.3. del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa.ò*

Se refiere posteriormente a las pruebas solicitadas por el Área de Seguimiento de la siguiente forma:

> *ñCon base en la respuesta suministrada por la sociedad comisionista vendedora ï CORREAGRO S.A. (Folio 229 a 254 del Cuaderno No. 1) y la CRCBNA, se pudo observar*

[62] Folio 256 del Cuaderno No. 1.
[63] Cfr. Anexos comunicación C.C.B. OM-08-0318, específicamente folios 184,194, 204 y 214.

que la sociedad comisionista investigada, en su calidad de parte compradora en la operación, efectuó un pago de $3.072.000 el día 22 de enero de 2008, esto es, en forma muy posterior a la fecha en que debía hacerse, es decir, el 3 de diciembre de 2007, según consta en las condiciones generales de la negociación remitidas por el Departamento de Operaciones, Registro y Seguimiento adjunto a comunicación DO-870 de septiembre 3 de 2008, en concordancia con la información reflejada en el Sistema de Información Bursátil. Así mismo se evidencia en el SIB que a la fecha, en relación con la mencionada operación, la sociedad investigada AGRORED S.A. adeuda la suma de $5.721.600, tal como lo afirma además la CRCBNA S.A. en comunicación OC-055 de agosto 21 de 2008 obrante a folio 181 del mismo Cuaderno.

En cuanto a la operación No. 6178132, la sociedad comisionista AGRORED S.A., en comunicación CTA. AG. 2007-4630 afirma que la cantidad recibida en la operación (24.000 unidades de atún enlatado) fue pagada el 1º de noviembre de 2007. No obstante, dicha operación tenía pactadas entregas y pagos parciales, uno de los cuales debió efectuarse el 2 de octubre de 2007 de acuerdo con los términos consignados en las condiciones generales de la negociación remitidos por el Departamento de Operaciones Registro y Seguimiento. De las pruebas aportadas por la sociedad comisionista Correagro S.A., se pudo establecer que el día 25 de agosto de 2007, fue efectuada una entrega de 12.000 unidades de lomitos de atún en aceite, cuyo pago ha debido realizarse por parte de la sociedad Agrored S.A. el día 2 de octubre de 2007, lo cual no ocurrió, como se desprende igualmente de la información suministrada por Correagro S.A., en concordancia con lo incorporado en el Sistema de Información Bursátil, en el cual se acredita que el pago se realizó el día 2 de noviembre de 2007, es decir un mes después de la fecha fijada para su cumplimiento.ò

6.2.3. Incumplimiento en el pago parcial de las Operaciones Nos. 7006282, 7006283, 7006284, 7006718, 7006719, 7006720, 7006721, 7006722, 7006723, 7006724, 7011615, 7011616, 7011617, 7011618, 7012388, 7019052, 7024849, 7032695, 7032698, 7032699, 7032700, 7180941, 7233512, 7240501, 7240503, 7240514, 7240517, 7240585, 7240595, 7240596, 7240604, 7240605, 7240654, 7240655, 7240687, 7258088, 7258089y 7258090.

Se refiere a los documentos aportados por la sociedad investigada como soportes del pago que **AGRORED S.A.** alega haber realizado el día 30 de mayo de 2008 tal y como se encontraba pactado. Al respecto, el Área de Seguimiento realiza las siguientes anotaciones:

ñCabe precisar que una vez revisados los soportes aportados por Agrored S.A., obrantes a folios 111 a 116 y 146 a 152 del Cuaderno No. 2 del expediente, se observa que los mismos no acreditan que el pago haya sido registrado en el sistema de compensación y liquidación que administra la CRCBNA S.A. el día 30 de mayo, antes de las 3:30 p.m. En efecto, en dichos documentos se observa que el ñFormato pago de productos por compradorò fue recibido en la CRCBNA S.A., el 6 de junio de 2008, documento que, de conformidad con lo exigido por el numeral 3.10.1. del Boletín No. 09 de 2007, debió ser presentado el día del pago.

Ahora bien, el soporte que adjuntó la firma como prueba del pago en tiempo, no corresponde a las operaciones celebradas y de las cuales se pretende demostrar el mismo. Nótese que los soportes que se anexan a la comunicación CTA.AG. 2008-2669 remitida el 30 de mayo -por medio de la cual se informa a la CRCBNA S.A. que la Agencia Logística de las Fuerzas Militares realizó el pago de la compensación el día 30 de mayo por valor de $399.585.849-, presenta una hoja denominada ñGenerador de pagosò en la cual, el espacio destinado para las fechas se encuentra con el dígito cero en el día, mes y año, y en el ñconceptoò figura la sociedad comisionista Agropar S.A. y a continuación señala los productos: verduras, huevos, papa, chorizo, pollo y carne. Al respecto cabe agregar que la

sociedad comisionista Agropar S.A. no actuó como contraparte en ninguna de las operaciones investigadas, y que en éstas, los productos adquiridos por Agrored S.A. fueron: salchichas, jamonada, avena saborizada y harina de maíz, luego no puede tenerse como prueba de lo alegado por la investigada el documento aportado pues no corresponde o concuerda con la operación objeto de glosa.

Así mismo anexa como soporte, una hoja denominada ñarchivos en confecciónò en la cual se puede establecer que la transferencia se encuentra en proceso, presentando en ese estado la posibilidad de seleccionar a la Cámara de Riesgo Central de Contraparte como beneficiario de la transacción, mas no se encuentra verificado el pago. Por último, presenta un documento denominado ñHistórico de Movimientosò sin fecha del movimiento, impresa el 4 de junio, según se extrae de la parte inferior de la misma.

Con base en el análisis efectuado, se tiene entonces que los documentos que Agrored S.A. pretende hacer valer como prueba del pago efectuado en tiempo, no pueden ser aceptados como tales, puesto que no revisten la claridad y contundencia debida para soportar tal hecho. Por el contrario, de lo evidenciado en el módulo de compensación y liquidación del SIB frente a cada una de las treinta y ocho operaciones, se logra establecer que los pagos fueron acreditados en el sistema hasta el día 6 de junio de 2008.ò

Posteriormente se refiere a la comunicación de la CRCBNA de septiembre 15 de 2008 y sus anexos, la cual se encuentra relacionada en el acápite de pruebas y que menciona los pagos realizados por la investigada los días 30 de mayo y 3 de junio de 2008, dando a entender que la obligación sólo fue cumplida de forma cabal hasta el día 3 de junio.

De esta forma, se considera que: ñ*de las explicaciones rendidas por la investigada, aunada a las pruebas que obran en el expediente, acreditan que el pago de los recursos debidos en las operaciones investigadas no fue efectuado en tiempo, de conformidad con la reglamentación aplicable a los miembros de la Bolsa, como lo señala el boletín instructivo No. 09 de 2007, sin que sea admisible la falta de provisión de fondos*[64]*, luego, para este Despacho es claro que la sociedad comisionista Agrored S.A. incumplió en el pago de $358.535.570 más IVA, el 30 de mayo de 2008, de conformidad con los términos pactados en las treinta y ocho operaciones citadas en el presente pliego de cargos, sin que sea admisible el argumento esgrimido y no probado de que los dineros no aparecen en las cuentas por fallas en los sistemas de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte, menos aún trasladar la responsabilidad del pago a la CRCBNA, ni mucho menos escudarse en los avatares de su mandante, puesto que como se ha explicado con suficiencia, el obligado al pago es la sociedad comisionista Agrored S.A. y no su comitente.ò*

Frente a la declaratoria de incumplimiento manifiesta que ésta excede de la órbita de competencia del Área de Seguimiento y adicionalmente ésta no se configura en requisito de procedibilidad para iniciar una investigación disciplinaria de tal forma que ñ*el Área de Seguimiento no puede abstenerse de iniciar las actuaciones necesarias para ejercer sus facultades de Supervisión, so pretexto de que la administración de la Bolsa no ha seguido un procedimiento específico para certificar el incumplimiento de una operación, o no lo ha certificado, habiéndose producido.ò*

Finalmente concluye manifestando que: ñ*En cuanto a la afirmación de la sociedad comisionista, en el sentido de que por ser operaciones sin garantía de crédito en Cámara, la CRCBNA S.A. no interviene en ellas, puesto que no tiene injerencia en las garantías de la operación, es preciso advertir que la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la BNA no solo funge como contraparte central o garante de las operaciones que se realizan en el*

[64] Decreto 1511 de 2006, artículo 29 numeral 6, en concordancia con el numeral 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA.

*escenario de la Bolsa, como parece entenderlo el memorialista, sino que la misma ejerce las funciones de cámara de compensación y liquidación en los términos de la ley 964 de 2005. Vale la pena señalar que los sistemas de compensación y liquidación de operaciones, dentro de un mercado organizado, están diseñados para garantizar la trasparencia, la seguridad, honorabilidad y corrección, permitiendo, obviamente, que haya una vigilancia inmediata sobre el desarrollo del mercado y el cumplimiento efectivo de las operaciones celebradas a través de los mecanismos de negociación.***ò**

6.2.4. Incumplimiento en la obligación de recompra de las Operaciones Repo sobre CDM Nos. 6732595, 6588595, 6771187, 6771234, 6588593, 6554026, 6888423, 6906229, 6771188, 6771236 y 6771237.

Manifiesta que se aplican las consideraciones de carácter general en cuanto a la naturaleza del contrato de comisión y el tipo de relaciones que se derivan del mismo. De esta forma y refiriéndose a la responsabilidad del comisionista en el cumplimiento de las obligaciones pactadas considera que: ñ*no puede el comisionista desprenderse de dicha responsabilidad para trasladarla a su mandante pues ello desnaturaliza el contrato de comisión. Luego, como se ha reiterado a lo largo del presente escrito, no pueden ser oponibles al cumplimiento de las operaciones celebradas en la BNA, las circunstancias que rodean la actividad del mandante, habida consideración que el comisionista de Bolsa en las operaciones que realiza en el escenario bursátil, es parte contratante y sujeto del interés contractual y sobre él recae la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones emanadas de las operaciones celebradas en el recinto bursátil.***ò**

Agrega que el hecho de solicitar la misma sociedad los incumplimiento en ningún caso aniquila el incumplimiento sino por el contrario lo confirma, agregando además que el deber del comitente de proveer los fondos para el cumplimiento de la operación no puede confundirse con la obligación de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa de honrar las operaciones celebradas en el marco de la misma.

Así, las cosas manifiesta que*: ñno puede ser una práctica aceptable en el mercado que una sociedad comisionista soportada en el acto de constituir las garantías debidas deliberadamente decida incumplir una operación para que éstas sean ejecutadas, cuando sus deberes deben estar encaminados a cumplir en todo momento con sus obligaciones en el mercado, sin perjuicio de las acciones que pueda o deba iniciar contra su comitente por el incumplimiento del contrato de comisión suscrito con aquél. Por lo tanto, en el mercado bursátil la sociedad comisionista de Bolsa no puede delegar su obligación de cumplimiento, ni en su mandante ni en los mecanismos de cubrimiento previstos por la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la BNA.***ò**

Finalmente concluye manifestando que*: ñen relación con la manifestación de la sociedad, según la cual no puede ser sancionada ñpor la mera objetividad de la normaò, existiendo las justificantes que expone, este Despacho considera que desafortunadamente, en el presente caso, las explicaciones del memorialista no son suficientes para debilitar la fuerza de los hechos y los argumentos expuestos sobre el incumplimiento a los deberes y obligaciones que como miembro de la Bolsa le corresponden a la sociedad comisionista investigada citados en la solicitud formal de explicaciones y analizados detenidamente en el presente documento, habida consideración que, en resumidas cuentas: (i) las circunstancias del mandante no son oponibles a la Bolsa como se explicó anteriormente; (ii) el hecho de que la CRCBNA deba ejecutar las garantías constituidas tampoco justifica el actuar de Agrored S.A.; (iii) el hecho de que haya solicitado la certificación de incumplimiento sustentado en los avatares de su mandante tampoco es razón suficiente para justificar su conducta por lo que se deberán imputar como vulneradas las disposiciones que a continuación se citan.***ò**

6.2.5. Incumplimiento en la entrega de garantías en las Operaciones Repo sobre CDM de café excelso Nos. 6708528 y 6708529

Considera en primer lugar, que no obstante el proceder de la firma no haya sido doloso y haya efectuado las gestiones tendientes a enmendar la situación, éste *ñconstituye un incumplimiento de las obligaciones asumidas cuando quiera que en una operación la misma se canta u oferta al mercado amparada con garantía, y en el caso especial, por la garantía otorgada por FINAGRO (é)ò* De esta forma, considera el Área de Seguimiento que la investigada no actuó con la diligencia predicable de un profesional del mercado al no verificar la existencia del cupo correspondiente y la correspondiente aprobación de Finagro.

Finalmente frente a las operaciones en comento, considera que se infringen las normas que regulan el mercado de la BNA por las siguientes razones:

> *ñLa conducta de la investigada resulta contraria a sus deberes de conducir los negocios con claridad, diligencia, precisión y especial responsabilidad, conforme lo tiene previsto el numeral 6º del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación y el 8º del Decreto 1511 de 2006, en la medida en que la misma generó, como se ha mencionado, precisamente la vulneración de las disposiciones contenidas en el numeral 12 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006, en concordancia con el numeral 11 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación, y el numeral 12 del artículo 2.2.2.1. toda vez que no se constituyó la garantía objeto de glosa en la oportunidad y condiciones requeridas.*
>
> *Finalmente, la actuación de la sociedad comisionista de bolsa, al exponer al mercado las condiciones de las operaciones, manifestando que contaban con garantía FAG, lo cual no reflejaba fielmente la realidad de las mismas, evidentemente induce a error al mercado, a la contraparte y al público en general, conducta de la cual debe abstenerse, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 19, literal h) del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006.ò*

VII. DESCARGOS PRESENTADOS POR LA SOCIEDAD COMISIONISTA

El apoderado de la sociedad comisionista investigada presentó descargos, en término, en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria mediante escrito del 23 de diciembre de 2008.

7.1. EXPLICACIONES DE CARÁCTER GENERAL

En primer lugar, la sociedad investigada realiza nuevamente consideraciones sobre el régimen de la autorregulación señalando los objetivos de la misma y la forma como debe llevarse a cabo el ejercicio de la potestad regulatoria. Al respecto menciona que se hace necesaria una explicación más amplia frente a los diferentes conceptos utilizados como defensa, los cuales son los siguientes:

7.1.1. Naturaleza del mandato y del contrato de comisión.

Reitera que la sociedad investigada actuó en calidad de comisionista, siguiendo instrucciones de un tercero, es decir, por cuenta ajena. Al respecto manifiesta que:

> *ñ(S)si bien en principio la norma exige un estricto y objetivo cumplimiento de las operaciones pactadas dentro del mercado, por parte de los comisionistas (intermediarios) por el hecho de actuar en nombre propio, a pesar de hacerlo por cuanta (sic) ajena, la exigencia de la*

norma va dirigido (sic) al cumplimiento efectivo de las negociaciones o contratos y las prestaciones que éstas comprometen, en consonancia con las normas generales de los contratos, según las cuales: los contratos son ley para las partes, deben ejecutarse de buena fe y obligan a los que en ellos se expresa y a lo de su naturaleza.
*Luego, si bien la entidad de la norma de los contratos, que se plica (sic) a los contratos de mandato (genero) (sic), comisión (especie) y por ende a las operaciones que los comisionistas suscriban, busca que las operaciones celebradas en el Mercado se cumplan de acuerdo con lo pactado, no garantiza que esto ocurra todas las veces, pues tan natural como lo es el cumplimiento de los contratos se puede presentar el incumplimiento por situaciones económicas, de fuerza mayor o de cualquier otro tipo, caso para el cual cada una de las partes involucradas tiene un deber de actuación en procura de dar cumplimiento así sea de forma extemporánea y extinguir o menguar el daño que la situación jurídica contractual pueda haber generado***ò***

De esta forma, considera que el área de seguimiento en desarrollo de su función no puede comprobar únicamente el cumplimiento o no, al pie de la letra, de las operaciones o contratos celebrados en el marco de la BNA debido a que: ***ñ****primero, pues como ya se indicó el incumplimiento es una situación natural de los contratos; segundo, el incumplimiento de la operación es una situación ya establecida, sin perjuicio de los reproches de forma que se puedan presentar, pero no hace relación a la conducta disciplinaria del investigado; tercero, por que (sic) el análisis se debe dirigir es a la responsabilidad disciplinaria del comisionista, es decir, a su actuación para que la situación de incumplimiento haya o no ocurrido, en los términos de equilibrio natural, marco legal y consuetudinario de que trata el Reglamento de la Bolsa***ò**

De esta forma considera que el debido ejercicio de la autorregulación conlleva a analizar diversas situaciones tales como: ***ñ****situaciones contractuales, los hechos económicos que se presentaron y lo más importante para los contratos de comisión ¿el comitente puso en posición de dar efectivo cumplimiento a lo pactado en las operaciones o tuve (sic) este último que hacer uso de los mecanismos y garantía también pactados y establecidos en los contratos para dar cumplimiento a lo pactado, en el curso natural y equilibrado que establece la costumbre del propio mercado?***ò**

Manifiesta que el hecho de que las operaciones hayan sido declaradas incumplidas no genera de por sí una situación susceptible de reproche pues las operaciones finalmente se cumplieron mediante los mecanismos de compensación del propio mercado y adicionalmente reitera que no ocasionó daño a los sujetos del mercado.

