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

BMC BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA S.A.
CÁMARA DISCIPLINARIA

SALA DE DECISIÓN No. 5 DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA DE LA BMC BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA S.A.

RESOLUCIÓN No. 125
(11 DE OCTUBRE DE 2010)

POR MEDIO DE LA CUAL SE DECIDE UNA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

La Sala de Decisión No. 5 de la Cámara Disciplinaria de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley, los Estatutos y el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, decide la investigación disciplinaria iniciada por el Área de Seguimiento, teniendo en cuenta, los siguientes:

I. ANTECEDENTES

El Jefe del Área de Seguimiento de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia, el día 12 de abril de 2010, radicó en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.4.3.7 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, el pliego de cargos elevado contra la sociedad comisionista de bolsa **MERCADO Y BOLSA S.A.**

La Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.3.2.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa y en desarrollo de la metodología establecida en el Reglamento Interno de la Cámara Disciplinaria, procedió a conformar la Sala de Decisión No. 5 la cual quedó integrada por los doctores Luis Carlos Arango Sorzano, Luis Fernando Diago Ramírez y Ernesto Martínez Vargas, quienes conocieron del respectivo proceso disciplinario hasta su culminación.

En sesión No. 136 del 19 de abril de 2010, la Sala de Decisión No. 5 encontró que se cumplieron los requisitos establecidos en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa para la formulación del pliego de cargos y por tanto, mediante Resolución 105 de 2010 admitió el pliego de cargos presentado por el Jefe del Área de Seguimiento y ordenó el correspondiente traslado.

La sociedad comisionista **MERCADO y BOLSA S.A.**, antes del vencimiento del término para presentar descargos solicitó a la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, mediante comunicación MB-13 del 10 de mayo de 2010, ampliación del plazo para la presentación

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

de descargos, prórroga que fue concedida por la Secretaría según comunicación CD-243 del 11 de mayo de 2010. Vencido el término del plazo adicional concedido, mediante comunicación MB-015 del 20 de mayo de 2010, el representante legal de la sociedad comisionista investigada, presentó los correspondientes descargos en término y solicitó pruebas que consideró pertinentes para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación.

En sesiones 143 y 147 del 22 de mayo de 2010 y 8 de junio de 2010, respectivamente, la Sala de Decisión No. 5 estudia los descargos presentados y decreta pruebas testimoniales mediante Resolución 113 de 2010, las cuales, se practicaron en sesiones 153, 154, 155 y 160 del 1°, 6, 7 y 14 de Julio de 2010, respectivamente, cuyas transcripciones se encuentran en el expediente.

En sesión 171 del 31 de agosto y 175 del 29 de septiembre de 2010, la Sala de Decisión No. 5, estudió las pruebas practicadas y los demás documentos que obran en el expediente y en sesión 176 del 30 de septiembre de 2010 se aprueba el presente fallo.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

2.1. 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, la Cámara Disciplinaria es competente para conocer y decidir, sobre la conducta asumida por las sociedades comisionistas, miembros de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.

En desarrollo de dicha facultad la Sala de Decisión No. 5 de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa procede a pronunciarse sobre el caso objeto de la presente investigación.

2.2. De las pruebas que obran en el expediente

La Sala de Decisión para efectos de la valoración de las conductas sobre las cuales se admitieron cargos mediante Resolución de Admisión 105 de 2010, estudió las pruebas obrantes en el expediente original remitido por el Área de Seguimiento en tres cuadernos originales de 1431 folios. Así mismo, fueron valoradas las pruebas aportadas por el investigado en sus descargos en 101 folios.

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

Adicionalmente y como ya se mencionó la Sala de Decisión No. 5 decretó mediante Resolución 113 de 2010 la práctica de los siguientes testimonios: (i) Del representante legal de la CRC Mercantil S.A., doctor Andres Arango Santamaría; (ii) Del representante legal y del Promotor de la sociedad Inaves Fuenterrabía S.A. (iii) Del Doctor Edgar Villamizar, en su calidad de socio del señor Javier Rojas propietario de la sociedad Porcicola Aguas Claras en relación con las operaciones CPT No. 8652234 y 8811077; (iv) De la zootecnista Adriana Ahumada, quien realizó visitas de seguimiento a las granjas de los mandantes Porcicola Aguas Claras y Pollos La Granjita: (v) Del representante legal de la sociedad Pollos La Granjita S.A. en reorganización doctor Eduardo Beltrán, en relación con el incumplimiento en la recompra de las operaciones No. 9208854, 9254183, 9291347, 9296353, 9309920, 9309793, 9323546, 9323545, 9329686, 9354268, 9362567 y 9395362; (vi) Del representante legal de la sociedad PROPALMA, doctor Luis Fernando Jaramillo, respecto de la operación No. 6626044 y (vii) Del representante legal del consorcio FIDUCOLDEX-FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA.

Por otra parte se decretó y practicó la audiencia del representante legal de la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.**, doctor Alberto Caicedo Becerra.

No fue posible practicar los testimonios, del representante legal y del Promotor de la sociedad Inaves Fuenterrabía S.A. así como también del representante legal del consorcio FIDUCOLDEX-FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA, debido a la no comparecencia de los citados ante el órgano disciplinario.

2.3. Descargos generales presentados por la sociedad comisionista MERCADO Y BOLSA S.A.

La sociedad comisionista investigada **MERCADO Y BOLSA S.A.** encontrándose dentro del término, presentó escrito de descargos mediante comunicación MB-015 radicada en la Secretaría de la Cámara, el 20 de mayo de 2010.

En primer lugar la investigada efectuó un pronunciamiento general en relación con la investigación iniciada por el Jefe del Área de Seguimiento y más adelante se refirió a cada uno de los cargos endilgados, los cuales serán enunciados en los acápites correspondientes a los incumplimientos.

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.

2.3.1. *Del marco de la autorregulación y naturaleza de la función disciplinaria en la BMC Bolsa Mercantil de Colombia*

Considera el investigado, que el cumplimiento estricto del contrato de comisión es una obligación que tiene una connotación en el ámbito contractual y no así en el disciplinario. En efecto considera que el órgano autorregulador, debe enmarcar su función disciplinaria de la siguiente manera: *"(…) partiendo de la definición de disciplina como conjunto de disposiciones que regulan cierta actividad, se puede decir que la autorregulación del mercado es: "el conjunto de normas y deberes que se imponen a los miembros de los organismos de autorregulación". 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".* 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 "*actividad 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*"[1]

La Cámara Disciplinaria de la Bolsa, ejerce la función disciplinaria de la autorregulación, que acorde al Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa consiste en *"la 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."*

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

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

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

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 los distintos incumplimientos de las operaciones, como se analizará más adelante, son contrarios a lo previsto en el numeral 1° del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de la Bolsa 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 Bolsa de forma estricta e íntegra. Adicionalmente, cada tipo de incumplimiento, sea en entrega o pago, vulnera una norma específica del Reglamento que regula esta conducta.

Así, resulta claro que si los miembros de la Bolsa se encuentran obligados a cumplir los reglamentos de la Bolsa y el incumplimiento de los mismos constituye una falta disciplinaria, las conductas analizadas de no pago, no entrega o cualquier otro tipo de incumplimiento, 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: *(…) Cuando una comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria celebra en nombre propio, pero por cuenta ajena una operación, su obligación natural con respecto al juicio de valor disciplinarios (sic) ante el autorregulador, consiste en velar porque las mercancías, en el caso del repo existan en el almacén de deposito o estén dadas las condiciones para que 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 (…)*

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 Bolsa. Es claro entonces para la Sala que si no se exigiera el cumplimiento a los comisionistas, no podría existir el mercado bursátil de la Bolsa.

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 CRC Mercantil S.A. y la Bolsa 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 CRC Mercantil no pueden ser tenidos como una

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

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 CRC Mercantil S.A. claramente establece: *"Del 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 BNA".* (el subrayado es nuestro)

Es claro para la Sala, que sólo a partir del incumplimiento de una operación, la CRC Mercantil S.A. 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 CRC Mercantil S.A. 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 *"(...) si bien la entidad de la norma de los contratos, que se aplica 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 generado".* 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. Así, si en el caso bajo estudio se alega y prueba una causa extraña o situaciones económicas determinantes, se entenderá que existe una causal eximente de responsabilidad. Sin embargo, lo anterior se tendrá en cuenta en cada uno de los incumplimientos analizados de forma específica para el fallo.

Así mismo, 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 *"(…) 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".* 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. (Subrayado por fuera del texto original)

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 Bolsa consiste en realizar una operación a nombre propio pero por cuenta de un tercero, lo cual implica, que la responsabilidad se radica en cabeza de la sociedad comisionista miembro de la misma.

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

Menciona la sociedad investigada que:

> *(...) la contradicción que existe al exigir a las firmas comisionistas que den cumplimiento de operaciones a partir de su propio patrimonio y recursos con referencia a la prohibición que existe de actuar en cuenta propia afectando en consecuencia el deber de cumplir con un mínimo de capital para poder operar.*
> *Lo anterior debe ser analizado detenidamente, pues es incuestionable la contradicción lógica jurídica que se genera en este tipo de investigaciones, pues se obliga a las firmas comisionistas*

a actuar en cuenta propia so pena de ser disciplinadas, situación que se hace latente cuando de conmina a las Firmas a sacar de su propio patrimonio los recursos para dar cumplimiento a las operaciones que sus comitentes en determinado momento no están en capacidad de honrar.

Es claro, tal y como se expuso anteriormente, que en el marco de la Bolsa, 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 *"Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, reglamentario, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. En ningún caso será admisible al momento del cumplimiento la excepción de falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado".*

Frente a esto se debe especificar entonces, que el pago de las operaciones o la entrega del producto, 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 –hoy decreto 2555 de 2010-, 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 –hoy artículos 2.11.1.3.1 y 2.11.1.3.2 del decreto 2555 de 2010- 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 o mediante la entrega del producto.

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 - artículo 2.11.1.3.2 del decreto 2555 de 2010- son:

(…) aquellas 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.

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 o se entrega un producto 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 *"la 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 sociedad****".* (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 Bolsa, con el objeto de honrar sus operaciones. Así, después de realizar un análisis sobre la situación cuestionada concluye que: *"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 principal"*[2].

De esta forma queda claro que teniendo en cuenta el objeto social de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, el pago de una obligación derivada del ejercicio del contrato de comisión o entrega del producto por las mismas razones, claramente constituye un acto que le permite cumplir las obligaciones contraídas en las actividades

[2] Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2008057155 del 4 de noviembre de 2008.

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.

2.3.3. *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: *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 como de forma analógica lo viene haciendo.*

Al respecto, como se ha puesto de presente en precedencia, se debe resaltar que las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa 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 del Reglamento 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.

2.3.4. *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 *"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, cita a las personas a conciliación,* ***sin perjuicio de la acción disciplinaria a que hubiere lugar****. (…)"*. (Subrayado fuera del texto original), de donde se desprende con suma claridad que la Bolsa 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 no es requisito la declaratoria de incumplimiento para que el área de seguimiento inicie una

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

investigación, señalando que: *su facultad de investigación se encuentra expresamente definida en el Reglamento de Funcionamiento y Operación, particularmente en el artículo 2.4.3.1. y, del procedimiento allí dispuesto, no se infiere que para que el órgano de Supervisión se encuentre investido de competencia para adelantar una investigación sea requisito de procedibilidad que se expida la correspondiente certificación de incumplimiento por parte de la administración de la Bolsa, pues al Área de Seguimiento le corresponde verificar el cumplimiento de las normas aplicables a los miembros de la Bolsa y a las personas vinculadas a estos y adelantar las investigaciones disciplinarias cuando sea del caso en forma autónoma e independiente de la administración de la Bolsa.* Frente a estas afirmaciones, la investigada solicita a la Cámara Disciplinaria *"la aplicación del artículo 29 de la Constitución Política, que trata el debido proceso*". Para efectos de justificar la anterior solicitud la sociedad esgrime las siguientes razones: *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.*

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 Bolsa, únicamente representa una prueba dentro del proceso disciplinario y así mismo es valorada, sin embargo, en ningún momento es un requisito para la iniciación del mismo.

2.3.5. *Improcedencia de aplicar un juicio de responsabilidad objetiva en situaciones de incumplimiento de operaciones de mercado*

La sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** en el escrito de descargos señala que la investigación iniciada por el Área de Seguimiento de la Bolsa, tiene como sustento unicamente el incumplimiento de operaciones celebradas en la Bolsa y que no efectúa un análisis de los deberes a cargo de las sociedades comisionistas de Bolsa, por lo que en su

concepto se está efectuando una valoración objetiva. Al respecto expresó: *Precisión que resulta relevante si se tiene en cuenta que la mayoría de los deberes que se exigen a una firma comisionista de bolsa, hacen referencia al cumplimiento de obligaciones puntuales; verbigracia: el envió (sic) de reportes periódicos, brindar asesoría por un profesional certificado, tener vinculado laboralmente al oficial de cumplimiento, así podría afirmarse que estos deberes se incumplen, por exceder las fechas indicadas para los envíos o no disponer de los funcionarios con unas calidades objetivas demostrables, con lo cual podría resolverse de cuerdo (sic) con la tradición jurisprudencial de la objetividad que la norma o el deber se cumplió o incumplió y por ende es merecedor de una sanción.(…)*. De esta manera, solicita al órgano disciplinario el análisis de las situaciones presentadas en desarrollo de las operaciones y las cuales pudieron generar los incumplimientos.

Frente a lo anterior, es necesario indicar que la Sala de Decisión No. 5 en el presente proceso disciplinario efectuará un análisis de la conducta, y valorará para el efecto la diligencia, especial responsabilidad y profesionalismo con el que actuó la sociedad comisionista investigada frente a cada uno de los cargos endilgados. Así las cosas, la Sala realizará el análisis de cara a la responsabilidad disciplinaria que le asiste a la sociedad comisionista por cometer conductas contrarias a las normas reglamentarias y legales, si esto es así, sin que en ningún momento se entienda que presentado un incumplimiento automáticamente el mismo se deriva en una sanción disciplinaria. En efecto este órgano disciplinario no decidirá la imposición de una sanción por la simple comisión del hecho.

2.3.6. *De la improcedencia de la aplicación del principio de oportunidad.*

Solicita la sociedad comisionista investigada la aplicación del principio de oportunidad, teniendo en cuenta que:

> *(…) de las explicaciones brindadas en el peor de los casos demuestran la ausencia de responsabilidad subjetiva de Mercado y Bolsa S.A. y necesariamente hacen discutible la aplicación de una responsabilidad objetiva, por demás proscrita en el derecho Colombiano, en situaciones en las cuales se hace presente la fuerza mayor el caso fortuito.*
>
> *Adicionalmente vale la pena reiterar que todas las operaciones se cumplieron o se han venido cumpliendo 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 Mercado y Bolsa S. A.; que en este caso y siempre que se ha presentado alguna dificultad a puesto todo de sí para salir adelante, en concordancia con los principios del mercado y en (sic) con la idea real de dar cumplimiento a las compromisos adquiridos.*

Acorde al artículo 2.4.1.4 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, la aplicación de esta figura tiene lugar cuando al realizar la evaluación costo – 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 objeto de investigación.

III. INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DE PRODUCTO EN LAS OPERACIONES DE FÍSICOS Nos. 5906476, 7898458, 8150131 Y 8150134.

3.1. Hechos.

3.1.1. La sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** celebró en calidad de comisionista vendedor las operaciones Nos. 5906476[3], 7898458[4], 8150131 y 8150134[5], con las condiciones que se exponen a continuación:

Número	Fecha celebración	Valor	Producto	Lugar de entrega	Entrega inicial	Entrega final	Cantidad pactada

[3] Comprobante de negociación (Cuaderno No. 1 Folio 22). Detalle impresión SIB operación (Cuaderno No. 1 Folio 33). Anexo de compra AGLFM, en la cual constan las condiciones de la entrega de la operación (Cuaderno No. 1 Folios 8 -11).
[4] Comprobante de negociación y detalle impresión SIB (Cuaderno No. 1 Folios 3-4). Anexo de compra mensual No. 17 AGLFM en la cual constan condiciones de la entrega de la operación. (Cuaderno No. 1 Folios 164-166).
[5] Detalle impresión SIB operaciones (Cuaderno No. 1 Folio 174-177). Ficha técnica producto Atún Lomitos en Aceite AGLFM (Cuaderno No. 1 Folio 173)

5906476	8-may-07	3,039,000	harina de trigo de primera paca x 12.5 x 500gms	B/manga	15-May-07	15-Oct-07	3,000
7898458	29-ago-08	2,550,000	pasta de trigo fortificada x 500 gr	Neiva	15-Oct-08	15-Oct-08	9,600
8150131	10-oct-08	36,083,520	atún enlatado lomo en aceite	Cartagena	15-Nov-08	14-Dic-08	16,320
8150134	10-oct-08	49,680,000	atún enlatado lomo en aceite	Bogotá	15-Nov-08	14-Dic-08	24000

3.1.2. El día 1° de agosto de 2007, la sociedad comisionista compradora Agrored S.A., mediante comunicación CTA.AG.2006-3378 solicitó la declaratoria de incumplimiento de la operación No. **5906476** toda vez que la entrega correspondiente al día 15 de julio de 2007, no se había efectuado[6]. De acuerdo con lo anterior, la administración de la Bolsa, declaró el incumplimiento parcial en la entrega de la operación No. 5906476, mediante comunicación PSD-233 del 2 de agosto de 2007[7].

3.1.3. El 11 de noviembre de 2008, la sociedad comisionista Agrored S.A., mediante comunicaciones CTA.AG. 2008-6067[8] y CTA.AG.2008-6072[9] solicita la declaratoria de incumplimiento de la operación No. **7898458** toda vez que en la entrega correspondiente al mes de octubre no fue entregada una cantidad correspondiente a 4.212 kilos de pasta de trigo. Por lo anterior, la administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-341 del 12 de noviembre de 2008, declaró el incumplimiento parcial de la operación en las cantidades solicitadas[10].

3.1.4. El 12 de noviembre de 2008, mediante correo electrónico, la sociedad comisionista Agrored S.A. solicitó al Departamento Convenios Control Calidad de la Bolsa, el muestreo y análisis de 8.160 unidades a atún entregados en Cartagena[11] y correspondientes a la operación No. **8150131**[12]; por solicitud de su mandante Agencia Logística de las Fuerzas Militares[13]. Así mismo mediante correo electrónico de la misma fecha, la sociedad comisionista Agrored S.A. solicitó el muestreo y

[6] Cuaderno No. 1 Folio 41.
[7] Cuaderno No. 1 Folio 18.
[8] Cuaderno No. 1 Folio 172
[9] Cuaderno No. 3 Folio 1290
[10] Cuaderno No. 1 Folio 171
[11] Impresión SIB, en las cuales consta la entrega y recibo del producto, entregas y recibo el 26-nov-08 y 12-dic-08
[12] Cuaderno No. 2 Folio 677
[13] Comunicación 2244 ALDCS-ALGA del 12 de noviembre de 2008. (Cuaderno No. 2 Folio 677).

análisis de 12.000 unidades de atún entregadas en Bogotá[14], correspondientes a la operación No. **8150134**[15].

3.1.5. Mediante comunicación DT-937 del 14 de noviembre de 2008, el Departamento Convenios Control calidad informa que: *"el producto muestreado en la regional Bogotá se encuentra fuera de los parámetros establecidos en la negociación ya que el producto entrega para da cumplimiento a la operación no corresponde"*[16]. Así mismo, mediante DT-955 del 19 de noviembre de 2008[17], el Departamento Convenios Control Calidad del la Bolsa informa que: *"el producto entregado en la Regional Cartagena, no corresponde al Lomo de atún calidad Extra o de lujo como aparece en la negociación, corresponde a atún rayado, por consiguiente el producto no corresponde al negociado"*

3.1.6. Mediante comunicación MBO-2994 del 14 de noviembre de 2008, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** solicita al Departamento Convenios y Control calidad frente a la operación No. **8150134** *"ser más precisos en los requisitos que no fueron cumplidos para poder solucionar dicho inconveniente"*[18]. De acuerdo con lo anterior, mediante comunicación DT-941 del mismo día el Departamento Convenios Calidad informa que: *"el producto entregado en la Regional Bogotá, no corresponde a Lomo de atún calidad Extra o de lujo como aparece en la negociación, corresponde atún rayado, por consiguiente el producto no corresponde al negociado*[19]*"*.

3.1.7. De esta manera, mediante comunicación MBO-3056 del 21 de noviembre de 2008[20]., la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** informa a la Bolsa respecto de la operación **8150131** que: *"el producto será sustituido dentro de los 8 días de acuerdo a lo establecido en los reglamentos de la BNA"*

3.1.8. Posteriormente, mediante comunicación de 25 de noviembre de 2008[21], la sociedad comisionista investigada informa que su mandante se presentó para realizar el cambio de atún solicitado en las operaciones Nos. **8150131** y **8150134**, encontrando que el atún que había sido entregado correspondía a atún Lomo calidad extra, por lo cual, no está de acuerdo con el dictamen de calidad de los productos muestreados. De esta manera objeta el análisis realizado, solicita copia del dictamen y envía pruebas sobre la calidad del producto. Adjunta comunicación del mandante manifestando la inconformidad con el análisis técnico[22].

---

[14] Impresión SIB, en las cuales consta la entrega y recibo del producto entregas y recibo el 26-nov-08 y 11-dic-08
[15] Cuaderno No. 3 Folio 1261
[16] Cuaderno No. 2 Folio 673
[17] Cuaderno No. 2 Folio 668
[18] Cuaderno No. 2 Folio 672
[19] Cuaderno No. 2 Folio 669
[20] Cuaderno No. 2 Folio 667
[21] Cuaderno No. 2 Folio 666
[22] Cuaderno No. 2 Folio 652-665

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

3.1.9. El 26 de noviembre de 2008, mediante comunicación DT-981, el Departamento de Convenios Control Calidad ratifica que el producto no cumple con las calidades exigidas[23].

3.2. Solicitud Formal de Explicaciones.

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 a la sociedad comisionista investigada **MERCADO Y BOLSA S.A.** mediante ASI-117 del 1 de octubre de 2009, considerando que la sociedad comisionista *"presuntamente habría incumplido con la entrega de los productos negociados en la BNA"* y que dicha conducta podría dar lugar a la vulneración del artículo 29, numerales 6, 8, 11 y 20 del Decreto 1511 de 1006; los numerales 1, 2, 6, 7 y 29 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de la Bolsa, lo que configuraría la conducta prevista en el numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento[24].

3.3. Explicaciones Formales.

La sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** presentó, en término, sus explicaciones formales el 3 de noviembre de 2009[25].

Respecto de la operación No. 5906476 manifestó:

> *(…) MYB dentro de la ejecución del Mandato concedido por Masapan S.A. celebro (sic) la operación 5906476 y la 5904049 dos operaciones correspondientes a Harina de trigo de primera para entregar en Bucaramanga en las mismas fechas y en el mismo domicilio pero en diferente presentación tal como consta en las papeletas anexas.*
>
> *Esta operación en particular corresponde a una entrega de 500 kg de harina de trigo de primera en presentación de paca por 12,5 k por 500 gramos y se valora en % 506.500 resultantes de multiplicar la cantidad por el precio. (500kg (sic) x $ 1.013)*

De esta manera manifiesta que las gestiones realizadas para estas operaciones fueron las mismas ya que tenían la misma naturaleza y mandante. Así agrega:

> *En razón a lo anterior y dado que sobre estas operaciones MYB se pronuncio (sic) dentro del proceso originado por el anterior comité de vigilancia mediante Resolución de apertura 098 en la cual se abre investigación sobre nuestra actuación en la operación 5904049 y dado que,*

[23] Cuaderno No. 2 Folio 651
[24] Cuaderno No. 1 Folios 468-495
[25] Cuaderno No. 2 Folios 1010-1050

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

repito nuestra actuación fue la misma para esta operación 5906476 sobre la cual requieren explicación, solicitamos de manera respetuosa se oficie a la Cámara Disciplinaria para que traslade copia del expediente correspondiente al caso no (sic) 450 y se revise la comunicación MYB-076 del 22 de febrero del 2.008 en la cual se rinden las explicaciones pertinentes, se entregan las pruebas respectivas, se solicitan algunos testimonios y se anexan los documentos que sustentan nuestra actuación en dicha operación la cual es la misma para esta operación 5906476.

(…)

Finalmente es importante reiterar que sobre la operación 5904049 la Cámara Disciplinaria se pronuncio (sic) mediante resolución 048 del 2008 en la cual exonero (sic) a la firma de los cargos señalados, desconocemos los motivos por los cuales en su momento el comité de vigilancia no abrió la investigación sobre las dos operaciones al tiempo a pesar de que como ya se comento tenían las mismas características: mismo mandante, mismo producto, igual lugar de entrega, igual fecha de entrega, lo único que difiere es la presentación.

Respecto de la operación No. 7898458 manifestó:

La cantidad negociada para esta operación fue de 9.600 kilos de Pasta de Trigo Fortificada, en la cual nuestro mandante se comprometió a entregar dentro de las fechas pactadas.

Dentro del plan de seguimiento a entregas que realiza MYB se detecto a través de información suministrada por el Comisionista Comprador que el cliente había entregado únicamente 5288 kilos, lamentablemente no se pudo detectar tempranamente pues telefónicamente que es el primer recurso con que contamos para entregar nos confirmaron la entrega. Una vez detectada la situación se procedió a solicitar al cliente el completar la entrega para cumplir con lo acordado quien finalmente entrego (sic) el faltante junto con una indemnización.

El Mandante fue informado de la situación y se convino indemnizar con unos kilos de más a la Agencia Logística debido al error que se cometió por la no entrega a tiempo de la totalidad del producto. El Mandante comprador aceptó la indemnización, recibieron el producto y se dio cumplimiento de la operación en su totalidad tanto en la entrega como en el pago, es mas el pago se hizo oportunamente de acuerdo con la fecha inicialmente pactada tal como consta en los documentos anexos referentes a esta operación.

Agrega que la declaratoria de incumplimiento es de fecha anterior a las entregas finales realizadas, de esta manera considera que queda demostrado que: *"(…) a pesar del error inicial en la demora de entrega de la suma de 4.212 kilos MYB en aras mantener el equilibrio y de sacar adelante la operación por todos los medios como es costumbre y política logro que se indemnizara al cliente y que se cumpliera la operación (…)".*

Respecto de las operaciones Nos. 8150131 y 8150134, se refirió en los siguientes términos:

En primer lugar resulta relevante aclarar que en ningún momento esta operación fue declarada incumplida en cuanto a la entrega por parte de la Bolsa.

Efectivamente en el proceso de entrega se presento (sic) una diferencia en la interpretación de las calidades del producto que finalmente concluyo (sic) con su reemplazo definitivo, la entrega satisfactoria y pago del producto.

Posteriormente explica las circunstancias ocurridas así:

En este caso en particular y después de analizar la secuencia cronológica se puede demostrar que inicialmente se acepto (sic) el cambio del producto mediante comunicación 3056 del 21 de noviembre y atendiendo la comunicación del departamento técnico de la bolsa DT 955.

Posteriormente y tal como consta en las comunicaciones que reposan en el expediente, mediante comunicación MBO-3091 se solicito (sic) revisar el análisis base de la decisión informada mediante la comunicación DT-955, dicha solicitud obedeció a su vez a una solicitud efectuada por nuestro mandante, quien considero prudente recurrir dicho oficio pues consideraba tener la razón.

Una vez notificados nuevamente por parte del Departamento técnico de la Bolsa que la calidad de este producto definitivamente no cumplía con las condiciones estipuladas se procedió a realizar el cambio definitivo del producto en los lugares estipulados y se dio cumplimiento en la entrega de la operación.

(…)

En síntesis, MYB defendió la tesis de su mandante vendedor LUKER S.A. sobre la calidad del producto con argumentos técnicos y una vez el Departamento técnico tomo la decisión de solicitar definitivamente el reemplazo se efectuó en los términos previstos y se concluyo (sic) la operación a satisfacción del comprador.