Finalmente concluye manifestando que: ***ñ****(é) es necesario que los organismos de Autorregulación, en general, encuentren su ámbito de gestión, delimitando que situaciones hacen relación a conflictos contractuales y por ende de solución ante la jurisdicción ordinaria, de los tribunales de arbitramento o cualquier otra forma alternativa de solución de conflictos y cuando las partes involucradas en estos conflictos son susceptibles de un reproche disciplinario, en caso de que su actuación se haya apartado de las obligaciones y principios que se les exigen, independientemente de los conflictos contractuales que como se ha dicho son naturales al derecho la economía y por que (sic) no decirlo al ser humano***ò**

7.1.2. Análisis disciplinario de las conductas que se reprochan.

Considera la investigada que es necesario ***ñ****delimitar a que hace referencia una investigación disciplinaria, cuando los hechos en los cuales se basa la misma, corresponde al presunto incumplimiento de operaciones pactadas en la BNA***ò** De esta forma, considera que a partir de la definición de disciplina; en la autorregulación para el caso de las firmas de la BNA ***ñ****hablaríamos de los deberes que se imponen a estas para y en desarrollo de su*

*objeto social.*ò Frente a estos deberes cita algunos de ellos como ejemplos de los mismos.

Siguiendo esta línea se refiere al pliego de cargos formulado por el Área de Seguimiento y manifiesta éste ñ*nunca se detuvo a verificar el cumplimiento de los más de 20 deberes catalogados que se le exigen a las firmas comisionistas en desarrollo de su objeto, sino por el contrario simplemente establece las operaciones que se incumplieron, para de forma automática y objetiva dar lugar a un juicio de reproche disciplinario en contra del comisionista que incumplió.*òConsidera entonces que el Área de Seguimiento no tuvo en cuenta el cumplimiento de los demás deberes por parte de la sociedad ni la actividad desplegada en un momento posterior al incumplimiento para efectos de no generar perjuicios para los actores del mercado.

Asimismo reitera que ñ*(é) tal y como se busca aplicar a las firmas comisionistas de la BNA el deber de cumplimiento de las operaciones se genera una clara contradicción, con el deber y la imposibilidad de actuar en cuenta propia que éstas deben guardad (sic) y excede el deber de cumplir con un mínimo de capital para poder operar.*ò Y continúa: ñ*Una contradicción a la imposibilidad de actuar en cuanta (sic) propia pues se obliga a las firmas a sacar de su propio patrimonio los recursos para dar cumplimiento a las operaciones que son (sic) comitentes en determinado momento no están en capacidad, desestimando de plano las garantía (sic) otorgados y los demás mecanismos bursátiles y legales establecidos para buscar el cumplimiento de las operaciones. Lo dicho, pues que otra forma tendría una firma comisionista de honrar las operaciones que acudiendo a su propio patrimonio, es decir actuando como si las operaciones se hubieses (sic) pactado en nombre y cuanta (sic) propia*ò Al respecto considera habría lugar a un juicio de reproche disciplinario al comisionista sólo si los mecanismos establecidos por las normas, la CRCBNA y la BNA no fuesen suficientes pues de lo contrario ñ*cual es el fin de las garantías que se exigen tanto a comitente como a comisionista, sino es el de garantizar la posible ocurrencia de incumplimientos, en el entendido claro de que se trata de una situación excepcional pero natural del mercado bursátil*ò

Continúa manifestando que se da una contradicción con el deber mínimo de capital y patrimonio exigido a las firmas comisionistas porque: ñ*si éstas están obligadas a dar cumplimiento a cada operación que sus comitentes vayan a incumplir, en los términos pactados en la operación, so pena de una sanción disciplinaria automática, es igual a obligar a las firmas a mantener en sus cuentas un capital disponible igual al valor de todas y cada una de las operaciones en que actué (sic) como comisionista, lo cual desborda los requerimiento de mínimo de capita (sic) requerido y hace innecesario (sic) las garantías que se otorgan previas o durante el pacto de las operaciones*ò

7.1.3. Naturaleza racional de la obligación de cumplimiento con referencia a un juicio de valor disciplinario ante el autorregulador.

Comienza su argumentación manifestando que*: ñ*con relación a las referencias que el Área de Seguimiento de la BNA hace a la obra del tratadista Jaime Alberto Arrubla Paucar, en su obra ñ*Contratos Mercantiles*ò*, cuando con relación a los contratos de comisión, se indica que la relación contractual está planteada entre comisionistas y no es posible que estos exijan el cumplimiento de los comitentes, esta defensa comparte dicho planteamiento que no hace más que reiterar las normas de este tipo de contrato, que como se indicó por el propio investigador es un contrato típico, pero lo que es necesario entender es que el tratadista afirma tiene connotación en el ámbito del derecho contractual y no de los procesos disciplinarios, que se inicien en competencia de las facultades de autorregulación del mercado sin perjuicio de la obligación contractual del comisionista de cumplir las obligaciones pero en el plano contractual, sin que esto implique un reproche disciplinario automático, ya que se reitera las obligaciones contractualmente se cumplieron*ò

De esta forma reitera que la obligación natural del comisionista en las operaciones celebradas en el marco de la BNA ***ñcon respecto al juicio de valor disciplinarios (sic) ante el autorregulador****, consiste en velar por que las mercancías, en el caso del repo existan en el almacén de deposito o estén dadas las condiciones para que existan en el caso de los contratos futuros como el forware (sic), y no en el cumplimiento efectivo de las obligaciones monetarias; primero, pues las firmas comisionistas no son cultivadores, productores, etcétera; y segundo ya que el hecho mismo de financiar comprende un riesgo natural de incumplimiento, que no puede ser trasladado de* ***manera automática*** *al mandatario, como una conducta del (sic) vulneración al régimen disciplinario, se insiste independientemente del régimen contractual y del funcionamiento de las garantías y los mecanismos de ejecución de éstas que se activen****ò*** (Resaltado pertenece al texto original)

Continúa exponiendo que ***ñ(é*** *) en el marco del derecho puramente comercial, en un caso como el presente, la firma comisionista asume toda la responsabilidad ante la otra parte ya que es la obligada directa por el contrato, por actuar en nombre propio, aunque lo haga por cuanta (sic) ajena, respondiendo con su propio patrimonio en caso de incumplimiento por parte del cliente comitente, pero con el derecho o acción natural de repetir en contra de este, por el cumplimiento de las obligaciones más los daños que el incumplimiento de su cliente le haya generado, pero obviamente esta acción se circunscribe a los contractual o comercial, sin que sea posible pensar en una acción disciplinaria por parte de comisionista al comitente, con lo cual se general (sic) un obvio desequilibrio jurídico, demás cuando las obligaciones fueron efectivamente cumplidas, dentro de los propios mecanismos regulados por la BNA para eventos como los que se investigan****ò***

Frente a lo dicho por el Área de Seguimiento en el sentido de que la investigación no se encuentra orientada a determinar la diligencia con la que actuó el comisionista sino la conducta desplegada con relación a las relaciones jurídicas trabadas en Bolsa, considera la investigada que ***ñ****estas son situaciones de resorte de la justicia ordinaria o los tribunales de arbitramento y que la competencia del Autorregulador, incluida el Área de Seguimiento de la BNA, se dirige es a las conductas desplegadas diligentemente por las firmas comisionistas para que las operaciones se cumplan, pues en últimas dadas (sic) los mecanismos y garantías como se pactan las operaciones, en la mayoría de las ocasiones serán cumplidas y solo por excepción las garantías no alcanzaran (sic) y es cuando se hace necesario que el comisionista responda patrimonialmente y en caso negativo, si se justifica un juicio de reproche automático.*

7.1.4. Diferencia respecto de las operaciones pactadas en bolsas de valores.

Comienza analizando la situación del comisionista cuando sus mandantes son quienes incumplen en principio la operación al poner a la sociedad comisionista en condiciones de cumplir; al respecto solicita a la Cámara Disciplinaria analizar el argumento esgrimido en las explicaciones formales en virtud del cual ***ñ****si bien existe un deber similar o igual en el mercado de valores, de dar cumplimiento a las operaciones, no debe olvidarse que las firmas comisionistas de bolsa de valores cuando celebran operaciones por cuenta ajena, lo deben hacer una vez tiene los recursos de sus clientes en cartera, mientras que, por el contrario, el mercado que autorregula la BNA, funciona bajo la premisa de la existencia futura de los bienes y productos de las operaciones, luego el deber de dar cumplimiento estricto de las operaciones necesariamente debe ser analizado en este escenario y no en el del mercado de valores****ò*** Agrega a lo anterior que dado que en este mercado los productos a pesar de ser de género, pueden, a diferencia del dinero, perecer; existe una diferencia frente al cumplimiento de las operaciones con el mercado de valores.

Agrega que lo anterior, además, se corrobora teniendo en cuenta la referencia citada por el Área de Seguimiento en donde se establece que en el mercado de valores los comisionistas puede requerir los recursos para atender los pagos, lo cual, según la

investigada es inaplicable en este mercado *ñya que este se basa es en la posible existencia de productos que se contratan, como es el caso de los forware (sic); y, en el caso de los CDM´s, de financiación que se logra con base en productos existentes en los almacenes de deposito (sic), luego no es un hecho cierto que los productos lleguen a existir en el primer caso, o que el comitente logre conseguir el dinero para hacer la recompra en el caso de los CDM´s, situación que se insiste no ocurre en el mercado de valores (**é**)**ò*

Finalmente reitera que cumplió con el deber de constituir las garantías, de hecho insiste que *ñcon base a esas garantías es que se alega por esta defensa que se dio efectivo cumplimiento a las obligaciones, produciendo en la mayoría de los casos excedentes a favor de la propia Cámara de Riesgo Central y la propia BNA**ò***

7.1.5. Procedimiento anti-reglamentario como fueron declaradas incumplidas algunas de las operaciones que se investigan.

Al respecto manifiesta que: *ñLlama la tención (sic) como de manera apacible el Área de Seguimiento de la BNA, indica en el Pliego de Cargos que el **ñ**procedimiento por medio del cual se declaran incumplidas la (sic) operaciones excede a la orbita se (sic) su competencia (**é**) ya que el reglamento le entrega amplias facultades, incluso para adelantar investigaciones de oficio**ò** al respecto de esta curiosa afirmación de la manera más respetuosa, nos permitimos solicitar a la Cámara Disciplinaria, la aplicación del artículo 29 de la Constitución Política, que trata el debido proceso.**ò***

Continúa afirmando que*: ñLo anterior, pues el procedimiento para declarar incumplida una operación transada en la BNA esta reglado, luego si una operación no ha sido debidamente declarada incumplida, con respecto a términos de modo y tiempo se entiende cumplida y mal haría el organismo de autorregulación, por más de tener facultades para investigar de oficio, al investigar el presunto incumplimiento de operaciones que no han sido declaradas incumplidas, en otras palabras que están cumplidas. Esa actuación sería, en el plano del derecho penal, como investigar el homicidio de una persona que encuentra con vida**ò***

7.1.6. Improcedencia de aplicar un juicio de responsabilidad objetiva en situaciones de incumplimiento de operaciones del mercado

Considera en primer lugar, que acorde a los antecedentes jurisprudenciales, ñ*la naturaleza del juicio de responsabilidad aplicable a los procesos administrativos o disciplinarios, que se adelantan en contra de los sujetos de supervisión, vigilancia, control y autorregulación llegan una gran conclusión, la responsabilidad que se exige es de tipo objetivo**ò***

Al respecto considera que esta ñtradición colombianaò no debería aplicarse en el marco de la BNA pues ésta ñ*tiene la potencialidad de llevar el mercado colombiano, por naturaleza agroindustrial, al mayor de los niveles y solo se logrará si le otorga a sus intermediarios procedimientos justos y juicios excluidos de responsabilidad objetiva**ò***

Frente a esto, arguye que la investigación únicamente se refiere al incumplimiento de operaciones sin que haya otros deberes incumplidos y considera que *ñel deber de cumplimiento objetivo para el caso que nos detiene no es tan simple, pues como ha admitido el Área de Seguimiento de la BNA, la disponibilidad de los recursos para dar honrar las operaciones depende a su vez del cumplimiento de la obligación del comitente de poner en condiciones a su comisionista de cumplir**ò*** y continúa: *ñPor manera que, es procedente y necesario como se solicitó al Área de Seguimiento de la BNA, el análisis de las situaciones por las cuales se pudieron generar los presuntos incumplimientos, entre los cuales se puso de presente la muerte del representante legal y dueño de una empresa familiar y los problemas de comunicación de la Agencia Logística con las cuentas de la BNA, y las mismas no deben ser desestimadas simplemente con el argumento de que la obligación aparece como incumplidas y*

*ya, sin perjuicio de las observaciones que se hacen y puntualizaran con respecto de las declaratorias de incumplimiento de algunas operaciones que se investigan***ò**

Finalmente concluye manifestando que: ***ñ(é**) como puede ser justo para el mercado bursátil que el propio gobierno a partir de la ley 550 de 1999 y ahora con la ley 1116 de 2007 le permita a las sociedades reestructurar sus obligaciones, entre ellas el cumplimiento de operaciones bursátiles y por otra parte se exija a los comisionistas el cumplimiento estricto de las operaciones, que a sus comitentes se les permite reestructurar, dicho lo anterior, se solicita adelantar un análisis subjetivo o de culpabilidad de la actuación de la firma Agrored S.A. en las operaciones que se indican incumplidas y no como se ha hecho valer hasta hora (sic) en el sentido de que la operación incumplida es igual a conducta susceptible de sanción disciplinaria***ò**

7.2. EXPLICACIONES DE CARÁCTER ESPECÍFICO

7.2.1. Operaciones forward Nos. 6696667, 6696816, 6696817, 6696818, 6707782, 6707785

Comienza reiterando las explicaciones sobre los problemas que se han venido dando con el sistema ACH y el sistema de compensación de la CRCBNA.

Posteriormente y frente al incumplimiento de las operaciones Nos. 6696667, 6696816, 6696817, 6696818, 6707782, 6707785 reitera las explicaciones dadas en su momento al Área de Seguimiento mediante el escrito de explicaciones formales en el sentido de mantener su posición de que las mismas fueron pagadas el día 2 de mayo de 2008 pero por los motivos ya señalados en el acápite de explicaciones formales, éstas sólo aparecieron en la compensación del día 7 de mayo.

7.2.2. Operaciones forward Nos. 6178132, 5904466:

Frente a éstas operaciones específicamente, menciona que: ***ñ**Con referencia al cumplimiento de las operaciones 5904466 y 6178132, sobre las cuales no había la debida claridad por parte de Agrored S.A., y sobre las cuales acentúa de mayor forma el Área de Seguimiento de la BNA, se encuentra que efectivamente las mismas no fueron cumplidas en la fecha pactada, sino con unos días de retraso, a pesar de ser operaciones de cuantía relativamente bajas, sin que esto pueda constituir un indicio en contra como se busca hacer valer, si la necesidad de buscar la claridad a las situaciones que permitan rendir las debidas explicaciones***ò**

7.2.3. Operaciones Nos. 7006282, 7006283, 7006284, 7006718, 7006719,7006720, 7006721, 7006722, 7006723, 7006724, 7011615, 7011616, 7011617, 7011618, 7012388, 7019052, 7024849, 7032695, 7032698, 7032699, 7032700,7180941, 7233512, 7240501, 7240503, 7240514, 7240517, 7240585, 7240595, 7240596, 7240604, 7240605, 7240654, 7240655, 7240687, 7258088, 7258089y 7258090.