3.4. Evaluación de las explicaciones por parte del Área de Seguimiento y Pliego de Cargos.

Se refiere en primer lugar, a la operación No. **5906476** explicando las condiciones de las mismas y las pruebas obrantes en el expediente. Posteriormente se refiere al argumento esgrimido por la investigada en cuanto las situaciones de hecho presentadas en esta operación son similares a las de la operación No. 5904049, la cual ya fue objeto de estudio de decisión por parte del órgano disciplinario. Al respecto menciona:

El Área de Seguimiento, con el fin de dilucidar la presunta igualdad de supuestos de hecho en las investigaciones adelantadas por incumplimiento en las entregas correspondientes a las operaciones Nos. 5904049 y 5906476; solicitó a la encartada todas las facturas referentes a las

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

entregas realizadas por el mandante Masapan S.A., del producto harina de trigo x 500grs, en el marco del cumplimiento de la operación No. 5906476; recibiendo como respuesta cinco (5) facturas expedidas en los meses de mayo, julio, agosto, septiembre y octubre, en las que se encuentra como novedad que en la factura del mes de julio cuenta con la siguiente observación "(sic) be el día 05 de julio 2007 16:19 pm y la (sic) ga se debía realizar 15 de junio de 2007". Situación que nos indica que la sociedad comisionista no posee la factura correspondiente a la entrega del mes julio, mes en el cual, al tenor de los documentos reseñados, se presentó el consabido incumplimiento. Este hecho llama la atención del Despacho, pues difiere de lo sucedido en la investigación adelantada por incumplimiento en la operación No. 5904049, la cual, según se infiere de la Resolución No. 048 de 2008, se desarrolló alrededor de la expedición y entrega de facturas fraudulentas para los meses en que debían ser entregados los productos.

Así considera que no se le puede dar el mismo tratamiento a ambas operaciones *toda vez: que ambas son operaciones independientes, realizadas en ruedas diferentes y que, contrario a lo afirmado por el memorialista, los procesos no comparten los mismos supuestos de hecho, habida cuenta que dentro de la investigación de la operación No.5904049 el Comité de Vigilancia pudo establecer, según se acredita en la Resolución No. 048 de 2008, cómo la sociedad Masapan S.A., mandante vendedor, expidió una factura fraudulenta para probar una entrega inexistente del producto; factura que envió a la firma comisionista Mercado y Bolsa S.A. para certificar la pretendida entrega. Dicha situación no se presentó en la operación en estudio, en la que por el contrario, no existe la supuesta factura fraudulenta, pues, como ya se anotó, de las facturas allegadas por la encartada ninguna corresponde a la fecha del incumplimiento certificado, en el entendido que éste se presentó en la entrega del 15 de julio de 2007 y la factura expedida en dicho mes, obedece a la entrega extemporánea de los productos del mes anterior, tal como da cuenta la nota en el espacio de observaciones de la misma.*

De acuerdo con lo anterior considera que en la operación bajo estudio no es factible que la investigada haya sido víctima de la mala fe de su mandante. Agrega que no obra prueba en el expediente que acredite que finalmente se haya entregado el producto faltante.

Posteriormente se pronuncia sobre la operación No. **7898458** explicando las condiciones de la misma y las pruebas más relevantes que obran en el expediente encontrando que: *"Del tenor de los documentos anteriormente reseñados, así como de las explicaciones dadas por la sociedad encartada, en las cuales acepta el incumplimiento parcial en la entrega de la totalidad del producto pasta de trigo fortificada x 48 unidades x 250 grs, concluye éste Despacho la ocurrencia del hecho contrario a los reglamentos".*

En lo que se refiere a la información telefónica suministrada por el mandante considera que: *"este hecho no obsta para que la mandataria, dentro del deber de diligencia que le atañe y obrando con la precaución esperada de un profesional del mercado, solicitara a Masapan el envío via fax de la factura cambiaria de compraventa con acuso de recibo, o de la orden de entrega o remesa, de ser el caso".*

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

Manifiesta que no puede ser de recibo el argumento de la investigada en cuanto entregó la totalidad del producto antes de la solitud de declaratoria de incumplimiento ya que: *(…) no se aviene con la realidad toda vez que según información brindada por el Departamento de Operaciones de la BNA en comunicado DO-243 del 29 de enero de 2010, la entrega del producto faltante fue realizada el miércoles 12 de noviembre de 2008, un día después de la solicitud elevada por la sociedad Agrored S.A. y el mismo día en que fue decretado el incumplimiento por parte de la Bolsa Nacional Agropecuaria.*

Agrega que: *Ahora, si bien es cierto que la sociedad comisionista compradora en aras de preservar el equilibrio de la operación, lograr (sic) tardíamente el cumplimiento total de la misma y soslayar el perjuicio irrogado a la parte compradora, realizó gestiones tendientes a la entrega de una mayor cantidad de producto a modo de indemnización por extemporaneidad;*
dicho hecho podría ser apreciado por la Cámara Disciplinaria para graduar una sanción, de ser el caso, pero en manera alguna tiene la capacidad de enervar el incumplimiento acaecido por la falta de entrega total del producto conforme a las condiciones de negociación pactadas, y plasmadas en el correspondiente comprobante de negoción y ficha técnica respectiva.(…).

En lo que respecta a las operaciones Nos. **8150131 y 8150134** después de explicar las condiciones de las mismas, las pruebas obrantes en el expediente y las circunstancias presentadas considera que: *(…) si bien, se evidencia que la encartada estuvo siempre en procura del cabal cumplimiento de las obligaciones adquiridas, como se colige de los múltiples oficios relacionados con anterioridad y de las declaraciones rendidas por el representante legal de la sociedad Agrored S.A., Boris Alejando López de Mesa*[26]*, la sociedad comisionista vendedora no desplegó la debida diligencia, asesoría e información a su cliente sobre la obligatoriedad de acatar el fallo del organismo arbitral conforme a la normatividad vigente aplicable en las circunstancias descritas, pues, so pretexto de servir de mediador a su mandante ante el Departamento Convenio Control Calidad de la Bolsa olvidó que como profesional del mercado debía dar cumplimiento a lo expuesto en los artículos 75 ya citado y 78 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA.*

Posteriormente se refiere a la no declaratoria de incumplimiento de la Bolsa y las facultades del Área de Seguimiento para iniciar investigaciones de forma oficiosa.

De acuerdo con lo anterior concluye que: *para el Despacho es claro que las operaciones No. 8150131 y 8150134 fueron incumplidas en cuanto a la calidad del producto entregado en las Regionales Atlántico y Bogotá, el 14 de noviembre de 2008, al entregar unidades de atún rayado en lugar de unidades de atún lomo extra de lujo y al no ser sustituidos dentro de los términos reglamentarios. En efecto, la sociedad encartada incurrió en conducta lesiva, pues una vez ser notificada de los informes desfavorables de calidad sólo sustituyó los productos el 5*

[26] Folio 1383 cuaderno No.3

de diciembre de 2008[27]*, es decir, fuera de la oportunidad prevista en los reglamentos. Oportunidad que para el caso de la operación No. 8150131, tenía como fecha límite el 3 de diciembre de 2008 y para la operación No. 8150134 el 27 de noviembre de similar anualidad. Conductas estas que justifican el elevar cargos al respecto.*

3.5. Descargos en relación con el incumplimiento en la entrega en las operaciones de físicos No. 5906476, 7898458, 8150131 y 8150134

En relación con la operación No. 5906476, reitera lo señalado en las explicaciones formales en cuanto esta operación comparte los mismos supuestos facticos de la operación No. 5904049, investigada en el régimen de transición y por la cual se exoneró a la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.**, toda vez que se presentó una factura fraudulenta para acreditar la entrega del producto objeto de negociación, al respecto señala el investigado que esta situación puede ser probada con la factura fraudulenta que se aporta, con la cual se prueba la mala fe del mandante.

Por otra parte se refiere a la reunión sostenida con el mandante comprador Agencia Logística de las Fuerzas Militares y la sociedad comisionista compradora Agrored S.A., en la cual se acordó que la investigada entregaría la cantidad de producto faltante, señala que no obstante este acuerdo el mandante comprador consiguió el producto por su parte.

Respecto de esta operación finaliza, afirmando que si bien se trata de operaciones diferentes en cuanto al número de identificación, teniendo en cuenta que se presentó igual situación debe darse aplicación a la figura de la cosa juzgada, resaltando por último que la sociedad comisionista actuó diligentemente y que hay ausencia de responsabilidad de la firma teniendo en cuenta las circunstancias descritas.

En cuanto a la operación No. 7898458, indica en primer lugar que no es cierto como afirma el Área de Seguimiento que la investigada aceptó el incumplimiento endilgado, por otra parte se refiere a la fecha pactada para la entrega, esto es 15 de octubre de 2008 y la fecha en que se informa a la Bolsa de la entrega parcial y la declaratoria de incumplimiento, señalando que de acuerdo con el Reglamento, la operación se encontraba cumplida y que la obligación de informar el cumplimiento de la obligación no recaía en la firma comisionista investigada.

Por último, afirmó que si bien el Área de Seguimiento reconoce las gestiones de su representada así como la indemnización reconocida a la contraparte, las mismas deben ser tenidas en cuenta para exonerar a la firma comisionista y no como atenuante al momento de graduar la sanción.

[27] Folio 1148 y 1149 cuaderno No. 3

En lo que hace a las operaciones No. 8150131 y 8140134, destaca el hecho de que estas operaciones no fueron declaradas incumplidas por la administración de la Bolsa por lo que su juicio se encuentran cumplidas. Por otra parte indica que no comparte el cargo endilgado, esto es el incumplimiento en la entrega señalando que esta si fue efectuada, y que lo presentado en el desarrollo de la operación fue asunto meramente formal y de las condiciones de las operación.

Así mismo indicó que la investigada realizó las gestiones necesarias a fin de verificar la calidad del producto rechazado y se refirió a la objeción del análisis técnico efectuado: *es necesario que la Sala de Decisión No. 5 tenga en cuenta que era nuestra obligación contractual defender los intereses de nuestro mandante, en un contexto lógico de los negocios, cual es solicitar la verificación de un dictamen técnico, que permitiera establecer el cumplimiento o no de un producto, de acuerdo con la especificación técnica requerida sin que esta gestión pueda constituirse en un incumplimiento a las normas del mercado.*

Respecto de la fecha en que fue sustituido el producto, difiere la investigada de lo afirmado por el Área de Seguimiento, toda vez que la entrega se hizo dos días después de la fecha establecida para la entrega del producto que se sustituía, así mismo señala que respecto del problema de calidad del producto, se llegó a un acuerdo con su contraparte.

3.6. Consideraciones de la Sala

3.6.1. *Del incumplimiento de la operación No. 5906476*

Como ya se mencionó en el acápite de hechos, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.**, realizó en calidad de comisionista vendedor la operación No. 5906476 sobre harina de trigo y de acuerdo con los documentos que obran en el expediente, se acordaron entregas mensuales a partir del día 15 de mayo de 2007 hasta el 15 de octubre del mismo año.

Se encuentra probado que en desarrollo de la operación, no se efectuó por parte de **MERCADO Y BOLSA S.A.** la entrega de 500 kilos del producto Harina de trigo, correspondiente al mes de julio de 2007, según comunicaciones del 1° de agosto de 2007, por parte del mandante AGLFM y la sociedad comisionista compradora Agrored S.A, contraparte de la negociación, y declaratoria de incumplimiento PSD-233 del 3 de agosto de 2007.

Igualmente y como se mencionó, dentro de las condiciones de la operación, se tiene que fueron pactadas seis entregas, cada una de 500 kilos, y es así como revisado el modulo de compensación, en lo que hace a la acreditación de entregas, encuentra la Sala que no

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

existe reporte para la entrega correspondiente al mes de julio de 2007[28], entregándose por lo tanto de los 3000 kilos de producto pactado, solo 2.500 con lo cual, esta Sala encuentra probado el incumplimiento en la entrega por parte de las sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.**

De igual forma, la investigada en sus descargos y en audiencia ante este órgano disciplinario, señaló que una vez notificada la sociedad comisionista de la no entrega correspondiente al mes de julio, efectuó reuniones con la sociedad comisionista compradora y su mandante, donde finalmente se acuerda que la parte compradora conseguirá el producto. En efecto, la sociedad comisionista investigada no niega la no entrega parcial del producto en la fecha pactada.

Así, no habiendo duda sobre el incumplimiento en la entrega del producto objeto de la operación, entrará la Sala entonces a analizar los argumentos esgrimidos por la investigada para justificar la misma.

3.6.1.1. De la acreditación de la entrega por parte del mandante

La investigada indica que en la operación No. 5906476 bajo investigación, se presentó la misma situación fáctica de la operación No. 5904049, la cual fue objeto de investigación por parte de este órgano disciplinario en el Régimen de Transición, indicando que el mandante, producto y fechas de entregas eran las mismas para las dos operaciones, a excepción de la presentación del producto. Es así como sostiene, que en la operación referida e investigada en el régimen de transición, fue objeto de engaño por parte del mandante vendedor, pues al momento de acreditar una de las entregas parciales, presentó una factura que no correspondía a la realidad y con la cual pretendía acreditar la entrega correspondiente, siendo la sociedad comisionista asaltada en su buena fe**,** hecho por el cual el órgano disciplinario la exoneró de toda responsabilidad, según consta en Resolución 048 de 2008, proferida por la Sala de Decisión Transitoria No. 1[29].

Revisadas las condiciones de la operación que aduce la investigada, así como los documentos que obran en el expediente, encuentra la Sala que efectivamente, se trata del mandante Masapan, el producto harina de trigo y que igualmente se pactaron en la operación entregas parciales en la ciudad de Bucaramanga del 15 de mayo al 15 de octubre de 2007.

[28] Impresión SIB, Modulo de Compensación y Liquidación Operación No. 5906476
[29] Cuaderno No. 2 Folios 499-502

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

Ahora bien, en cuanto a la acreditación de las entregas de la operación objeto de investigación, del material probatorio se encuentran las siguientes facturas[30], las cuales, de acuerdo a lo aducido por la investigada, se tomaban como comprobante de despacho del producto:

Mes de entrega	Cantidad entregada	Factura	Fecha Factura
Mayo	500	21243	15-may-07
Julio	500	21960	03-jul-07
Agosto	500	22609	09-ago-07
Septiembre	500	160604	13-sep-07
Octubre	500	160915	10-oct-07
TOTAL ENTREGADO	**2.500**		

Es preciso anotar que la factura 21960 del 3 de julio de 2007, corresponde a la entrega de junio, pues se evidencia una anotación en la misma en donde se precisa que se recibe el 5 de julio de 2007 y la entrega se debía efectuar el 15 de junio de 2007, por lo que queda claro para la Sala que la entrega del mes de junio se efectuó de forma extemporánea.

No obstante lo anterior no entrará la Sala a estudiar dicha entrega extemporánea toda vez que en el presente proceso se está investigando la entrega correspondiente al mes de julio.

De acuerdo con lo anterior es claro que no se encuentra acreditada la entrega correspondiente al mes de julio. Obsérvese que la cantidad total entregada de acuerdo con las facturas reseñadas corresponde a 2.500 kg. y el total de la operación eran 3.000 kg., por lo tanto, es claro que dicha entrega no ocurrió.

De acuerdo con lo anterior, se colige que el mandante nunca presentó un comprobante de despacho del producto que no correspondiera con la realidad y que por lo tanto la investigada no fue asaltada en su buena fe, por lo que entonces no se presentó situación similar con la operación referida por **MERCADO Y BOLSA S.A.,** diferente del incumplimiento en la entrega para el mes de julio en las dos operaciones, asistiéndole razón al Jefe del Área de Seguimiento cuando expresa: *(…) no existe la supuesta factura fraudulenta, pues, como ya se anotó, de las facturas allegadas por la encartada ninguna corresponde a la fecha del incumplimiento certificado, en el entendido que éste se presentó en la entrega del 15 de julio de 2007 y la factura expedida en dicho mes, obedece a la entrega extemporánea de los productos del mes anterior, tal como da cuenta la nota en el espacio de observaciones de la misma.* Igualmente, la sociedad comisionista investigada en el escrito de descargos presentado, señaló que adjuntaba la factura referida, sin embargo, una vez

[30] Cuaderno No. 3 Folios 1152-1156

revisados los anexos se encuentra que este documento nunca fue aportado por la investigada en el presente proceso disciplinario.

Ahora bien, revisados los considerandos de la Resolución 048 de 2008, proferida por la Sala de Decisión Transitoria No. 1 de la Cámara Disciplinaria, se encuentra que la Sala que conoció el caso en referencia, transcribió una comunicación vía correo electrónico del 10 de agosto de 2007, por la cual el mandante vendedor Masapan, se refiere a las circunstancias del incumplimiento en la entrega para las dos operaciones, en los siguientes términos:

> *"Durante el mes de Julio 07 la empresa Masapán no tuvo entregas en la ciudad de Bucaramanga. El día 25 de julio se logró consolidar una entrega en la ciudad de Bucaramanga y se habló con el Sargento Reina quien le aprobó telefónicamente a la srta. Sonia Patiño de Masapán la entrega de la harina de trigo para el sábado 28 de julio en horas de la mañana.*
>
> *Debido a esto la empresa Masapán S.A. envió la mercancía el sábado 28 de julio. En el momento en que el conductor llegó a las instalaciones del Fondo Rotatorio Bucaramanga le dijeron que no estaba autorizada su entrega. El portero le recibió papeles y le dijo que entregara el producto en la semana siguiente. EL miércoles 1 de agosto se coordinó para la entrega de la mercancía pero el Sr. Benavides no acepto y declaró el incumplimiento"*[31]

De acuerdo con lo anterior, no es de recibo lo argumentado por la investigada al mencionar que: *"si bien entendemos que se trata de operaciones distintas, es natural que sobre los mismos supuestos de hecho se resuelva en el mismo sentido, en aplicación del fenómeno jurídico de la cosa juzgada"*, por cuanto se pudo probar en el desarrollo del presente proceso disciplinario, que no se presentó la situación de engaño por la cual se exoneró a la sociedad comisionista en la Resolución 048 de 2008, por lo tanto no comparte los mismos supuestos de hecho.

3.6.1.2. De la responsabilidad de MERCADO Y BOLSA S.A. por el incumplimiento en la entrega de la operación.

Al no haberse probado la circunstancia señalada por parte de la investigada, y siendo cual fuere la situación o condición del mandante que le imposibilitó la entrega del producto, reitera la Sala que son los miembros de la Bolsa los responsables del cumplimiento de las obligaciones por ellos acordadas, es así como al realizar una operación a nombre propio, las excepciones propias del cliente no pueden alegarse como justificación del incumplimiento de obligaciones que son propias del comisionista y que sólo sobre su cabeza reposan, como lo es la obligación de entrega del producto.

[31] Resolución 048 de 2008, Folio 6

Encuentra la Sala que la diligencia desplegada por la sociedad comisionista no fue suficiente para evitar el incumplimiento de la operación, pues finalmente el producto no fue entregado ni siquiera de forma extemporánea. Así, aunque en los momentos posteriores al incumplimiento hubo gestiones por parte de la investigada que demuestran cierta diligencia, como es la reunión con el mandante comprador para lograr la entrega, no se dilucida la misma diligencia en el seguimiento de la operación, pues debió advertir la situación de incumplimiento para el mes de julio dentro del procedimiento de verificación de entregas. En efecto, la conducta prudente y diligente se debe profesar constantemente y no sólo en determinados momentos cuando se ha verificado el incumplimiento, lo cual en el caso concreto es precisamente lo que ocurrió.

Así, la sociedad comisionista no puede desentenderse de la operación y esperar a realizar un verificación posterior para determinar si se presentó o no cumplimiento de las condiciones pactadas, sino que una conducta diligente y prudente debe estar encaminada a hacer el respectivo seguimiento de su mandante y de las entregas para determinar si las condiciones de tiempo, modo y lugar están siendo cumplidas tal y como se pactaron en la Rueda de Negocios y así adoptar todas las medidas tendientes a dar cumplimiento a sus deberes legales y reglamentarios, lo cual, en el caso bajo estudio no ocurrió.

3.6.2. *Del incumplimiento en la entrega de la operación No. 7898458*

Se encuentra probado en el expediente que la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.**, celebró el día 29 de agosto 2008, en calidad de comisionista vendedor, la operación No. 7898458 sobre pasta de trigo[32] con la sociedad comisionista Agrored S.A. como comisionista comprador. Las entregas del producto conforme al comprobante de negociación y al SIB debían realizarse el 15 de octubre de 2008.

Mediante comunicación del 5 de noviembre de 2008, el mandante comprador informa a Agrored S.A. que *"Teniendo en cuenta la negociación No. 7898458 que trata de la adquisición de, PASTA ALIMENTICIA FORIFICADA (sic) SECO TIPO SPAGETTI FARDO X 48 UNIDADES X 250 GRS para la Regional de TOLEMAIDA BODEGA (NEIVA), con plazo de entrega hasta el 15 de octubre de 2008, me permito informar que faltaron por entregar 4.212. Kilos, que a la fecha no ha llegado a la regional".* De esta manera, la sociedad comisionista Agrored S.A. mediante comunicación del 11 de noviembre de 2008, solicitó la declaratoria de incumplimiento de la operación por 4.212 kilos toda vez que a la fecha únicamente se habían entregado 5.338 kilos de producto de los 9.600 negociados. Así las cosas, la administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-341 del 12 de noviembre de 2008, declaró el incumplimiento parcial de la operación.

[32] Anexo de compra mensual No. 17 AGLFM en la cual constan condiciones de la entrega de la operación.

Al respecto, menciona la sociedad comisionista investigada que: *(…) Dentro del plan de seguimiento a entregas que realiza MYB se detecto a través de información suministrada por el Comisionista Comprador que el cliente había entregado únicamente 5288 kilos, lamentablemente no se pudo detectar tempranamente pues telefónicamente que es el primer recurso con que contamos para entregar nos confirmaron la entrega. Una vez detectada la situación se procedió a solicitar al cliente el completar la entrega para cumplir con lo acordado quien finalmente entrego (sic) el faltante junto con una indemnización.*

Por otra parte, obra en el expediente comunicación del 21 de noviembre de 2008, de **MERCADO Y BOLSA S.A.**, a través del cual da alcance al PSD-341 del 12 de noviembre de 2008 y anexa orden de entrega No. 00079057, factura de transporte No. 4857 y factura de compraventa No. 000742, del 8 de noviembre de 2008, señalando que la operación se encontraba cumplida y que se habían realizado las entregas correspondientes al mes de octubre[33].

Así mismo indica que entregó la totalidad del producto esto es 9.600 kilos y anexa como comprobante de entrega del producto, copias de facturas por la totalidad del producto negociado más un excedente, revisadas las cuales se encuentra que el despacho del producto se efectuó el 8 de noviembre de 2008, cuando la entrega estaba pactada como ya se mencionó el 15 de octubre de 2008, siendo extemporánea la misma.

De lo anterior, evidencia la Sala que se encuentra probado que la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** no efectuó la entrega total del producto en la fecha pactada, sin embargo la entrega de producto adicional a título de indemnización por parte de la investigada, será tenida en cuenta por la sala para la graduación de la sanción.

En efecto, el representante legal de la sociedad comisionista compradora en audiencia de testimonio ante el Área de Seguimiento señaló: *Si digamos que el comisionista vendedor siempre estuvo con la mayor disposición de ayudar a arreglar la situación, nosotros informamos a nuestro cliente la Agencia Logística y de común acuerdo con la Agencia Logística y con el mandante vendedor y con el comisionista vendedor llegamos a un acuerdo por una indemnización por los 4.212 kilos incumplidos, pues la operación se honró en su totalidad.* Igualmente indicó que su mandante con la indemnización adujo estar satisfecho sin haberse causado perjuicio alguno.

Por otra parte, señala la investigada en el escrito de descargos: *(…) se tiene que el cumplimiento de la operación 7898458 se pactó para el día 15 de octubre de 2008 y de acuerdo con lo indicado en la documentación que se relaciona en el Pliego de Cargos, la entrega parcial fue informada hasta el 11 de noviembre declarándose el incumplimiento el 12 de noviembre, fecha para la cual desde el análisis legal no es procedente, ya que técnicamente la operación se*

[33] Cuaderno No. 1 Folios 169-170

encuentra cumplida (…). Al respecto, para la Sala este argumento de la sociedad comisionista investigada no es válido, por cuanto independientemente de la certificación de incumplimiento por parte de la Bolsa, es claro que se presentó un incumplimiento como esta misma lo reconoce, pues se entregó el producto 18 días después de la fecha pactada en la operación, no dando cumplimiento estricto a la negociación.

Así, el la conducta endilgada corresponde a un incumplimiento final de la operación tal y como se encuentra definido en el numeral 3.11.1 del Instructivo Operativo 09 de 2006 de la CRC Mercantil S.A. Por su parte, el numeral 1° del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación en concordancia con el numeral 11 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006, establece como obligación de los miembros de la Bolsa *"Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación".* En el caso bajo estudio, es claro que no se atendió con esta disposición al incumplir con la obligación de entrega acorde con las condiciones pactadas al momento de la celebración de la operación. Adicionalmente, entiende esta Sala que con el incumplimiento de la operación, desatiende lo previsto en el numeral 7° del mismo artículo que prevé dentro del catálogo de las obligaciones de los miembros *"Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. En ningún caso será admisible al momento del cumplimiento la excepción de falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado".*

En efecto, celebrada la operación en Bolsa, y acordados los términos de la negociación, éstos deben cumplirse de la forma como se pactaron. De la misma manera y por los mismos motivos, la sociedad comisionista se encuentra vulnerando lo establecido en el numeral 6° del artículo 29 del Decreto 1511 que establece: *"Artículo 29. Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: (…) 6. 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".* (Subrayado fuera del texto original)

Según indica el representante legal de la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.**, el incumplimiento obedeció a problemas logísticos del mandante y al hecho de que el mismo informó que había entregado la totalidad del producto, cuando era contrario a la realidad, sin embargo, coincide la Sala de Decisión con el Jefe del Área de Seguimiento en que son los miembros de la Bolsa los responsables del cumplimiento de las obligaciones por ellos acordadas y adicionalmente como gestión por parte de la investigada esta información debió haber sido confirmada.

No obstante lo anterior, la Sala tendrá en cuenta las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista posteriores a la declaratoria de incumplimiento, pues si bien se presentó un faltante, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.**, entregó más producto con el fin de compensar en cantidad, lo cual denota diligencia y responsabilidad al intentar minimizar el daño ocasionado y resarcir el mismo, y si bien podría atenuar la responsabilidad disciplinaria que le asiste a la investigada no tiene la facultad de enervar el incumplimiento, ni subsana la conducta. De hecho, como se ha anotado, no se evidencia la misma diligencia durante en el desarrollo de la operación.

Siendo esto así y considerando el acervo probatorio, y los escritos de defensa presentados por la firma **MERCADO Y BOLSA S.A.,** la Sala de Decisión No. 5 de la Cámara Disciplinaria en relación con la operación No. 7898458, encuentra mérito suficiente para sancionar a la sociedad comisionista. No obstante, para determinar la sanción a imponer, la Sala, tendrá en cuenta los atenuantes evidenciados.

3.6.3. Del incumplimiento en la entrega en las operaciones No. 8150131 y 8150134

3.6.3.1. De la traza de las operaciones No. 8150131 y 8150134

Se encuentra probado dentro del expediente que la firma comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.**, celebró el día 10 de octubre de 2008, las operaciones forward MCP No. 8150131 y 8150134 en condición de comisionista vendedor con la sociedad Agrored S.A. como contraparte, sobre atún enlatado lomo en aceite. Las operaciones fueron pactadas por una cantidad de 16.320 y 24.000 unidades para ser entregadas, según se pactó en la operación No. 8150131 en la ciudad de Cartagena los días 15 de noviembre de 2008 y 14 de diciembre de 2008, y en la operación No. 8150134, entregas en la ciudad de Bogotá en las mismas fechas.[34]

Como se mencionó en los hechos, el 12 de noviembre de 2008, la sociedad comisionista compradora Agrored S.A. en cumplimiento del procedimiento de calidad de productos establecido en el Reglamento de la Bolsa, solicitó el muestreo y análisis del producto entregado en las ciudades de Cartagena y Bogotá, por 8160 y 12.000 unidades de Atún, respectivamente.