Frente a estas operaciones reitera lo dicho en las explicaciones formales en el sentido de asegurar que las mismas fueron pagadas el día 30 de mayo de 2008, es decir, en la fecha pactada y que esto se corrobora con los soportes aportados por la sociedad investigada que se encuentran en el acápite de pruebas y que fueron mencionados tanto en el acápite de explicaciones formales como en el de consideraciones del Área de Seguimiento.

Al respecto es preciso anotar, que la investigada no se refiere en sus descargos al análisis realizado por el Área de Seguimiento en virtud del cual los documentos aportados por **AGRORED S.A.** no logran probar el pago toda vez que uno de ellos no corresponde a las operaciones investigadas y los otros no son soporte de pago. Al contrario, la investigada únicamente reitera lo dicho en las explicaciones formales tal y como se anotó y pretende hacer valer las mismas pruebas al parecer ya desvirtuadas por parte del Área de Seguimiento.

Posteriormente, vuelve a expresar lo dicho en explicaciones formales sobre la descoordinación en el pago vía ACH y cómo la gestión de **AGRORED S.A.** frente a la situación fue diligente y apropiada. Asimismo, expone las explicaciones dadas por las entidades bancarias al respecto sobre la compatibilidad con el sistema de la CRCBNA. Así, vuelve a manifestar que las operaciones fueron cumplidas y que la ausencia de registro de las mismas es una situación que escapa a las posibilidades de gestión de **AGRORED S.A.**

Expresa nuevamente su inconformidad con la declaratoria de incumplimiento en el sentido que ***ñel procedimiento por medio del cual se declara incumplida una operación está reglamentado y debe ser agotado para que una operación efectivamente se tenga como incumplida y no es una situación automática u oficiosa por parte de la BNA o su Área de Seguimiento, como se pretende dándole validez que no tiene la comunicación PSD-187 del Departamento de Operaciones por el Sistema de Compensación y Liquidación, que obra en el expediente**ò*

Finalmente concluye de la misma forma que en las explicaciones formales, manifestando que no se siguió el procedimiento mediante el cual se declara incumplida una operación y que las operaciones fueron efectivamente cumplidas ya que ningún miembro de la BNA solicitó el incumplimiento. Asimismo reitera que: ***ñ(é**) las operaciones forware (sic) que se investigan, corresponde a operaciones sin garantía de crédito en Cámara, es decir, éstas son de aquellas operaciones en que la Cámara de Riesgo Central de Contraparte no interviene, toda vez que no tiene injerencia en las garantías de las operación, luego mal puede indicarse que se pudo infringir una norma de sus (sic) Instructivo Operativo No. 09 de 2006 y mucho menos que esta estaba en capacidad de haber solicitado el incumplimiento de las operaciones**ò*

7.2.4. Operaciones Repo sobre CDM Nos. 6732595, 6588595, 6771187, 6771234, 6588593, 6554026, 6888423, 6906229, 6771188, 6771236 y 6771237.

En primer lugar reitera lo dicho en las explicaciones formales frente a la naturaleza del contrato de comisión y las explicaciones sobre la situación de su mandante.

Agrega que ***ñ**con relación a la actuación de la firma Agrored S.A., contrario a lo entendido por el Área de Seguimiento de la BNA, no refleja una conducta deliberada de incumplir compromisos pactados en bolsa, sino lo que en realidad fue, **su interés de poner de presente a la BNA y al mercado la situación incumplimientos (sic) a la cual le condujo la iliquidez de su comitente por los hechos antes explicados** y con la tranquilidad de que las garantías aportadas pagarían las operaciones, es decir, el maíz blanco que se encontraba en el almacén de deposito (sic) cubriría la obligación, con lo cual se daría el cumplimiento real de las operaciones, de acuerdo con el procedimiento reglado por la propia Bolsa.**ò* (Resaltado pertenece al texto original)

Posteriormente vuelve a referirse de la misma forma que en las explicaciones formales sobre la utilidad de los mecanismos de garantía utilizados y sobre la insolvencia de su mandante que se corrobora con el proceso ejecutivo en el cual fue embargado.

7.2.5. Operaciones Repo sobre CDM de café excelso Nos. 6708528, 6708529

Frente a estas operaciones reitera lo manifestado en las explicaciones formales y agrega: *ñQue si bien esta situación, por la propia normatividad pone en una sin salida al comisionista y por ende generar el incumplimiento técnico de la operación. No es motivo para tomar represiones contra un autorregulado, por el contrario, debe servir de experiencia al mercado y al Autorregulador para que efectúe las recomendaciones pertinentes a los intermediarios, demás si se tiene en cuenta, que nunca se puso en peligro la seguridad y transparencia del mercadoò*

7.3. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Finalmente, solicita la aplicación del principio de oportunidad manifestando lo siguiente:

> *ñSi bien el análisis y la aplicación del principio de oportunidad de que trata e (sic) el artículo 2.4.1.4 del Reglamento de la Bolsa Nacional Agropecuaria, se encuentra en cabeza del Jefe del Área de Seguimiento, de manera respetuosa, nos permitimos solicitar a la Cámara Disciplinaria la recomendación al Jefe del Área de Seguimiento de la BNA, la aplicación para la presente investigación del mencionado principio (é)ò*

Lo anterior lo sustenta afirmando que de las explicaciones brindadas *ñen el peor de los casos demuestran la ausencia de responsabilidad subjetiva Agrored S.A. y necesariamente hacen discutible la aplicación de una responsabilidad objetiva en situaciones en las cuales se hace presente la fuerza mayor el caso fortuito como ocurrió en el transferencia de los recursos por la Agencia Logística; hechos ajenos al mandatario como la insolvencia económica en las operaciones repo, y el uso desprevenido de una costumbre como se presente(sic) en las operaciones con carencia de garantía FAG.ò*

Señala así mismo que*: ñAdicionalmente vale la pena reiterar que todas las operaciones se cumplieron efectivamente, algunas con la inercia de los propios mecanismos de compensación y garantías, que reglamenta la propia BNA y otros con la actuación diligente de Agrored S.A. (é)ò*

Agrega que: *ñPor lo anterior de la manera más respetuosa se solicita dar aplicación a esta figura novedosa en el derecho colombiano, el cual supone una actuación de los órganos encargados de regular, más justa, consciente y equilibrado entre las actuaciones, los daños causas o la posibilidad de haberlos causadoò* Continúa realizando una exposición sobre el concepto de principio de oportunidad, sus objetivos, antecedentes y modalidades.

Concluye manifestando que los hechos objeto de investigación se ajustan a los requisitos establecidos para la aplicación de esta figura ya que sólo puede hablarse de un incumplimiento técnico de las operaciones.

Con fundamento en las anteriores explicaciones, reiteradas igualmente en las explicaciones presentadas el 8 de septiembre, solicita que se exonere de toda responsabilidad a la firma comisionista de bolsa Agrored S.A., y por ende se ordene el archivo del expediente. De manera supletoria solicita se de aplicación al principio de oportunidad consagrado en el Reglamento de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

8.1. 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 Nacional Agropecuaria S.A., la Cámara Disciplinaria es competente para conocer y decidir, sobre la conducta asumida por las firmas comisionistas, miembros de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A.

En desarrollo de dicha facultad la Sala de Decisión Segunda de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa Nacional Agropecuaria procede a pronunciarse sobre el caso objeto de la presente investigación.

8.2. Consideraciones de carácter general

Respecto de las consideraciones generales planteadas por la sociedad comisionista en sus escritos de defensa, la Sala de Decisión procede a pronunciarse respecto de cada una de ellas.

8.2.1. Del marco de la autorregulación y naturaleza de la función disciplinaria en la BNA.

Considera el investigado, que el cumplimiento estricto del contrato de comisión es una obligación que tiene una connotación en el ámbito contractual y a no así en el disciplinario. En efecto considera que el órgano autorregulador, debe enmarcar su función disciplinaria de la siguiente manera: ***ñ(é*** *) partiendo de la definición de disciplina como conjunto de disposiciones que regulan cierta actividad, se puede decir que la autorregulación del mercado es: **ñ**el conjunto de normas y deberes que se imponen a los miembros de los organismos de autorregulación**ò** Para el caso de las firmas comisionistas de bolsa, entonces hablaríamos de los deberes que se imponen a estas para y en desarrollo de su objeto social**ò** Siguiendo la misma línea, considera que para efectos disciplinarios, el análisis no debe versar sobre el cumplimiento estricto de la operación sino sobre la conducta asumida por la sociedad comisionista miembro de la Bolsa tanto en el desarrollo de la misma como en caso de incumplimiento.

Teniendo en cuenta estos argumentos esgrimidos por el investigado, considera la Sala que resulta necesario entrar a realizar un análisis sobre la autorregulación y su marco de acción así como de la función disciplinaria de manera específica dentro del esquema de autorregulación, todo lo anterior, para efectos de determinar cuáles son las conductas que deben ser objeto de estudio y dado el caso de sanción por parte del ente disciplinario.

La autorregulación de manera general para el mercado bursátil ha sido definida como la *ñactividad por la que los participantes del mercado de valores se imponen así mismos normas de conducta y operativas, supervisan su cumplimiento y sancionan su violación, creando un orden ético y funcional de carácter gremial complementario al dictado por la autoridad formal***ò**[65]

Así las cosas, la autorregulación tiene como fundamento la autonomía de la voluntad privada ya que son los mismos integrantes del mercado quienes se imponen un marco

[65] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-692 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

jurídico de deberes y obligaciones así como consecuencias para el incumplimiento de ese marco. De esta forma, en el marco de la autorregulación se deben cumplir tres funciones fundamentales cuales son: la reglamentaria, que implica la facultad para expedir normas que van a regular a las personas sujetas a esta autorregulación y debe estar contenida en reglamentos; la supervisión, que consiste en el monitoreo y seguimiento de los sujetos autorregulados y finalmente la función disciplinaria que consiste en la imposición de sanciones por el incumplimiento de las normas.

La Cámara Disciplinaria de la BNA, ejerce la función disciplinaria de la autorregulación, que acorde al Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa consiste en *ñla facultad de imponer sanciones por el incumplimiento de las normas aplicables para lo cual la Cámara Disciplinaria valorará los hechos, las conductas y las pruebas que le sean presentadas por el Jefe del Área de Seguimiento con la finalidad de evaluar la existencia de una infracción, las circunstancias de su realización y la procedencia de la aplicación de una sanción.ò*

De esta forma, la función de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa, consiste en sancionar por la infracción de las normas que regulan este mercado y todas las demás que le sean aplicables. Lo anterior, implica que claramente cualquier incumplimiento de las disposiciones establecidas en los reglamentos de la Bolsa, será competencia de este órgano toda vez que consiste en una infracción a las pautas de conducta establecidas por los mismos integrantes del mercado.

Siguiendo esta línea, tenemos que el incumplimiento en el pago de las operaciones, como se analizará más adelante, es contrario a lo previsto en los numerales 1 y 7 del Reglamento de la BNA que establecen de forma general el deber de las sociedades comisionistas de cumplir con las obligaciones que contraigan y los contratos que celebren en el marco de la BNA de forma estricta e íntegra, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 3.11.1 del Boletín Instructivo No. 09 de febrero de 2007 de la CRCBNA, relativo al incumplimiento en el pago de la operación.

Así, resulta claro que si los miembros de la BNA se encuentran obligados a cumplir los reglamentos de la Bolsa y el incumplimiento de los mismos constituye una falta disciplinaria, la conducta analizada de no pago en efecto tiene relevancia disciplinaria. Lo anterior en ningún momento implica que del simple incumplimiento se derive de manera automática una responsabilidad disciplinaria, sino que se evalúan para el efecto todos los aspectos de la conducta.

Por estas razones no puede ser de recibo el argumento del investigado en cuanto la obligación natural del comisionista respecto del reproche disciplinario ante el órgano autorregulador *ñconsiste en velar por que (sic) las mercancías, en el caso del repo existan en el almacén de depósito o estén dadas las condiciones para que existan en el caso de los contratos futuros como el forware, (sic) y no en el cumplimiento efectivo de las obligaciones monetarias; primero, pues las firmas comisionistas no son cultivadores, productores, etcétera; y segundo ya que el hecho mismo de financiar comprende un riesgo natural de incumplimiento, que no puede ser trasladado de* ***manera automática*** *al mandatario, como una conducta del (sic) vulneración al régimen disciplinario, se insiste independientemente del régimen contractual y del funcionamiento de las garantías y los mecanismos de ejecución de éstas que se activeò* ya que tal y como se anotó anteriormente, el deber de la sociedad comisionista acorde a los Reglamentos de la Bolsa, consiste precisamente en el cumplimiento de la operación en los términos pactados en la Rueda de la BNA al celebrar la misma. (Resaltado pertenece al texto original)

De otra parte, entiende el investigado que la competencia del autorregulador debe analizar la conducta adoptada por el investigado en cuanto a la diligencia y prudencia desplegadas para el cumplimiento de la operación y no el cumplimiento como tal de la misma, ya que existen mecanismos establecidos por la CRCBNA y la BNA para que las operaciones sean finalmente cumplidas así sea mediante la ejecución de las garantías otorgadas previamente. Frente a este argumento se debe aclarar que los mecanismos establecidos por la Bolsa y la CRCBNA no pueden ser tenidos como una justificación para el incumplimiento de las operaciones, ni pretender que el órgano disciplinario no realice un juicio de reproche por incumplimiento de las normas antes de que éstos se pongan en marcha.

En efecto, el cumplir con la obligación de otorgar las garantías correspondientes, en ningún momento exime de la responsabilidad de cumplir con la operación en sí misma. Una interpretación diferente, implicaría que todas las operaciones podrían ser incumplidas siempre y cuando se constituyan las garantías de la misma. De hecho, el numeral 4 del artículo 5 del Reglamento de la CRCBNA claramente establece: ***ñDel cumplimiento de las obligaciones derivadas de las negociaciones realizadas en el mercado abierto, solo son responsables los comisionistas, en su condición de partes contratantes. En consecuencia, si la CÁMARA tiene que salir a cumplir sus obligaciones, como resultado del incumplimiento, emprenderá las acciones que correspondan para exigir el pago de las sumas de dinero que se hayan tenido que pagar, sin perjuicio de la imposición de sanciones que correspondan de conformidad con el reglamento disciplinario de la BNAò*** (el subrayado es nuestro)

Es claro para la Sala, que sólo a partir del incumplimiento de una operación, la CRCBNA despliega toda su actividad para satisfacer a los compradores y vendedores afectados con el mismo; sin embargo, este incumplimiento es responsabilidad de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa toda vez que no cumplió las condiciones de la negociación en la forma como estas se habían pactado. Por lo tanto, las gestiones que deba realizar la CRCBNA para efectos de hacer efectivas las garantías en caso de incumplimientos, no sólo no exime de responsabilidad a la sociedad comisionista, sino que todo lo contrario, confirma el incumplimiento de sus obligaciones.

Como otro punto dentro de los descargos, se refiere la investigada a la naturaleza de los contratos de comisión y mandato considerando que ***ñ(...) si bien la entidad de la norma de los contratos, que se plica (sic) a los contratos de mandato (género), comisión (especie) y por ende a las operaciones que los comisionistas suscriban, busca que las operaciones celebradas en el Mercado se cumplan de acuerdo a los pactado, no garantiza que esto ocurra todas las veces. Pues tan natural como lo es el cumplimiento de los contratos se puede presentar el incumplimiento por situaciones económicas, de fuerza mayor o de cualquier otro tipo, caso para el cual cada una de las partes involucradas tiene un deber de actuación en procura de dar cumplimiento así sea de forma extemporánea y extinguir o menguar el daño que la situación jurídica contractual pueda haber generadoò*** Al respecto considera que es ese deber de actuación el que debe ser analizado por el órgano disciplinario.