Revisada la ficha técnica de producto[35], se encuentra que las características del atún lomitos en aceite calidad extra, eran las siguientes:

[34] Cuaderno No. 3 Folios 1250-1252
[35] Cuaderno No. 1 Folio 173

Calidad: Requisitos establecidos en la Res. Min. Protección Social No.148/2007[36] *y norma Técnica NTC 1276*[37]*. El Lomo Fino (compacto), es el atún cortado en segmentos transversales, el cual no se debe adicionar fragmentos sueltos deber ser 100% lomo fino.*

El Departamento de Convenios Control Calidad, realizó el muestreo del producto objeto de las negociaciones, y mediante comunicación DT-937 del 14 de noviembre de 2008, encontró que: "*(…) el producto entregado en la Regional Cartagena, no corresponde a Lomo de atún calidad Extra o de lujo como aparece en la negociación, corresponde a atún rayado, por consiguiente el producto no corresponde al negociado".* Igual concepto realizó respecto del producto entregado en la ciudad de Bogotá mediante comunicación DT-941 del 14 de noviembre de 2008.

De esta manera, el Departamento de Operaciones mediante comunicación DO-1121 del 14 de noviembre de 2008, solicita a la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.**, de acuerdo a lo evidenciado por el Departamento de Convenios Control Calidad, la sustitución del producto objeto de la operación No. 8150134, en los términos reglamentarios.

Frente a lo anterior, la sociedad comisionista investigada mediante comunicación del 19 de noviembre de 2008, solicitó la aclaración de las especificaciones de calidad que se incumplían en el producto entregado, frente a lo cual el Departamento de Convenios Control Calidad mediante comunicación DT-955 del 19 de noviembre de 2008, da respuesta informando que el producto no correspondía lomo de atún calidad sino a atún rayado. Así, la investigada, informó mediante comunicación del 21 de noviembre de 2008, que el producto sería sustituido por su mandante dentro del término reglamentario establecido para el efecto.

Sin embargo, el mandante vendedor una vez notificado de los análisis técnicos del producto, manifestó no estar de acuerdo con los resultados, inconformidad que fue puesta en conocimiento de la Bolsa a través de la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.,** quien mediante comunicación MBO-3091 del 25 de noviembre de 2008, objetó el dictamen técnico señalando: "*En relación con el análisis del producto realizado por ustedes, nuestro mandante no esta de acuerdo con el dictamen de los productos muestreados ya*

[36] El Numeral 5.1. Literal a) Artículo 5°. Resolución 148 de 2007 expedida por el ministerio de protección social señala que "*Presentación que se caracteriza porque en su empaque los lomos se encuentran perfectamente definidos, con una cantidad máxima de 5% de atún en trozos, rallado o desmenuzado, provenientes del proceso de fabricación del producto"*

[37] *Numeral 2.2.1.1. Lomo de atún calidad extra o de lujo: esta presentación se caracteriza porque en su empaque los lomos se encuentran perfectamente definidos; se aceptará una cantidad máxima de 5% de atún en trozos, desmenuzado o rallado, provenientes del proceso de fabricación del producto.*

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

que dicho atún es extra o de lujo y no es rallado sino lomo como esta en la etiqueta de los productos entregados dentro de las fechas". Anexa en la misma comunicación, los análisis técnicos del producto realizado por Atunec S.A., en donde se argumenta que los productos cumplían con lo establecido en la Resolución 148 de 2007 del Ministerio de Protección Social en lo relativo al porcentaje límite de atún rallado que integra el producto Lomo de Atún, toda vez que el porcentaje de atún rayado en el producto entregado correspondía al 11.6%, señalando que el límite para esta calidad de atún era del 22%.

Al respecto, el Departamento de Convenios, mediante comunicación DT-981 del 26 de noviembre de 2008, ratificó que el producto no cumplía con las condiciones de negociación y explica:

> *(…) 1- De los resultados emitidos por ATUNEC, (referido en el rótulo como empresa que elabora el atún), se concluye que el producto contiene el 11.5% de rayado.*
>
> *2- El requisito del producto solicitado según SIC-25290 menciona: "el cual no se debe adicionar fragmentos sueltos debe ser 100% lomo fino" el producto entregado no cumple con el requisito de la ficha técnica.*
>
> *2.1.- La norma NTC 1276 establece para el lomo atún calidad Extra máximo de atún trozos o rallado un 5%; es decir el resultado emitido por ATUNEC tampoco cumple con la norma*
>
> *3- Del resultado emitido por la BNA, el producto no corresponde 100% a lomo de atún calidad Extra conforme a la ficha de producto código SIC 25290*
>
> *3.1.- El producto en el rotulado menciona peso de 170 gramos; la ficha de producto SIC 25290 establece 175 gramos peso neto.*

En efecto, una vez efectuado el análisis de los supuestos de calidad del atún, es claro para la Sala, que efectivamente el producto entregado no cumplía los requisitos de la ficha técnica, teniendo en cuenta que la misma establece que el producto debe ser 100% lomo. Adicionalmente no cumple con la norma del ICONTEC NTC 1276, sobre atún en conserva, la cual fue también pactada como patrón de calidad en la negociación, y en la cual se establece que los lomos deben ser perfectamente definidos, aceptando un porcentaje máximo de atún en trozos del 5%, ya fuera desmenuzado o rallado.

Ahora bien, al haberse declarado por parte del Departamento de Convenios Control Calidad de la Bolsa, que el producto objeto de las operaciones No. 8150131 y 8150134, se encontraba fuera de los parámetros establecidos en la negociación, la sociedad comisionista debía efectuar la sustitución del producto, de conformidad con lo establecido en el artículo 78 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, que establece:

En caso de presentarse conflicto sobre la calidad del producto, la parte afectada deberá dar aviso inmediato al Organismo Arbitral de la Bolsa para que a través de su Grupo Técnico, determine si el producto es o no de recibo, de acuerdo con las calidades acordadas. Si el producto no es de recibo, el miembro vendedor tendrá que sustituirlo dentro de los ocho (8) días hábiles, contados a partir de la fecha del dictamen, asumiendo los costos derivados del rechazo e incluyendo los del Organismo Arbitral. Si el producto es de recibo, el miembro comprador queda obligado a recibirlo dentro de los términos pactados. (…)

De acuerdo con lo anterior, tenemos que el dictamen de calidad del producto para la operación No. 8150134 fue efectuado el 14 de noviembre de 2008 y para la operación No. 8150131 el 19 de noviembre de 2008, por lo que para la primera operación el producto debía ser sustituido el 27 de noviembre de 2008 y el 1 de diciembre de 2008 para la segunda.

Sin embargo, conforme a los documentos que obran en el expediente, se encuentra que la sociedad comisionista investigada **MERCADO Y BOLSA S.A.** solicitó el 28 de noviembre de 2008, al mandante comprador, ampliación del plazo para la entrega del producto, la cual fue concedida por la contraparte según comunicaciones ALDCS del 28 de noviembre de 2008 y CTA.AG.2008-6505 de Agrored S.A. del 3 de diciembre de 2008, hasta el 12 de diciembre de 2008. Por otra parte obra Acta de Modificación de Operaciones del 3 de diciembre de 2008, en la cual se pacta conforme a la prorroga en la entrega del producto a sustituir, el aplazamiento en el pago de las operaciones objeto de estudio.

Sin embargo, el producto finalmente es entregado el 5 de diciembre de 2008 según facturas de compraventa No. 172[38] y 173[39] de esta fecha, por las cuales se remiten a las ciudades de Bogotá y Cartagena, 24.000 y 16.320 unidades de atún, respectivamente, cumpliéndose de esta forma con la entrega de totalidad del producto negociado.

Ahora bien, señala el Jefe del Área de Seguimiento: *(…) si bien las sociedades comisionistas están en todo el derecho de llegar a acuerdos modificatorios de las operaciones en las cuales son parte, estos acuerdos deben ser realizados y entregados oportunamente a la Bolsa, dentro de la semana siguiente a la fecha en que se celebró la negociación y antes del vencimiento de los plazos pactados para su cumplimiento[40]. Requisitos que, a todas luces, no son observados por el pacto realizado entre las sociedades comisionistas Mercado y Bolsa y Agropar S.A, por fuera de bolsa,*

[38] Cuaderno No. 3 Folio 1148
[39] Ibíd., Folio 1149
[40] *ARTICULO 75.- Por convenio expreso y escrito entre las partes, el cual debe ser entregado oportunamente a la Bolsa, se podrán modificar por una sola vez, dentro de la semana siguiente a la fecha en que se realizó la negociación y antes del vencimiento de los plazos pactados, las siguientes condiciones de la negociación: Fecha límite de entrega y de recibo; sitio de entrega; fecha y forma de pago; presentación del producto; compensaciones acordadas y cantidad.(…)*

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

toda vez que, para el momento del convenio habían transcurrido casi dos meses de la realización de las operaciones y ya se encontraban vencidos los primeros plazos para la entrega de los productos correspondientes a las mismas.

Al respecto considera la Sala que en el caso objeto de estudio no es dable la aplicación del artículo 75 del Reglamento, por cuanto se trataba de un conflicto de calidad y en ese entendido debía efectuarse el procedimiento de calidad establecido en el artículo 78 del Reglamento de la Bolsa, por lo que es claro que la sociedad comisionista investigada ya había procedido a la entrega en primera instancia y presentados los conflictos de calidad, la modificación se presentó en el término de la sustitución del producto. Por ende, si bien es cierto que se presenta un incumplimiento, no se trata de la modificación de las fechas de entrega pactadas en la operación de Bolsa al momento de su celebración, sino que se trata del incumplimiento del término establecido en el artículo 78 del Reglamento.

Frente al incumplimiento del anterior término establecido para efectuar la sustitución del producto y teniendo en cuenta que finalmente se sustituyó el producto antes de la "prórroga" otorgada, encuentra la Sala que se debe realizar un llamado de atención a la sociedad comisionista en cuanto a que el producto debe sustituirse a los 8 días hábiles contados a partir de la fecha del dictamen, término que no podría ser modificado por un acuerdo de las partes más aún cuando dicha modificación procede como consecuencia de la apelación de un dictamen que no era posible apelar.

3.7. De la responsabilidad disciplinaria, las normas vulneradas por la conducta de MERCADO Y BOLSA S.A. y graduación de la sanción.

Las conductas estudiadas en el presente acápite y objeto de reproche, se encuentran previstas en el Boletín Instructivo No. 09 del 19 de febrero de 2006, que dispone que el incumplimiento final en la entrega del producto se define en los siguientes términos: "*Evento presentado cuando en la fecha en la cual se debe entregar el producto, esta obligación no se cumple, o habiendo entregado el producto la firma comisionista no cumple con los requisitos de cantidad y calidad pactados o no informa a la Dirección de Operaciones de la CCBNA mediante los formatos y horario establecidos. (…).*" En el caso en estudio, no se atendió con esta disposición al incumplir con la obligación de entrega acorde con las condiciones pactadas al momento de la celebración de la operación.

Adicionalmente, en las operaciones Nos. 8150131 y 8150134 la sociedad comisionista vulneró la disposición establecida en el artículo 78 del Reglamento al no cumplir el término de 8 días hábiles para efectuar la sustitución del producto, presentado un conflicto de calidad.

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

Así mismo, entiende esta Sala que con el incumplimiento final de la operación, desatiende lo previsto en el numeral 7° del artículo 1.6.5.1. que señala dentro del catálogo de las obligaciones de los miembros la de *"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*" y el numeral 2 de esta disposición que determina que los miembros deberán *"Cumplir permanentemente y en su integridad la ley, los estatutos y reglamentos de la Bolsa y las determinaciones de sus áreas u órganos de dirección, administración, operación, supervisión, disciplina y de solución de conflictos, sin que sirva de excusa o defensa la ignorancia de dichos reglamentos, circulares, instructivos operativos, acuerdos y laudos.".* En efecto, en el caso concreto, independientemente de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad disciplinaria que se hayan podido identificar, lo cierto es que se acreditó que la investigada no efectuó la entrega total de los productos objeto de las operaciones No. 5906476 sobre Harina de Trigo, 7898458 de Pasta de Trigo y de las operaciones No. 8150131 y 8150134 sobre Atún enlatado, sin que haya una causal que pueda eximir de responsabilidad por dicha conducta.

Celebrada la operación en Bolsa, y acordados los términos de la negociación, éstos deben cumplirse de la forma como se pactaron. De la misma manera y por los mismos motivos, la sociedad comisionista se encuentra vulnerando lo establecido en los numerales 6° y 11 del artículo 29 del Decreto 1511 que establecen:

> *Artículo 29. Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones (…):*
>
> *6. Pagar el precio de compra o hacer la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión de los mismos.* (Resaltado fuera del texto original)
>
> *11. Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva.*

De esta forma, considera la Sala necesario reiterar la importancia que reviste para el mercado bursátil administrado por la Bolsa, 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

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

inversionistas que depositan su confianza en el mismo sino también para las mismas sociedades comisionistas miembros de la Bolsa como partícipes del mercado.

Adicionalmente, considera la Sala que la conducta desplegada por la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.,** vulneró la disposición contenida en el numeral 6° del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en concordancia con el numeral 8° del artículo 29 del Decreto 1511[41]. En efecto esta disposición reglamentaria establece que será obligación de los miembros de la Bolsa: *"Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad".* De esta forma, recuerda la Sala que 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 realizar una actividad dentro del mercado público, es claro que deben actuar con la diligencia propia de un profesional que actúa en el mercado bursátil, toda vez que se encuentra en juego la confianza y credibilidad depositada por el público. En efecto, de manera específica en el caso de las operaciones Nos. 8150131 y 8150134 sobre Atún enlatado, se evidencia que faltó precisión al entregar producto que claramente no cumplía con las calidades pactadas tal y como se demostró previamente. Así mismo, en el caso de las operaciones Nos. 5906476 sobre Harina de Trigo y 7898458 de Pasta de Trigo, faltó un seguimiento estricto a las entregas y verificación del cumplimiento de las operaciones pactadas.

No obstante lo anterior la Sala pondera también las situaciones presentadas en la operación No. 7898458 de Pasta de Trigo, en la que han quedado probadas las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista investigada con posterioridad a la declaratoria del incumplimiento por parte de la administración de la Bolsa, con el fin de dar cumplimiento final a la misma. Así mismo, es necesario anotar que las partes llegaron a un arreglo, en el que **MERCADO Y BOLSA S.A.**, reconoce una indemnización tal como consta a folios 168 a 170 del cuaderno No. 1, lo cual es tenido en cuenta también como atenuante para efectos de la graduación.

Así mismo, frente a la operación No. 5906476, encuentra la Sala que la magnitud de incumplimiento no es de tal entidad que pueda afectar el mercado tratándose de un incumplimiento parcial, de un lado, y de otro, que su contraparte tomó la decisión de

[41] Artículo 29. Obligaciones generales de los miembros. *"8. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, y precisión, procurando la satisfacción de los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia, lo cual implica el sometimiento de su conducta a las diversas normas que reglamentan su actividad profesional, ya provengan del Estado, de las mismas bolsas o constituyan parte de los sanos usos y prácticas del comercio o del mercado público de valores".*

adquirir el producto por su cuenta pese al ofrecimiento hecho por la sociedad comisionista de una entrega posterior.

Por último, como ya anotó la Sala para las operaciones Nos. 8150131 y 8150134, no hay una afectación ni a la contraparte ni al mercado toda vez que la sustitución del producto finalmente se realizó y en proximidad al término reglamentario establecido para el efecto y adicionalmente, más allá de la validez sobre el acuerdo al término de la sustitución, es claro que la contraparte expresamente acepta una prórroga para la entrega y ésta se realiza en la mitad del término establecido en dicha prórroga.

De esta forma, ponderando los elementos de graduación de la sanción, y en consideración a los antecedentes de la sociedad comisionista y a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos y las circunstancias específicas de la falta estudiada, por unanimidad la Sala de Decisión No. 5 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de AMONESTACIÓN PÚBLICA.

Finalmente, es preciso anotar que el área de seguimiento imputa el incumplimiento del deber de asesoría en los siguientes términos: *"no se puede afirmar el cabal cumplimiento del deber de asesoría e información del profesional del mercado, cuando en negociaciones de físicos como las realizadas sobre el producto atún lomo extra, operaciones No. 8150131 y 8140134, la sociedad comisionista so pretexto de ser condescendiente con el querer de su mandante, no advirtió al mismo la reglamentación existente frente a los conflictos de calidad del producto, la oportunidad de sustitución del mismo y el carácter de inapelable del estudio técnico hecho por el Departamento de Control Calidad de la BNA".* Sin embargo la Sala no encuentra que la situación presentada tenga como causa la falta de información brindada al mandante o que el mismo no conociera la naturaleza, deberes y obligaciones que se derivan de las operaciones celebradas en el escenario de la Bolsa, por lo tanto, no encuentra mérito para sancionar.

IV. INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO EN LAS OPERACIONES DE DISPONIBLE MCP Nos. 8104625, 8123503 Y 8156949.

4.1. Hechos.

4.1.1. La sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** celebró en calidad de comisionista comprador las operaciones de Físicos Disponible MCP Nos. 8104625, 8123503 y 8156949 con las condiciones que se muestran a continuación[42]:

[42] Comprobantes de negociación (Cuaderno No. 2 Folios 552-554) y detalles impresión SIB (Cuaderno No. 1 Folios 148- 153).

Número	Fecha celebración	Valor	Producto	Entregas pactadas	Cantidad pactada	Fecha de pago
8104625	01-oct-08	$82,000,000	Alimento concentrado	14-Oct-08	1 lote	13-Ene-09
8123503	06-oct-08	$10,800,000	Peces Alevinos	14-Oct-08	1 lote	15-Ene-09
8156949	14-oct-08	353,000,000	Semillas y plántulas	14-Oct-08	1 lote	15-Ene-09

4.1.2. El día 15 de octubre de 2008 el mandante comprador Cruz Roja Colombiana solicita una prórroga en las entregas para que las mismas sean entregadas a partir del 15 de enero de 2009, aduciendo situación de fuerza mayor ya que debido a la ola invernal no es posible distribuir los insumos y no es posible garantizar el almacenamiento y conservación de los mismos[43]. De esta manera, mediante comunicación MBO-2720 igualmente del 15 de octubre de 2008[44], la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** solicitó al Departamento Convenios Control Calidad su intervención *"a fin de que sea declarada una fuerza mayor de las operaciones de la referencia y programar una cámara arbitral para llegar a un acuerdo con los proveedores (…)".*

4.1.3. Mediante comunicación del 16 de octubre de 2009[45], la sociedad comisionista Miguel Quijano y Cía. S.A. contraparte en la operación No. 8104625 informa a **MERCADO Y BOLSA S.A.** que el producto se encuentra a disposición en la planta de producción desde el 20 de octubre para dar cumplimiento a la operación y que el mismo ya fue cancelado en su totalidad por su mandante. Así mismo menciona que le están exigiendo a su mandante que retire el producto de sus bodegas, el cual no se puede comercializar por sus características específicas y llama la atención sobre la duración del producto. Adicionalmente menciona que el costo de los fletes contratados podrían aumentar con el cambio de fechas. Finalmente informa que su mandante *"no está dispuesto a que haya un pago posterior a los 60 días después de la entrega inicial del producto asumida como el 14 de Octubre".*

4.1.4. El día 16 de octubre de 2009, mediante comunicación MBO-2729[46], la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.,** reitera su solicitud al Departamento Convenios y Control de calidad de la Bolsa sobre decretar una fuerza mayor en las operaciones.

4.1.5. El día 17 de octubre de 2008, se celebra reunión de arreglo directo entre las partes en la negociación, el cual se encuentra plasmado en Acta de Arreglo Directo No.

[43] Cuaderno No. 2 Folio 550
[44] Cuaderno No. 2 Folio 547
[45] Cuaderno No. 2 Folio 543
[46] Cuaderno No. 2 Folio 545

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

011 de 2008[47]. Respecto de la operación No. 8104625 se acuerda que el mandante comprador recibirá el producto en las instalaciones del AGD Almaviva Buga asumiendo el sobrecosto de los fletes que pudiera ocasionarse. El vendedor se obliga a transportar el producto a los sitios inicialmente pactados después del 15 de enero de 2009 y máximo hasta el 31 de enero de 2009. Así mismo se determina que el comprador pagará el producto en los términos establecidos en la negociación, esto es, 60 días después del 14 de octubre. De otra parte, para las operaciones 8123503 y 8156949 se acepta por parte del vendedor ampliar el plazo de entregar hasta después del 15 de enero de 2009 y solicita como contraprestación que el pago se realice a los 8 días siguientes a la entrega del producto.

4.1.6. El 13 de enero de 2009, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.**, suscribió con la sociedad comisionista vendedora Miguel Quijano S.A., acta de modificación de la operación No. 8104625, aplazando el pago de la misma hasta el día 15 de enero de 2009.[48]

4.1.7. El 14 de enero de 2009, la sociedad comisionista investigada suscribió con la sociedad comisionista Comiagro S.A. acta de modificación de operaciones, por la cual se aplaza el pago de las operaciones No. 8123503 y 8156949, hasta el día 20 de enero de 2010.[49]

4.2. Solicitud Formal de Explicaciones

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 a la sociedad comisionista investigada **MERCADO Y BOLSA S.A.** mediante ASI-117 del 1 de octubre de 2009, considerando que la sociedad comisionista presuntamente habría incumplido en el pago debido lo cual podría vulnerar las siguientes disposiciones: artículo 29, numerales 8, 11 y 20 del Decreto 1511 de 1006; los numerales 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de la Bolsa, el numeral 3.11.1 del Instructivo Operativo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la CRCBNA en concordancia con el numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento[50].

4.3. Explicaciones Formales

La sociedad comisionista en sus explicaciones formales, da cuenta de las situaciones presentadas en las operaciones bajo investigación en los siguientes términos:

[47] Cuaderno No. 3 Folio 1391-1393
[48] Cuaderno No. 4 Folio 130
[49] Cuaderno No. 4 Folio 129
[50] Cuaderno No. 1 Folios 468-495

Por solicitud de nuestro mandante una vez cerradas todas las operaciones se nos informo (sic) vía correo electrónico (ver anexos) que debíamos solicitar aplazamiento de las entregas correspondientes a las operaciones de la referencia dado que se presentaron situaciones de fuerza mayor. Una vez recibida la notificación como es nuestro deber se informo (sic) a la Bolsa y a los comisionistas vendedores la solicitud de aplazamiento la cual fue aceptada tanto por la Bolsa como por los comisionistas vendedores.
(…)

En reunión celebrada el día 17 de Octubre a las 2:30 p.m. en las instalaciones de la BNA se concertó aduciendo la fuerza mayor, realizar las entregas en otras fechas diferentes tal como consta en el Acta No 011 de 2008, en ella se establecieron unas condiciones especiales las cuales fueron cumplidas en su totalidad por las partes.
(…)

En síntesis MYB de ninguna manera incumplió ni la recepción ni el pago dentro de estas operaciones, una vez se detectaron las dificultades de recepción por parte del comprador lo cual nos lo informaron con posterioridad al cierre se procedió a encontrar la fórmula más adecuada que permitiera instrumentar las modificaciones de acuerdo con los reglamentos y con la intervención de la Bolsa así mismo en relación con el pago se hizo de acuerdo con lo pactado tal como consta en los documentos anexos.

Contrario a lo descrito en el documento recibido de parte del área de seguimiento MYB actuó diligentemente y logro (sic) que la operación se cumpliera en su totalidad sin generar ninguna dificultad tanto a comprador como a vendedor y dejo (sic) una imagen intachable ante el organismo que nos contrato (sic).

4.4. Evaluación de las explicaciones por parte del Área de Seguimiento y Pliego de Cargos.

En lo que se refiere al incumplimiento en el pago en las operaciones 8104625, 8123503 y 8156949 el Área de Seguimiento menciona:

Ahora bien, frente a la obligaciones de pago que le asistía a la sociedad comisionista encartada, a cumplirse 60 días hábiles después de la última entrega de los productos, es importante anotar, que si bien debido a las consideraciones ya expuestas los productos no fueron en entregados en la fecha inicialmente pactada para tal efecto, es menester realizar el cómputo de los términos para el pago a partir de la misma es decir, del 14 de octubre de 2008, toda vez que ese fue el compromiso a que las partes llegaron en Comité Arbitral del 17 de octubre de 2008. Así las cosas, los pagos debían efectuarse el día 13 de enero de 2009, para el caso de la operación No. 8104625 y el 15 del mismo mes y año, para las operaciones No. 8156949 y 8123503. Una vez expuesto lo anterior, el Despacho encuentra que los pagos mencionadas no fueron llevados a cabo en el término pactado para tal fin en Acta de Arreglo No. 11, toda vez

que en las fechas convenidas para éstos la sociedad Mercado y Bolsa solicitó aplazamiento de los mismos, es así como en los días indicados, 13 y 15 de enero de 2009, no se registraron en el sistema de compensación los pagos de las operaciones No. 8104625, 8156949 y 8123503, tal como se evidencia en la información remitida por el Departamento de Operaciones de la BNA mediante oficio DO-243 y se corrobora con la lectura de los impresos de consulta general de movimientos del 15 y 20 de enero de 2009, allegados por la encartada.

4.5. Descargos presentados por la sociedad comisionista MERCADO Y BOLSA S.A.

En primer lugar se refiere al reconocimiento del Área de Seguimiento de las situaciones de fuerza mayor que rodearon las operaciones y a la celebración del acuerdo de arreglo directo No. 11 de 2008, en el cual se acordó la modificación del plazo para la entrega de las operaciones y al mismo tiempo en el pago del producto.

Así mismo indica que dicho pago se efectuó en los términos establecidos y conforme a la modificación del término en el pago acordado por las partes, para lo cual expresó: *Es así, como el pago de las operaciones No. 8104625, 8123503 y 8156949 se realizó dentro de los días establecidos, de acuerdo con el acta de arreglo de la Cámara Arbitral y la modificación de que la misma hacen las partes interesadas e involucrada (sic) ya que allí se pactó y aceptó la prórroga del pago por parte del Departamento de Operaciones de la BNA junto con los mandantes vendedores, luego el acuerdo tiene toda validez. Dicho pago por estar en cabeza de una Entidad se rigió por el Reglamento del MCP, ejecutándose de forma completa las operaciones y los compromisos adquiridos en dicha reunión.*

4.6. Consideraciones de la Sala.

4.6.1. De la traza de las operaciones

Se encuentra probado dentro del expediente que la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.**, celebró en el marco de la Bolsa las operaciones Nos. 8104625, 8123503 y 8156949, en las fechas y condiciones expuestas en el numeral 4.1.1. del acápite de hechos.

El mandante comprador, Cruz Roja Colombiana, mediante comunicación del 15 de octubre de 2008, solicita aplazamiento en la entrega del producto objeto de las operaciones que se estudian, por razones de fuerza mayor. Conforme a lo anterior, la sociedad comisionista investigada mediante comunicación MBO-2720 de esta misma fecha, solicita al Departamento Técnico, declarar la fuerza mayor de las operaciones debido a problemas climatológicos y de orden público.

Respecto de la solicitud de aplazamiento de entrega y recibo del producto, la sociedad comisionista contraparte en la operación Miguel Quijano S.A., mediante comunicación del 16 de octubre de 2008, indicó que el producto objeto de la operación No. 8104625 concentrado para peces, se encontraba disponible para ser retirado de las bodegas del fabricante estableciendo un plazo para el retiro del mismo en las bodegas del vendedor. Así mismo se refirió a que, en caso de generarse costos adicionales, estos no serian asumidos por la sociedad comisionista.

Nuevamente la investigada mediante comunicación MBO-2729 del 16 de octubre de 2008 solicita a la Directora de la Cámara Arbitral, Doctora Nohora Helena Cruz, que intervenga con el fin de que sea declarada una fuerza mayor teniendo en cuenta las circunstancias de las operaciones, permitiéndose aplazar la entrega y recibo de los productos.