Frente a este argumento y teniendo ya claridad sobre las conductas que analiza la Cámara Disciplinaria para efectos de la imputación de responsabilidad disciplinaria, se debe aclarar que en efecto, si al analizar todos los aspectos de la conducta se hubiese probado alguna causal de fuerza mayor u otra causa extraña, claramente habría una interrupción del vínculo causal entre el hecho productor de la conducta sancionable y las consecuencias del mismo, cual es el incumplimiento a los deberes establecidos en los Reglamentos de la Bolsa. Sin embargo, en el caso bajo estudio en ningún

momento se alegó ni probó una causa extraña o situaciones económicas determinantes, por lo cual se entiende que en principio no hay causales eximentes de responsabilidad. Sin embargo, lo anterior se tendrá en cuenta en cada uno de los incumplimientos analizados de forma específica y se tendrá en cuenta para el fallo.

Asimismo, y para concluir, se debe mencionar que para la Sala es claro que existen competencias propias de la jurisdicción ordinaria, como lo sería en el caso del incumplimiento del contrato, las indemnizaciones a que haya lugar si existe un afectado con el mismo. No obstante lo anterior, y en el marco de los contratos celebrados en la Bolsa, se debe aclarar que se analizan no sólo los perjuicios que con el incumplimiento se puedan causar a la contraparte sino en general a todos los integrantes del mercado y al mercado en sí mismo. En efecto, el órgano autorregulador acorde a la exposición de motivos de la Ley 964 de 2005 tiene como fin ***ñé*** *) preservar los buenos usos de sus participantes, propender al cumplimiento de sus compromisos, profesionalizar el mercado y la actividad de los intermediarios y velar por el cumplimiento y efectividad de la regulación****ò*** Lo anterior debido a que el incumplimiento de las operaciones afecta la transparencia y credibilidad que tienen los terceros en este mercado y conlleva por lo mismo a responsabilidad disciplinaria. (el subrayado es nuestro)

Por las razones expuestas es que frente a la Bolsa y para efectos disciplinarios, es el comisionista quien debe cumplir con las obligaciones impuestas mediante los reglamentos y la normatividad vigente, y su incumplimiento conlleva precisamente al reproche de conducta que realiza el órgano autorregulador. En efecto, el eje primordial del mercado de la BNA consiste en realizar una operación a nombre propio pero por cuenta de un tercero, lo cual implica, que la responsabilidad radica en cabeza de la sociedad comisionista miembro de la misma. Por esto, resulta totalmente ajeno a este mercado el trasladar la responsabilidad a los mandantes pues el punto diferenciador del mercado bursátil es la seguridad y el cumplimiento, obligaciones ambas en cabeza de las sociedades comisionistas miembros de la BNA. Es claro entonces para la Sala que si no se exigiera el cumplimiento a los comisionistas, no podría existir el mercado bursátil de la BNA.

8.2.2. De la contradicción entre el cumplimiento de la operación y la prohibición de realizar operaciones por cuenta propia.

Menciona la sociedad investigada que:

> ***ñ****(...) Tal y como se busca aplicar a las firmas comisionistas de la BNA el deber de cumplimiento de las operaciones se genera una clara contradicción, con el deber y la imposibilidad de actuar en cuenta propia que éstas deben guardad (sic) y excede el deber de cumplir con un mínimo de capital para poder operar.*
>
> *Una contradicción a la imposibilidad de actuar en cuanta (sic) propia pues se obliga a las firmas a sacar de su propio patrimonio los recursos para dar cumplimiento a las operaciones que son (sic) comitentes en determinado momento no están en capacidad, desestimando de plano las garantía otorgados (sic) y los demás mecanismos bursátiles y legales establecidos para buscar el cumplimiento de las operaciones. Lo dicho, pues que otra forma tendría una firma comisionista de honrar las operaciones que acudiendo a su propio patrimonio, es decir actuando como si las operaciones se hubieses (sic) pactado en nombre y cuanta (sic) propia****ò***

Es claro, tal y como se expuso anteriormente, que en el marco de la BNA, son las sociedades comisionistas miembros las llamadas a cumplir de forma estricta e íntegra las operaciones celebradas en el marco de la misma tal y como lo establece el artículo 1.6.5.1 en su numeral 7° al determinar como obligación de los miembros de la Bolsa la de *ñCumplir 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 negociadoò*

Frente a esto se debe especificar entonces, que el pago de las operaciones por parte de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa con el objeto de honrar las operaciones objeto de negociación en este mercado, no puede ser catalogada como una operación por cuenta propia como lo entiende la investigada, tal y como se entrará a explicar a continuación.

El Decreto 1511 de 2006, por medio del cual se establecen las normas aplicables a las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, sus miembros y los organismos de compensación y liquidación de las operaciones que se realicen por su conducto, reguló en sus artículos 13 y 14 las operaciones por cuenta propia, las cuales, se pueden dividir en operaciones por cuenta propia en el mercado primario y operaciones por cuenta propia en el mercado secundario.

Las operaciones por cuenta propia en el mercado primario consistentes en la realización de contratos de colocación o *underwriting,* no podrían asimilarse al pago de una obligación con patrimonio propio teniendo en cuenta que este tipo de contratos tienen como finalidad estructurar una emisión, perfeccionarla y luego colocarla en el mercado, lo cual claramente no se equipara con la finalidad de honrar una operación mediante el pago de la misma con patrimonio propio.

Ahora, en segundo lugar se encuentran las operaciones por cuenta propia en el mercado secundario, las cuales según el artículo 14 del Decreto 1511 de 2006 son:

> *ñaquellas adquisiciones de títulos, valores, derechos o contratos con subyacente agropecuario, agroindustrial o de otros commodities, que se negocien en una bolsa de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities y se realicen por miembros de las mismas con el objeto de imprimirle liquidez y estabilidad al mercado, atendiendo ofertas o estimulando y abasteciendo demandas, o con el propósito de reducir los márgenes entre el precio de demanda y oferta, dentro de las condiciones señaladas en el presente decreto. La enajenación de los títulos, valores, derechos o contratos así adquiridos, igualmente se considerará como operación por cuenta propia.ò*

Al examinar esta disposición se puede advertir claramente que la misma establece de forma expresa la finalidad que persigue una operación por cuenta propia en el mercado secundario. En efecto, estas operaciones deben estar encaminadas a imprimir liquidez y estabilidad al mercado y reducir los márgenes de precios; finalidad que claramente no se encuentra reflejada en la situación analizada en donde se paga un precio simplemente con el objetivo de cumplir con una obligación reglamentaria y legal.

Realmente, en el caso concreto, lo que se encuentra es simplemente un acto en desarrollo del objeto social de la sociedad, tal y como lo describe el artículo 99 del código de comercio al establecer que *ñla capacidad de la sociedad se circunscribirá al*

desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y ***los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedadò*** (Negrillas fuera del texto)

Al respecto es importante resaltar que la Superintendencia Financiera de Colombia, ya se ha pronunciado al respecto en concepto 2008057155 del 4 de noviembre de 2008, en donde en su momento respondió una consulta sobre si las sociedades comisionistas miembros de bolsas de bienes y productos agropecuarios estarían actuando en cuenta propia cuando adquieran productos o *commodities* subyacentes a una operación por fuera de la rueda de la BNA, con el objeto de honrar sus operaciones. Así, después de realizar un análisis sobre la situación cuestionada concluye que: ñ*Así pues, y en consonancia con lo expuesto en precedencia, se reitera que la actividad descrita en la consulta podría catalogarse como una de aquellas que pueden ser consideradas como conexas al objeto social de una sociedad comisionista agropecuaria, pues de acuerdo con los términos en que ésta fue formulada, dichas adquisiciones tendrían por finalidad cumplir con las obligaciones asumidas en virtud de operaciones realizadas en desarrollo de su objeto principalò*[66].

De esta forma queda claro que teniendo en cuenta el objeto social de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa[67], el pago de una obligación derivada del ejercicio del contrato de comisión, claramente constituye un acto que le permite cumplir las obligaciones contraídas en las actividades establecidas en su objeto social principal simplemente, y no constituye ni siquiera la realización de una nueva operación. Así, mucho menos podría considerarse que implicaría efectuar una operación por cuenta propia que tiene unas implicaciones y finalidades totalmente diferentes.

8.2.3. De las diferencias con las operaciones pactadas en bolsas de valores.

Considera la investigada que la Sala de Decisión debe analizar el argumento esgrimido en sus escritos de defensa según el cual: ñ*si bien existe un deber similar o igual en el mercado de valores, de dar cumplimiento a las operaciones, no debe olvidarse que las firmas comisionistas de bolsa de valores cuando celebran operaciones por cuenta ajena, lo deben hacer una vez tiene los recursos de sus clientes en cartera, mientras que, por el contrario, el mercado que autorregula la BNA, funciona bajo la premisa de la existencia futura de los bienes y productos de las operaciones, luego el deber de dar cumplimiento estricto de*

[66] Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2008057155 del 4 de noviembre de 2008.
[67] El objeto social exclusivo de las sociedades comisionistas miembros de la BNA se encuentra definido en el artículo 11 del decreto 1511 de 2006, de la siguiente forma: ñ*el desarrollo del contrato de comisión para la compra y venta de bienes, productos y servicios agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, títulos, valores, derivados, derechos y contratos con origen o subyacente en tales bienes, productos y servicios que se negocien por conducto de esas bolsas. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities también podrán ejecutar operaciones de corretaje sobre bienes, productos, documentos, títulos, valores, derechos, derivados, contratos con subyacente agropecuario, agroindustrial o de otros commodities. En todo caso, cuando la operación de corretaje o de comisión verse sobre títulos, valores, derechos o contratos que se negocien en la bolsa respectiva, los miembros que realicen tales operaciones tendrán, además de las obligaciones derivadas de los contratos de corretaje y comisión, las mismas obligaciones y prohibiciones para con el cliente y el mercado, previstas en las normas vigentes para cuando las sociedades comisionistas miembros de una bolsa de valores celebran estos contratos, en todo lo que sea compatible con la naturaleza de los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commoditiesò*

*las operaciones necesariamente debe ser analizado en este escenario y no en el del mercado de valores***ò**

Al respecto, como se ha puesto de presente en precedencia, se debe resaltar que las sociedades comisionistas miembros de la BNA se encuentran obligadas a cumplir los Reglamentos de la misma, los cuales además deben conocer perfectamente. Así, resulta claro que en el marco de la Bolsa, son claras las obligaciones de los miembros en cuanto al cumplimiento de las operaciones independientemente de las diferencias predicables con otros mercados. En efecto, el artículo 1.6.5.1 en su numeral 7 establece claramente la obligación de cumplir estrictamente los contratos celebrados en la Bolsa para lo cual, no será posible alegar como causal de justificación la excepción de falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado, con lo cual, queda claro que en este mercado no es aceptable argumentar que no es posible el cumplimiento estricto de las operaciones cuando el mismo ya se encuentra regulado.

8.2.4. De la declaratoria de incumplimiento.

En primer lugar es del caso aclarar que el Artículo 81 del Reglamento de Funcionamiento y Operación, aún vigente, señala que **ñ***Cuando un miembros incumpliere los términos pactados en una negociación, la Bolsa Nacional Agropecuaria, a solicitud escrita de la parte afectada* ***o de oficio, certificará su incumplimiento*** *y dará traslado inmediato al Organismo Arbitral para que, de acuerdo con la Reglamentación establecida, cita a las personas a conciliación,* ***sin perjuicio de la acción disciplinaria a que hubiere lugar****. (****é*** *)****ò*** (Subrayado fuera del texto original), de donde se desprende con suma claridad que la BNA está facultada para declarar de oficio los incumplimientos a las negociaciones realizadas en este escenario.

Ahora bien, el Jefe del Área de Seguimiento expresa en el pliego de cargos que el análisis de la nulidad de la declaratoria de incumplimiento decretada por la administración de la Bolsa excede su competencia y, adicionalmente, menciona las facultades otorgadas por el Reglamento de la BNA al Área de Seguimiento para el inicio oficioso de una investigación. Frente a estas afirmaciones, la investigada solicita a la Cámara Disciplinaria **ñ***la aplicación del artículo 29 de la Constitución Política, que trata el debido proceso***ò** Para efectos de justificar la anterior solicitud la sociedad esgrime las siguientes razones: **ñ***el procedimiento para declarar incumplida una operación transada en la BNA esta reglado, luego si una operación no ha sido debidamente declarada incumplida, con respecto a términos de modo y tiempo se entiende cumplida y mal haría el organismo de autorregulación, por más de tener facultades para investigar de oficio, al investigar el presunto incumplimiento de operaciones que no han sido declaradas incumplidas en otras palabras que están cumplidas. Esa actuación sería, en el plano del derecho penal, como investigar el homicidio de una persona que se encuentra con vida***ò**

Al respecto se debe mencionar en primer lugar que no encuentra la Sala razón alguna por la cual se viole el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia toda vez que han sido respetados los principios de legalidad, presunción de inocencia, contradicción y derecho de defensa que componen el debido proceso. Si la administración de la Bolsa por error o alguna otra razón omite declarar un incumplimiento pero este se logra probar durante el proceso, entonces no se puede alegar violación del debido proceso toda vez que se le dan al investigado todas las garantías para que contradiga y defienda su posición. Ahora, en el análisis específico de las operaciones que se encuentren dentro de esta situación fáctica, se estudiará de fondo lo ocurrido en el caso particular.

Finalmente, se debe mencionar que la declaratoria de incumplimiento emitida por la administración de la BNA, únicamente representa una prueba dentro del proceso disciplinario y asimismo es valorada, sin embargo, en ningún momento es un requisito para la iniciación del mismo. Es por esto que el artículo 2.4.3.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa establece claramente la facultad del Jefe del Área de Seguimiento de iniciar una investigación de oficio en los siguientes términos: ñ*El Jefe del Área de Seguimiento iniciará el proceso disciplinario mediante el envío al investigado de una solicitud formal de explicaciones en la cual se indique los hechos, la conducta observada y la probable norma violada, así como advirtiéndole el derecho de consultar el expediente que se haya abierto para tal efecto. Dicha solicitud de explicaciones* ***podrá ser impulsada de oficio o por solicitud de la administración de la Bolsa o mediante queja formulada por cualquier sociedad comisionista miembro de la Bolsa, por personas vinculadas a éstas, por un cliente de éstos, o por un tercero que demuestre interés****. (****é****)****ò*** (negrillas fuera del texto). Así, se puede advertir mediante la transcripción de este artículo, que las posibilidades para iniciar una investigación son variadas y la declaratoria de incumplimiento emitida por la administración de la Bolsa es sólo una de ellas y por tanto no es indispensable para dar inicio al proceso.

8.3. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER ESPECÍFICO.

8.3.1. Operaciones forward Nos. 6696667, 6696816, 6696817, 6696818, 6707782 y 6707785

8.3.1.1. Del incumplimiento en el pago en las fechas pactadas en la celebración de la operaciones.

Se encuentra probado dentro del expediente que la sociedad comisionista **AGRORED S.A.,** celebró en el marco de la Bolsa Nacional Agropecuaria las operaciones Nos. 6696667, 6696816, 6696817, 6696818, 6707782, 6707785, en las fechas y condiciones expuestas en el numeral 2.1.1 del acápite 2.1 de los hechos. A continuación procederá la Sala a realizar la traza de las operaciones para determinar cada incumplimiento.

Estas operaciones fueron declaradas incumplidas mediante PSD-150 del 6 de mayo de 2008 debido a que al cierre de la compensación las mismas no habían sido pagadas. Mediante las pruebas obrantes en el expediente y las solicitadas por la Sala de Decisión en estudio del caso, se logró probar que efectivamente hubo un retraso en el pago de estas operaciones tal y como se explicará a continuación.

Estas seis operaciones fueron pactadas con un pago parcial el día 2 de mayo de 2008 que correspondía a la entrega del producto del mes de marzo. Sin embargo, tal como lo afirma la investigada y lo soportan las pruebas, éste se efectuó el día 7 de mayo de 2008. Al respecto, obra en el expediente ***ñ****Formato de pago de productos por comprador****ò***[68], anexado por la misma sociedad comisionista, en donde se establece que la fecha de giro para las operaciones mencionadas fue el día 7 de mayo, así como soporte de pago de las operaciones enviado por la investigada cuya constancia de pago corresponde al día 6 de mayo, por lo que se ve reflejado en la cuenta compensada sólo hasta el día 7 de mayo. Esta situación se soporta además, en lo dicho por la propia investigada en sus escritos de defensa toda vez que menciona que ***ñ****Por tal motivo el giro se volvió a realizar el día 6 de mayo de 2008, por manera que el pago*

[68] Cuaderno Exp.004-2008. Folio 210

*efectivo de las mencionadas operaciones y por tanto el cumplimiento de las mismas se hizo efectivo el día 7 de mayo de 2008***ò** afirmación con la cual queda claro que el giro no se realizó el día 2 de mayo, fecha establecida para el pago.

Adicionalmente, frente a las operaciones Nos. 6696667, 6696816, 6696817, 6696818, se encuentran las pruebas aportadas por la sociedad comisionista Correagro S.A., contraparte de la investigada en las operaciones en mención, las cuales coinciden con las pruebas mencionadas previamente mostrando que el pago de las operaciones no se realizó sino hasta el día 7 de mayo de 2008.

Así, considera la Sala que se encuentra suficientemente probado que hubo un retraso en el pago, el cual será analizado de acuerdo a las circunstancias específicas del caso para efectos de analizar si existe o no responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista investigada por la conducta asumida.

8.3.1.2. Análisis de la situación presentada

Acorde a la investigada el incumplimiento en el pago de este grupo de operaciones tuvo lugar, debido fallas en el sistema de compensación y liquidación, los cuales no pueden ser imputables a la sociedad comisionista. En efecto, en su escrito de descargos menciona que: ***ñ(é*** *) con referencia a las operaciones distinguidas con los números 6696667, 6696816, 6696817, 6696818, 6707782 y 6707785, fueron pagadas por la Agencia Logística, mandante de Agrored S.A. para las mismas, el día 2 de mayo de acuerdo con lo pactado en la operación. Sin embargo, la transferencia del Banco que funciona en el Ministerio de Defensa, la cual no tuvo atención en la oficina ese día. Por tal motivo el giro se volvió a realizar el día 6 de mayo de 2008, por manera que el pago efectivo de las mencionadas operaciones y por tanto el cumplimiento de las mismas se hizo efectivo el día 7 de mayo de 2008***ò** Asimismo menciona que el Banco explicó que ***ñ****su sistema no enteramente compatible con el del Banco de Colombia, entidad con el (sic) cual trabaja la Cámara de Compensación de BNA, luego las transacciones ACH, no quedan reflejadas el mismo día sino hasta el siguiente, razón por la cual al momento de la compensación el giro no apareció a pesar de haber sido efectuado***ò**

Al respecto se debe mencionar que la Sala de Decisión No. 2 en Resolución No. 056 de 2009, por medio de la cual se decreta la práctica de pruebas, solicitó que la sociedad comisionista investigada y su mandante allegaran ***ñ****el documento idóneo en donde se demuestre la transferencia que se intentó realizar, el día 2 de mayo de 2008, correspondiente al pago de las operaciones Nos. 6696667, 6696816, 6696817, 6696818, 6707782, 6707785; o en su defecto, allegar certificación del Banco en donde se establezca que el día 2 de mayo de 2008 no fue posible realizar la transferencia referida***ò**

Sin embargo, el documento solicitado no fue allegado, por lo cual, no es posible probar que efectivamente hubo un inconveniente en el Banco según lo manifiesta el investigado. De todas formas, esta situación tampoco constituye un factor exonerante de responsabilidad toda vez que no fue un inconveniente del sistema ni una falla del mismo, pues tal y como menciona el investigado el problema consistió en que la oficina se encontraba cerrada el día del pago, lo cual no constituye un error propio del sistema y por lo tanto era posible realizar el pago desde otro establecimiento que se encontrara en funcionamiento ese día.

En efecto, tal y como menciona la investigada este órgano disciplinario ha encontrado como causal eximente de responsabilidad inconvenientes presentados en el sistema ACH en sí, cuando el pago no se ve reflejado en el momento en que se realizó. Así, en

Resolución 27 de 2008 mencionada por el investigado, la Sala de Decisión Transitoria No. 3 encontró frente a un grupo de operaciones analizadas que ***ñ(é*** *) no existió un incumplimiento en el pago de las operaciones objeto de estudio, que por el contrario la gestión desplegada por la firma comisionista, estaba dirigida a honrar sus compromisos en la Bolsa Nacional Agropecuaria, como es su obligación, hecho que a todas luces se encuentra probado dentro del proceso, debido a que se presentó claramente un error operativo en el Sistema de Compensación y Liquidación para el pago que impidió que el mismo se reflejara en el Sistema en la fecha en que efectivamente se realizó la transferencia***ò**[69]. Como se puede ver, esta situación no se asimila al caso concreto toda vez que en las operaciones bajo estudio el pago no se realizó en la fecha en que debía realizar, por lo cual, no hubo un problema en el sistema sino un retraso en el pago. De la misma forma resultan inaplicables las consideraciones de la Sala de Decisión Transitoria No. 1 expuestas en la Resolución 029 de 2008 citada por el investigado, debido a que la situación de hecho estudiada en ese entonces también implicó un pago que efectivamente se realizó el día pactado, pero que por error del sistema no se reflejó ese mismo día[70].

En el caso concreto, resulta claro para la Sala que no se trató de inconvenientes en el sistema y adicionalmente la justificación alegada, no podría en ningún caso considerarse como causal eximente de responsabilidad toda vez que no sólo no se probó sino que además no cumple con las características de irresistibilidad, insuperabilidad e imprevisibilidad requeridas para que un hecho se convierta en causa extraña eximente de responsabilidad. Frente a lo anteriormente expuesto, la Sala resalta que el incumplimiento en el pago de la operación en el tiempo y términos previstos por la Bolsa Nacional Agropecuaria y la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la BNA, de una parte impide el normal desarrollo del Sistema de Compensación de la BNA, y de otra, implica una trasgresión a los deberes consagrados en el artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA, teniendo en cuenta que es el comisionista, el obligado directo de la operación por la calidad en que actúa en los contratos celebrados en la BNA.

Para el análisis del presente caso debe acudirse en primer término al concepto mismo de compensación, definida como ***ñ(é*** *) el proceso mediante el cual se establecen las obligaciones de entrega y transferencia de fondos de los participantes de un sistema de compensación y liquidación, derivadas de operaciones celebradas en el mercado abierto de la BNA, determinando el valor neto de dichas obligaciones en lo que respecta a los fondos***ò**[71]. Siendo esto así es claro para la Sala de Decisión que la efectividad del Sistema de Compensación y Liquidación depende del cumplimiento estricto de los instructivos por parte de los miembros, en la forma y condiciones establecidas.

En este sentido se entiende también que el incumplimiento en el pago de las operaciones de físicos, es el ***ñ****[E]vento presentado cuando en la fecha de pago pactada no se realiza o acredita el pago mediante la transferencia de fondos o entrega de cheque (****é*** *)***ò**[72]. Lo cual fue precisamente lo que ocurrió en el caso concreto toda vez que para el día 2

---

[69] CÁMARA DISCIPLINARIA DE LA BOLSA NACIONAL AGROPECUARIA. Resolución No. 027 de 2008. Sala de Decisión Transitoria No. 3.

[70] En efecto en esta Resolución la Sala de Decisión Transitoria No. 1 menciona que:***ò****De lo anterior se puede inferir, que no existió un incumplimiento en el pago de la operación objeto de estudio, por cuanto el pago se efectuó en la cuenta compensada el 3 de julio de 2007, hecho que se encuentra probado dentro del proceso con el correo electrónico antes mencionado y por lo tanto la Sala encuentra que se presentó claramente un error operativo en el Sistema de Compensación y Liquidación que impidió que el mismo se reflejara en este en la fecha en que efectivamente se realizó la transferencia***ò**

[71] Boletín Instructivo # 132 del 2 de noviembre de 2006.

[72] Boletín Instructivo # 09 del 12 de febrero de 2007.

de mayo de 2008, fecha pactada para el pago, la sociedad comisionista no lo había efectuado.

Como otro punto de defensa, menciona la investigada que *ñ(é) las operaciones forware (sic) que se investigan, corresponde a operaciones sin garantía de crédito en Cámara, es decir, éstas son de aquellas en que la Cámara de Riesgo Central de Contraparte no interviene, toda vez que no tiene injerencia en las garantías de la operación, luego mal puede indicarse que se pudo infringir de sus (sic) Instructivo Operativo No. 09 de 2006 y mucho menos que esta estaba en capacidad de haber solicitado el incumplimiento de las operaciones*ò Frente a esto, concuerda la Sala con lo dicho por el Jefe del Área de Seguimiento en el sentido que*: ña Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la BNA no solo funge como contraparte central o garante de las operaciones que se realizan en el escenario de la Bolsa, como parece entenderlo el memorialista, sino que la misma ejerce las funciones de cámara de compensación y liquidación en los términos de la ley 964 de 2005. Vale la pena señalar que los sistemas de compensación y liquidación de operaciones, dentro de un mercado organizado, están diseñados para garantizar la trasparencia, la seguridad, honorabilidad y corrección, permitiendo, obviamente, que haya una vigilancia inmediata sobre el desarrollo del mercado y el cumplimiento efectivo de las operaciones celebradas a través de los mecanismos de negociación.*òEn efecto el literal b) del artículo 1.5 del capítulo tercero de la Ley 964 de 2006 establece como actividad de las Cámaras de Riesgo Centrales de Contraparte aquella que consiste en *ñadministrar sistemas de compensación y liquidación de operaciones*ò Lo anterior, implica que la CRCBNA tiene no sólo la función de asegurar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones celebradas en el marco de la BNA y administrar sus garantías sino también la de compensar y liquidar las mismas, para lo cual, no será necesario que actúe como contraparte en la negociación. Es por esta misma razón, que resultan aplicables entonces las disposiciones pertinentes que regulan el sistema de liquidación y compensación de la BNA al caso bajo estudio.

Siendo esto así, es claro que en el caso concreto de los documentos que obran en el expediente y de los escritos de defensa de la investigada, se concluye que la sociedad comisionista **AGRORED S.A**., incumplió con su obligación de pago en los términos y condiciones definidos en las operaciones relacionadas en precedencia, en donde no se acredita un error operativo imputable al sistema de pago ACH. Por lo anterior, no son de recibo los argumentos esgrimidos por la sociedad comisionista frente al incumplimiento y por tanto, no se establece causal justa tendiente a evitar la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones asumidas establecidas en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA, tal y como se expondrá a continuación.

8.3.1.3. Normas vulneradas por la conducta de AGRORED S.A., y concepto de la violación.

Considera el Jefe del Área de Seguimiento que la conducta asumida por la sociedad investigada resulta violatoria del *ñartículo 29 numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006, en concordancia con los numerales 1, 2, 6, y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, lo que configuraría la causal de violación contemplada en el numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA, salvo para la operación No. 6178132, a la cual no es aplicable lo dispuesto en el Libro II del Reglamento por no estar vigente al momento de los hechos*ò

Los numerales 1, 2 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, establecen que los miembros de la BNA se encuentran obligados a:

> *ñ1. Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación*ò
>
> *ñ2. 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.*ò
>
> *ñ7. 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 inexistencia del producto, documento o servicio negociado*ò

Las anteriores disposiciones concuerdan con lo establecido en el Decreto 1511 de 2006 en su artículo 29, numerales 6 y 11.[73]

Ahora bien, con fundamento en este artículo la Sala aclara, que es la sociedad comisionista investigada, en este caso **AGRORED S.A.**, quien debe responder por el cumplimiento de las operaciones convenidas, en este caso las propias del comisionista comprador: pagar el precio.

En efecto las mencionadas disposiciones están orientadas al cumplimiento oportuno de las prestaciones asumidas por las sociedades miembros al celebrar una operación a través de la BNA, como lo es en el caso bajo análisis, pagar el precio convenido en la fecha pactada. En el caso concreto tal y como ha quedado demostrado, la investigada no realizó dicho pago en la fecha convenida (2 de mayo de 2008), es decir, de manera estricta, sino al día hábil siguiente del plazo convenido, esto es, el 6 de mayo de 2008 y solo se efectúa el pago a los vendedores el 7 de mayo de 2008.

Pues bien, las razones expuestas por la investigada en sus escritos de defensa no desvirtúan el incumplimiento de la operación y, por consiguiente, es claro que en el presente caso se infringió el artículo 1.6.5.1, numerales 1, 2 y 7 pues la operación no se cumplió en la fecha convenida, como lo demuestran las pruebas allegadas y lo acepta **AGRORED S.A.**

8.3.2. Operaciones forward Nos. 6178132 y 5904466

La sociedad comisionista **AGRORED S.A.,** celebró la operación Forward MCP No. 6178132 el día 23 de agosto de 2007 en la Rueda de la BNA, sobre 24.000 kilogramos de atún enlatado, por un valor total de $48.648.000. Acorde al Sistema de Información Bursátil, se acordó un pago parcial el día 2 de octubre de 2007, el cual no se efectuó sino hasta el día 2 de noviembre de 2007 según consta en el reporte del Sistema de

[73] En efecto, estas disposiciones establecen que los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: *ñ6. 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.*ò*ñ11. 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.*ò

Compensación y Liquidación y se corrobora mediante el análisis de las pruebas aportadas por la sociedad comisionista Correagro S.A., contraparte de la investigada en esta operación.[74]

Por su parte, la operación Forward MCP No. 5904466 celebrada en día 8 de mayo de 2007, sobre 11.520 unidades de avena saborizada por un valor total de $22.406.400, tenía como fecha de pago final, el día 3 de diciembre de 2007 según consta en el comprobante de negociación y en el reporte del Sistema de Información Bursátil (SIB). Sin embargo, éste pago no se efectúa sino hasta el día 22 de enero de 2008 según se desprende del documento ñFormato Pago de Productos por Compradoró[75] y de los documentos aportados como prueba por la sociedad comisionista Correagro S.A.[76] Lo anterior, se corrobora además mediante el reporte del Sistema de Compensación y Liquidación de la BNA, el cual refleja efectivamente un pago el día 22 de enero de 2007 por un valor de $3.072.000. Adicionalmente se debe mencionar que acorde a este reporte, la sociedad comisionista a la fecha adeuda aún una suma equivalente a $5.721.600, lo cual podrá ser tenido como un agravante en caso de que la conducta asumida por la sociedad comisionista investigada implique responsabilidad disciplinaria.

Estos pagos tardíos son aceptados por la investigada en sus descargos mencionando que: ñ*Con referencia al cumplimiento de las operaciones 5904466 y 6178132, sobre las cuales no había la debida claridad por parte de Agrored S.A., y sobre las cuales acentúa de mayor forma el Área de Seguimiento de la BNA, se encuentra que efectivamente las mismas no fueron cumplidas en la fecha pactada, sino con unos días de retraso, a pesar de ser operaciones de cuantía relativamente bajas, sin que esto pueda constituir un indicio en contra como se busca hacer valer, si la necesidad de buscar la claridad a las situaciones que permitan rendir las debidas explicaciones*ò

Así, como se puede vislumbrar, frente a estas operaciones no existe ninguna declaración por parte de la sociedad investigada que justifique o al menos explique las circunstancias del incumplimiento y las razones por las cuales este tuvo lugar. En tal sentido, considera la Sala que teniendo suficientemente probados los retrasos en el pago de las operaciones bajo estudio y no existiendo ninguna circunstancia especial en el incumplimiento, hay lugar a declarar la responsabilidad disciplinaria, toda vez que la sociedad comisionista **AGRORED S.A.,** no cumplió con la obligación de pago en los términos pactados lo cual es contrario a las normas vigentes tal y como se expondrá a continuación.

8.3.2.1. Normas vulneradas por la conducta de AGRORED S.A., y concepto de la violación.

Considera el Jefe del Área de Seguimiento que la conducta asumida por la sociedad investigada resulta violatoria de los numerales 6, 8 y 11 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006 y de los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria. Además considera que: ñ*deberá apreciarse la falta de explicaciones sobre estas operaciones, como indicio grave por parte de la Honorable Cámara Disciplinaria de la Bolsa*ò

[74] Cuaderno Exp. 004-2008. Folios 146 a 152
[75] Cuaderno No1. Folio 178
[76] Cuaderno Exp. 004-2008. Folios 153 a 177

Así, entrará la Sala a determinar las normas efectivamente vulneradas por la conducta de **AGRORED S.A.,** y analizar además si en el caso concreto se puede hablar de un indicio grave en contra de la investigada.