De esta manera, según consta en Acta de Arreglo directo No. 11 del 17 de octubre de 2008, se llevó a cabo reunión en sede del organismo arbitral, y en la misma se acordó respecto de la operación No. 8104625, que se recibiría el producto en un Almacén General de Deposito y que la fecha máxima para la entrega iba del 15 de enero hasta máximo el 31 de enero de 2009. Respecto del pago, no se efectúa modificación alguna por cuanto se indica: "*El comprador la Cruz Roja a través de su comisionista comprador se compromete a cancelar el producto con forme (sic) a los términos establecidos en la negociación, es decir 60 días después del 14 de octubre, el comisionista vendedor trasladará a su mandante lo concerniente al pago del producto (…)".*

En cuanto a las operaciones No. 8123503 y 8156949, teniendo en cuenta que el producto no es susceptible de almacenar, se acuerda ampliar el término de entrega hasta después del 15 de enero de 2009, al respecto se estipuló: "*(…) como contraprestación solicita se realice pago contado de inmediato, es decir dentro de los 8 días siguientes a la entrega del producto, y que se avise con por lo menos 15 días antes las fechas definitivas para la entrega, la cual será máximo hasta el 31 de enero de 2009".*

Ahora bien, llegada la fecha de pago, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** acordó con la sociedad Miguel Quijano y CIA S.A., sin acudir nuevamente al organismo arbitral esto es, por la mera voluntad de las partes, aplazar en el caso de la operación No. 8104625, en dos días el pago, es decir la fecha de pago de acuerdo con la forma de pago establecida en la negociación era el 13 de enero de 2009, acordándose que se cumpliría la obligación de pago a cargo de la investigada el 15 de enero de 2009.[51]

Frente a las operaciones No. 8123503 y 8156949, acordó la investigada con la sociedad comisionista Comiagro S.A., también sin acudir al órgano arbitral, que el pago pactado

[51] Acta de Modificación del 13-ene-09, Op. Cit. Cuaderno No. 4 Folio 130

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

para el 15 de enero de 2009 según los términos de la negociación, se ampliaría hasta el 20 de enero del mismo año.[52]

Encuentra la Sala que con independencia de la naturaleza del arreglo directo celebrado entre las partes en sede arbitral ya que como se explicará posteriormente el mismo no cuenta con el carácter de indemnizatorio establecido en el artículo 211 del reglamento, debe cumplirse de forma íntegra y estricta so pena de quitarle seriedad a una mecanismo tan importante dentro de mercado administrado por la Bolsa.

Así las cosas, no es dable que por la mera voluntad de las partes, se modifiquen las condiciones pactadas en dicho arreglo directo, ya que de lo contrario afectaría la seguridad y transparencia de las negociaciones celebradas en el ese escenario.

Por lo anterior, encuentra la Sala que se debe realizar un llamado de atención a la sociedad comisionista para que actúe con mayor diligencia y responsabilidad en especial en el escenario de un acuerdo de arreglo directo, para efectos de preservar la confianza de los participantes del mercado en este tipo de instrumentos.

4.6.2. De la responsabilidad disciplinaria, las normas vulneradas y graduación de la sanción.

Si bien el área de seguimiento solicita explicaciones por la presunta vulneración del *"artículo 29, numerales 8, 11 y 20 del Decreto 1511 de 1006; los numerales 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de la Bolsa, el numeral 3.11.1 del Instructivo Operativo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la CRCBNA en concordancia con el numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento",* en el pliego de cargos imputa además la vulneración del artículo 213 del Reglamento, frente a lo cual entrará a pronunciarse la Sala.

El acuerdo de arreglo directo celebrado a instancias de la Cámara Arbitral de la Bolsa, el 17 de octubre de 2008, modifica las fechas de entrega y pago del producto pactadas, modificación efectuada en virtud de la situación presentada en las zonas de entrega del producto. Ahora bien, el artículo 211 del reglamento que define los acuerdos de arreglo directo así: *"Certificado el incumplimiento de una negociación, la Cámara Arbitral, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha en que conozca la certificación, citará a las partes contratantes en la misma y/o a los respectivos comitentes, si fuere el caso,* ***para propiciar y facilitar el arreglo directo de carácter indemnizatorio****, indicando ubicación, fecha y hora de la reunión".* (subrayado por fuera del texto original).

[52] Acta de Modificación del 14-ene-09, Op. Cit. Cuaderno No. 4 Folio 129

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

De esta manera, encuentra la Sala que es bastante clara la disposición citada en cuanto este tipo de acuerdos simplemente proceden a partir de un incumplimiento ya que tienen un carácter netamente resarcitorio. En efecto, esta figura encuentra su razón de ser en el hecho de disminuir la afectación patrimonial de aquel a quien le ha sido incumplida una operación celebrada en Bolsa. Así las cosas y teniendo en cuenta que en el acuerdo bajo estudio no se evidencian obligaciones de carácter indemnizatorio, encuentra la Sala que no es posible imputar la vulneración del artículo 213 del Reglamento que se encuentra dirigido únicamente a aquellos acuerdos regulados en el artículo 211 del Reglamento.

No obstante lo anterior, es claro para la Sala que se presentó un incumplimiento en el pago de la operación ya que la modificación realizada de común acuerdo por las partes para efectos disciplinarios y frente a la Bolsa, no era válida. Así las cosas la sociedad comisionista debió haber efectuado el pago de acuerdo con las condiciones establecidas en el acuerdo celebrado con la contraparte a instancias de la Cámara Arbitral de la Bolsa. De esta manera, y por obviar los mecanismos bursátiles establecidos para estas situaciones, la sociedad comisionista vulneró la disposición establecida en el artículo 1.6.5.1. del Reglamento que establece la obligatoriedad de la sociedad comisionista miembros de la Bolsa de *"2. 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".*

Así mismo encuentra la Sala que la sociedad comisionista no actuó con la debida diligencia, claridad y precisión al realizar modificaciones sin seguir las disposiciones y mecanismos reglamentarios establecidos para el efecto, vulnerando así la disposición contenida en el numeral 6 del artículo 1.6.5.1. del reglamento que implica que los miembros de la Bolsa deberán: *"Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad".*

Todo lo anterior, y la falta de rigurosidad de la sociedad comisionista para efectuar modificación en las condiciones de la operación conllevó de suyo, un incumplimiento en el pago en las fechas acordadas lo cual se enmarca dentro de la situación prevista en el numeral 3.11.1 del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la CRC Mercantil, que define el incumplimiento final de la operación por el no pago de la misma. Lo anterior, a su vez conlleva a la vulneración del numeral 7 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento que establece la obligación de: *"Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, reglamentario, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. En ningún caso será admisible al momento del cumplimiento la excepción de falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado"* así como el numeral 11 del artículo 29 de Decreto 1511 de 2006 que establece la obligación de: *"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".

Así cosas es claro que existió en el presente caso un incumplimiento a las obligaciones asumidas y por lo tanto es objeto de reproche en sede disciplinaria. En tal sentido se procede a imponer una sanción de **AMONESTACION PÚBLICA**, teniendo en consideración a los criterios de graduación de la sanción en especial la gravedad de los hechos y las modalidades y circunstancias en que se desarrolló la conducta estudiada. De otra parte, anota esta Sala que, habida cuenta de que el retraso fue concertado disminuye la dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa.

V. INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO EN LA OPERACIÓN DE FORWARD SIMPLE No. 6626044.

5.1. Hechos

5.1.1. La sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** celebró en calidad de comisionista comprador[53] la operación de forward simple No. 6626044 el 28 de diciembre de 2007, sobre aceite crudo de palma por un valor total de $1.056.396.000 con la sociedad comisionista Agropar S.A. como contraparte. La operación fue pactada con entregas mensuales en las bodegas del comprador con una entrega inicial el día 1 de enero de 2008 y entrega final el 2 de enero de 2009 con forma de pago a plazo 10 días después de la entrega del producto.[54]

5.1.2. El Consorcio Fiduciaria-Corficolombiana del 20 de mayo de 2008[55], informó a la sociedad Astorga S.A. mandante comprador en la negociación, el valor pendiente de pago por concepto de venta de aceite del mes de abril de 2008.

5.1.3. La sociedad Astorga S.A. mediante correo electrónico del 22 de mayo de 2008[56], informa que efectuó un pago a favor del Consorcio Fiduciaria-Corficolombiana por concepto de venta de aceite correspondiente al mes de abril de 2008, por valor de $93.705.283.

5.1.4. El Consorcio Fiduciaria-Corficolombia**n**a mediante comunicación del 4 de junio de 2008[57], informa a la investigada el no pago total por parte de Astorga S.A. al

[53] Contrato de mandato sin representación para la compra de productos con entregas y pagos futuros, suscrito el día 30 de mayo de 2006, entre ASTORGA S.A., en su condición de mandante comprador y la sociedad comisionista MERCADO Y BOLSA S.A. en calidad de comisionista comprador.
[54] Comprobante de negociación Cuaderno No. 1 Folio 111
[55] Cuaderno No. 2 Folio 624
[56] Cuaderno No. 2 Folio 622
[57] Cuaderno No. 1 Folio 116

Patrimonio Titupalma, por concepto de venta de aceite, y solicita el pago inmediato del saldo.

5.1.5. La sociedad comisionista Mercado y Bolsa envía comunicación el 9 de junio de 2008[58], en la cual se refiere al pago de la operación, y explica el procedimiento en Bolsa, respecto de entregas y acreditación de pagos, así mismo solicita se acrediten las entregas faltantes.

5.1.6. El Consorcio Fiduciaria Corficolombiana mediante comunicación del 12 de junio de 2008[59], solicita a Agropar S.A. gestionar el pago del saldo adeudado por Astorga al Patrimonio Titupalma, correspondiente a los meses de abril y mayo de 2008.

5.1.7. Mediante comunicación 4833 del 17 de junio de 2008, la sociedad comisionista Agropar S.A. solicitó el incumplimiento parcial en el pago de la operación por los meses de abril y mayo de 2008[60].

5.1.8. Mediante correo electrónico del 16 de junio de 2008[61] Astorga S.A. informa al Consorcio Fiduciaria- Corficolombiana, la realización de un pago por valor de $47.675.183, correspondiente al valor neto de sus facturas por aceite, anotando que de esta manera dan por cumplido el compromiso de pago del mes de mayo.

5.1.9. Por otra parte mediante comunicación del 18 de junio de 2008[62], Astorga S.A. indica a la investigada su interés de cumplir con obligación de pago de los saldos a debidos al Patrimonio Titupalma y la situación financiera de Astorga que le ha impedido efectuar el pago.

5.1.10. La administración de la Bolsa, mediante comunicación PSD-204 del 19 de junio de 2008 declaró el incumplimiento parcial en el pago de la operación por un valor de $226.974.989,36 para el mes de abril, y de $306.229.954,00 para el mes de mayo[63].

5.2. Solicitud Formal de Explicaciones

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 a la sociedad comisionista investigada **MERCADO Y BOLSA S.A.** mediante ASI-117 del 1° de octubre de 2009, considerando que la sociedad comisionista presuntamente habría incumplido en el pago debido lo cual podría vulnerar las siguientes disposiciones: artículo 29, numerales 8, 11 y 20 del Decreto 1511 de 1006; los numerales 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de la Bolsa, el numeral 3.11.1 del Instructivo Operativo

[58] Cuaderno No. 1 Folios 112-113
[59] Cuaderno No. 1 Folios 117-118
[60] Cuaderno No. 1 Folio 119
[61] Cuaderno No. 2 Folio 628
[62] Cuaderno No. 1 Folios 620-621
[63] Cuaderno No. 1 Folio 120

No. 09 de febrero 19 de 2007 de la CRCBNA en concordancia con el numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento[64].

5.3. Explicaciones Formales

Menciona en primer lugar que el pago correspondiente a los meses de abril y mayo de 2009 fue realizado ya que los mismos *"fueron pagados de acuerdo a la costumbre de neteo, utilizada igualmente por el Consorcio y conocida por el comisionista vendedor en los casos de otros mandantes como San Pedro y CI Tequendama CI El Roble".*

Agrega que: *"Es importante aclarar que todas las operaciones que se celebran en el escenario de la BNA y que corresponden o hacen parte de un proceso de titularización tales como Ingenio Pichichi e Incauca-Postobon no son compensadas es decir los pagos se hacen directamente entre mandante comprador y vendedor lo cual facilito (sic) en su momento para que se realizara el neteo de las operaciones. Esta operación no es compensada dado que fue estructurada con anterioridad a la creación del sistema de compensación y liquidación actual y se rige por lo establecido en el prospecto de emisión y colocación así como sucede con otras titularizaciones (…)".*

Así mismo explica que:

> *En varios escenarios incluso en reunión de cámara arbitral celebrada los días 14 y 24 de noviembre se expusieron y presentaron las pruebas conducentes a demostrar el pago del aceite correspondiente a las operaciones forward en cuestión por parte de Astorga S.A. , así mismo se evidencio (sic) que el saldo que se quiere involucrar en la contabilidad de las operaciones y que busca que éstas aparezcan como incumplidas obedece a una posible obligación adquirida por Astorga S. A., con ocasión del retiro de la titularización de un Palmero (San Pedro), que en nada tiene relación con el cumplimiento de las operaciones forward, por las cuales está llamado a cumplir MYB.*
>
> *Lo anterior se evidencia al admitir el prepago total del valor titularizado por Astorga S.A. con lo cual da cumplimiento total al forward. Si se analiza la secuencia de la información que se anexa se concluye que el Patrimonio le solicita a nuestro Mandante Astorga cancelar la totalidad de los recursos que adeuda por otros conceptos (palmeras San Pedro) lo cual no tiene ninguna relación con la operación Forward en comento. Así mismo existen documentos expedidos por el patrimonio autónomo que evidencian el pago del aceite mediante cruce de cuentas o neteo y demuestra que el saldo final adeudado corresponde a otros conceptos.*

Por otra parte menciona que los mandantes llegaron a una transacción quedando a paz y salvo. Considera que con lo anterior se demuestra que no se logró comprobar que no se hubiese cubierto el valor por el cual se declaró el incumplimiento.

[64] Cuaderno No. 1 Folios 468-495

Posteriormente se refiere al incumplimiento declarado por la Bolsa, indicando que se trata de un procedimiento reglado que tiene unos términos máximos. Así mismo rectifica el valor de entregas mencionadas en la declaratoria de incumplimiento en los siguientes términos: *Claramente la operación celebrada y la papeleta emitida por la Bolsa dentro de la operación en cuestión da cuenta de lo establecido en el mandato y hace mención a entregas mensuales de 50.33 toneladas, las cuales se multiplican por el valor de la tonelada de aceite para cada uno de los meses con lo cual resulta un valor neto por las entregas de $216.167,350, el cual difiere en una suma importante del valor por el cual la Bolsa declaro (sic) el incumplimiento, de manera tal que el incumplimiento no corresponde al valor real de las entregas.* En esta misma línea menciona que: *"en la clausula sexta se establece que en el evento de presentarse ausencia de pago se deberá suspender las siguientes entregas, no entendemos como el comisionista vendedor autorizo (sic) la entrega del mes de mayo cuando supuestamente no se había pagado la entrega del mes de abril. Adjuntamos copia del mandato vigente".*

De esta manera concluye: *"Como se puede observar existen múltiples inconsistencias dentro del proceso declaratoria de incumplimiento de esta operación con lo cual se presume falta de claridad en la administración de la operación, no obstante jamás se lograron rebatir los argumentos de pago de Astorga S.A. Mandante de MYB, por el contrario tal como se manifestó y según consta en los anexos el comisionista comprador y nuestro mandante envían un documento donde consta que dan finiquito a las diferencias originadas por esta situación".*

5.4. Evaluación de las explicaciones por parte del Área de Seguimiento y Pliego de Cargos.

Aclara en primer lugar que teniendo en cuenta que la operación objeto de investigación no hizo parte del sistema de compensación y liquidación de la CRC Mercantil S.A, la labor probatoria frente a los pagos realizados se hace más dispendiosa, por lo cual solicitó en variadas ocasiones información a la CRC Mercantil S.A., sin embargo no fue posible que dicha entidad aportara argumentos importantes en el caso. Posteriormente menciona que las pruebas remitidas por la investigada encaminadas a demostrar los pagos realizados "*(…) no tienen, por si solas, la virtualidad de probar la realización de los mencionados pagos, toda vez que no se cuenta dentro del proceso con documentos, diferentes a los emitidos por la mandante compradora, que corroboren esta información.* Manifiesta que por el contrario *obran en el expediente sendos oficios del 20 de mayo de 2008*[65]*, 4,*[66]*12*[67] *y 17*[68] *de junio y 24*[69] *y 26*[70] *de septiembre de la misma anualidad, en los cuales tanto la comisionista vendedora Agropar S.A., como la representante del consorcio Fiducoldex Corficolombiana, niegan la realización total*

[65] Folio 623 cuaderno No. 2
[66] Folio 116 cuaderno No. 1
[67] Folio 117 cuaderno No. 1
[68] Folio 119 cuaderno No. 1
[69] Folios 121 y 122 cuaderno No. 1
[70] Folio 123 cuaderno No. 1

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

de los pagos en mención". De acuerdo con lo anterior considera que *"se evidencia seguridad en los múltiples comunicados que reportan el hecho del incumplimiento de pago, presuntamente presentado en las entregas de aceite crudo de palma en los meses de abril y mayo de 2008".*

En lo que se refiere al neteo de las operaciones explicado por la investigada considera el Área de Seguimiento que: *"(…) al no efectuarse la compensación y liquidación de dichas operaciones conforme a lo señalado por la ley 964 de 2005 y el Decreto 1511 de 2006, se atenta contra la garantía de la puntual y exacta compensación y liquidación de las operaciones celebradas en la BNA, se rompe con el principio de finalidad contenido en el artículo 10 de la ley 964 de 2005 y se vulnera de manera directa las obligaciones asumidas para con la Bolsa conforme a lo previsto en el artículo 29 del Decreto 1511 de 2006 en concordancia con el artículo 1.6.5.1.del Reglamento de Funcionamiento y Operación y el Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la CRCBNA, además de constituirse en una práctica insegura en el mercado, en la medida en que afecta la seguridad y trasparencia en el cumplimiento de la operación".* Así, agrega que no obra prueba en el expediente que pueda probar el pago mediante el neteo.

En lo que se refiere al argumento de la investigada según el cual el saldo adeudado por su mandante no correspondía a la operación bajo investigación explica:

> *(…) se evidencia que en múltiples oficios, calendados el 20 de mayo de 2008[71], el 4[72] y 12[73] de junio de 2008, la representante del consorcio Fiducoldex Corficolombiana hace alusión al no pago de las entregas de los meses de abril y mayo, poniendo de presente el valor adeudado por cada una de las entregas. Adicionalmente en comunicado del 4 de septiembre de 2008[74], la vocera de la P.A. Titupalma relaciona los montos adeudados por Astorga S.A. haciendo una exhaustiva reseña de dichos valores y los conceptos por los cuales se adeudan.*
>
> *En dicho documento en el cuadro denominado "Cuentas por cobrar a Astorga" se señala la deuda por concepto de ventas de aceite lote 2, de los meses de abril y mayo, y de manera independientemente, en el cuadro de texto nombrado "Cuentas por cobrar por concepto de palmeras San Pedro Ltda" se discriminan tales cuentas. Por lo que es evidente que para P.A. Titupalma los montos adeudados por Astorga S.A. están debidamente determinados y diferenciados, lo cual no hace probable la tesis del memorialista basada en que las cobranzas realizadas a su mandante por no pago total de las obligaciones derivadas del contrato forward, sean en realidad, compromisos derivadas del caso Palmeras San Pedro.*
>
> *Así mismo, se observa que mientras las cuentas por recaudar por concepto de Palmeras San Pedro ascienden a $94.073.083.62¸ tal como lo afirma la vocera del P.A. Titupalma en oficio del 4 de septiembre de 2008[75] y lo corrobora el Director de Negocios Fiduciarios de la Fiduciaria*

[71] Folio 623 cuaderno No. 2
[72] Folio 116 cuaderno No. 1
[73] Folio 117 cuaderno No. 1
[74] Folios 604 a 608 cuaderno No. 2
[75] Folios 604 a 608 cuaderno No. 2

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

Corficolombiana S.A. en oficio del 11 de noviembre[76] de la misma anualidad; el saldo a pagar por las entregas ya mencionadas ascienden a $226.974.898,36 por las entregas del mes de abril y $306.229.954,00 por las entregas del mes de mayo, tal como se expresa en los oficios No. 4833 del 17 de junio[77] y PSD-204 del 19 de junio de 2008[78]. Valores que a simple vista se perciben mayores al previamente expuesto, por lo que no tendría asidero la afirmación hecha por el memorialista cuando señala que "así mismo se evidencio que el saldo que se quiere involucrar en la contabilidad de las operaciones y que busca que éstas aparezcan como incumplidas obedece a una posible obligación adquirida por Astorga S. A., con ocasión del retiro de la titularización de un Palmero (San Pedro)" [79]

De otra parte se refiere a la declaratoria de incumplimiento de la Bolsa, explicando las facultades del Área de Seguimiento de iniciar investigación de oficio. Ahora, frente a las inconsistencia en el valor de las entregas declarado incumplido y la realidad manifiesta*: "tanto las cantidades entregadas, como el monto de las mismas, fueron expresamente reconocidas por el mandante comprador, Astorga S.A. cuando en los correos electrónicos del 22 de mayo[80] y 16 de junio de 2008[81], aludió a las facturas No. 1291 por 75.500 Kgs Aceite, con un valor de $192.413.260 para el mes de abril y un valor de $128.267.012 para el mes de mayo, y a la factura No. 1307 por 50.33 Kgs Aceite por un valor de 183.742.840 para el mes de abril y de $122.487.114 para el mes de mayo. Valores que coinciden en su totalidad con los reportados por la sociedad comisionista Agropar S.A. y la fiduciario Fiducoldex Corficolombiana en sus múltiples oficios".*

En lo que se refiere al contrato de transacción esgrimido por la investigada, informa el Área de Seguimiento que no obra en el expediente y adicionalmente aclara que *"los acuerdos de transacción logrados por las partes no tienen la potestad de enervar el incumplimiento y mucho menos pueden ser interpretados como eximentes de responsabilidad, toda vez que comprobada la ocurrencia de la conducta disciplinable y la responsabilidad de las partes en la misma lo procedente es elevar cargos, con total prescindencia de los acuerdos a que se haya llegado, más aun, cuando estos se dan con posterioridad a la presentación de la conducta lesiva del mercado"*

5.5. Descargos presentados por la sociedad comisionista MERCADO Y BOLSA S.A.

En primer lugar se refiere a la estructura y complejidad de las operaciones que en el marco de la de titularización se celebran en el marco de la Bolsa, indicando que la firma

[76] Folios 609 a 611 cuaderno No. 2
[77] Folio 119 cuaderno No. 1
[78] Folio 120 cuaderno No. 1
[79] Folios 1042 cuaderno No. 2
[80] Folio 626 cuaderno No. 2
[81] Folio 628 cuaderno No. 2

comisionista estuvo al tanto del desarrollo del proceso así como en la ejecución final del mismo.

En el caso concreto, se refiere al incumplimiento en el pago solicitado por su contraparte, situación que fue dirimida con un acuerdo de transacción en el que consta el paz y salvo en el pago, toda vez que se efectuaron cruces de cuentas con otras partes de la titularización.

Así mismo se refirió al sistema de pagos de estas operaciones, toda vez que las mismas no se compensaban ni liquidaban en la Bolsa:

> *Al respecto, es de los pagos propiamente dichos nuestro cliente demostró el pago oportuno de sus obligaciones, mediante el neteo o compensación que cumplió la operación, sin embargo, en su momento, la contraparte no acepto para este único caso el neteo como medio de pago, dado que se involucró otros valores o conceptos en el mismo, que no hacían parte real de la operación e hizo a parecer a nuestro mandante como incumplido*
>
> *Es importante destacar que el neteo entre las facturas de aceite crudo de palma del PATITUPALMA y las facturas de usufructo del titularizado es una práctica que se ha utilizado y se utiliza actualmente en la titularización de palma.*

Por otra parte resalta que la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.**, tuvo siempre la intención de pagar las obligaciones conforme a lo establecido en la negociación, sin acudir a la figura del neteo.

Finalmente, se refiere al acuerdo de transacción entre Astorga y el Patrimonio Autónomo, respecto del cual señaló no podrá ser aportado por ser de carácter confidencial, con el fin de demostrar el cumplimiento de la operación.

5.6. Consideraciones de la Sala.

5.6.1. Del incumplimiento en el pago del contrato forward celebrado en la Bolsa y de la práctica del neteo.

El contrato forward objeto de investigación se encuentra celebrado en el marco de un proceso de titularización de aceite crudo de palma iniciado en el año 2001, como un proyecto para permitir la financiación de los palmicultores. La estructura de la titularización se encuentra señalada en el prospecto de emisión y colocación[82], y se transcribe a continuación:

[82] Publicado en la Superintendencia Financiera de Colombia. (www.superfinanciera.gov.co).

"Propalma constituye el patrimonio autónomo P.A. Titupalma con los derechos derivados de los contratos de promesa de compraventa de usufructo de cultivos de palma de aceite suscritos con diversos palmicultores, en adelante, las PLANTACIONES. Posteriormente, el patrimonio autónomo celebra los contratos de promesa de compraventa prometidos con los palmicultores, mediante los cuales se constituyen los DERECHOS DE USUFRUCTO sobre las PLANTACIONES a favor del P.A. TITUPALMA. En los mismos contratos de compraventa de los DERECHOS DE USUFRUCTO, el P.A. TITUPALMA le confiere la administración de las PLANTACIONES a los palmicultores de tales derechos.

Luego, el P.A. TITUPALMA contrata la extracción del aceite crudo de palma de los frutos de las PLANTACIONES, con sociedades que poseen plantas de beneficio debidamente seleccionadas, en adelante, las SOCIEDADES EXTRACTORAS, en los cuales se establecen las condiciones en que éstas procesarán los frutos y entregarán el aceite crudo de palma.

El aceite crudo de palma que se extraiga de los frutos de las PLANTACIONES, será comercializado a través de CONTRATOS FORWARD suscritos con sociedades que comercializan aceite crudo de palma, debidamente seleccionadas. Los CONTRATOS FORWARD se celebrarán por conducto de la Bolsa Nacional Agropecuaria, BNA, y se asentarán en la Cámara de Compensación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, con lo cual quedará cubierto el riesgo de volatilidad de precio del aceite crudo de palma."

De acuerdo con lo anterior, se tiene que en el caso en estudio se encuentra probado que la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** celebró en calidad de comisionista comprador, la operación Forward simple Nos 6626044 sobre el subyacente aceite crudo de palma, el 28 de diciembre de 2007.

De la misma forma tenemos que acorde al mandato celebrado entre la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** y su mandante ASTORGA S.A., el pago del producto debía efectuarse así: *CLAUSULA SÉPTIMA: FORMA DE PAGO: El pago del producto del CONTRATO FORWARD que se celebre en desarrollo del presente mandato, deberá ser efectuado por el MANDANTE COMPRADOR así: cien porciento (100%) del valor del producto entregado en un mes determinado, durante los primeros diez días del mes siguiente a la entrega.*[83]

Ahora bien, frente a la imputación por el no pago parcial de la operación objeto de investigación, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** tanto en sus explicaciones formales como en el escrito de descargos, argumenta en su defensa la práctica del neteo como costumbre en las operaciones celebradas en virtud de un proceso de titularización, al respecto expresó:

[83] Cuaderno No. 1 Folios 103-104

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

(…) es de los pagos propiamente dichos nuestro cliente demostró el pago oportuno de sus obligaciones, mediante el neteo o compensación que cumplió la operación, sin embargo, en su momento, la contraparte no acepto para este único caso el neteo como medio de pago, dado que se involucró otros valores o conceptos en el mismo, que no hacían parte real de la operación e hizo aparecer a nuestro mandante como incumplido.

Es importante destacar que el neteo entre las facturas de aceite crudo de palma del PATITUPALMA y las facturas de usufructo del titularizado es una práctica que se ha utilizado y se utiliza actualmente en la titularización de palma. (…)

En este orden de ideas, lo que ocurrió es que nuestro mandante, realizo en su momento lo que otros ya habían realizado al netear sus facturas de usufructo con las facturas del aceite de palma y consignar la diferencia correspondiente, luego en ningún momento Astorga pago por otros conceptos diferentes al contrato forward (…)

Es así como el Jefe del Área de Seguimiento, destaca el hecho de que la operación No. 6626044, no fue objeto de liquidación y compensación por parte de la CRC Mercantil S.A. y que por lo tanto las partes en la negociación se encontraban facultadas para establecer el neteo como forma de pago si así lo acordaban, sin embargo en punto de probar la obligación de pago a través de esta práctica, a juicio del Área de Seguimiento, de los documentos que obran en el expediente, encuentra que el cruce de facturas no era posible por cuanto el Consorcio Fiducoldex–Corficolombiana determinó plenamente los valores adeudados por el mandante comprador.

En audiencia ante este órgano disciplinario el representante legal de la investigada, se refirió a la práctica del neteo señalando que en el caso concreto se presento por las siguientes razones: (i) La situación fitosanitaria presentada en los cultivos de palma, enfermedad pudrición de cogollo; (ii) La doble calidad de la sociedad Astorga S.A., al vender y comprar al patrimonio autónomo, lo que generaba mayor esfuerzo de caja de la sociedad, toda vez que los recursos ingresarían nuevamente a la misma. Así mismo señala que dentro de este tipo de operaciones, las sociedades comisionistas, ya sean compradoras o vendedoras, no tienen acceso a los recursos por concepto de pago de la operación, pues los pagos siempre se efectuaban entre mandantes.

En efecto, el mandante comprador en el contrato forward dentro del esquema de titularización, tenía suscrito con el patrimonio autónomo un contrato de extracción de aceite en virtud del cual procesaba el fruto de propiedad del patrimonio autónomo quien a su vez tenía suscritos contratos de usufructo con los palmicultores seleccionados. Finalmente a través del contrato forward, el mandante comprador, en este caso la planta de beneficio, adquiría la propiedad del aceite crudo de palma.

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

Adicional a lo anterior, se tiene que en las operaciones forward celebradas en virtud del proceso de titularización, la CRC Mercantil S.A. no actuaba como agente compensador y liquidador. Por lo tanto, respecto de las obligaciones de entrega y pago en las operaciones forward celebradas dentro del proceso de titularización, no existía un control como tal respecto del cumplimiento de las mismas, por parte de la CRC Mercantil S.A. En efecto, la misma entidad compensadora y liquidadora acepta que las operaciones objeto de titularización no se encontraban dentro del sistema de compensación y liquidación.

Ahora bien, en punto del pago de las operación forward tenemos que mediante comunicación del 20 de mayo de 2008, la Fiduciaria Corficolombiana, informa a Astorga el valor pendiente de pago por concepto de venta de aceite del mes de abril de 2008 así[84]:

Abril	
Factura	**Valor pendiente de pago**
1246	$192,413,260.00
1307	$128,267,012.00
Total	**$320,680,272.00**

Mediante correo electrónico del 22 de mayo de 2008 Astorga informa que efectuó un pago a favor de Fiduciaria Corficolombiana, por concepto de venta de aceite correspondiente al mes de abril de 2008, por valor de $ 93.705.283[85], en la misma comunicación el mandante indica que del valor adeudado, esto es $320.680.272, debían descontarse los valores de $95.401.507 y $142.512.425, los cuales tenían como concepto: "*usufructo Tercer tramo titularización y usufructo Segundo tramo titularización*, *según facturas expedidas por Astorga, números 7080 y 7081*".

No obstante lo anterior, mediante comunicación 4 de junio de 2008[86] la Fiduciaria Corficolombiana, informa que no se ha efectuado el pago total y toma en cuenta los abonos realizados y no los descuentos realizados por Astorga S.A., quedando entonces un saldo pendiente tal y como se muestra en el siguiente cuadro:

Abril			
Factura	**Valor**	**Abono**	**Saldo pendiente**
1246	$ 192,413,260.00	$ 56,446,082.22	$ 135,967,177.78
1307	$ 128,267,012.00	$ 37,259,200.42	$ 91,007,811.58
Total	**$ 320,680,272.00**	**$ 93,705,282.64**	**$ 226,974,989.36**

[84] Cuaderno No. 2 Folio 624
[85] Cuaderno No. 2 Folio 622
[86] Cuaderno No. 1 Folio 116

El día 9 de junio de 2008, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** informa a la vocera del patrimonio autónomo que continuará haciendo gestiones para lograr *"oportunidad en los pagos"* Así mismo, explica el procedimiento en Bolsa, respecto de las entregas, acreditación de pagos y decreto de fuerza mayor y solicita se acrediten las entregas faltantes[87].

Ahora bien, el día 12 de junio de 2008 la Fiduciaria Corficolombiana, nuevamente solicita a la sociedad comisionista Agropar S.A. gestionar el pago de las facturas Nos. 1246 y 1307 correspondientes al producto ya entregado en el mes de abril[88]. Así mismo, este día informa también que no se ha realizado el pago, de las facturas correspondientes al mes de mayo así[89]:

Factura	Valor
1291	$ 183,742,840.00
1307	$ 122,487,114.00
Total	$ 306,229,954.00

Hasta este punto pareciera claro que por parte de la punta vendedora, no se acepta cruce de cuentas alguno, ya que continúa solicitando el pago total de las facturas, sin tener en cuenta el descuento efectuado por el mandante comprador.

Ahora bien, en relación con el pago del mes de mayo, el día 16 de junio, Astorga S.A., mediante correo electrónico informa que había efectuado un pago por valor de $47.675.183. Sin embargo, nuevamente descuenta de este valor, sumas por valor de $87.230.378 y $184.028.957.

Ahora bien, la sociedad comisionista Agropar S.A., de acuerdo con lo manifestado por su mandante solicita el día 17 de junio de 2008 el incumplimiento parcial de las operaciones para los meses de abril y mayo toda vez que la sociedad comisionista compradora adeudaba al P.A. TITUPALMA., la suma de $226.974.989, correspondiente al mes de abril de 2008 y $306.229.954 del mes de mayo del mismo año, declarándose el incumplimiento de la operación por parte de la administración de la Bolsa, según consta en PSD-204 del 19 de junio de 2008.

En este punto encuentra la Sala que de acuerdo con las comunicaciones de la punta vendedora, no se efectuó el pago de la operación forward celebrada en el escenario de la

[87] Cuaderno No. 1 Folios 112-113
[88] Cuaderno No. 1 Folios 117
[89] Cuaderno No. 1 Folios 118

Bolsa y el neteo alegado por la punta compradora no fue aceptado por el vendedor y al aparecer nunca ocurrió. En efecto, mediante comunicación del 4 de septiembre de 2008, la Fiduciaria da respuesta al mandante comprador, indicándole la decisión adoptada por la asamblea de tenedores de TIP Palmero y el estado de cuenta de la sociedad Astorga y el saldo a pagar por parte de esta. En este saldo a pagar se encuentran los rubros de venta *aceite lote 2 Abril-08* y *venta aceite Lote 3 Mayo-08* entre otros[90].

Así mismo, mediante comunicación del 24 de septiembre de 2008, la Fiduciaria entrega información respecto de entregas de aceite crudo de palmas al 15 de septiembre de 2008, de diferentes operaciones con diferentes extractoras, anotando respecto de Astorga S.A. que *"salió del proceso el 2 de agosto de 2008, a la fecha no ha efectuado el pago de las facturas de aceite de abril y mayo de 2008".*

Conforme a los inconvenientes referidos, y posterior a la declaratoria de incumplimiento parcial en el pago de la operación No. 6626044, a instancias de la Cámara Arbitral se reunieron las partes, sin lograr acuerdo alguno, lo cual consta en Acta de Arreglo Directo No. 016 de 2008 de los días 14 y 24 de noviembre de 2008.[91]

Así las cosas, de las múltiples comunicaciones del mandante vendedor solicitando el pago de la operación durante los meses de abril y mayo, incluso después de la declaratoria de incumplimiento y hasta 4 meses después de la misma, encuentra la Sala que se prueba el incumplimiento parcial en el pago imputado por el área de seguimiento toda vez que no se efectuó el neteo aducido por la investigada. En este punto es preciso aclarar que la transacción suscrita por los mandantes e informada el 19 de septiembre de 2009[92] en la cual se declaran a paz y salvo, no puede probar que se realizaron en término los pagos correspondientes a los meses de abril y mayo del año 2008 ya que se realiza más de un año después cuando ya se habían presentado múltiples inconvenientes adicionales y el hecho de solucionar la situación posteriormente no enerva el incumplimiento.

5.6.2. De la responsabilidad disciplinaria y las normas vulneradas con la conducta desplegada por la sociedad comisionista

Tal y como se ha indicado, no se acreditó formalmente el pago de saldos por concepto de venta de aceite de los meses de abril y mayo de 2008 tal como estaba pactado en la

[90] Cuaderno No. 2 Folio 604-608
[91] *"Después de discutir y analizar diferentes alternativas para llegar a un acuerdo en relación con las diferencias surgidas en desarrollo del forward y que motivaron los incumplimientos dictaminados por la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A. las firmas comisionistas no llegaron a ningún acuerdo por lo que se da por concluido el trámite de arreglo directo en la Cámara Arbitral de la BNA".* Cuaderno No. 1 Folios 124
[92] Cuaderno No. 2 Folios 600-601

operaciones forward No. 6626044 celebrada en el escenario de la Bolsa, pues a pesar de los intentos de compensación entre las partes, no se efectuaron pagos reales de las obligaciones. De esta manera le asiste razón al Área de Seguimiento cuando afirma:

> *(…) se encuentran sendos correos del 22 de mayo y 16 de junio de 2008, en los cuales Astorga S.A. mandante compradora en la operación No. 6626044, da cuenta de neteos o cruces de cuentas con la P.A. Titupalma, así como de las consignaciones de saldos, imputables todas al pago de las entregas de Aceite Crudo de Palma correspondientes a los meses de abril y mayo. No obstante, dichas comunicaciones no tienen, por si solas, la virtualidad de probar la realización de los mencionados pagos, toda vez que no se cuenta dentro del proceso con documentos, diferentes a los emitidos por la mandante compradora, que corroboren esta información. Por el contrario, obran en el expediente sendos oficios del 20 de mayo de 2008, 4, 12 y 17 de junio y 24 y 26 de septiembre de la misma anualidad, en los cuales tanto la comisionista vendedora Agropar S.A., como la representante del consorcio Fiducoldex Corficolombiana, niegan la realización total de los pagos en mención.*

De acuerdo con lo anterior, es claro para la Sala que se presentó un incumplimiento parcial en el pago de la operación forward No. 6626044 durante los meses de abril y mayo de 2008, lo cual implica la vulneración de las normas legales y reglamentarias aplicables a la sociedad comisionista.

En efecto, si bien la operación No. 6626044, cuenta con una particularidad, cual es el hecho de hacer parte de un esquema de titularización, esta situación es independiente de la negociación forward realizada a través de Bolsa, es así como al celebrarse una operación a través del escenario bursátil se debe dar aplicación de la normatividad legal y reglamentaria que la regula, la cual debe ser cumplida estrictamente por los participantes del mercado. En este sentido, es claro que en el caso bajo estudio debía darse cumplimiento de la obligación de pago en cabeza de la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.**, lo cual no ocurrió.

Frente a lo anterior, se debe resaltar que el incumplimiento en el pago de la operación en el tiempo y términos previstos en la negociación de una parte impide el normal desarrollo del mercado, 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 Bolsa, 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 Bolsa.

En efecto, el incumplimiento final de la operación conlleva a la vulneración de las disposiciones reglamentarias establecidas en los numerales 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, que propenden por el cumplimiento oportuno e íntegro de las negociaciones celebradas en la Bolsa, así como el incumplimiento del numeral 11 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006 que establece la

obligatoriedad para los miembros de la Bolsa de *"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."*

Así mismo, la conducta adoptada vulnera la disposición establecida en el numeral 6° del artículo 1.6.5.1. del Reglamento que establece que los miembros de la Bolsa, estarán obligados a: *"6. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad"* en concordancia con lo establecido en el numeral 8 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006. 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 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, más aún teniendo en cuenta la complejidad de este tipo de operaciones forward. Concuerda la Sala, con el área de seguimiento en cuanto *"(…) es difícil asegurar que la encartada actuó como experto prudente y diligente, cuando frente a la operación de físicos No. 6626044, deja de advertir a su mandante la importancia de contar con soportes claros y precisos que evidencien el ya desvirtuado pago efectivo de las operación, habida cuenta de la dificultad que estriba la probanza del cumplimiento de la negociación cuando el pago de ésta se realiza por compensación, neteo o cualquier otra forma acordada por las partes y no mediante un sistema compensación y liquidación como el de la CRCBNA".*

En cuanto al incumplimiento del numeral 3.11.1. del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007, encuentra la Sala que si bien esta disposición se refiere al incumplimiento en el pago de una operación, la norma endilgada no es aplicable por cuanto el Boletín señalado regula lo relativo a la compensación y liquidación de operaciones en la CRC Mercantil S.A., que conforme con lo expuesto esta operación no era compensada ni liquidadas en la CRC Mercantil.

Finalmente y por las razones expuestas, considera la Sala que existe mérito suficiente para sancionar respecto del incumplimiento en el pago de la operación forward No. 6626044 toda vez que la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** no cumplió con las obligaciones propias como compradora afectando así la confiabilidad y transparencia del mercado administrado por la Bolsa.

5.6.3. Graduación de la sanción

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

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

dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa y las demás circunstancias pertinentes. Debe resaltar este órgano disciplinario que este tipo de incumplimientos, por hacer parte de un proceso de titularización, genera de suyo un potencial daño a los inversionistas y podría afectar la confianza y transparencia del mercado. En efecto, un mal manejo de la operación frente al proceso de titularización que le precedía, afecta la credibilidad que tiene el contrato forward en el mercado.

En el caso concreto, independiente del proceso de titularización que precedía las operaciones, nos encontramos frente al incumplimiento de una operación forward celebrada en el mercado abierto de la Bolsa, la cual debe cumplirse de acuerdo con la normatividad legal y reglamentaria aplicable. De esta forma, es igualmente aplicable para esta negociación las previsiones del contrato de comisión y las disposiciones reglamentarias que determinan la obligatoriedad de cumplimiento de las operaciones en cabeza de la sociedad comisionista, no siendo posible alegar como justificación del incumplimiento la falta de provisión de fondos. En tal sentido, no pueden ser de recibo las justificaciones dadas por la sociedad comisionista que se fundamentan en situaciones propias de su mandante pues tanto el pago como la acreditación del mismo, eran obligaciones que se encontraban en cabeza de la sociedad comisionista que actuó como compradora en el contrato forward celebrado, en este caso **MERCADO Y BOLSA S.A.,** y debió desplegar toda su diligencia para efectos de que el mismo se realizara en las condiciones y fechas pactadas en la negociación.

Así, la sociedad comisionista no podía quedarse simplemente en el dicho de su mandante, en cuanto se habían efectuado unos neteos y así se había cumplido con el pago ya que legal y reglamentariamente se encuentra obligada a cumplir la operación. En efecto en todas las negociaciones realizadas en este mercado, frente a la Bolsa y para efectos disciplinarios, es el comisionista quien debe cumplir con las obligaciones impuestas, y su incumplimiento conlleva precisamente al reproche de conducta que realiza el órgano autorregulador pues el eje primordial del mercado de la Bolsa 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.

En consideración a lo anterior, la Sala constata que de las pruebas aportadas y los descargos presentados por la investigada, no se establece causal justa tendiente a enervar el incumplimiento de las obligaciones asumidas, respecto del pago de la operación de forward simple No. 6626044.

De esta forma, ponderando los elementos de graduación de la sanción, y en consideración a los antecedentes de la sociedad comisionista y a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos y las

circunstancias específicas de la falta estudiada, por unanimidad la Sala de Decisión No. 5 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de MULTA DE DOS (2) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

VI. DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OPERACIONES CAT NOS. 8386406, 8392811, 8416089, 8416149, 8427112, 8427217, 8461831, 8521047, 8599268, 8617461 Y 8692942

6.1. Hechos

6.1.1. La sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** realizó en calidad de comisionista vendedor, 11 operaciones sobre contratos porcícolas a término por cuenta de su mandante Inaves Fuenterrabía S.A. con las condiciones que se muestran a continuación[93]:

Número	Fecha celebración	Cantidad	Valor Presente	Valor Futuro	Dias Plazo	Tasa	Fecha Máxima Recompra
8386406	27-nov-08	20,000	$ 82,810,261	$ 86,400,000	90	18.5%	27-feb-09
8392811	28-nov-08	20,000	$ 82,654,226	$ 86,400,000	94	18.5%	2-mar-09
8416089	3-dic-08	20,000	$ 88,981,924	$ 92,800,000	90	18.3%	3-mar-09
8416149	3-dic-08	20,000	$ 88,981,924	$ 92,800,000	90	18.3%	3-mar-09
8427112	5-dic-08	20,000	$ 184,217,433	$ 192,000,000	90	18.0%	5-mar-09
8427217	5-dic-08	20,000	$ 92,157,568	$ 96,000,000	90	17.75%	5-mar-09
8461831	15-dic-08	20,000	$ 184,132,756	$ 191,999,999	91	18.0%	16-mar-09
8521047	24-dic-08	20,000	$ 92,708,436	$ 96,000,000	91	14.8%	30-mar-09
8599268	14-ene-09	20,000	$ 92,947,062	$ 96,000,000	90	13.8%	14-abr-09
8617461	16-ene-09	20,000	$ 93,018,666	$ 96,000,000	90	13.5%	23-abr-09
8692942	2-feb-09	20,000	$ 93,280,837	$ 96,000,000	92	11.9%	11-may-09

6.1.2. Una vez llegada la fecha de recompra, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** informó a la CRC Mercantil S.A. que la recompra no se iba a realizar[94]. De

[93] Comprobantes de negociación de las operaciones: (i) 8386406 (Cuaderno No. 1 Folios 204), (ii) 8392811 Cuaderno No. 1 Folio 209, (iii) 8416089 (Cuaderno No. 1 Folio213), (iv) 8416149 (Cuaderno No. 1 Folio 217), (v) 8427112 (Cuaderno No. 1 Folio 221), (vi) 8427217 (Cuaderno No. 1 Folio 225), (vi) 8461831 (Cuaderno No. 1 Folio 229), (viii) 8521047 (Cuaderno No. 1 Folios 233-234), (ix) 8599268 (Cuaderno No. 1 Folios 238-240), (x) 8617461 (Cuaderno No. 1 Folio 246), (xi) 8692942 (Cuaderno No. 1 Folios 265-266).

[94] Comunicaciones de Mercado y Bolsa informando el no pago de la recompra: (i) 8386406 (Cuaderno No. 1 Folio 205), (ii) 8392811 (Cuaderno No. 1 Folio 210), (iii) 8416089 (Cuaderno No. 1 Folio 214), (iv) 8416149 (Cuaderno No. 1 Folio 218), (v) 8427112 (Cuaderno No. 1 Folio 222), (vi) 8427217 (Cuaderno No. 1 Folio 2269, 8461831 (Cuaderno No. 1 Folio 230), (vii) 8521047 (Cuaderno No. 1 Folio 235), (viii) 8599268

acuerdo con lo anterior, la CRC Mercantil S.A. solicitó para cada una de las operaciones celebradas, la declaratoria de incumplimiento por parte de la administración de la Bolsa[95].

6.1.3. La administración de la Bolsa declaró el incumplimiento en la recompra de las 11 operaciones sobre contratos avícolas a término relacionadas, por el valor futuro total de las operaciones[96].

6.2. Solicitud formal de explicaciones

El Área de Seguimiento solicitó explicaciones formales por el incumplimiento en la recompra de las operaciones Nos. 8386406, 8392811, 8416089, 8416149, 8427112, 8427217, 8461831, 8521047, 8599268, 8617461 y 8692942, considerando que al haber incumplido presuntamente su obligación de recompra podría haber vulnerado los numerales 8, 11 y 20 del artículo 29 del decreto 1511 de 2006, los numerales 2, 6, 7 y 29 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, los numerales 13 y 21 del artículo 2.2.2.1 del mismo Reglamento, el numeral 4 del artículo 6 de la Resolución 003 de 2008 y el numeral 3.11.2. del Boletín Instructivo No. 09 del 19 de febrero de 2009 expedido por la CRC Mercantil S.A.

Así mismo considera que *"podría haber vulnerado las disposiciones contenidas en el artículo 97 del EOSF, en concordancia con el artículo 41 literales d) y e) del decreto 1511 de 2006 y el numeral 10 del artículo 29 del mismo decreto en la medida en que presuntamente no habría brindado a sus clientes la suficiente y debida asesoría e información en relación con los Contratos a Término*

(Cuaderno No. 1 Folios 241-242), (ix) 8617461 (Cuaderno No. 1 Folio 247), (x) 8692942 (Cuaderno No. 1 Folios 267).

[95] Comunicaciones CRCBNA solicitando la declaratoria de incumplimiento de la operación: (i) 8386406 OC-025 del 27 de febrero de 2009 Cuaderno No. 1 Folio 206 y OC-027 del 2 de marzo de 2009 Cuaderno No. 1 Folio 207, (ii) 8392811 OC-028 del 3 de marzo de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 211), (iii) 8416089 OC- 032 del 3 de marzo de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 215), (iv) 8416149 OC- 032 del 3 de marzo de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 219), (v) 8427112 OC- 039 del 3 de marzo de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 223), (vi) 8427217 OC- 039 del 3 de marzo de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 227), (vii) 8461831 OC- 051 del 16 de marzo de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 231), (viii) 8521047 OC- 066 del 30 de marzo de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 236), (ix) 8599268 OC- 079 del 14 de abril de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 244), (x) 8617461 OC- 089 del 23 de abril de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 248), (xi) 8692942 OC- 122 del 11 de mayo de 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 268).

[96] Declaratorias de incumplimiento: (i) 8386406 PSD-044 del 2 de marzo de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 208), (ii) 8392811 PSD-048 del 3 de marzo de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 212), (iii) 8416089 PSD-049 del 3 de marzo de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 216), (iv) 8416149 PSD-050 del 3 de marzo de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 220), (v) 8427112 PSD-057 del 6 de marzo de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 224), (vi) 8427217 PSD-058 del 6 de marzo de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 228), (vii) 8461831 PSD-063 del 17 de marzo de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 232), (viii) 8521047 PSD-083 del 30 de marzo de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 237), (ix) 8599268 PSD-109 del 15 de abril de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 245), (x) 8617461 PSD-119 del 23 de abril de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 249), (xi) 8692942 PSD-157 del 11 de mayo de 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 269).

celebrados en la Bolsa, en especial, en lo que se refiere a las obligaciones emanadas de dichos contratos".

6.3. Explicaciones formales

Explica que actuó como mandante vendedor la sociedad Inaves Fuenterrabía S.A. y que se trata de una empresa con larga trayectoria en la Bolsa. Menciona que su mandante se acogió a ley 1116 o de reorganización empresarial y dentro de este proceso, las obligaciones derivadas de las operaciones realizadas en la Bolsa fueron reclasificadas contablemente como deudas a favor de la Bolsa y de la CRC Mercantil S.A., cuando anteriormente eran contabilizadas como obligaciones financieras a nombre de las sociedades comisionistas.

De otra parte explica las gestiones realizadas por la sociedad comisionista en los siguientes términos:

> *Con el fin de prevenir y dotar a la empresa con elementos para clarificar la calidad de las operaciones CAT MERCADO Y BOLSA S.A. remite el día 23 de Febrero de 2009 a la doctora MARIA TERESA CLEVEZ – Promotora designada, documento donde se sustenta la normativa legal que circunscribe las Operaciones sobre Contratos a término realizadas en el escenario de la BNA y asentadas por la CRCBNA, y donde se deja claramente sustentado las obligaciones que de ellas se derivan por parte de la empresa y la viabilidad Jurídica de continuar realizándose este tipo de Operaciones a la luz de la Ley 1116. Con ello se clarifica la posibilidad de que INAVES pague sus operaciones entre otras mediante el roll over.*
>
> *El día 26 de Febrero de 2009, la empresa INAVES FUENTERRABIA S.A. por conducto de la señora MARIA TERESA CLEVEZ – persona quien asume el cargo de Promotora, informa a las diferentes firmas comisionistas que la representan en la BNA en la celebración de Operaciones CAT, la decisión de abstenernos en la realización de este tipo de Operaciones y por tal razón pagar las operaciones.*
>
> *Es de aclarar que dentro de la diligencia de MYB se previó un esquema de desarrollo de visitas a las granjas de INAVES con el cual se comprobó la existencia de animales no obstante en un momento dado la empresa INAVES tomo la decisión de suspendernos el ingreso a dichas granjas, situación que se informo oportunamente a la cámara.(sic)*

Agrega que la aseguradora autorizó el cupo para su cliente, con el fin de realizar nuevas emisiones a pesar de la situación jurídica del mismo, sin embargo teniendo en cuenta la negativa por parte del mandante de continuar realizando operaciones, se informó a la CRC Mercantil S.A. para que esta entidad procediera con *"con el retiro de las aves como garantía de las Operaciones y de esta forma se lograr (sic) resarcir el daño económico generado por esa empresa a la CRBNA".* De acuerdo con lo anterior, la CRC Mercantil S.A. notificó al mandante sobre la entrega inmediata del subyacente lo cual fue denegando, procediendo la Cámara a realizar denuncia penal en contra del mandante y solicitar a la aseguradora el pago total de las operaciones. Agrega que en efecto, Seguros del Estado mediante cheque

canceló a la CRC Mercantil S.A. la totalidad de las obligaciones correspondientes al mandante Inaves Fuenterrabía S.A.

Aclara que: *"MERCADO Y BOLSA fue diligente y asesoro (sic) al cliente para que contara con los elementos necesarios que le permitieran proceder con los contratos tal como lo establece la normatividad, lamentablemente no fue así".*

Aporta pruebas que considera pertinentes conducentes y útiles para demostrar las gestiones desplegadas por **MERCADO Y BOLSA S.A.** para cumplir con sus obligaciones.

6.4. Evaluación de las explicaciones por parte del área de seguimiento y pliego de cargos.

En primer lugar se refiere a la gestión por parte de la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.,** con el fin de lograr el pago de la recompra por parte de su mandante al respecto expresó: "*(…) el Despacho reconoce la tarea realizada por la comisionista vendedora*[97]*, mediante los múltiples requerimientos enviados a su cliente en procura del pago de la recompra en las operaciones de la referencia, al percibir dichos pagos como de confusa realización, al entrar su mandante Inaves Fuenterrabia en proceso de reorganización de la ley 1116 de 2006, el 9 de febrero de 2009; días antes de la fecha pactada para el cumplimiento de la recompra de la primera de las operaciones estudiadas y con una antelación de tres meses respecto a la última de las operaciones incumplidas".*

No obstante lo anterior aclara que no pueden ser oponibles al cumplimiento de la operación las circunstancias que rodean al mandante teniendo en cuenta que la obligación de recompra se encuentra en cabeza de la sociedad comisionista de Bolsa.

De otra parte resalta el concepto legal realizado por la sociedad comisionista para encontrar respuestas jurídicas que le permitieran al mandante cumplir con sus obligaciones; sin embargo aclara que la forma de cumplir las operaciones es con el pago de las mismas y no, con la celebración de nuevas operaciones.

En lo que se refiere al pago de las obligaciones por parte de la aseguradora manifiesta que existe prueba dentro del expediente que demuestre que el mismo fue realizado y al respecto considera que esta situación *"podría tenerse en cuenta por la Cámara Disciplinaria de*

[97] Oficios MBO-390 del 27 de febrero de 2009, MBO-399 del 2 de marzo 2009, MBO-404 del 3 de marzo de 2009, MBO-410 del 5 de marzo de 2009, MBO-517 del 16 de marzo de 2009,MBO-688 del 14 de abril de 2009,MBO-598 del 30 de marzo de 2009,MBO-736 del 23 de abril de 2009, MBO-928 del 11 de mayo de 2009, MBO-518, MBO-599 del 16 y 30 de marzo de 2009, MBO-689, MBO-737 del 14 y 23 de abril de 2009 y MBO-929 del 11 de mayo de 2009 (folio 963 a 980 cuaderno No. 2).

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

la Bolsa como un atenuante, de llegar a sancionar a la firma comisionista de bolsa, por el incumplimiento en su obligación de recompra de las mencionadas operaciones".