Tal y como se logró probar durante el proceso y lo acepta la misma sociedad comisionista investigada, no se realizó el pago de la operaciones Nos. 6178132 y 5904466 en las condiciones pactadas en la celebración de las mismas, lo cual constituye un incumplimiento final de la operación según lo establecido en el artículo 3.11.1 del Boletín Instructivo 09 del 19 febrero de 2007 que determina que éste consiste en el *ñEvento presentado cuando en la fecha de pago pactada, no se realiza o acredita el pago mediante la transferencia de fondos o entrega de cheque (é)ò* Así, el encontrarse enmarcado en la situación determinada por esta disposición vulnera claramente lo establecido en el numeral 6 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006 que determina la obligatoriedad para las sociedades comisionistas de la Bolsa de *ñPagar 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.ò*

De la misma forma, este incumplimiento final de la operación conlleva a la vulneración de las disposiciones reglamentarias establecidas en los numerales 1, 2 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa[77], que propenden por el cumplimiento oportuno e íntegro de las negociaciones celebradas en la BNA, así como el incumplimiento del numeral 11 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006 que establecen la obligatoriedad para los miembros de la Bolsa de *ñCumplir 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.ò*

En el caso concreto, la sociedad comisionista en la operación No. 6178132 realizó finalmente el pago de la operación un mes después de la fecha pactada y en la operación No. 5904466, la demora fue de más de un mes, lo cual agrava la conducta pues el vendedor tuvo que esperar todo este tiempo para que la pagaran un producto que ya había entregado cuando es claro que acorde a la normatividad que regula este mercado las operaciones deben cumplirse en la fecha pactada. Así, considera la Sala que adicionalmente la conducta desplegada por la sociedad comisionista investigada, se encuentra vulnerando la disposición establecida en el numeral 6 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento que establece que los miembros de la BNA, estarán obligados a: *ñ6. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidadò*

En efecto, el nivel de profesionalidad que se le exige al comisionista implica que debe llevar sus negociaciones con la mayor claridad y precisión posibles. Así, al

[77] Artículo 1.6.5.1. ñ***Obligaciones de los miembros***. *Son obligaciones de las sociedades miembros de la Bolsa las siguientes: 1. Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociaciónò ñ2. 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.òñ7. 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 inexistencia del producto, documento o servicio negociadoò*

realizar una actividad dentro del mercado público, es claro que deben actuar con una diligencia no únicamente de un buen padre de familia sino que se le exige un grado mayor, esto es, el buen hombre de negocios, es 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. En el caso concreto, la sociedad comisionista ni siquiera tenía claridad sobre sus obligaciones en el marco de las operaciones bajo investigación tal y como lo menciona en sus descargos, lo cual, no puede ocurrir en quienes se predican profesionales del mercado. Así, no sólo cumplió en una fecha muy posterior a la pactada sino que además no se evidencia un seguimiento estricto de las operaciones ni en el desarrollo de las mismas ni al momento del cumplimiento, lo cual refleja una falta de diligencia por parte de la investigada e incumplimiento de sus deberes profesionales como sociedad comisionista miembro de la BNA.

Finalmente, la Sala anota que no tomará como indicio grave en contra el no pronunciamiento por parte de la investigada en su escrito de explicaciones institucionales sobre estas operaciones en particular. Lo anterior, debido a que considera la Sala que el artículo 2.4.3.3 del Reglamento de la BNA que establece que: ñ*Los investigados deberán rendir las explicaciones solicitadas, circunscribiendo su respuesta a la expresa aceptación o negación de los hechos o conductas señaladas por el Jefe del Área de Seguimiento, a las pruebas que pretenda hacer valer y a un pronunciamiento jurídico concreto sobre la normatividad presuntamente violada. El hecho de no recibir explicación que niegue o aclare la realización de la correspondiente conducta se apreciará por la Cámara Disciplinaria como indicio grave en contra del investigado*ò implica que el investigado se pronuncie sobre la conducta asumida como tal y no sobre cada operación específicamente. Lo anterior implica entonces que la sociedad debía pronunciarse sobre la conducta de incumplimiento en el pago de operaciones celebradas en el marco de la BNA, lo cual en efecto hace ya que en sus explicaciones de carácter general se refiere a esta conducta exponiendo diferentes argumentos para justificar o negar la misma. De hecho considera la Sala que constituye una actuación legítima del investigado y es parte de su derecho de defensa decidir cómo estructurar sus argumentos y sobre lo que se pronunciará, en el caso concreto deja de pronunciarse sobre ciertos hechos específicos pero no sobre la conducta como tal.

Finalmente y por las razones expuestas, considera la Sala que existe mérito suficiente para sancionar respecto del incumplimiento en el pago de las operaciones Nos 6178132 y 5904466 toda vez que la sociedad comisionista **AGRORED S.A.** no cumplió con sus obligaciones propias como compradora afectando así la confiabilidad y transparencia del mercado administrado por la BNA. Los aspectos atenuantes y agravantes de la conducta así como la sanción a imponer serán expuestos en el acápite X ñ*De la responsabilidad disciplinaria por las conductas estudiadas y de la graduación de la sanción*ò en consideración a todo lo dicho anteriormente.

8.3.3. Incumplimiento en el pago de las operaciones MCP sobre físicos Nos. 7006282, 7006283, 7006284, 7006718, 7006719, 7006720, 7006721, 7006722, 7006723, 7006724, 7011615, 7011616, 7011617, 7011618, 7012388, 7019052, 7024849, 7032695, 7032698, 7032699, 7032700, 7180941, 7233512, 7240501, 7240503, 7240514, 7240517, 7240585, 7240595, 7240596, 7240604, 7240605, 7240654, 7240655, 7240687, 7258088, 7258089 y 7258090.

8.3.3.1. Consideraciones generales.

En primer lugar, entrará la Sala a pronunciarse sobre los argumentos de carácter de carácter general que esgrime la investigada es sus escritos de defensa frente a este grupo de incumplimientos, para luego realizar el análisis específico de lo ocurrido en el caso concreto.

Manifiesta la investigada que ñ*el procedimiento por medio del cual se declara incumplida una operación está reglamentado y debe ser agotado para que una operación efectivamente se tenga como incumplida y no es una situación automática u oficiosa por parte de la BNA o su Área de Seguimiento*ò y por lo mismo considera que la declaratoria de incumplimiento referida a las operaciones bajo estudio no tiene validez. Así, considera la sociedad comisionista investigada que si un miembro de la BNA no solicita el incumplimiento, entonces no se sigue de forma correcta el procedimiento reglamentario para la declaratoria del mismo.

Al respecto se debe mencionar nuevamente, tal y como se expuso en las consideraciones generales, que el artículo 81 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA, establece que: ñ*Cuando un Miembro incumpliere los términos pactados en una negociación, la Bolsa Nacional Agropecuaria, a solicitud escrita de la parte afectada* ***o de oficio****, certificará su incumplimiento y dará traslado inmediato al Organismo Arbitral para que, de acuerdo con la Reglamentación establecida, cite a las partes a conciliación, sin perjuicio de la acción disciplinaria a que hubiere lugar. Si no se produce ningún acuerdo o si producido se incumple, la Bolsa hará efectivas las garantías.*ò (negrillas fuera del texto). De esta forma aclara la Sala que el mismo Reglamento establece la posibilidad para la Bolsa de declarar de oficio un incumplimiento sin que ninguna parte lo solicite, lo cual es absolutamente lógico ya que es la Bolsa la encargada de organizar, administrar y mantener en funcionamiento este mercado.

Por otro lado, argumenta que este grupo de operaciones fueron pactadas sin garantía de crédito en Cámara ï financiación privada, y por lo tanto la CRCBNA no tenía injerencia en las garantías de la operación, no se podían aplicar sus reglamentos y no tenía la facultad de solicitar la declaratoria de incumplimiento.

Al respecto se reitera que la CRCBNA no solamente puede actuar como contraparte de las operaciones celebradas en la BNA sino que además tiene la función de ser Cámara de Compensación y Liquidación de las operaciones celebradas en la Bolsa, tal y como lo ordena el artículo 34 del Decreto 1511 de 2006[78]. Adicionalmente, se debe agregar que esta entidad actúa en esta calidad frente a todas las operaciones

[78] El Decreto 1511 de 2006, en el artículo 34 establece, ñ*Compensación y liquidación de operaciones. Las operaciones que se efectúen a través de una bolsa de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities deberán ser objeto de compensación y liquidación a través de una entidad legalmente autorizada para el efecto.*
Las entidades que asuman la función de compensación y liquidación de las operaciones celebradas por conducto de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, deberán prever mecanismos y procedimientos para verificar el traspaso de la propiedad de los bienes, productos o servicios agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, así como adelantar los trámites necesarios para atender el traspaso de los títulos, valores, derechos y contratos objeto de compensación y liquidación por conducto suyo, de conformidad con lo dispuesto en sus reglamentos.
De igual manera, deberán mantener el soporte documental necesario que sustente la compensación y liquidación de las operaciones realizadas por su conducto.
*Tales documentos deberán contener como mínimo toda la información que permita identificar en forma inequívoca cada operación registrada y el estado de la compensación y liquidación efectuada. Los reglamentos respectivos señalarán la forma y contenido del soporte documental a que se refiere el presente artículo.****ò***

que se realizan en el mercado abierto de la BNA tal y como se encuentra establecido en el mismo objetivo del sistema de compensación y liquidación establecido por el Boletín Instructivo 09 del 19 de febrero de 2007 en los siguientes términos:

> *ñEn cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 964 de 2005, Ley del Mercado de Valores, y el Decreto 1511 de 2006, y en aras de realizar la compensación y liquidación de operaciones, la Cámara de Compensación de la Bolsa Nacional Agropecuaria requiere de actividades y procedimientos que permitan que* ***todas las operaciones que se realizan en el Mercado Abierto de la BNA****, sean compensadas y liquidadas por la Cámara de Compensación de la Bolsa Nacional Agropecuaria****ò*** (negrillas fuera del texto)

Así, es por esta razón que los reglamentos de esta entidad en cuanto al sistema de compensación y liquidación, serán aplicables en todo momento y frente a todas las operaciones celebradas en la Bolsa y por lo mismo es facultad y obligación de la CRCBNA solicitar la declaratoria de incumplimiento cuando las operaciones no son cumplidas por el sistema en los términos pactados.

8.3.3.2. Análisis de la situación presentada.

Se encuentra suficientemente probado en el expediente que las operaciones Nos. 7006282, 7006283, 7006284, 7006718, 7006719, 7006720, 7006721, 7006722, 7006723, 7006724, 7011615, 7011616, 7011617, 7011618, 7012388, 7019052, 7024849, 7032695, 7032698, 7032699, 7032700, 7180941, 7233512, 7240501, 7240503, 7240514, 7240517, 7240585, 7240595, 7240596, 7240604, 7240605, 7240654, 7240655, 7240687, 7258088, 7258089 y 7258090, fueron celebradas por la sociedad comisionista **AGRORED S.A.** en calidad de comisionista comprador, en la Rueda de Negocios de la BNA en las fechas y condiciones expuestas en el numeral 2.2.1 del acápite 2.2 de los hechos.

Ahora, todas estas operaciones relacionadas habían sido pactadas con un pago parcial el día 30 de mayo de 2008, sin embargo, acorde a comunicación enviada por la CRCBNA al Área de Seguimiento[79], se puede vislumbrar que el valor total de la compensación del día 30 de mayo de 2008 no ingresó a la cuenta compensada sino hasta el día 3 de junio de 2008. En efecto, en esta comunicación respecto del pago del valor total que debía **AGRORED S.A.** para el 30 de mayo, que correspondía a $399.585.849,40, se menciona lo siguiente. ***ñ****El día 30 de mayo en la cuenta compensada de la CRCBNA del Banco de Bogotá se refleja una consignación por abono ACH de la Agencia logística por valor de $46.064.315, (Adjunto Copia extracto) (****é*** *) El día 3 de junio se refleja una consignación por abono ACH de la Agencia Logística por valor de $353.521.538 (Adjunto copia extracto) (****é*** *) Las dos consignaciones efectuadas por la Agencia Logística, anteriormente suman en total $399.585.853****ò*** De la misma forma, los extractos y documentos adjuntados por la CRCBNA soportan las afirmaciones realizadas.

No obstante lo anterior, la sociedad investigada en sus escritos de defensa asegura que las operaciones bajo análisis fueron pagadas el día 30 de mayo de 2008, es decir, en la fecha pactada. Para el efecto de corroborar esta afirmación, la Sala de Decisión No. 2, solicitó mediante Resolución No. 056 de 2008 que tanto la sociedad investigada como su mandante allegaran al proceso el soporte bancario en el que conste la fecha de la transferencia u orden de giro para el pago de las operaciones bajo estudio correspondiente al día 30 de mayo de 2008.

[79] Cuaderno No. 2 Folio 145

La sociedad comisionista investigada, por su parte, allegó al expediente copia del Formato de Pago de Productos por Comprador de las operaciones con fecha de pago el día 30 de mayo del 2008. Asimismo, allega los mismos documentos que obraban en el expediente remitidos anteriormente al Área de Seguimiento y que fueron desvirtuados por aquél órgano.

Adicionalmente, el mandante de la investigada Agencia Logística de las Fuerzas Militares, allegó con destino a la Secretaría de la Cámara Disciplinaria los siguientes documentos: i) Orden de Pago No. 918 del 21 de mayo de 2008, por valor de $353.521.538 correspondiente a las operaciones Nos. 7006282, 7006283, 7006284, 7006719, 7006720, 7006721, 7006722, 7006723, 7006724, 7011615, 7011616, 7011617, 7011618, 7019052, 7024849, 7032695, 7032699, 7032700, 7180941, 7240501, 7240503, 7240514, 7240517, 7240585, 7240595, 7240596, 7240604, 7240605, 7240654, 7240655, 7240687, 7258088, 7258089 y 7258090. ii) Orden de Pago No. 592 de mayo 22 de 2008 por valor de $46.064.315 correspondiente a las operaciones 7006718, 7012388, 7032698, 7233512. iii) Documento ñArchivos en Confecciónò de día 30 de mayo de 2008 con un valor de $367.627.538. iv) Documento ñGenerador de Pagosò sin fecha, por un valor de 46.064.315 en donde se establece como beneficiario a la CRCBNA y como concepto se lee ñO.P 592 AGRORED MANDATO 4ò

Frente al análisis de todo el acerbo probatorio se logra inferir que frente al valor correspondiente a la suma de $46.064.315 no existe duda que el pago se realizó el día pactado es decir, el 30 de mayo de 2008 y que el mismo entró a la cuenta compensada de la CRCBNA ese mismo día. Ahora, acorde a las pruebas aportadas por el mandante comprador Agencia Logística de las Fuerzas Militares, este valor correspondía al pago de las operaciones Nos. 7006718, 7012388, 7032698, 7233512, según consta en la orden de pago No. 592 relacionada anteriormente. Así, entiende la Sala que frente a estas operaciones no hay incumplimiento ya que de las pruebas aportadas y las obrantes en el expediente, se vislumbra que hubo pago en término de las mismas, lo cual es corroborado tanto por la CRCBNA al mencionar que ñ*El día 30 de mayo en la cuenta compensada de la CRCBNA del Banco de Bogotá se refleja una consignación por abono ACH de la Agencia logística por valor de $46.064.315*ò como por el extracto bancario del Banco de Bogotá que reposa en el expediente.[80]

Ahora frente al valor correspondiente a la suma de $353.521.538 que era el faltante en el pago de la compensación del 30 de mayo, entrará la Sala a realizar el análisis de cada una de las pruebas para efectos de dilucidar si hubo o no un pago en tiempo por parte de la sociedad comisionista investigada.

Al respecto el Jefe del Área de Seguimiento menciona, que la sociedad comisionista investigada no logra acreditar mediante las pruebas aportadas al proceso, que el pago efectivamente haya sido registrado en el sistema de la compensación y liquidación. Frente a esto, la Sala considera que la obligación de la sociedad comisionista consiste en pagar en las condiciones pactadas y para lo mismo es necesario que realice el seguimiento adecuado de su mandante para que realice el pago de la operación en las fechas y horas adecuadas, sin embargo, para efectos de responsabilidad disciplinaria no considera esta Sala que la obligación del comisionista consiste en el cumplimiento de la operación que en el caso concreto consistía en el pago de la misma y por tanto, si se logra probar que en efecto se realizó el mismo en término y que el problema

[80] Cuaderno 2. Folio 142

entonces fue del mismo sistema, no podrá imputársele responsabilidad disciplinaria a la sociedad comisionista por el incumplimiento en el pago de estas operaciones, sin perjuicio de las demás sanciones a las que haya lugar.