Hace un análisis de las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista en cuanto a las visitas realizadas y al análisis de riesgos efectuados, encontrando que en efecto el Comité de Riesgos de la investigada, en sesiones del 3 de marzo y 20 de septiembre de 2008, así como del 26 de febrero de 2009, expuso *"su preocupación por los niveles de precios presentados por el sector avícola y proponiéndose tomar medidas preventivas con el fin de mitigar el riegos en el momento de tomar nuevas posiciones abiertas".* Agrega que no obstante lo anterior, la sociedad comisionista continuó realizando operaciones con el mandante Inaves Fuenterrabía S.A. y renovando las mismas continuamente, posteriormente demuestra que las operaciones objeto de investigación son el resultado de la realización de roll overs.

Por otra parte se refiere a los estados financieros del mandante considerando que: "*la sociedad Mercado y Bolsa conocía o debía conocer las condiciones financieras difíciles de su mandante, con antelación a la admisión al proceso de reorganización el 9 de febrero de 2009 y, aun con precedencia a la realización de las operaciones hoy incumplidas, las cuales fueron celebradas en los meses de noviembre y diciembre del 2008 y enero y febrero de 2009; habida cuenta de los aspectos ya mencionados y de la existencia de estudios de mercado relacionados con el precio del subyacente objeto de las operaciones celebradas en el recinto de la Bolsa".*

Finalmente agrega que: "*(…) si bien la encartada solicitó en repetidas ocasiones el pago de las obligaciones, no existe dentro del expediente evidencia alguna de que ésta, conociendo o previendo una situación adversa de su cliente, que podría ponerlo en riesgo de incumplir con la entrega de los recursos para honrar las operaciones; haya informado, asesorado o solicitado de su mandante, con antelación al inicio del proceso de reorganización, la realización de los activos afectos a las operaciones en cuestión, para cumplir con los pagos correspondientes a las mismas. Toda vez que, como ya se señaló, fue con posterioridad a la presentación de los incumplimiento que la encartada envió a la promotora del mencionado proceso, concepto legal contentivo de salidas jurídicas tendientes a proveerse los recursos para honrar las operaciones en bolsa, sin que en dicho documento se hiciera alusión a la realización de los activos en procura del pago de las mismas".*

6.5. Descargos presentados

Se refiere en primer lugar al reconocimiento que hace el Jefe del Seguimiento en el Pliego de Cargos, del actuar diligente de la sociedad comisionista, una vez tuvo conocimiento de la situación legal de su mandante, así como las gestiones para el cumplimiento de las obligaciones por parte de este y mitigar los efectos para el mercado. Al respecto, manifestó la investigada su inconformidad, respecto de que esta diligencia por parte de la sociedad comisionista sea tenido en cuenta, por sugerencia del área de seguimiento,

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

como atenuante al momento de graduar la sanción, por lo que expresó: "*(…) situación que corrobora una vez más el argumento planteado en el sentido que se está adelantando en la presente investigación una valoración de responsabilidad eminentemente objetiva, en la cual se confunden y mezclan las obligaciones contractuales con la responsabilidad disciplinaria de los autorregulados, sin que exista espacio para ningún tipo de explicación".*

Por otra parte indica sobre la renovación de operaciones, que no se encuentra dentro de la normatividad reglamentaria disposición alguna en la cual se prohíba esta figura como forma de pago de las operaciones de contratos a término, indicando que es una práctica que se acostumbra en el mercado de la Bolsa y que muchas veces es recomendada por la misma.

Igualmente señala que se realizaron actuaciones previas a la declaratoria de incumplimiento, dentro de estas las reuniones sostenidas con la CRC Mercantil S.A., la Compañía de Seguros y con el mandante la sociedad Inaves Fuenterrabia S.A. hoy en Liquidación, en las cuales se plantearon formulas de pago como lo fue la renovación de operaciones, propuesta que fue aceptada por la CRC y la ampliación de cupo por parte de la compañía de seguros para la celebración de operaciones de contratos a término, no obstante lo anterior, señala que el mandante adoptó la decisión política de no pagar las operaciones y de no entregar el subyacente.

Así mismo señala, solicitó la declaratoria de incumplimiento de las operaciones en procura de la recuperación de la garantía, sin embargo indica que al realizar visitas al mandante, este manifestó que no existía el subyacente, no obstante resalta la investigada, que en visitas previas se había corroborado la existencia del subyacente, al respecto expresó: "*En el mismo sentido la Firma que represento siempre estuvo al tanto de la garantía, realizo múltiples y oportunas visitas a las granjas e informó oportunamente a la Cámara sobre imposibilidad de ingresar a las instalaciones a y (sic) verificar la existencia de los pollos y a pesar de ello nunca se declaró el incumplimiento no se tomo ninguna acción por parte de ésta (…)".*

Respecto del deber de asesoría frente a su mandante, señala que informó a su cliente sobre la estructura y normatividad de las operaciones CAT, igualmente se refiere a la asesoría brindada una vez el mandante Inaves Fuenterrabia se acogió al proceso de reorganización, para lo cual indica se efectuaron reuniones para analizar la situación jurídica de los CAT en el proceso de reorganización. Respecto de la contabilización de los CAT como crédito, e inclusión de los mismos en el proyecto de acuerdo de reestructuración, señala la investigada que manifestó a su mandante que se incurría en error contable.

Se refiere al Proceso de Reorganización al cual se acogió su mandante manifestando: "*Si bien esta situación, en nuestro entender, no puede ser catalogada como de fuerza mayor o caso*

fortuito, si se trata de un hecho económico notorio, normal y recurrente en la economía, por manera que el Estado conciente (sic) de la misma, le ofrece a las sociedades la (sic) posibilidades de reestructuración, con beneficios tributarios y financieros a las sociedades que atraviesen un mal momento, como es el caso de Inaves Fuenterrabía". Así mismo señaló, que por el hecho de la insolvencia de su mandante no debe ser disciplinado, por cuanto se trata de una situación endémica, frente a la cual no le asiste responsabilidad.

Finalmente se refiere a su actuar en pro del cumplimiento de las obligaciones relativas a las operaciones celebradas y que fueron objeto de incumplimiento debido a la iliquidez de su mandante, resaltando que al contar las negociaciones con las garantías, las mismas se hicieron efectivas dando cumplimiento a las operaciones.

6.6. Consideraciones de la sala

6.6.1. Del caso concreto: Situación presentada y Proceso de reorganización empresarial del mandante Inaves Fuenterrabía S.A. hoy en Liquidación.

Se encuentra probado dentro del proceso que la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** celebró en calidad de comisionista vendedor, las operaciones identificadas con los números 8386406, 8392811, 8416089, 8416149, 8427112, 8427217, 8461831, 8521047, 8599268, 8617461 y 8692942 en los meses de noviembre y diciembre del año 2008 y en enero y febrero de 2009. Estas operaciones debían recomprarse los días 27 de febrero, 2 de marzo, 3 de marzo, 5 de marzo, 16 de marzo, 30 de marzo, 14 de abril, 23 de abril y 11 de mayo de 2009.

El día 19 de febrero de 2009, mediante comunicación MBO-073[98], **MERCADO Y BOLSA S.A.** informa a la CRC Mercantil que la sociedad Inaves Fuenterrabía inicia proceso de reorganización empresarial y para el efecto adjunta comunicación del promotor designado de la Superintendencia de Sociedades, del 13 de febrero de 2009[99] y solicita informe estado de cartera de la sociedad comisionista, con dicha sociedad[100].

La sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** remite el día 20 de febrero de 2009[101], al promotor de la sociedad Inaves Fuenterrabia S.A., documentos en donde se refiere a la fundamentación legal y la realización de operaciones CAT en la Bolsa. En dicho escrito se resalta que: *"los bienes y derechos entregados en garantía a favor de las Cámaras de Riesgo*

[98] Cuaderno No. 2 Folio 1002
[99] Cuaderno No. 2 Folios 998-1001
[100] La sociedad comisionista da respuesta a esta solicitud de información mediante comunicación MBO-377 del 26 de febrero de 2009, en la cual se da la información requerida sobre la cartera de la sociedad Inaves Fuentarrabía S.A. (Cuaderno No. 2 Folios 984)
[101] Cuaderno No. 2 Folios 987-994

Central de Contraparte no podrán ser objeto de reivindicación, embargo, secuestro, retención u otra medida cautelar similar, o de medidas derivadas de la aplicación de normas de naturaleza concursal o de la toma de posesión, liquidación o acuerdo de reestructuración. Tales garantías se liquidarán conforme a los reglamentos de la Cámara de Riesgo Central, sin necesidad de trámite judicial alguno". Así mismo, se refiere a las consecuencias del incumplimiento de las operaciones y a la facultad de la CRC Mercantil, en este evento para retirar el subyacente objeto de las operaciones y proceder a su venta para honrar los compromisos adquiridos.

Siguiendo esta línea tenemos que el día 23 de febrero de 2009, mediante comunicación MBO-080[102], la investigada solicita a la promotora de la sociedad Inaves Fuenterrabia, autorización para la realización de visitas a las granjas de la misma, solicitud que fue reiterada mediante comunicación MBO-389 del 26 de febrero de 2009.[103] Así mismo en acta de comité de riesgos del 26 de febrero de 2009[104], se trata el tema del mandante Inaves Fuenterrabía y su situación legal, decidiendo por parte de dicho comité dar aviso a la CRC Mercantil S.A. sobre el estado del mandante y solicitar retiro de producto de acuerdo con lo establecido en el Reglamento.

El día 27 de febrero de 2009[105], la promotora de la sociedad Inaves Fuenterrabia, solicita a la investigada, abstenerse de cantar operaciones CAT, teniendo en cuenta que una de las operaciones celebradas se vencía este día. De acuerdo con lo anterior, **MERCADO Y BOLSA S.A.** mediante comunicación de esta misma fecha, solicita al promotor de Inaves el pago de la operación No. 8386406 por valor de $86.400.000 [106]. De la misma manera, al vencimiento de la recompra de cada una de las operaciones, la sociedad comisionista solicita a la promotora de Inaves Fuenterrabia que se efectúe el pago de recompra de las mismas[107].

---

[102] Cuaderno No. 2 Folios 986
[103] Cuaderno No. 2 Folios 982
[104] Cuaderno No. 3 Folio 1127
[105] Cuaderno No. 2 Folios 981
[106] Cuaderno No. 2 Folios 980
[107] En efecto obran en el expediente las siguientes comunicaciones: Comunicación del 2 de marzo de 2009 por la cual solicita al promotor de Inaves el pago de la operación No. 8392811 por valor de $ 86.400.000 (cuaderno No. 2 Folios 979), comunicación del 3 de marzo de 2009, por la cual solicita al promotor de Inaves el pago de las operaciones No. 8416089 y 8415149 por valor de $ 185.600.000 (cuaderno No. 2 Folios 978), comunicación del 5 de marzo 2009, por la cual solicita al promotor de Inaves el pago de la operación No. 8427112 y 8427217 por valor de $ 288.000.000 (cuaderno No. 2 Folios 977), Comunicación del 16 de marzo de 2009, por la cual solicita al promotor de Inaves el pago de la operación No. 8461831 por valor de $ 192.000.000 (cuaderno No. 2 Folios 976), comunicación del 30 de marzo de 2009, por la cual solicita al promotor de Inaves el pago de la operación No. 8521047 por valor de $ 96.000.000 (cuaderno No. 2 Folios 974), comunicación del 14 de abril de 2009, por la cual solicita al promotor de Inaves el pago de la operación No. 8599268 por valor de $ 96.000.000 (cuaderno No. 2 Folios 975), comunicación del 23 de abril de 2009, por la cual solicita al promotor de Inaves el pago de la operación No. 8617461 por valor de $ 96.000.000

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

Así mismo, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** a medida que se iban presentando las fechas de recompra de cada una de las operaciones, informa a la CRC Mercantil S.A. que la recompra no se iba a realizar. Por su parte, obran en el expediente las comunicaciones mediante las cuales la CRC Mercantil S.A. solicitó para cada una de las operaciones celebradas, la declaratoria de incumplimiento por parte de la administración de la Bolsa y la certificación de dicho incumplimiento por parte de la Bolsa.

Ahora bien, mediante comunicación del 2 de marzo de 2009[108] dirigida a la investigada, la sociedad Inaves Fuenterrabia establece condiciones para la programación de las visitas a las granjas y mediante comunicación MB0-442 del 4 de marzo de 2009[109], **MERCADO Y BOLSA S.A.** informa la programación de las visitas. No obstante lo anterior, el día 11 de marzo de 2009, mediante comunicación MBO-481[110], la sociedad comisionista informa a la promotora Inaves la imposibilidad de realizar las visitas a las granjas por impedimento de entrada a las mismas, así mismo informa que procederá a notificar de esta situación a la CRC Mercantil S.A., lo cual podría ocasionar el incumplimiento de las operaciones. De acuerdo con lo anterior, mediante comunicación del 11 de marzo de 2009, la sociedad comisionista informa a la CRC Mercantil S.A., la imposibilidad de certificar la existencia del subyacente debido a la negativa del mandante para realizar las visitas a las Granjas[111].

Ahora bien, teniendo en cuenta que para el 11 de marzo de 2009, ya habían sido declaradas incumplidas en la recompra las operaciones Nos. 8386406, 8392811, 8416089, 8415149, 8427217 y 8427112 cuyos vencimientos eran entre el 27 de febrero y 5 de marzo, la sociedad comisionista investigada informa a la promotora de la sociedad Inaves Fuenterrabia, mediante comunicación MBO-482 del 11 de marzo de 2009[112], que teniendo en cuenta la declaratoria de incumplimiento, el subyacente objeto de las operaciones pasa a ser propiedad de la CRC Mercantil S.A.

Sin embargo, no obstante la obligatoriedad legal por parte del mandante de entregar el subyacente objeto de las operaciones, tenemos que los inconvenientes continuaron pues mediante comunicación del 2 de abril de 2009[113], **MERCADO Y BOLSA S.A.** informa a la CRC Mercantil S.A., la imposibilidad de certificar la existencia del subyacente debido a la negativa de Inaves de realizar visitas a las Granjas. Así mismo, obran en el expediente

(cuaderno No. 2 Folios 973), comunicación del 11 de mayo de 2009, por la cual solicita al promotor de Inaves el pago de la operación No.8692942 por valor de $ 96.000.000 (cuaderno No. 2 Folios 972).
[108] Cuaderno No. 2 Folios 955
[109] Cuaderno No. 2 Folios 954
[110] Cuaderno No. 2 Folios 953
[111] Cuaderno No. 2 Folios 952
[112] Cuaderno No. 2 Folios 950
[113] Cuaderno No. 2 Folios 951

diversas comunicaciones de **MERCADO Y BOLSA S.A.** dirigidas al promotor de Inaves Fuenterrabia, por las cuales informa que teniendo en cuenta el no pago de las operaciones No. 8386406, 8392811, 8416089, 8415149, 8427112, 8427217, 8461831, 8521047, 8599268, 8617461, 8692942 puso en conocimiento a la CRC Mercantil S.A. y nuevamente resalta que los subyacentes han pasado a ser de propiedad de esta entidad.[114]

En este punto es preciso resaltar que se evidencia que la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.,** realizó las gestiones tendientes a explicar al cliente, los fundamentos jurídicos de la operación celebrada en Bolsa, sin embargo, éste no permitió que se llevaran a cabo los procesos reglamentarios para las circunstancias presentadas, al respecto el representante legal suplente de la CRC Mercantil S.A. en audiencia ante este órgano disciplinario expresó[115]:

> *Estas operaciones se incumplieron toda vez que la Cámara, esta empresa entró en reorganización, Inaves entró en reorganización, cada vez que la Cámara se hizo presente para intentar liquidar las garantías; Inaves se negó a entregar los animales, todas estas visitas se hicieron en compañía de las firmas comisionistas involucradas en el incumplimiento, finalmente esto se reclamó a la Aseguradora y la Aseguradora pagó el 100% del valor de la recompra de las operaciones incumplidas, el 6 de agosto del año pasado, del 2009. (…)*

Así mismo, señaló la representante legal suplente de la CRC Mercantil, que *"(…) cada vez que la Cámara se hizo presente para intentar liquidar las garantías; Inaves se negó a entregar los animales, todas estas visitas se hicieron en compañía de las firmas comisionistas involucradas en el incumplimiento (…)".*

Ahora bien, continuando con el proceso de reorganización empresarial, tenemos que el día 26 de abril de 2009, la promotora de la sociedad Inaves Fuenterrabia presenta el proyecto de calificación y graduación de créditos y derechos de voto, del cual se da traslado por parte de la Superintendencia desde el 5 de mayo hasta el 18 de mayo de 2009. Es de anotar que en el proyecto de reconocimiento y graduación de créditos, se incluye a la Bolsa, CRC Mercantil S.A. y **MERCADO Y BOLSA S.A.**[116]

Por su parte, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** mediante comunicación MB-956 del 18 de mayo de 2009[117], indica a la Superintendencia de Sociedades, en relación con la calificación de créditos, que las obligaciones registradas corresponden a operaciones celebradas por Inaves en la Bolsa y solicita se aclare la clasificación.

[114] Cuaderno No. 2 Folios 963-971
[115] Cuaderno No. 4 Folios 505-529
[116] Cuaderno No. 2 Folios 995-997
[117] Cuaderno No. 2 Folios 945

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

De todo lo anterior se evidencia que en efecto las operaciones no fueron recompradas en las fechas pactadas sin embargo, se prueba así mismo en el expediente las gestiones adelantadas por la sociedad comisionista investigada desde el momento en que se inicia el proceso de reestructuración de su mandante para efectos de intentar dar cumplimiento a las obligaciones asumidas y luego del incumplimiento, intentar mitigar los daños ocasionados y saldar las deudas pendientes aunque sea de forma extemporánea. Lo anterior, no exime de responsabilidad ya que como se explicará posteriormente al encontrarse la obligación de cumplimiento en cabeza del comisionista vendedor, no es posible alegar las circunstancias propias del mandante para justificar el incumplimiento de dicha obligación, sin embargo si atenúan la conducta objeto de reproche.

Por lo anterior, entrará la Sala a analizar las gestiones adelantadas por la sociedad comisionista en los momentos previos a la celebración de la operación y en el desarrollo de las mismas, referidos de forma específica al análisis de riesgos, conocimiento del cliente y verificación de la existencia del subyacente, ya que si bien es claro el incumplimiento en el pago de la recompra de las operaciones, se debe analizar la conducta adoptada por la sociedad comisionista y las consecuencias de la misma en el hecho reprochable para efectos de la determinación de la responsabilidad disciplinaria.

6.6.2. De las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista de manera previa a la celebración de las operaciones y durante el desarrollo de las mismas.

En relación con la actuación de la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** previa a la realización de las operaciones objeto de investigación, obran en el expediente los estados financieros del mandante Inaves Fuenterrabia S.A. hoy en Liquidación, Balance General a diciembre de 2007[118] y acta del Comité de Riesgo del 28 de diciembre de 2007[119] en el cual se presenta al comité posiciones abiertas con corte a diciembre de 2007, del mandante Inaves Fuenterrabía por valor de $ 1.064 millones de pesos. Así mismo, se encuentran actas del comité de riesgos del 3 de marzo de 2008[120] y del 20 de septiembre de 2008[121], en las cuales se discute el tema liberación de posiciones abiertas por parte del mandante Inaves Fuenterrabía, con el fin de dar cumplimiento al plan de desmonte de las operaciones. Así mismo, obra en el expediente documento estudio de viabilidad inicial realizado al mandate Inaves Fuenterrabía y copia de formatos de scoring

[118] Cuaderno No. 2 Folios 1003-1007
[119] Cuaderno No. 3 Folios 1136-1137
[120] Cuaderno No. 3 Folios 1133-1135
[121] Cuaderno No. 3 Folio 1360-1362

de las operaciones 8386406, 8392811, 8416089, 8415149, 8427112, 8427217,8461831, 8521047, 8599268, 8617461 y 8692942[122].

Adicionalmente, en cuanto al análisis de riesgos mediante comunicación MBO-124 del 24 de junio de 2009[123], la sociedad comisionista presentó plan de contingencia para mitigar incumplimientos al área de seguimiento y comunicación MB-014 del 17 de julio de 2009, en la cual **MERCADO Y BOLSA S.A.** da respuesta al requerimiento de la Superintendencia del 16 de julio de 2009 y explica[124]:

> *La firma tiene implementado un sistema de control y administración de riesgo o SIAR el cual fue sometido a consideración de la Junta Directiva y que fue aprobada en el acta 16. En el que se encuentran contenidas todas las políticas de administración del riesgo en este tipo de operaciones, además de un plan de seguimiento y control para las mismas.*
>
> *En adición a lo anterior, la firma con base en lo establecido por la Superintendencia en lo que respecta al debido conocimiento de sus clientes, exige a todos ellos, previa celebración de operaciones, diligenciar el formato de vinculación donde se debe adjuntar la documentación de índole financiera y legal como son los Estados Financieros, RUT, Cámara de Comercio, Declaración de Renta, entre otros, y ser cotejada en las listas oficiales de lavado de activos y financiación del terrorismo.*

Se refiere posteriormente al comité de riesgos de la entidad y el análisis que el mismo realiza y finalmente menciona: *"La sociedad comisionista realiza desde el punto de vista financiero, actualización trimestral de la información financiera del mandante con el objeto de medir los cambios es su composición financiera, patrimonial y evaluar su situación de ingresos y gastos"*[125].

Adicionalmente se encuentra conforme a la documentación que obra en el expediente que la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** desde el año 2006, tenía establecida una política para la realización de operaciones financieras y gestión del cupo para la realización de las mismas tal como consta en acta de junta directiva No. 8 del 29 de agosto de 2006[126].

---

[122] Cuaderno No. 3 Folio 1157
[123] Cuaderno No. 2 Folios 940-941
[124] Cuaderno No. 2 Folios 930-931
[125] Adicionalmente obran en el expediente las comunicaciones MB-012 del 24 de junio de 2009, por la cual da respuesta al requerimiento efectuado por la Superintendencia Financiera de Colombia, indicando cada una de las actuaciones de la firma comisionista frente al proceso de reorganización de Inaves. (Cuaderno No. 2 Folios 938-939) y Comunicación Mercado y Bolsa del 5 de agosto de 2009, por la cual da respuesta a requerimiento efectuado por la Superintendencia Financiera de Colombia, e indica las gestiones realizadas por la firma comisionista en relación el mandante Inaves Fuenterrabia. (Cuaderno No. 2 Folios 924-926).
[126] Cuaderno No. Folios 1138-1147

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

En este punto es preciso anotar que si bien es cierto que se denota que se realizaron procedimientos por parte de los órganos pertinentes de la sociedad comisionista para analizar el riesgo de las operaciones, no queda claro si las políticas y el sistema de control y administración de riesgo fue adoptado en su integridad en las operaciones bajo investigación, ya que encuentra la Sala que la celebración de operaciones por un valor de $1.222.399.999 implica la adopción de un riesgo alto en cuanto a asignación y administración del cupo del mandante.

De otra parte en cuanto al análisis financiero del cliente, señala el Jefe del Área de Seguimiento: "*la sociedad Mercado y Bolsa conocía o debía conocer las condiciones financieras difíciles de su mandante, con antelación a la admisión al proceso de reorganización";* sobre el particular y a juicio de la Sala, las sociedades comisionistas deben efectuar un análisis previo y concomitante de riesgos de sus mandantes, más aún en este tipo de operaciones, pues si bien como se indicó en precedencia, la sociedad comisionista adoptó una política de control de riesgos para la celebración de operaciones financieras, ésta no fue suficiente tal y como lo acepta la misma investigada en audiencia ante este órgano disciplinario al expresar:

> *yo creo que el hecho de la confianza que teníamos con la existencia de los inventarios que nosotros comprobamos físicamente, y la existencia de digamos de una permanente operación con una compañía que vendía en el orden de los 25 mil millones de pesos de una u otra forma nos tenía tranquilos, pero si indudablemente se vio disminuido el digamos en el segundo semestre se vio más impactada la empresa que en el primer semestre, entonces quizás pudimos haber cometido un error de percepción en los resultados, pero resultados que fueron fundamentalmente negativos en el segundo semestre del 2008, que fue donde se deterioro la empresa definitivamente.*

Así, se debe resaltar la apreciación realizada por el Jefe del Área de Seguimiento en cuanto se extraña dentro del acervo probatorio la presencia y soporte del análisis financiero realizado por la sociedad comisionista frente a los estados financieros del año 2008 y de los primeros meses del año 2009, época de celebración de las operaciones, ya que únicamente obran en el expediente los estados financieros correspondientes al año 2007. De esta forma, si bien de lo anterior no se puede deducir que la sociedad comisionista no haya hecho dicho análisis en el momento previo a la celebración de las operaciones, la falta de soporte si implica falta de precisión y claridad.

De otra parte, en lo que se refiere al deber de dar una adecuada información y asesorar debidamente a su cliente, obra en el expediente comunicación MBO-1980 del 1 de agosto

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

de 2008[127], mediante la cual la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** remite información relevante a su cliente sobre los contratos avícolas a término, refiriéndose a la expedición de la Resolución 003 de 2008 e informando sobre aspectos relevantes de la norma. Así mismo solicita que se alleguen estados financieros de Inaves, información mensual de encasetamiento y se coordinen visitas a las granjas. De la misma manera, mediante correo electrónico del 12 de agosto de 2008[128], **MERCADO Y BOLSA S.A.** remite a su mandante, información relativa a la nueva reglamentación de los CAT, con el fin de dar cumplimiento a la misma y adjunta Boletín Instructivo y otros anexos[129].

Posteriormente, mediante comunicación MBO-2896 del 5 de noviembre de 2008[130], la investigada solicita a su mandante remitir estados financieros con corte a septiembre de 2008 y una certificación mensual de encasetamiento firmada por el revisor fiscal, con el fin de dar cumplimiento a la política de suscripción de riesgos de la empresa aseguradora, así mismo mediante comunicación MBO-3304 del 12 de diciembre de 2008[131], solicita los estados financieros a 31 de octubre de 2008, contratos de arrendamiento y anexos de permisibilidad de entrada a granjas a los funcionarios de la CRC Mercantil S.A.

De otra parte, obran en el expediente los informes de visita a las granjas vinculadas a las operaciones objeto de investigación de los días 1 de diciembre de 2008[132], 3 de diciembre de 2008[133], 26 de diciembre de 2008[134], 10 de enero de 2009[135] y 29 de enero de 2009[136], así:

No. Operación	Fecha Operación	Granja	Fecha de Visita
8386406	27-nov-08	Villa Alejandra	1-dic-08
8392811	28-nov-08		
8416089	3-dic-08	San Juan	1-dic-08
8416149	3-dic-08		
8427217	5-dic-08		
8427112	5-dic-08	San Cristóbal	3-dic-08
8461831	15-dic-08	San Bernardo	26-dic-08
8521047	24-dic-08	Providencia	10-ene-09
8599268	14-ene-09	Providencia	10-ene-09

[127] Cuaderno No. 4 Folios 216-217
[128] Cuaderno No. 4 Folios 203-215
[129] Cuaderno No. 4 Folio 203-215
[130] Cuaderno No. 4 Folio 202
[131] Cuaderno No. 4 Folio 201
[132] Cuaderno No. 5 Folios 066-087
[133] Cuaderno No. 5, Folios 056-065
[134] Cuaderno No. 5, Folios 049-055
[135] Cuaderno No. 5 Folios 044-048
[136] Cuaderno No. 5 Folios 034-043

8617461	16-ene-09	La Floresta	29-ene-09
8692942	2-feb-09	La Floresta	29-ene-09

De todo lo anterior, se evidencia un adecuado seguimiento y control tanto de su mandante como de los subyacentes objeto de las operaciones. Así mismo, queda claro para la Sala que la información brindada al cliente fue adecuada y suficiente.

En este punto es importante precisar que resulta fundamental el conocimiento que las firmas comisionistas tengan de sus clientes, su solvencia económica y reputación, pero también de las situaciones de mercado que puedan afectar su operación comercial y que incidan en su situación financiera. Así mismo, para efectos de desarrollar la operación bursátil de forma profesional y responsable, deben tener un conocimiento profundo de los instrumentos financieros que utilizan, conocer sus riesgos, alcances y las obligaciones y derechos que de los mismos se derivan no sólo para su firma sino para el cliente al que representará en el escenario de negociación.

En el caso concreto, de las pruebas obrantes en el expediente se evidencia el trabajo realizado por la sociedad comisionista de forma previa a la celebración de las operaciones y durante el desarrollo de las mismas y por lo tanto, se entiende que asumió el riesgo de que su comitente se encontrara en la situación financiera evidenciada. En efecto, en las actas de comité de riesgos se evidencia que desde marzo de 2008, estaban intentando desmontar las operaciones del mandante Inaves Fuenterrabía.

Ahora bien la asunción de dicho riesgo implica que al encontrarse la obligación de pago de la recompra en cabeza de la sociedad comisionista, debió prever la posibilidad de tener que cumplir con recursos propios las operaciones celebradas ya que la sociedad comisionista se hace responsable de la capacidad de pago de su mandante y por esto, decide hasta qué punto está dispuesta asumir un riesgo de no provisión de los recursos por parte de este último.

6.6.3. De las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista después del incumplimiento.

En adición a las gestiones realizadas por la sociedad comisionista en punto específicamente del proceso de reorganización de su mandante, las cuales ya fueron resaltadas por la Sala además de aquellas llevadas a cabo para propender por el pago de las operaciones antes del vencimiento de las mismas; entrará a estudiar la Sala las gestiones desplegadas después del incumplimiento en la recompra para pagar a la CRC Mercantil las sumas adeudadas.

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

Teniendo en cuenta los incumplimientos en la recompra presentados, mediante comunicación PC-00283 del 16 de julio de 2009[137], la CRC Mercantil S.A. suspende los servicios de compensación y liquidación para nuevas operaciones o posiciones abiertas de **MERCADO Y BOLSA S.A.**, hasta tanto fueran pagadas las obligaciones en cita. Frente a esta comunicación, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.,** da respuesta el día 21 de julio de 2009, mediante comunicaciones MBO-455 y MBO-456 y se refiere al posible pago por parte de Seguros del Estado de las operaciones incumplidas por parte Inaves Fuenterrabia[138].

En efecto, obra en el expediente comprobante de consignación del Banco de Bogotá con fecha 6 de octubre de 2009 en el cual se evidencia la consignación de la suma de $4.144.000.000 a la cuenta de la CRC Mercantil, por parte de Seguros del Estado[139] y recibo de caja No. 561 del 6 de agosto de 2009 mediante el cual la CRC Mercantil certifica el pago de $4.144.000.000 de Multiriesgos de Colombia, por concepto de los incumplimientos relacionados con el mandante Inaves Fuenterrabia[140].

Lo anterior implica que dentro del proceso de reorganización, finalmente la aseguradora efectuó el pago de las operaciones, reconstituyéndose así el patrimonio de la CRC Mercantil, lo cual se tiene en cuenta para la graduación de la sanción ya que implica que a la fecha, la CRC Mercantil ya no tiene suma pendiente por saldar por las magnitudes de las operaciones bajo investigación.

6.6.4. Responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista por la conducta estudiada y normas vulneradas.

Es claro para la Sala que del análisis de las circunstancias presentadas se puede evidenciar que la sociedad comisionista investigada desplegó diversas gestiones en el desarrollo de las operaciones, así como una vez presentados los incumplimientos, para efectos de dar cumplimiento a sus obligaciones no obstante la situación legal de su mandante, gestión que es igualmente reconocida por el Área de Seguimiento al expresar: "*el Despacho reconoce la tarea realizada por la comisionista vendedora, mediante los múltiples requerimientos enviados a su cliente en procura del pago de la recompra en las operaciones de la referencia (…)".* Sin embargo dicha actuación si bien atenúa la responsabilidad disciplinaria no exime de responsabilidad toda vez que la sociedad comisionista incumplió con sus obligaciones tal y como se pasará a explicar a continuación.

[137] Cuaderno No. 2 Folios 936-937
[138] Cuaderno No. 2 Folios 927-929
[139] Cuaderno No. 3 Folios 1415
[140] Cuaderno No. 3 Folios 1418

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

El incumplimiento en la recompra de las operaciones y las justificaciones dadas por la sociedad comisionista investigada implican el desconocimiento del contrato de comisión pues acorde con la normatividad vigente, es claro que el comisionista tiene a su cargo la obligación de recompra ya que se encuentra actuando en virtud de un contrato de comisión, es decir, celebra una operación a nombre propio pero por cuenta ajena recayendo sobre el comisionista todas las obligaciones propias de la negociación. Así, la excepción de falta de provisión de fondos, se refiere a la imposibilidad de la sociedad comisionista de justificar el incumplimiento de una operación en la no disposición de los recursos por parte de su mandante.

En efecto, al ser el contrato de comisión una especie de mandato no representativo celebrado con un cliente plenamente conocido por ellos y para el cual decidieron hacer los negocios correspondientes, el comisionista se hace responsable de la capacidad de pago del mandante. Por lo anterior, la sociedad comisionista en el marco del mercado administrado por la Bolsa, si no realiza un adecuado análisis de riesgos sobre su cliente y sobre la negociación en sí misma, se expone abiertamente a tener que salir a cumplir con su propio patrimonio las operaciones celebradas.

Así, tenemos que de forma específica, los contratos avícolas a término se encuentran regulados mediante la Resolución 03 de 2008, acorde a esta disposición, se entiende por éstos: *"la operación celebrada a través de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., consistente en una compraventa con pacto de recompra de pollos y la prestación del servicio de custodia y engorde de dicha especie de semovientes por el vendedor, hasta el vencimiento del término establecido para el cumplimiento de la obligación de recompra"*. Así mismo, en el artículo 6° de la mencionada resolución dentro del catálogo de obligaciones que se encuentran en cabeza de la sociedad comisionista que actúa por cuenta del mandante vendedor se encuentra la de "*4) Efectuar la recompra en el término y condiciones pactadas".*

En el parágrafo del artículo mencionado, se señala que: *"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 1172 de 1980, norma que regula la actividad de las sociedades comisionistas de la bolsa, el mandante está obligado a poner a su comisionista en capacidad de cumplir todas las obligaciones inherentes a su encargo y éste no podrá oponer a la bolsa o a sus miembros, en las diferencias que surjan al liquidar la operación, excepciones derivadas del incumplimiento del comitente'".*

De otra parte, la obligación de recompra se encuentra específicamente establecida en el numeral 3.11.2 del Boletín Instructivo No. 09 de 2007 de la CRC Mercantil que determina que el incumplimiento final de la operación financiera se refiere al *"Evento presentado cuando 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 CCBNA", lo cual en el caso concreto es exactamente lo que ocurrió.

Así mismo, el incumplimiento en la recompra implica la vulneración de las disposiciones establecidas en el artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento que establecen las obligaciones generales de los miembros de la Bolsa[141], en los siguientes términos:

> *"Num. 2° 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 (…;*
>
> *Num. 7° Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, reglamentario, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. En ningún caso será admisible al momento del cumplimiento la excepción de falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado;".*

Ahora bien, el Jefe del Área de Seguimiento imputa así mismo el incumplimiento del numeral 6 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de la Bolsa[142] y el numeral 8 del artículo 29 del decreto 1511 de 2006[143]. Al respecto encuentra la Sala que los mismos no se vulneran toda vez que no se evidencia por parte de la sociedad comisionista una conducta desleal, negligente o de mala fe.

Finalmente entrará en este punto a pronunciarse la Sala sobre la imputación realizada por el Jefe del Área de Seguimiento según la cual la sociedad comisionista con la conducta asumida vulneró las disposiciones propias del deber de asesoría toda vez que "*(…) no se evidencia que el profesional del mercado haya asesorado a sus clientes en debida forma, pues en lugar de requerir los recursos para estar en capacidad cumplir con las obligaciones asumidas, se observa que solamente se propuso como forma de pago de las operaciones, cuyas resultas serían imputables a los pagos de las obligaciones primigenias".*

---

[141] En concordancia con el numeral 11 del Decreto 1511 de 2006 que establece: *"Artículo 29. Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: (…) "11. Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva."*

[142] *"8. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, y precisión, procurando la satisfacción de los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia, lo cual implica el sometimiento de su conducta a las diversas normas que reglamentan su actividad profesional, ya provengan del Estado, de las mismas bolsas o constituyan parte de los sanos usos y prácticas del comercio o del mercado público de valores (…)"*

[143] "6. *Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad". (en concordancia con el numeral 8 del art. 29 del decreto 1511)*

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

Al respecto encuentra la Sala que, tal y como se mencionó en las consideraciones, de las pruebas obrantes en el expediente se logra deducir que los clientes se encontraban suficientemente informados sobre los deberes y obligaciones que de la operación emanaban así como sus alcances y naturaleza. De hecho obran comunicaciones y conceptos remitidos por la sociedad comisionista explicando los alcances de las operaciones celebradas, remitiendo la normatividad aplicable y explicando las consecuencias jurídicas del negocio frente a la situación financiera y jurídica específica del mandante. En efecto no considera la Sala que el incumplimiento se produzca por falta de información por parte del mandante sino por circunstancias específicas de tipo financiero, que aunque el comisionista debió prever, su ocurrencia no puede ser imputable al mismo.

6.6.5. Graduación de la Sanción

La Sala de Decisión No. 5 de la Cámara Disciplinaria, frente a las conductas desplegadas por la sociedad comisionista, determina la sanción a imponer teniendo en cuenta para efectos de graduación, la gravedad de los hechos y la infracción, las modalidades y circunstancias de la falta, los antecedentes del investigado, la dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa y las demás circunstancias que considere pertinentes.

El incumplimiento en la recompra en operaciones financieras de contratos avícolas, es una conducta que reviste de gravedad toda vez que se genera un gran impacto en el mercado. En efecto, en el caso concreto se trata de incumplimientos de gran magnitud que suman un valor futuro total de $1.222.399.999; situación que conlleva una afectación reputacional para el mercado y a un riesgo de liquidez en cabeza de la CRC Mercantil, toda vez que esta entidad debió salir a dar cumplimiento a todas las operaciones que no fueron recompradas en las fechas establecidas.

Así mismo encuentra la Sala, que en los instrumentos financieros es fundamental el análisis de riesgos que se haga no sólo de la operación, sino del mandante, su situación financiera y su capacidad de pago, mediante un proceso diligente y eficiente de conocimiento del cliente así como la identificación y verificación de la existencia y calidad del subyacente objeto de la negociación. Así mismo, es fundamental que este proceso se realice, en el caso de las renovaciones, cada vez que se realice una nueva operación ya que la situación financiera del mandante es cambiante. En el caso concreto, como se evidenció en las consideraciones de la Sala, por la magnitud del cupo asignado al mandante y por la falta de un documento que pruebe el análisis financiero efectuado para el momento de celebración de las operaciones bajo investigación, encuentra la Sala que el análisis previo no fue suficiente o no fue el adecuado.

No obstante lo anterior, en el caso concreto se evidencia circunstancias atenuantes de la conducta que deben ser tenidas en cuenta.

En primer lugar se tiene que la sociedad comisionista realizó diversas gestiones tendientes a dar cumplimiento al pago de las operaciones, no sólo requiriendo a su mandante sino haciendo seguimiento al proceso de reorganización del mismo y dando conceptos jurídicos para efectos de que las operaciones llegaran a un feliz término. Así mismo estuvo permanentemente informando a la CRC Mercantil y a la Bolsa y en términos generales hubo un seguimiento constante a la operación y acompañamiento a su cliente y la CRC Mercantil. Así las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista, atenúan de forma considerable la responsabilidad disciplinaria.

De otra parte, en el caso concreto se comprobó que se realizó un debido seguimiento y control al subyacente de la operación, que se constituía en la principal garantía de la misma.

Finalmente, el hecho de que las operaciones ya hayan sido pagadas, aunque sea por la aseguradora implica que el patrimonio de la CRC Mercantil fue reconstituido lo que implica que el riesgo de liquidez fue mitigado.

Así las cosas, para la Sala de Decisión No. 5 es claro el incumplimiento de las disposiciones reglamentarias y legales que regulan este mercado, por las razones expuestas en las consideraciones precedentes, por lo cual, en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos, las circunstancias específicas de las faltas estudiadas, los antecedentes de la sociedad comisionista y las circunstancias atenuantes evidenciadas, por unanimidad la Sala de Decisión No. 5 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de MULTA DE DOS (2) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

VII. DEL INCUMPLIMIENTO EN LA RECOMPRA DE LA OPERACIÓN CPT NO. 8599765

7.1. Hechos

7.1.1. La sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** realizó en calidad de comisionista vendedor y por cuenta de su mandante Agrocomsa Ltda., la operación No. 8599765 sobre 1 contrato porcícola a término por un valor presente de $ 35,552,340 a una tasa de 13.5% por un valor futuro de $ 36,890,000. La operación se pactó con fecha máxima de recompra el 29 de abril de 2009[144].

[144] Comprobante de negociación de la operación. (Cuaderno No. 1 Folio 250).

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

7.1.2. El día 27 de abril de 2009, el mandante Agrocomsa Ltda., envía comunicación a Multiriesgos de Colombia manifestando que: *"(…) con el fin de garantizar a la Bolsa Nacional Agropecuaria el pago de las operaciones CPT próximas a vencerse, solicito a Uds (sic) ordenar el giro de los dineros por nosotros depositados como garantías adicionales en el encargo fiduciario de la Corporación Financiera Colombiana, a nombre de Seguros del Estado"*[145].

7.1.3. El día 28 de abril de 2009, Multiriesgos de Colombia informa a Seguros del Estado que: *"nuestro común cliente Agrocomsa Ltda. consignó en la cuenta de Corficolombiana la suma de $70.000.000 como lo acredita la consignación adjunta a esta comunicación dichos recursos correspondían a la contragarantía líquida exigida para ampliación de cupos de operaciones en la Bolsa Nacional Agropecuaria, tomando en consideración que no fue aprobada ningún tipo de operación, el cliente solicita mediante comunicación expresa que se giren dicho monto (sic) a la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la Bolsa Nacional Agropecuaria para cubrir las obligaciones vigentes una de las cuales vence el día de mañana 29 de abril (…)"*[146].

7.1.4. Mediante correo electrónico del 28 de abril de 2009, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.,** solicita a la CRC Mercantil información sobre el procedimiento a seguir para compensar los pagos que se realizarán con los recursos del mandante Agrocomsa Ltda[147]. De esta manera, mediante correo electrónico de esta misma fecha, la CRC Mercantil S.A. informa a **MERCADO Y BOLSA S.A.** que debe enviar el día 29 de abril a más tardar a la 10:00 a.m. la instrucción de liberación de garantías y de giros de las mismas a la cuenta compensada de la CRC Mercantil S.A. y aclara que para que pueda realizarse el trámite la transferencia por parte de Multiriesgos de Colombia debe verse reflejada antes de las 10:00 a.m. en la cuenta de la CRC Mercantil S.A.[148].

7.1.5. El 29 de abril de 2009, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.,** mediante comunicación MBO-264 informa a la CRC Mercantil S.A. sobre la operación 8599765 que *"la operación de la referencia de la compensación del día de hoy por valor de $36.890.000, será cancelada con los recursos que Seguros del Estado giró a la cuenta de garantías de la CRCBNA. Por lo anterior, solicito que la CRCBNA realice el respectivo pago para cumplir con la operación"*[149].

7.1.6. La sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.,** mediante comunicación MBO-269 del 29 de abril de 2009[150], solicita a la CRC Mercantil que en la compensación correspondiente al 29 de abril, no se descuente el valor de la operación objeto de

[145] Cuaderno No. 2 Folio 915
[146] Cuaderno No. 2 Folio 917
[147] Cuaderno No. 2 Folio 921
[148] Cuaderno No. 2 Folio 920
[149] Cuaderno No. 2 Folio 918
[150] Cuaderno No. 1 Folios 251

investigación e indica que en caso de no disponer de los recursos la CRC Mercantil declare el incumplimiento.

7.1.7. Mediante comunicación OC-103 del 29 de abril de 2009, la CRC Mercantil solicita que: *"teniendo en cuenta la comunicación MBO-264 enviada por la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** (…) y el no cumplimiento en la recompra de la operación No. 8599765 (…) se evalúe la procedencia de decretar incumplimiento de la operación"*[151].

7.1.8. La administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-135 del 30 de abril de 2009, declaró el incumplimiento en la recompra de la operación No. 8599765 por el valor total futuro total de la operación[152].

7.1.9. El día 7 de mayo de 2009, la sociedad comisionista MERCADO Y BOLSA S.A. informa a la CRC Mercantil S.A. que: *"de acuerdo con los compromisos adquiridos por parte de nuestro cliente C.I. AGROCOMSA LTDA., en especial en lo que respecta al giro de recursos en dinero a disposición de la CRCBNA por valor de $69.703.715, nos permitimos solicitar como fue acordado, aplicar lo correspondiente para cumplir con el pago de la operación **No. 8599765,** con vencimiento 29 de Abril de 2009, es decir la suma de $36.890.000"*[153].

7.2. Solicitud formal de explicaciones

El Área de Seguimiento solicitó explicaciones formales por el incumplimiento en la recompra de la operación No. 8599765, considerando que al haber incumplido presuntamente su obligación de recompra podría haber vulnerado los numerales 8, 11 y 20 del artículo 29 del decreto 1511 de 2006, los numerales 2, 6, 7 y 29 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, los numerales 13 y 21 del artículo 2.2.2.1 del mismo Reglamento, el numeral 4 del artículo 6 de la Resolución 002 de 2008 y el numeral 3.11.2. del Boletín Instructivo No. 09 del 19 de febrero de 2009 expedido por la CRC MERCANTIL S.A.

Así mismo considera que *"podría haber vulnerado las disposiciones contenidas en el artículo 97 del EOSF, en concordancia con el artículo 41 literales d) y e) del decreto 1511 de 2006 y el numeral 10 del artículo 29 del mismo decreto en la medida en que presuntamente no habría brindado a sus clientes la suficiente y debida asesoría e información en relación con los Contratos a Término celebrados en la Bolsa, en especial, en lo que se refiere a las obligaciones emanadas de dichos contratos".*

7.3. Explicaciones formales

Explica en primer lugar, los antecedentes de la operación en lo que se relaciona con los recursos constituidos por el mandante vendedor en Corficolombiana y que luego según

[151] Cuaderno No. 1 Folio 252
[152] Cuaderno No. 1 Folio 253
[153] Cuaderno No. 1 Folio 255

orden del mismo mandante debían ser girados por Multiriesgos de Colombia para el pago de la operación bajo investigación. Menciona que posteriormente al cumplimiento de la operación –el día 4 de mayo- le informan que los dineros serán girados a más tardar el día 6 de mayo de 2009. Agrega que la CRC Mercantil S.A. tenía conocimiento de la forma como se realizaría el pago de la operación y que así fue acordado.

Posteriormente agrega que:

"(…) Dentro de esta operación MYB, informo (sic) oportunamente al Mandante sobre el vencimiento y pago la Operación, No 8.599.765, es mas (sic) como ya se comento (sic) con anterioridad se celebro (sic) una reunión en la Cámara donde se acordaron los términos de pago de esta y otras operaciones, El mandante se comprometió a cancelar esta operación con recursos disponibles en Corficolombiana, tal como consta en los documentos anexos.

Desafortunadamente este trámite se demoro (sic) como se demuestra en los anexos. Lo anterior conduce a que el cliente no logro (sic) que se cumpliera en la fecha de la recompra con el pago de la obligación. MERCADO Y BOLSA hizo seguimiento permanente sobre el giro a realizarse por C.I. AGROCOMSA LTDA. a la CRCBNA pero lamentablemente los recursos ingresaron después del día del vencimiento con lo cual se cumplió con el pago de la Operación.

Dado que los recursos no habían entrado oportunamente permanentemente MYB Le solicito al Mandante que cubriera con otros recursos el pago, quien reitero que se había hecho en fecha oportuna las solicitudes pero por trámites internos en la compañía de seguros los recursos llegaron después de la fecha de vencimiento de la operación.

Como se demuestra MYB actuó diligentemente y comprobó la existencia de los recursos con los que se originaría el pago, verifico el envió de la solicitudes y finalmente se comprobó que el pago se efectuara".

7.4. Evaluación de las explicaciones por parte del área de seguimiento y pliego de cargos

Menciona que se prueba en el expediente que la investigada hizo seguimiento a los recursos para el pago sin embargo *"dichos esfuerzos no surtieron el efecto deseado dando paso al incumplimiento de la operación en la fecha prevista para la recompra; situación ésta que configura una conducta objetiva de incumplimiento".*

De acuerdo con lo anterior considera que: *"no obstante observar que efectivamente la sociedad comisionista encartada hizo las gestiones necesarias para que su cliente lo pusiera en capacidad de cumplir con la operación celebrada en bolsa, la investigada, al no encontrar respuesta positiva y oportuna, ha debido honrar la operación en la fecha establecida para tal efecto. Es pues ésta la razón, por lo que el Despacho considera procedente elevar cargos frente a la presente operación, habida consideración de la obligación que le asiste a la firma comisionista*

de bolsa contenida en el artículo 3.1.1.6. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA".

7.5. Descargos presentados

Empieza por enunciar la investigada, que respecto de la operación que es objeto de estudio: "*Mercado y Bolsa S.A., efectivamente hizo seguimiento de los recursos imputables al pago, comprobó la existencia de los mismos, así que nos ocupamos de que nuestro mandante hiciera todas las gestiones dirigidas al pago de la operación de recompra, pero sin embargo el mismo no se dio de manera oportuna".*

A continuación pasa a referirse a la responsabilidad objetiva, citando para ello jurisprudencia de la Corte Constitucional, señalando que la misma ha sido proscrita en el ordenamiento jurídico, de igual forma se refiere al derecho al debido proceso consagrado en la constitución política y a los elementos que integran la responsabilidad, frente a lo cual expresó:

> *Recordemos también que los elementos de la responsabilidad están dados por la existencia obligatoria de un hecho, un daño y una culpa denominado este último como nexo causal, en el evento en que llegare a faltar uno de los elementos antes mencionados, no podría predicarse la existencia de responsabilidad alguna, y como se ve en el presente caso y teniendo en cuenta el presunto incumplimiento de las diversas operaciones que se investigan, encontramos que en ninguna de ellas se ocasiona un daño a la contraparte, pues esta nunca así lo manifestó, por tanto no se cumplen con los presupuestos para endilgar responsabilidad.*

De acuerdo con lo anterior, solicita a la Sala de Decisión, aplicar las normas constitucionales en relación con el debido proceso y la no aplicación de la responsabilidad objetiva.

Finalmente, manifiesta su inconformidad por los cargos endilgados respecto de la operación No. 8599765, resaltando que frente a la misma actuó con diligencia y que la misma fue cumplida totalmente.

7.6. Consideraciones de la Sala

7.6.1. Del incumplimiento en la recompra de la operación

Se encuentra suficientemente probado en el expediente, que la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** celebró el día 14 de enero de 2009 en calidad de comisionista vendedor y por cuenta de su mandante Agrocomsa Ltda., la operación No. 8599765 sobre

un contrato porcícola a término por un valor futuro de $ 36.890.000 y fecha máxima de recompra el 29 de abril de 2009[154].

Ahora bien, tal como ha quedado establecido en los hechos, dos días antes del vencimiento de la operación, esto es el 27 de abril de 2009, el mandante Agrocomsa Ltda., envía comunicación a Multiriesgos de Colombia, ordenado el giro de los dineros que se encontraban en el encargo fiduciario para el pago de las operaciones bajo estudio. Así, al día siguiente Multiriesgos de Colombia informa a Seguros del Estado sobre la solicitud realizada por el cliente común Agrocomsa Ltda, para efectos de que se efectúe el giro a la cuenta de la CRC Mercantil.

Así mismo se encuentra probado documentalmente que la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** solicitó información a la CRC Mercantil para determinar el procedimiento que se seguiría para el pago a lo cual responde la CRC Mercantil con las instrucciones pertinentes.

De acuerdo con lo anterior el día 29 de abril de 2009, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.**, informa que la operación será pagada con los recursos que girará Seguros del Estado, sin embargo posteriormente da alcance a la comunicación remitida y solicita que no se descuente de la compensación el valor de la recompra de la operación si no se encuentran disponibles los recursos de Seguros del Estado.

Ahora bien, efectivamente los recursos no se encontraban disponibles en la CRC Mercantil, ya que mediante comunicación OC-103 del 29 de abril de 2009, esta entidad solicita la declaratoria de incumplimiento de la operación, la cual es certificada por la Bolsa mediante comunicación PSD-135 del 30 de abril de 2009.

El día 7 de mayo de 2009, esto es 3 días hábiles después de la fecha pactada para la recompra, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** solicita a la CRC Mercantil S.A. que: *"(…) se aplique lo correspondiente para cumplir con el pago de la operación* ***No. 8599765,*** *con vencimiento 29 de Abril de 2009, es decir la suma de $36.890.000".* A la anterior comunicación se adjunta cheque de gerencia a favor de la CRC Mercantil, por un valor de $69.703.715.

Así mismo, el día 11 de mayo de 2009, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** en respuesta a la declaratoria PSD-135 informa a la Bolsa que la operación objeto de investigación fue pagada con cheque entregado directamente a la CRC Mercantil[155].

[154] Comprobante de negociación de la operación. (Cuaderno No. 1 Folio 250). Obran en el expediente Informes visitas a granjas porcícolas vinculadas a la operación No. 8599765, de los días 17 de enero de 2009[154] y 30 de marzo de 2009 (Cuaderno No. 5 Folios 088-092).

Encuentra la Sala que tal y como lo menciona el Jefe del Área de Seguimiento, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** *"hizo seguimiento a los recursos imputables al pago, comprobando la existencia y monto de los mismos y cerciorándose de que el mandante C.I. Agromsa llevara a cabo solicitudes oportunas frente al intermediario de seguro Multi riesgos de Colombia; todas estas encaminadas al giro de los recursos para el cubrimiento de la operación el día 29 de abril de 2009".*

En efecto, en el caso concreto, la sociedad comisionista tenía certeza sobre el giro de los recursos por parte de su cliente ya que el mismo, el día 27 de marzo de 2009, remitió a Multiriesgos, consignación por valor de $ 70.000.000 a nombre de Corporación Financiera Colombiana[156] y posteriormente antes del vencimiento de la operación solicitó que dichos recursos fueran imputados al pago de la misma.

Ahora bien dicha situación no exime de responsabilidad a la sociedad comisionista, toda vez que la obligación de recompra se encuentra en su cabeza y no es aceptable que el retraso aunque sea de 3 días hábiles deba asumirlo la CRC Mercantil S.A. No obstante lo anterior, el pago en un término razonable como la magnitud del incumplimiento son circunstancias que en el caso concreto atenúan la conducta pero no podrían subsanar el incumplimiento presentado ya que es claro que la sociedad comisionista debía cumplir con la recompra en la fecha pactada para el efecto.

7.6.1.1. De las normas vulneradas por la conducta, concepto de violación y graduación de la sanción.

La obligación de recompra se encuentra específicamente establecida en el numeral 3.11.2 del Boletín Instructivo No. 09 de 2007 de la CRC Mercantil; sin embargo al no efectuarse el pago en la fecha pactada, claramente vulnera dicha instrucción. Lo anterior implica también la vulneración de las disposiciones establecidas en el artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa que establece entre otras obligaciones generales de los miembros de la Bolsa la de *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;"* Igualmente, consagra la obligación de: "*Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, reglamentario, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. En ningún caso será admisible al momento del cumplimiento la excepción de falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado.*

---

[155] Cuaderno No. 1 Folios 259
[156] Cuaderno No. 4 Folios 161-162

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

Ahora bien, en lo que se refiere a la imputación referida al incumplimiento del numeral 6 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de la Bolsa[157] y el numeral 8 del artículo 29 del decreto 1511 de 2006[158], encuentra la Sala que los mismos no se vulneran toda vez que no se evidencia por parte de la sociedad comisionista una conducta desleal, negligente o de mala fe. Así mismo, tal y como se determinó en el acápite anterior, la conducta asumida por la investigada fue diligente no evidenciándose una falta de claridad o precisión.

En cuanto a la imputación efectuada por el Jefe del Área de Seguimiento referida al incumplimiento del deber de asesoría encuentra la Sala que, en el caso concreto, el incumplimiento en la recompra no se presenta por una falta de información por parte del cliente de sus obligaciones y deberes y sobre la naturaleza de la operación celebrada, pues de hecho da la orden para que el giro se realizara en la fecha pactada para el pago, pero por inconvenientes en el trámite, dicho giro se demora más de lo esperado. Así las cosas, no es posible determinar que la sociedad comisionista investigada no hubiese asesorado de forma adecuada y suficiente a su cliente. En efecto, el cliente tenía absoluta claridad sobre su obligación de pago.