Así, se entiende que la sociedad comisionista debe demostrar que se haya hecho la transferencia o entrega de cheque por parte del mandante o de la misma sociedad.

De esta forma, considera la Sala que el punto sobre el cual debe versar el análisis es el momento en el cual se realizó la transferencia de los recursos para el pago de las operaciones, entendiendo entonces que si este se realizó en la fecha pactada, no habrá responsabilidad disciplinaria del comisionista. Al respecto la Sala encuentra que de las pruebas obrantes en el expediente existen claros indicios que llevan a inferir que la transferencia, en efecto, se realizó el día 30 de mayo, aunque los recursos hayan entrado en la cuenta compensada de la CRCBNA al día hábil siguiente, tal y como se mostrará a continuación.

El primer documento que se analizará será el ñFormato Pago de Productosò remitido por la investigada tanto en la etapa de investigación como en la presente etapa de decisión. Al respecto, el Área de Seguimiento menciona que este formato tiene fecha de recibido el día 6 de junio de 2008 cuando debió haber sido remitido el mismo día del pago. Ahora, tal y como se mencionó anteriormente, la sociedad comisionista allegó este mismo formato a la Cámara Disciplinaria pero en este documento aparece como fecha de recibo con sello de la CRCBNA el 30 de mayo de 2008, es decir, el día establecido para el pago. Lo anterior, claramente demuestra que la sociedad comisionista en efecto remitió este formato el día que debía hacerlo, aunque con posterioridad lo haya remitido nuevamente seguramente por los inconvenientes que hubo en la cuenta compensada de la CRCBNA, sin embargo, para efectos disciplinarios lo importante es que el día fijado para el pago se remitió la documentación pertinente. Lo anterior puede ser corroborado además con la comunicación enviada por **AGRORED S.A.**, a la CRCBNA con fecha de recibo el 30 de mayo de 2008 en donde informa que su mandante ñ*Agencia Logística de las Fuerzas Militares realizó el pago de la compensación del día 30 de mayo por valor de $399.585.849*ó[81], comunicación a la cual anexa el Formato Pago de Productos analizado.

En segundo lugar, tenemos el documento ñGenerador de Pagosò sobre el cual se pronuncia el Área de Seguimiento mencionando que el mismo, no corresponde a las operaciones bajo estudio ya que los productos no concuerdan con las mismas ni la sociedad aludida era contraparte en las operaciones. Al respecto se debe mencionar que este documento, tal y como se expuso, fue remitido por el mandante comprador a la Cámara Disciplinaria y corresponde al mismo documento que obraba en el expediente y que había sido remitido por la sociedad comisionista investigada. Ahora, se debe aclarar que, en efecto, los pagos referidos a la sociedad comisionista Agropar S.A. no hacen parte de las operaciones bajo estudio. Lo anterior debido a que este documento no se encuentra encaminado a probar el pago total de la compensación del día 30 de mayo sino sólo la suma correspondiente a $46.064.315, la cual, como ya mencionamos, entró a la cuenta compensada el día del pago. En efecto, en este documento se puede vislumbrar que respecto a esta suma se establece como concepto ñO.P 592 AGRORED MANDATO 4ò y si bien es cierto que el documento no tiene fecha, concuerda perfectamente con la suma acreditada en la cuenta compensada el día 30 de mayo y con la suma establecida en la orden de Pago No.

[81] Cuaderno 2. Folio 114

592, remitida por el mandante comprador, con fecha de mayo 22 de 2008 por valor de $46.064.315 correspondiente a las operaciones Nos 7006718, 7012388, 7032698, 7233512.

En tercer lugar, encontramos el documento denominado ñArchivos en confecciónò con fecha del 30 de mayo, sobre el cual el Área de Seguimiento menciona que en el mismo: ñ*se puede establecer que la transferencia se encuentra en proceso, presentando en ese estado la posibilidad de seleccionar a la Cámara de Riesgo Central de Contraparte como beneficiario de la transacción, mas no se encuentra verificado el pago.*ò Al respecto se debe mencionar que la Sala al analizar el documento encuentra que el mismo prueba que se da la instrucción para la realización de un transacción, es decir, el pago ya se inició tal y como menciona el Área de Seguimiento ñse encuentra en procesoò, lo cual para la Sala tal y como se dijo anteriormente, indica que en efecto hubo una orden de pago en tiempo aunque la misma no se hubiese acreditado en la cuenta compensada ese mismo día.

La instrucción dada por el mandante comprador para el pago, se logra probar además con la orden de pago remitida por éste a la Cámara Disciplinaria, con fecha del 21 de mayo de 2008. En este documento, se comprueba que la entidad estatal dio orden de pago por la suma de $353.521.538, con anterioridad a la fecha determinada para el pago. Así, todo el procedimiento interno del mandante comprador se surtió con un término adecuado como se logra inferir del acerbo probatorio, lo cual a todas luces indica que en el caso concreto no se trata de un tema de incumplimiento en el pago sino de problemas del sistema ACH en cuanto el pago no se vio reflejado el día en el cual se realizó el mismo.

Así las cosas, encuentra la Sala que en este caso no sólo hubo pago en tiempo sino que además se denota la diligencia de la sociedad comisionista investigada al cumplir con sus obligaciones de seguimiento a las operaciones realizadas, ya que como se anotó envió los documentos correspondientes el día establecido para el pago con la total convicción de que éste se había surtido satisfactoriamente. Por lo anterior, encuentra la Sala que no puede endilgarse responsabilidad disciplinaria frente a las operaciones Nos. 7006282, 7006283, 7006284, 7006718, 7006719, 7006720, 7006721, 7006722, 7006723, 7006724, 7011615, 7011616, 7011617, 7011618, 7012388, 7019052, 7024849, 7032695, 7032698, 7032699, 7032700, 7180941, 7233512, 7240501, 7240503, 7240514, 7240517, 7240585, 7240595, 7240596, 7240604, 7240605, 7240654, 7240655, 7240687, 7258088, 7258089 y 7258090 ya que tal y como se probó, la transferencia de los recursos se realizó en tiempo y la sociedad comisionista informó a la CRCBNA en término de la misma.

8.3.4. Incumplimiento de la obligación de recompra en la operaciones Repo sobre CDM Nos. 6732595, 6588595, 6771187, 6771234, 6588593, 6554026, 6888423, 6906229, 6771188, 6771236 y 6771237.

8.3.4.1. Consideraciones Generales.

Los incumplimientos analizados en el marco de este grupo de operaciones, se fundamentan en la situación particular del mandante. Por esta razón, en primer lugar entrará la Sala a analizar las operaciones repo sobre CDM en general, para efectos de determinar las obligaciones que de forma genérica le corresponden a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa y si éstas eran aplicables al caso concreto.

Las operaciones Repo sobre Certificados de Mercancías se encuentran reguladas en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA y en la Resolución No. 11 de 2000 de la CRCBNA adicionada mediante Resolución No. 18 del 31 de octubre de 2000 y modificada mediante Resolución 02 de 2002. De esta forma, se encuentra establecido que en un primer momento las partes contratantes en la negociación deberán garantizar el cumplimiento de las obligaciones que emerjan de la misma, mediante el endoso en propiedad a la CRCBNA del Certificado de Depósito de Mercancías realizado por el mandante del comisionista vendedor inicial. Ahora, acorde al artículo 9 de la Resolución 11 de 2000, la CRCBNA sólo *desendosará* y regresará los CDMs cuando se presenten los siguientes documentos:

> *ñ1. Carta de la firma comisionista en la cual certifique expresamente que ña operación de recompra número (el número de la operación cumplida) sobre el CDM # (número del título subyacente de la operación) se encuentra cumplida en cuanto al pagoò, firmada por el representante legal de la firma.*
> *2. Custodia emitida por la Cámara debidamente anulada.*
> *3. Debe existir, en el texto del mandato del inversionista, una autorización irrevocable de él a la Cámara para que ésta desendose una vez su comisionista le informe a la Cámara del cumplimiento de la operación en la recompra, exceptuando de toda responsabilidad a la Cámara una vez recibida la orden de desendoso del comisionistaò*

Según esto, es claro para la Sala que en los casos en los cuales el mandante no cumpla con la obligación de recompra, será entonces la sociedad comisionista vendedora quien deberá cumplir esta obligación y la CRCBNA entonces le entregará el título a ésta, quien podrá adoptar las medidas pertinentes frente a su mandante incumplido. Lo anterior, teniendo en cuenta que en el marco del mercado administrado por la BNA, son las sociedades comisionistas las llamadas a cumplir las operaciones, para lo cual, no podrán alegar la falta de provisión de fondos.

Adicionalmente, es importante traer a colación el principio de finalidad establecido en la Ley 964 de 2005[82], el cual eleva a rango legal la firmeza de las operaciones

[82] Ley 964 de 2005. Artículo 10. *ñPrincipio de finalidad en las operaciones sobre valores. Las órdenes de transferencia de fondos o valores derivadas de operaciones sobre valores, así como cualquier acto que, en los términos de los reglamentos de un sistema de compensación y liquidación de operaciones deba realizarse para su cumplimiento, serán firmes, irrevocables, exigibles y oponibles frente a terceros a partir del momento en que tales órdenes hayan sido aceptadas por el sistema de compensación y liquidación.*
Se entiende por orden de transferencia la instrucción incondicional dada por un participante a través de un sistema de compensación y liquidación de valores para que se efectúe la entrega de un valor o valores, o de determinada cantidad de fondos a un beneficiario designado en dicha instrucción.
Para efectos de esta ley, se entiende que una orden de transferencia ha sido aceptada cuando ha cumplido los requisitos y controles de riesgo establecidos en los reglamentos del respectivo sistema de compensación y liquidación, adoptados conforme a las disposiciones pertinentes. Tales reglamentos deberán ser aprobados por la Superintendencia de Valores.
Parágrafo 1°. Una vez una orden de transferencia haya sido aceptada por el sistema de compensación y liquidación en los términos señalados en esta ley, los valores y los fondos respectivos no podrán ser objeto de medidas judiciales o administrativas incluidas las medidas cautelares, órdenes de retención o similares, así como las derivadas de normas de naturaleza concursal, de toma de posesión, disolución, liquidación, o acuerdos globales de reestructuración de deudas, que tengan por objeto prohibir, suspender o de cualquier forma limitar los pagos que deban efectuarse a través de dicho sistema. Las órdenes de transferencia aceptadas, los actos necesarios para su cumplimiento y las operaciones que de aquellas se derivan no podrán impugnarse, anularse o declararse ineficaces. Estas medidas sólo surtirán sus efectos respecto a órdenes de transferencia no aceptadas a partir del momento en que sean notificadas al administrador del sistema de acuerdo con las normas aplicables. En el caso de medidas derivadas de normas de naturaleza concursal, de toma de posesión, disolución, liquidación, o acuerdos globales de

realizadas sobre valores desde el momento en que las órdenes hayan sido aceptadas por el sistema de compensación y liquidación. Así, este principio vela por la seguridad de las operaciones en cuanto protege al inversionista sobre posibles retractos o acciones de terceros que puedan afectar sus intereses.

Ahora, para el caso que nos interesa, quiere la Sala resaltar que acorde a este principio cuando una operación se encuentre en firme, **ñ***éstas no podrán ser objeto de medidas judiciales o administrativas incluidas las medidas cautelares, órdenes de retención o similares, así como las derivadas de normas de naturaleza concursal, de toma de posesión, disolución, liquidación, o acuerdos globales de reestructuración de deudas, que tengan por objeto prohibir, suspender o de cualquier forma limitar los pagos que deban efectuarse a través de dicho sistema. Las órdenes de transferencia aceptadas, los actos necesarios para su cumplimiento y las operaciones que de aquellas se derivan no podrán impugnarse, anularse o declararse ineficaces. Estas medidas sólo surtirán sus efectos respecto a órdenes de transferencia no aceptadas a partir del momento en que sean notificadas al administrador del sistema de acuerdo con las normas aplicables. En el caso de medidas derivadas de normas de naturaleza concursal, de toma de posesión, disolución, liquidación, o acuerdos globales de reestructuración de deudas dicha notificación deberá hacerse de manera personal al representante legal del administrador del sistema***ó***[83]*. Lo anterior es importante teniendo en cuenta que en el caso bajo estudio, en un principio, se impuso una medida cautelar sobre los CDM objeto de la negociación, lo cual posteriormente se modificó por el embargo de los remanentes de los mismos. Así, este punto será analizado a profundidad en el estudio específico del caso.

8.3.4.2. Del caso concreto.

La sociedad comisionista investigada celebró las operaciones repo sobre CDM de maíz amarillo nacional bajo estudio, durante las fechas relacionadas en el acápite 2.4.1 de los hechos que iban desde el 20 de diciembre de 2007 hasta el 21 de febrero de 2008, actuando por cuenta de su mandante vendedor Probacol S.A. La recompra de los CDM se encontraba pactada para fechas que iban desde el 4 de marzo de 2008 hasta el 16 de mayo del mismo año.

Mediante Oficio 0174 de marzo 3 de 2008, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Montería-Córdoba dirigido a la Bolsa Nacional Agropecuaria comunicó que **ñ***mediante auto calendado febrero 29 de 2008, proferido dentro del proceso de la referencia, decretó el embargo y secuestro de los Certificados de Depósito a nombre de Producto Básicos de Colombia S.A.* **ó***PROBACOL S.A.***ô (é** *) Se conmina a la entidad materialmente ponga a disposición de este Despacho Judicial, los certificados de Depósito expedidos que se encuentren en su poder, de conformidad a lo normado en el artículo 629 del Código de Comercio***ó***[84]*. Tal y como se explicó en las consideraciones generales, esta medida

---

reestructuración de deudas dicha notificación deberá hacerse de manera personal al representante legal del administrador del sistema.

Parágrafo 2°. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones que puedan asistir al agente especial, el liquidador, los órganos concursales, a las autoridades pertinentes o a cualquier acreedor para exigir, en su caso, las indemnizaciones que correspondan o las responsabilidades que procedan, por una actuación contraria a derecho o por cualquier otra causa, de quienes hubieran realizado dicha actuación o de los que indebidamente hubieran resultado beneficiarios de las operaciones realizadas.

*Parágrafo 3°. Lo previsto en el presente artículo será aplicable a las operaciones que se efectúen tanto en el mercado mostrador como a las que se realicen en los sistemas de negociación de valores, a partir del momento en que hayan sido aceptadas por el sistema de compensación y liquidación.***ò**

[83] Ley 964 de 2005. Artículo 10.

[84] Cuaderno No. 1. Folio 112

cautelar no podía imponerse sobre los CDM objeto de la negociación, pues los mismos ni siquiera eran propiedad del mandante Probacol en ese momento. Por lo anterior, posteriormente, mediante oficio 0279 del 3 de abril de 2008 dirigido a la CRCBNA, el mismo juzgado comunica que el Despacho *ñ(é) mediante auto de fecha 3 de los cursantes, ordenó el embargo y secuestro de los remanentes o saldos de dineros que le debe entregar la CAMARA DE RIESGOS CENTRAL DE CONTRAPARTE DE LA BOLSA NACIONAL AGROPECUARIA a la sociedad demandada PRODUCTOS BASICOS DE COLOMBIA S.A. PROBACOL S.A., por contratos, comisiones, forward, repo, etc., sobre los certificados de depósitos correspondientes a las toneladas de maíz de la demandada ôProbacol S.A.ô(é)ò* (subrayado fuera del texto)

Frente a esta situación mediante comunicación CC-3918 del 14 de mayo de 2008, la CRCBNA informa que ñ*desde aquella fecha, esta entidad se encuentra dando estricto cumplimiento a la medida cautelar citada, por lo que ha efectuado las consignaciones pertinentes en la medida en la que se han venido presentando los incumplimientos*ò

Ahora, acorde con lo mencionado en las consideraciones generales, se debe analizar entonces la forma como la sociedad comisionista investigada debía cumplir la operación tal y como lo ordenan los reglamentos de la Bolsa, pues resulta claro que en las disposiciones reglamentarias no se establece en ningún momento como causal de excepción del incumplimiento una medida cautelar como la que ocurre en este caso, y por tanto no puede de forma automática exonerar de responsabilidad.

En el caso bajo estudio la situación particular consiste en que la misma CRCBNA, por orden judicial, no podía regresar los títulos a la sociedad comisionista investigada que actuaba en nombre de Probacol, lo cual, altera todo el mecanismo establecido. En efecto, la CRCBNA mediante comunicación CC-3918 del 14 de mayo de 2008 menciona que: ñ*La aclaración efectuada resulta pertinente para el caso en estudio, toda vez que, al versar sobre los títulos CDM una medida cautelar de esta naturaleza, la CRCBNA se encontraba imposibilitada para, luego de cumplida la operación, regresarlos a la sociedad comisionista que actuaba en nombre del mandante Probacol S.A., pues se encontraba en la obligación legal de entregarlos al despacho para el perfeccionamiento del embargo*ò[85] Es decir, que si la sociedad comisionista hubiese recomprado el título, no se lo habrían entregado y ésta era su garantía para realizar el pago.

Por lo anterior, considera la Sala que si bien es completamente acertado lo afirmado por el Área de Seguimiento en cuanto ñ*no pueden ser oponibles al cumplimiento de las operaciones celebradas en la BNA, las circunstancias que rodean la actividad del mandante, habida consideración que el comisionista de Bolsa en las operaciones que realiza en el escenario bursátil, es parte contratante y sujeto de interés contractual y sobre él recae la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones emanadas de las operaciones celebradas en el recinto bursátil*ò en este caso, la sociedad comisionista investigada se encontraba imposibilitada para actuar, debido a una situación extraordinaria que no le permitía proceder de otra manera.

En efecto, si bien es cierto que es la sociedad comisionista la que se encuentra obligada a cumplir la operación acorde a los reglamentos de la Bolsa, no es menos cierto que en el caso concreto no le era posible hacerlo sin quedar absolutamente desprotegida frente a su mandante. Lo anterior en ningún momento implica que en caso de que un mandante en el marco de la BNA sea embargado o entre en situaciones similares, el comisionista pueda incumplir la operación sin reproche

[85] Cuaderno 1. Folio 114 y 113.

disciplinario, sin embargo, en las circunstancias específicas de las situaciones de hecho presentadas conllevan efectivamente a que no se pueda pretender que el comisionista hubiese honrado la operación con su propio patrimonio toda vez que esa posibilidad lo dejaba absolutamente descubierto.

8.3.5. Incumplimiento en la constitución de garantías de las Operaciones Repo sobre CDM de café excelso Nos. 6708528, 6708529.

Se encuentra probado dentro del expediente que la sociedad comisionista **AGRORED S.A.,** celebró el día 16 de enero de 2008, las operaciones repo sobre CDM de café excelso Nos. 6708528 y 6708529, con garantía FAG, pactando como fecha máxima de recompra el día 18 de septiembre de 2008. El valor de estas operaciones ascendía a la suma de $315.700.157. Mediante comunicación CC-0727 del 23 de enero de 2007, la CRCBNA informa a la Bolsa, que la sociedad comisionista no contaba con la garantía FAG propia de la operación.

Respecto de estas operaciones, la CRCBNA informó al Área de Seguimiento de la BNA en comunicación OC-055 de agosto 21 de 2008[86] lo siguiente:

> ***ñé*** *) las operaciones 6708528 y 6708529 fueron celebradas con garantía FAG, sin embargo Finagro no expidió la mencionada garantía debido a que el mandante no contaba con cupo disponible para su otorgamiento. En virtud de lo anterior la CRCBNA S.A. informó a la sociedad comisionista vendedora (AGRORED S.A.) SOBRE LA NO EXISTENCIA DE CUPO EN Finagro del mandante Eco Café S.A. por consiguiente la no expedición de la garantía FAG, a lo cual la firma manifestó que por existir varias firmas comisionistas representando a la mismo (sic) mandante ECO CAFÉ S:A.(sic), no era posible tener un control de cupo adecuado, por lo tanto, la sociedad comisionista AGRORED S.A. procedió a solicitar modificación de estas operaciones al departamento de operaciones de la BNA pasando de garantía FAG a garantía Cámara en concordancia con la existencia de cupo para café excelso dentro del portafolio cámara, subyacente objeto de estas operaciones, sin embargo dicha solicitud de modificación no fue aceptada por estar fuera de los plazos preestablecidos****ò***

Cabe resaltar que la garantía FAG mencionada correspondía a un cupo asignado a los mandantes, el cual, se basaba en políticas de FINAGRO y no había injerencia de la CRCBNA en la misma.

A continuación, en la misma comunicación referida, la CRCBNA explica el desarrollo posterior de este incumplimiento, en el cual, la sociedad comisionista investigada manifiesta su intención de recomprar anticipadamente estas operaciones, lo cual fue aceptado el día 18 de febrero de 2008 por parte de la CRCBNA, estableciéndose la constitución de garantía líquida mientras se efectuaba la recompra anticipada. La sociedad comisionista investigada había entregado el título correspondiente a las operaciones bajo estudio el día 16 de enero de 2008[87] y el valor inicial de la operación 6708528 permaneció en poder de la Cámara desde el día 23 de enero de 2008 hasta el 01 de febrero de 2008. Posteriormente, la firma constituyó una garantía líquida

[86] Cuaderno 1. Folios 164 a 181.
[87] Obra en el expediente fotocopia del Título No. 16349, con sello de recibido de la CRCBNA el 16 de enero de 2008 a las 11:55 a.m. Cuaderno No. 1 Folio 171

como soporte de las recompras anticipadas el día 5 de febrero de 2008, por un valor de $445.000.000[88].

Ahora, acorde al reporte del sistema de compensación y liquidación del día 18 de febrero de 2008[89], **AGRORED S.A**., realizó la recompra anticipada de las operaciones este día por valor de $323.410.000. Adicionalmente, obra en el expediente comunicación del 25 de febrero de 2008 en donde **AGRORED S.A.** solicita la devolución de las sumas pertinentes debido a que el título fue recomprado.

Así, como se puede comprobar, las operaciones bajo estudio finalmente fueron cumplidas y el defecto en las garantías se subsanó mediante la modificación de las mismas por garantía líquida de la CRCBNA. De hecho, en la comunicación de la CRCBNA citada varias veces se menciona que las declaratorias de incumplimiento de las operaciones estudiadas, fueron retiradas de esta entidad por el Departamento de Operaciones de la BNA. En efecto la CRCBNA menciona que: ***ñé*** *) la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., emitió mediante PSD-033 Y 034 declaratoria de incumplimiento de las operaciones Nos. 6708528 y 6708529 respectivamente los cuales fueron radicados en la CRCBNA S.A., y posteriormente devueltos al departamento de operaciones de la BNA S.A., por solicitud de este mismo, sin ser radicado de nuevo en la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la BNA S.A.****ò*** (Subrayado fuera del texto)

Lo anterior implica que no se puede hablar de un incumplimiento inicial de la operación por la no constitución de las garantías ya que no sólo sí se constituyó garantía correspondiente a una garantía líquida de la CRCBNA, sino que además la CRCBNA en ningún momento puso en funcionamiento los procedimientos propios de los incumplimientos iniciales de las operaciones. En efecto, esta entidad en ningún momento tuvo que proceder a salir al mercado a comprar títulos de similares características para honrar al inversionista, sino que la operación siguió su curso y se realizó de forma eficaz el cumplimiento de la misma mediante la recompra anticipada del título.

De esta forma, si bien es cierto que es obligación de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa verificar el cupo disponible para el otorgamiento de las garantías correspondientes antes de la celebración de la operación, en el caso concreto se puede dilucidar que el incumplimiento inicial de la operación al no constituirse las garantías correspondientes fue subsanado de forma eficaz por parte de la sociedad investigada y no encuentra la Sala que haya materialidad de la conducta para efectos de responsabilidad disciplinaria ya que ni siquiera se puede hablar de un incumplimiento de la operación tal y como se explicó anteriormente.

8.4. DE LA IMPROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

Solicita la sociedad comisionista investigada la aplicación del principio de oportunidad, debido a que según entiende ***ñé*** *) los hechos que son objeto de la presente investigación dan lugar a la aplicación del principio de oportunidad, por parte del Área de Seguimiento de la BNA, pues cumple con una o varias de las modalidades antes señaladas, ya que si bien puede*

[88] Obra en el expediente comunicación del 5 de febrero de 2008 enviada por **AGRORED S.A.** a la CRCBNA en donde remite el soporte de pago correspondiente a la Constitución de Garantía Líquida Adicional para las recompras anticipadas de la operación repo No. 6708528 entre otras y copia de consignación en el Banco de Occidente. Cuaderno No. 1 Folio 169 y 170
[89] Cuaderno No. 1. Folio 165

hablarse de incumplimiento técnico de las operaciones ***ï*** *teniendo en cuenta que el mismo fue decretado- en realidad las mismas se cumplieron real y materialmente; adicionalmente, no se genero ni hubo potencialidad de generar daño que requiera sanción, por más de que se hable en el Pliego de Cargos de $475.848.405 no cumplidos, en realidad nunca estuvieron en riesgo y se cumplieron fácil y satisfactoriamente con la ejecución de las garantáis, en ejercicio de los procedimientos reglados por la propia BNA****ò***

Acorde al artículo 2.4.1.4 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA, la aplicación de esta figura tiene lugar cuando al realizar la evaluación costo ï beneficio de la iniciación del proceso disciplinario frente a los posibles resultados y a la materialidad y efectos de la conducta reprochable, el Jefe del Área de Seguimiento opta por no iniciar la actuación disciplinaria. Tal decisión, se encuentra además sujeta al pronunciamiento de la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria quien podrá objetar o no, la aplicación del principio de oportunidad. De esta forma, como se puede vislumbrar, esta figura se aplica en los casos en donde no obstante existir un incumplimiento de las normas aplicables, éste no reviste de la materialidad suficiente para poner en funcionamiento todo el aparato disciplinario y por tanto, se archiva el respectivo proceso.

Ahora, frente a la solicitud del investigado para que la Cámara Disciplinaria recomiende la aplicación de esta figura al Jefe del Área de Seguimiento se debe mencionar que la oportunidad procesal para la aplicación del mismo se da en el momento de la investigación. En efecto, no podría la Sala de Decisión realizar un análisis costo-beneficio cuando ya el aparato disciplinario se ha puesto en funcionamiento y de hecho se encuentra ya en su culminación, es decir, la aplicación del principio de oportunidad en esta etapa no se encontraría acorde con el objetivo mismo de esta figura.

Por las razones expuestas no es posible acceder a la solicitud de la investigada en cuanto a la aplicación del principio de oportunidad, por lo cual, pasará la Sala a realizar el análisis de las conductas que revisten de responsabilidad disciplinaria para efectos de graduación de la sanción a imponer.

IX. DE LA RESPONSABILIDAD DISICIPLINARIA POR LAS CONDUCTAS ESTUDIADAS Y DE LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

La Sala de Decisión No. 2 de la Cámara Disciplinaria, frente a las conductas desplegadas por la sociedad comisionista sobre las cuales se encontró mérito suficiente para sancionar, tal como se ha mencionado en las consideraciones de la Sala, estudiadas en extenso en el numeral octavo de la presente resolución, procede a determinar la sanción a imponer teniendo en cuenta que se trata de diferentes hechos, conductas y violaciones.

Asimismo, para efectos de graduación de la sanción, la Sala considera 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 pertinentes.

Es así como, el incumplimiento en el pago de las operaciones celebradas en el mercado abierto de la Bolsa Nacional Agropecuaria, en las condiciones pactadas, impide el normal desarrollo del Sistema de Compensación y Liquidación de la BNA lo

cual afecta la seguridad y transparencia del mercado. Si bien es cierto, el monto de incumplimientos inferidos, es bajo en relación con los valores de las operaciones que se celebran en la Bolsa, y por lo mismo puede pensarse que la dimensión de daño es menor, no es menos cierto que constituye un agravante de la conducta, que la sociedad comisionista **AGRORED S.A.**, a la fecha no haya cumplido aún a cabalidad la operación No. 5904466 ya que acorde a las pruebas obrantes en el expediente adeuda aún una suma equivalente a $5.721.600.

De esta forma, considera la Sala necesario reiterar la importancia que reviste para el mercado bursátil administrado por la BNA, el cumplimiento estricto e íntegro de las negociaciones que en él se realizan, toda vez que sólo de esta forma se puede propender por mantener un mercado seguro y confiable, lo cual, es fundamental no sólo para los inversionistas que depositan su confianza en el mismo sino también para las mismas sociedades comisionistas miembros de la Bolsa como artífices del mercado. Es por esto, que no pueden ser tomados de forma ligera este tipo de incumplimientos que cuando se vuelven reiterados y de magnitudes mayores, deterioran la confianza que existe en este mercado.

De otra parte la Sala considera importante anotar que la sociedad comisionista ha sido investigada y sancionada con dos reprensiones privadas por la Cámara Disciplinaria a través de las Resoluciones 029 de 2008 y 027 de 2008, por el incumplimiento en el pago de operaciones al cierre de la compensación, como comisionista comprador en el Mercado de Compras Públicas, lo cual hace que se entienda que hay una reiteración de la conducta que hoy se sanciona, lo cual evidentemente merece un mayor reproche y amerita una sanción pecuniaria.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, y después de revisados los antecedentes disciplinarios de la sociedad comisionista **AGRORED S.A.**, la Sala de Decisión Segunda de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A.,

IV.- RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Sancionar disciplinariamente al miembro comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria **AGRORED S.A.,** con DOS (2) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, por la comisión de las faltas disciplinarias descritas en la parte motiva de la presente Resolución.

El pago de la multa que mediante esta Resolución se impone, se debe efectuar a nombre de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A en la cuenta corriente No. 250-03058-2 del Banco de Occidente, 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 la Tesorería de la Bolsa Nacional Agropecuaria 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.

ARTICULO SEGUNDO: Notificar a la sociedad, **AGRORED S.A.,** el contenido de la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., 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.

ARTICULO TERCERO: 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 Nacional Agropecuaria S.A., 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.

ARTICULO CUARTO: En firme la presente Resolución, comuníquese a la Superintendencia Financiera de Colombia y a la Secretaría General de la Bolsa Nacional Agropecuaria el contenido la de la misma para lo de su competencia.

Dada en Bogotá, D.C., a los ocho (8) días del mes de mayo de 2009

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SERGIO FAJARDO MALDONADO
Presidente

ISABELLA BERNAL MAZUERA
Secretaria

EN LA FECHA 14 DE MAYO DE 2009 NOTIFIQUÉ PERSONALMENTE AL DOCTOR GELMAN ROBLES MARIN IDENTIFICADO CON CÉDULA DE CIUDADANIA No. 79. 112. 397 EXPEDIDA EN BOGOTA, JEFE DEL ÁREA DE SEGUIMIENTO DE LA BOLSA NACIONAL AGROPECUARIA S.A SOBRE EL CONTENIDO DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN.

A PARTIR DE LA PRESENTE NOTIFICACIÓN SE CONTARÁ EL TÉRMINO DE CINCO (5) DÍAS HÁBILES PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 2.4.6.1 DEL REGLAMENTO DE FUNCIONAMIENTO Y OPERACIÓN DE LA BNA

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

NOTIFICADO NOTIFICADOR

EN LA FECHA 15 DE MAYO DE 2009 NOTIFIQUÉ PERSONALMENTE AL DOCTOR BORIS LOPEZ DE MESA. IDENTIFICADO CON CÉDULA DE CIUDADANIA No. 79.423.616 EXPEDIDA EN BOGOTA. REPRESENTANTE LEGAL DE LA SOCIEDAD COMISIONISTA AGRORED S.A. SOBRE EL CONTENIDO DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN.

A PARTIR DE LA PRESENTE NOTIFICACIÓN SE CONTARÁ EL TÉRMINO DE CINCO (5) DÍAS HÁBILES PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 2.4.6.1 DEL REGLAMENTO DE FUNCIONAMIENTO Y OPERACIÓN DE LA BNA

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

NOTIFICADO
79423616

NOTIFICADOR