En el caso concreto si bien se presenta un incumplimiento en la recompra en la fecha pactada, el pago se realiza de forma extemporánea a los 3 días hábiles. Por lo anterior y por la magnitud del incumplimiento encuentra la Sala que se debe realizar un llamado de atención a la sociedad comisionista, en cuanto que en las operaciones financieras el pago oportuno es fundamental y por lo tanto las operaciones deben cumplirse en la fecha pactada en el efecto. De lo contrario tendrá que salir la CRC Mercantil a cumplir la operación y afectar su patrimonio.

Así las cosas, ponderando los elementos de graduación de la sanción, teniendo en cuenta que la sociedad comisionista no presenta antecedentes sobre conductas similares y en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos y las circunstancias específicas de la falta estudiada, por unanimidad la Sala de Decisión No. 5 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de AMONESTACIÓN PÚBLICA.

---

[157] *"8. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, y precisión, procurando la satisfacción de los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia, lo cual implica el sometimiento de su conducta a las diversas normas que reglamentan su actividad profesional, ya provengan del Estado, de las mismas bolsas o constituyan parte de los sanos usos y prácticas del comercio o del mercado público de valores (…)"*

[158] "6. *Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad". (en concordancia con el numeral 8 del art. 29 del decreto 1511)*

VIII. DEL INCUMPLIMIENTO EN LA RECOMPRA DE LAS OPERACIONES NO. 9208854, 9254183, 9291347, 9296353, 9309920, 9309793, 9323546, 9323545, 9329686, 9354268, 9362567 Y 9395362.

8.1. Hechos

8.1.1. La sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** realizó en calidad de comisionista vendedor y por cuenta de su mandante Pollos La Granjita S.A., las operaciones sobre contratos avícolas a término Nos. 9208854, 9254183, 9291347, 9296353, 9309920, 9309793, 9323546, 9323545, 9329686, 9354268, 9362567 y 9395362 con las condiciones que se muestran a continuación[159]:

Número	Fecha celebración	Cantidad	Valor Presente	Valor Futuro	Dias Plazo	Tasa	Fecha Máxima Recompra
9208854	18-may-09	20,000	$ 87,097,062	$ 89,600,000	90	12%	18-ago-09
9254183	27-may-09	20,000	$ 91,824,527	$ 94,400,000	90	11.7%	27-ago-09
9291347	2-jun-09	20,000	$ 87,263,101	$ 89,600,000	90	11.2%	2-sep-09
9296353	3-jun-09	40,000	$ 174,585,134	$ 179,200,000	90	11%	3-sep-09
9309920	5-jun-09	20,000	$ 87,423,669	$ 89,600,000	92	10.1%	7-sep-09
9309793	5-jun-09	20,000	$ 87,443,973	$ 89,600,001	92	10%	7-sep-09
9323546	9-jun-09	20,000	$ 84,346,470	$ 86,400,000	90	10.1%	9-sep-09
9323545	9-jun-09	20,000	$ 84,346,470	$ 86,400,000	90	10.1%	9-sep-09
9329686	10-jun-09	20,000	$ 84,404,025	$ 86,400,000	90	9.8%	10-sep-09
9354268	16-jun-09	20,000	$ 84,432,876	$ 86,400,000	90	9.7%	16-sep-09
9362567	17-jun-09	40,000	$ 172,150,111	$ 176,000,000	90	9.3%	17-sep-09
9395362	24-jun-09	40,000	$ 162,988,614	$ 166,500,000	90	8.9%	24-sep-09

8.1.2. Una vez llegada la fecha de recompra, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** informó a la CRC Mercantil S.A. en todos los casos que la misma no se iba a realizar[160]. De acuerdo con lo anterior, la CRC Mercantil S.A. solicitó para cada una

[159] Comprobantes de negociación y detalles de las operaciones en el SIB: (i) 9208854 (Cuaderno No. 1 Folios 310-314), (ii) 9254183 (Cuaderno No. 1 Folios 320-323), (iii) 9291347 (Cuaderno No. 1 Folios 329-332), (iv) 9296353 (Cuaderno No. 1 Folios 338-343), (v) 9309920 (Cuaderno No. 1 Folios 359-351), (vi) 9309793 (Cuaderno No. 1 Folios 355-358), (vii) 9323546 (Cuaderno No. 1 Folios 364-366), (viii) 9323545 (Cuaderno No. 1 Folios 370-372), (ix) 9329686 (Cuaderno No. 1 Folios 380-382), (x) 9354268 (Cuaderno No. 1 Folios 391-394), (xi) 9362567 (Cuaderno No. 1 Folios 398-403), (xii) 9395362 (Cuaderno No. 1 Folios 450-455).

[160] Comunicaciones de Mercado y Bolsa informando sobre la no recompra de las operaciones: (i) 9208854 (Cuaderno No. 1 Folios 308-309), (ii) 9254183 (Cuaderno No. 1 Folios 318), (iii) 9291347 (Cuaderno No. 1 Folios 327), (iv) 9296353 (Cuaderno No. 1 Folios 336), (v) 9309920 (Cuaderno No. 1 Folios 347), (vi) 9309793 (Cuaderno No. 1 Folios 359), (vii) 9323546 (Cuaderno No. 1 Folios 367), (viii) 9323545 (Cuaderno No. 1 Folios

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

de las operaciones celebradas, la declaratoria de incumplimiento por parte de la administración de la Bolsa[161].

8.1.3. La administración de la Bolsa declaró el incumplimiento en la recompra de las 12 operaciones sobre contratos avícolas a término relacionadas, por el valor futuro total de las operaciones[162].

8.2. Solicitud formal de explicaciones

El Área de Seguimiento solicitó explicaciones formales por el incumplimiento en la recompra de las operaciones Nos. 9208854, 9254183, 9291347, 9296353, 9309920, 9309793, 9323546, 9323545, 9329686, 9354268, 9362567 y 9395362 considerando que al haber incumplido presuntamente su obligación de recompra podría haber vulnerado los numerales 8, 11 y 20 del artículo 29 del decreto 1511 de 2006, los numerales 2, 6, 7 y 29 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, los numerales 13 y 21 del artículo 2.2.2.1 del mismo Reglamento, el numeral 4 del artículo 6 de la Resolución 003 de 2008 y el numeral 3.11.2. del Boletín Instructivo No. 09 del 19 de febrero de 2009 expedido por la CRC MERCANTIL S.A.

Así mismo considera que *"podría haber vulnerado las disposiciones contenidas en el artículo 97 del EOSF, en concordancia con el artículo 41 literales d) y e) del decreto 1511 de 2006 y el numeral*

---

373), (ix9 9329686 (Cuaderno No. 1 Folios 378), (x) 9354268 (Cuaderno No. 1 Folios 389), (xi) 9362567 (Cuaderno No. 1 Folios 400), (xii) 9395362 (Cuaderno No. 1 Folios 452).

[161] Comunicaciones de la CRC Mercantil S.A. solicitando la declaratoria de incumplimiento: (i) 9208854 OC-325 del 18 de agosto de 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 306), (ii) 9254183 OC- 338 del 27 de agosto de 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 319), (iii) 9291347 OC- 353 del 2 de septiembre 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 319), (iv) 9296353 OC- 357 del 3 de septiembre 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 337), (v) 9309920 OC- 372 del 7 de septiembre 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 348), (vi) 9309793 OC- 372 del 7 de septiembre 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 360), (vii) 9323546 OC- 380 del 9 de septiembre 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 368),(viii) 9323545 OC- 380 del 9 de septiembre 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 374), (ix) 9329686 OC- 383 del 10 de septiembre 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 379), (x) 9354268 OC- 415 del 16 de septiembre 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 390), (xi) 9362567 OC- 425 del 17 de septiembre 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 401), (xii) 9395362 OC- 443 del 24 de septiembre 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 453).

[162] Declaratorias de incumplimiento: (i) 9208854 PSD-396 del 20 de agosto de 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 307), (ii) 9254183 PSD-413 del 1 de septiembre de 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 326), (iii) 9291347 PSD-432 del 3 de septiembre de 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 335), (iv) 9296353 PSD-439 del 4 de septiembre de 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 346), (v) 9309920 PSD-454 del 8 de septiembre de 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 354), (vi) 9309793 PSD-453 del 8 de septiembre de 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 361), (vii) 9323546 PSD-472 del 10 de septiembre de 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 369), (viii) 9323545 PSD-473 del 10 de septiembre de 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 3759, (ix) 9329686 PSD-480 del 11 de septiembre de 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 386), (x) 9354268 PSD-506 del 17 de septiembre de 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 397), (xi) 9362567 PSD-512 del 18 de septiembre de 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 406), (xii) 9395362 PSD-545 del 25 de septiembre de 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 460).

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

10 del artículo 29 del mismo decreto en la medida en que presuntamente no habría brindado a sus clientes la suficiente y debida asesoría e información en relación con los Contratos a Término celebrados en la Bolsa, en especial, en lo que se refiere a las obligaciones emanadas de dichos contratos".

8.3. Explicaciones formales

Explica que en estas operaciones actuó como mandante vendedor Pollos La Granjita S.A. en Reorganización, sociedad que el día 5 de noviembre de 2008 se acogió a la Ley 1116 de Reorganización Empresarial. Posteriormente explica lo sucedido en los siguientes términos:

Por solicitud de la CRCBNA, MERCADO Y BOLSA S.A dio cumplimiento el día 27 de Noviembre de 2008 con la entrega de un documento que registrara el debido conocimiento de las Operaciones CAT a cargo del Mandante y su autorización de continuar realizándose este tipo de Operaciones con las cuales se pagan las operaciones vigentes mediante el esquema de roll over.

Como consta en los diferentes registros relacionados mas adelante, MERCADO Y BOLSA S.A. genero (sic) un sin número de reuniones con la CRCBNA, POLLOS LA GRANJITA S.A. y el señor CESAR AUGUSTO FARFAN – Promotor delegado, a fin de: ***(1)*** *Dar a conocer la situación Jurídica del Mandante y de la BNA en su calidad de acreedor tal como se refleja en el documento Proyecto graduación de títulos y acreencias;* ***(2)*** *Informar sobre la situación técnica y financiera de la sociedad antes, ahora y a futuro, basadas en las proyecciones financieras de la empresa; (3) Informar por nuestra parte del estado actual de las aves como garantía de las Operaciones suscritas por el Mandante.*

Dadas las circunstancias en las cuales la BNA-CRCBNA quedaron calificadas como acreedores prendarios y no existe una decisión judicial que revoque dicha situación la Granjita S.A. entra en la disyuntiva jurídica de cómo cancelar las operaciones vigentes pues se enfrenta a las siguientes situaciones: Si paga El representante legal estaría violando la graduación de créditos, los demás acreedores pueden objetar y solicitar incumplimiento y podría entrar en liquidación, (sic) Si entrega los pollos de igual (sic) estaría entregando un bien que se califico (sic) como prenda a un acreedor calificado es decir se estaría violando la calificación de acreedores, cualquier acreedor o la superintendencia puede objetar y solicitar incumplimiento. Por tal razón para la Granjita le queda como única opción la renovación de las operaciones para el pago en los vencimientos.

Adicional a lo anterior y como consecuencia de la salida abrupta por parte de la sociedad aseguradora SEGUROS DEL ESTADO y de otras Aseguradoras de continuar respaldando las Operaciones sobre contratos a término que se suscriben en el escenario de la BNA, nuestro mandante se vio en la imposibilidad de continuar realizando el roll over de las operaciones para pagar los vencimientos pues no se encontró quien emitiera las pólizas, elemento exigido por la CRBNA para realizar las operaciones

Agrega que intentaron contratar con otras aseguradoras pero por la situación del mandante y la situación de otros incumplimientos en el mercado no fue posible. Por lo anterior solicitaron *"repetitivamente a la CRCBNA de autorizar la emisión de Operaciones SIN garantía Póliza en concordancia con una resolución por ellos emitida, obteniendo de este organismo una respuesta negativa".*

De acuerdo con lo anterior manifiesta que su mandante: *"se encuentra en una encrucijada pues lamentablemente quedo (sic) registrado como un pasivo el valor de las operaciones y la BNA y la CRBNA no lo recurrieron en su momento como si lo hicieron en el Caso INAVES, lo anterior implica que para que el mandante pueda proceder de igual manera como conceptuó la Superintendencia de Sociedades en el caso de INAVES es decir para que los títulos se registren como unos documentos del Mercado publico de Valores debe mediar una orden judicial que levante la inicialmente establecida en el documento del 22 de mayo".*

8.4. Evaluación de las explicaciones por parte del área de seguimiento y pliego de cargos

Manifiesta en primer lugar que se encuentra probado el incumplimiento en la recompra de las operaciones y explica que *"frente al proceso de reorganización empresarial del mandante Pollos la Granjita S.A. la BNA y la CRCBNA fueron calificadas dentro del proyecto de calificación y graduación de créditos como acreedor prendario, hecho que al no ser objetado oportunamente, dio pie a que las obligaciones que el mandante tuviese a favor de dichas entidades hicieran parte del proceso de reorganización y por ende estuvieran sujetas en su integridad a los preceptos de la ley 1116 de 2006 y a las resultas del proceso allí consagrado".*

Por lo anterior, resalta que el Despacho es consciente de las dificultades que se le presentaron a la sociedad comisionista para procurar la disposición de los recursos por parte de su mandante toda vez que el mandante no podría contar con la caja que le permitiera efectuar los pagos y *"no le era permitido realizar el pago natural de las operaciones No. 9208854, 9254183, 9291347, 9296353, 9309920, 9309793, 9323546, 9323545, 9329686, 9354268, 9362567, 9395362 así como tampoco realizar los semovientes afectos a las mismas, entregarlos a la CRCBNA, o llevar a cabo cualquier tipo de cancelación de obligaciones, por fuera de los parámetros del acuerdo de reorganización. Acuerdo en el cual, como ya se mencionó, a la BNA y a la CRCBNA se les ha dado el carácter de acreedores prendarios".*

No obstante lo anterior, menciona que si bien estas circunstancias podrán ser analizadas por la Cámara Disciplinaria, no justifican el incumplimiento endilgado toda vez que la obligación de recompra recae sobre la sociedad comisionista y no le es dable alegar las situaciones propias del mandante como excusa para el cumplimiento.

Recalca las labores de monitoreo realizadas por la investigada a su mandante durante el proceso de reorganización empresarial y la insistencia para acceder a pólizas de seguros que permitieran la realización de nuevas operaciones sin embargo considera que *"dichos esfuerzos se presentan insuficientes considerando que tienden a utilizar el mecanismo de roll – over o "renovación" de operaciones, para cumplir los compromisos asumidos en otras operaciones, práctica que aunque común, no es la forma natural de honrar las operaciones celebradas dentro del escenario de la Bolsa"*

Agrega que se encuentra probado dentro del proceso que los subyacentes objeto de las operaciones existían y que: *"la situación de incumplimiento del mandante Pollos la Granjita se vio agravada por la imposibilidad de realizar los semovientes afectos a las operaciones, así como de hacer el retiro de los subyacentes, al presentarse la BNA y la CRCBNA calificadas como acreedoras prendarias dentro del acuerdo de reorganización empresarial. Situación que no pudo ser resuelta, toda vez que la entidad no presentó objeciones oportunas al proyecto de graduación y calificación de acreedores, y una vez elevada solicitud de intervención ante la Superintendencia de Sociedades ésta fue desestimada por no haberse acreditado la calidad de representante legal del solicitante".*

No obstante lo anterior y reconociendo la dificultad de pago presentado con el mandante considera que la sociedad comisionista: *"tenía o por lo menos debía tener conocimiento de la situación financiera difícil de su mandante con antelación a la iniciación del proceso de reorganización y no obstante dicha situación, e incluso, una vez notificado de la admisión del cliente en ley 1116; optó por correr el riesgo de seguir teniendo posiciones abiertas en el mercado de la BNA (…)".*

8.5. Descargos presentados

En primer lugar reitera lo señalado frente al hecho del Proceso de Reorganización, en cuanto que se trata de un hecho económico y una oportunidad de reestructuración de las sociedades que atraviesan un mal momento, tal y como lo realizó su mandante Pollos La Granjita S.A.

Así mismo señala, frente a la calificación y graduación de créditos dentro del proceso de reorganización de su mandante, que si bien el Jefe del Área de Seguimiento indicó en el pliego de cargos, que la objeción del mismo por parte de la Bolsa o la CRC Mercantil no era óbice para el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la sociedad comisionista y de su mandante, a juicio de la investigada esta situación de la objeción del proyecto no incide en la posición de la Superintendencia de Sociedades, la cual es la inclusión de estas operaciones en la masa de la sociedad.

Nuevamente se refiere a que con el análisis por parte del Área de Seguimiento se está aplicando la teoría de la responsabilidad objetiva, para lo cual expresó: "*Si bien el Área de*

Seguimiento indica que es consciente, conforme a las pruebas aportadas al expediente, de las dificultades, que encontramos para procurar la disposición de los recursos por parte de nuestro comitente, dado los impedimentos de su mandante para contratar, igualmente insiste en la teoría de la responsabilidad objetiva, la cual se ve en este caso aun más debilitada, pues es claro que la inhabilidad que aqueja al comitente afecta en la misma forma al comisionista, luego no es posible pretender y por ende responsabilizar a Mercado y Bolsa S.A., de no poder contratar o cumplir cundo(sic) su propio mandante está inhabilitado para contratar, pues una exigencia en este sentido no es otra cosa que una conminación para actuar en cuenta propia, pues tiene pleno conocimiento de que no se podrá hacer por cuenta ajena, actuación que no está autorizada para las firmas comisionistas de bolsa agropecuarias".

Respecto a lo señalado por el Área de Seguimiento, en cuanto a que las operaciones fueron celebradas luego de la apertura del proceso de reorganización, indica que debe tenerse en cuenta que estas operaciones provienen de operaciones anteriores al proceso de reorganización, y que fueron renovadas hasta la fecha en que acaecieron los hechos. Así mismo señala que la sociedad informó a la Bolsa en todo momento sobre la situación de su mandante y actuó diligentemente en desarrollo del proceso, por lo que indica que debe tenerse en cuenta como atenuante.

8.6. Consideraciones de la Sala

8.6.1. De la situación presentada y gestiones desplegadas por la sociedad comisionista de forma previa a la celebración de las operaciones.

Frente al análisis de riesgos y conocimiento del cliente, obra en el expediente acta de Junta Directiva de **MERCADO Y BOLSA S.A.** del 29 de agosto de 2006[163] en la cual se señala lo relativo a la asignación de cupos para operaciones financieras con FINAGRO, y se presenta documento sobre las condiciones para efectuar operaciones financieras y acta Comité de Riesgo del 28 de diciembre de 2007[164], en el cual se presenta al Comité posiciones abiertas con corte a diciembre de 2007, del mandante Pollos La Granjita por valor de $ 1.085. millones de pesos, aclarando que las operaciones cuentan con todos los documentos y seguimiento respectivo.

Posteriormente, en acta de Comité de Riesgo del 3 de junio de 2008[165], se trata el tema liberación de posiciones de Pollos La Granjita, lo cual es aprobado por el Comité, teniendo en cuenta que representa cambios significativos en el precio del subyacente. En acta del Comité de Riesgo del 10 de diciembre de 2008[166], se informa al Comité sobre la decisión

[163] Cuaderno No. 3 Folios 1141-1147
[164] Cuaderno No. Cuaderno No. 3 Folios 1136-1137
[165] Cuaderno No. 3 Folio 1363-1364
[166] Cuaderno No. 3 Folio 1118-1119

adoptada por el mandante Pollos La Granjita de acogerse al proceso de reorganización, situación que se puso en conocimiento de la CRC Mercantil, adicionalmente se determina que se coordinará reunión con el representante legal de este mandante. De acuerdo con lo anterior en Comité de Riesgo del 26 de diciembre de 2008[167], se informa sobre la reunión sostenida con el representante legal del mandante Pollos La Granjita, realizada el día 15 de diciembre de 2008, a la cual asistió la CRC Mercantil S.A. y en la cual se estableció que se realizaría reunión con el promotor y seguimiento por parte de la sociedad comisionista, a las granjas vinculadas a las operaciones, así mismo se remitiría por parte del mandante la información financiera con el fin de ser analizada por la CRC Mercantil.

Así mismo hacen parte del expediente los Estados Financieros comparativos a 31 de diciembre de 2007 que contiene información financiera de 2006 y por otra parte estados financieros de 2008 correspondiente a este mandante[168].

Así las cosas se puede evidenciar que cada una de las situaciones presentadas con el mandante fueron puestas en conocimiento del comité de riesgos, incluso claro está la entrada del mandante al proceso de reorganización empresarial.

Al respecto, obra en el expediente informe sobre la situación financiera del mandante Pollos La Granjita realizado por el Área de Seguimiento, en el cual se concluye lo siguiente: *"De acuerdo con el análisis de los estados financieros de la sociedad Pollos la Granjita S.A. para los años terminados 2006, 2007 y a 31 de julio de 2008 (…) y de acuerdo con los resultados obtenidos a lo largo del presente documento, resultados que sin duda alguna demuestran el deterioro de la situación financiera del mandante, dado el aumento rápido y sostenido del pasivo, la disminución de liquidez, el incremento de los costos así como su participación frente al ingreso y el aumento del gasto, hechos que finalmente generaron un cambio adverso en los resultados de la entidad, que paso de generar utilidades por $452 millones de pesos en 2007 a perdidas por$3.986 millones de pesos a julio de 2008, es decir, en tan solo siete meses una caída en utilidades del -981%, es posible señalar que la sociedad comisionista Mercado y Bolsa S.A. si bien de ninguna forma le era posible pronosticar la entrada en reorganización o quiebra de su mandante, puesto que ello no solo requiere de un cuidadoso análisis de estados financieros sino de una extraordinaria habilidad de predicción del futuro, son prueba suficiente del aumento acelerado del riesgo de incumplimiento en que ponía a Mercado y Bolsa frente al mercado de la BNA por la realización de operaciones por cuenta del mandante".*[169] En efecto, encuentra la Sala que en el caso concreto era evidente la situación financiera del mandante.

[167] Cuaderno No. 3 Folio 1116-1117
[168] Cuaderno No. 3 Folios 1312-1355
[169] Cuaderno No. 3 Folios 1420-1427

Así si bien es cierto que no es posible anticipar la entrada de una empresa en proceso de reorganización de Ley 1116 de 2006, no es menos cierto que en el caso concreto la sociedad comisionista decidió celebrar las operaciones no sólo cuando ya era evidente el declive financiero del mandante sino que el mismo ya había sido admitido en proceso de reorganización empresarial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que se asumió un riesgo alto al celebrar operaciones por un valor futuro total de $1.320.100.001, por lo cual la sociedad comisionista debía tener planes de contingencia para el riesgo de no provisión de los recursos por parte del mandante, riesgo que en el caso concreto era probable.

De otra parte se tiene que para la celebración de las operaciones objeto de investigación, obra en el expediente formato scoring del Mandante Pollos La Granjita del 14 de mayo de 2009[170] y los informes de visita a las granjas vinculadas a las operaciones objeto de investigación, del 18 de mayo de 2009[171], 28 de mayo de 2009[172], 8 de junio de 2009[173] y 26 de junio de 2009[174], que corresponderían a visitas de verificación del subyacente respecto de la primera operación objeto de investigación y posteriormente para la celebración de las subsiguientes. Analizados los informes correspondientes, se desprende que en todas las visitas realizadas se verifica la existencia del subyacente necesario para garantizar las operaciones objeto de estudio.

Así las cosas, se evidencia que la sociedad comisionista realizó un adecuado proceso de verificación y seguimiento del subyacente, y por ende, de la garantía principal de la operación. En efecto el Jefe del Área de Seguimiento en el pliego de cargos encuentra que está probada *"la existencia de los semovientes vinculados a las operaciones incumplidas"*.

8.6.2. De la celebración de las operaciones dentro del proceso de reorganización establecido en la ley 1116 de 2006.

Tal y como se ha mencionado, el mandante Pollos La Granjita S.A. antes de la celebración de las operaciones objeto de investigación fue admitido en el proceso de reorganización empresarial establecido en la ley 1116 de 2006, en efecto, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** pone en conocimiento de la CRC Mercantil S.A., mediante comunicación MBO-33035 del 19 de noviembre de 2008[175], documento de la

[170] Cuaderno No. 3 Folios 1356-1359
[171] Cuaderno No. 5 Folios 027-032
[172] Cuaderno No. 5 Folios 017-026
[173] Cuaderno No. 5 Folios 011-016
[174] Cuaderno No. 5 Folios 001-010
[175] Cuaderno No. 2 Folios 882

Superintendencia de Sociedades del día 6 de noviembre de 2008, en el cual se admite solicitud del mandante Pollos La Granjita de acogerse a proceso de reorganización.

En lo que se refiere al proceso de reorganización del mandante, obra en el expediente concepto del asesor jurídico de la sociedad comisionista, del 16 de noviembre de 2008[176], en respuesta a consulta realizada por **MERCADO Y BOLSA S.A.**, en relación con la situación legal de su mandante Pollos La Granjita, en donde conceptúa que: *"Respecto a las obligaciones causadas con posterioridad al inicio del proceso de reorganización, se entiende que son gastos de administración por lo que no forman parte de este, debiendo ser cancelas (sic) por el deudor a medida que se vallan (sic) causando, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la Ley 116 de 2006 (…)".* Así mismo, respecto de la continuidad de los contratos con el mandante, se le menciona a la sociedad comisionista que: *"De acuerdo con lo expuesto, consideramos, que pueden seguir celebrando operaciones con la Sociedad Pollos La Granjita, teniendo en cuenta que las obligaciones que se generen en virtud de ello, no formaran parte del proceso de reorganización y deberán ser cumplidas a medida que se causen, pues de no cumplirse, ello podría conllevar la terminación del procesos de reorganización y por ende la liquidación de la sociedad"* .

Siguiendo esta línea, se tiene que el día 27 de noviembre de 2008, el promotor de Pollos La Granjita, informa a **MERCADO Y BOLSA S.A.** que tiene conocimiento de las operaciones CAT celebradas en la Bolsa, e indica que las mismas se pueden seguir realizando siempre que se ajusten a lo establecido en la Ley 1116 de 2006[177]. En el mismo sentido, acorde a las memorias de la reunión celebrada el día 15 de diciembre de 2008, entre la CRC Mercantil, **MERCADO Y BOLSA S.A.** y Pollos La Granjita *"el mandante reiteró la necesidad de continuar desarrollando las operaciones CAT a efectos de facilitar la continuidad de la empresa"* y adicionalmente se menciona que *"la empresa tomo (sic) la decisión política previa autorización del promotor según exigencia de la cámara de continuar realizando las operaciones en el escenario de la Bolsa"*[178].

Ahora bien, conforme al procedimiento establecido en la ley 1116 de 2006, tenemos que en el artículo 24 se determina que debe ser presentado por el promotor de acuerdo con los documentos aportados por el deudor, un proyecto de graduación y calificación de créditos en el cual deben estar determinadas las obligaciones a cargo de éste y sus respectivos acreedores[179],

[176] Cuaderno No. 4 Folios 124-127
[177] Cuaderno No. 2 Folios 875
[178] Cuaderno No. 2 Folios 874
[179] Así mismo dispone la referida ley: *Artículo 25. Créditos. Los créditos a cargo del deudor deben ser relacionados precisando quiénes son los acreedores titulares y su lugar de notificación, discriminando cuan es la cuantía del capital y cuales son las tasas de interés, expresadas en términos efectivos anuales,*

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

Así mismo, el artículo 29 de la ley dispone:

> *Objeciones. Del proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y derechos de voto presentados por el promotor y del inventario de bienes del deudor, se correrá traslado, en las oficinas del Juez del concurso o donde este determine, según sea el caso, por el término de diez (10) días.*
>
> *Dentro del término de traslado previsto en el inciso anterior, los acreedores podrán presentar las objeciones, con relación a tales actuaciones, solicitando o allegando las pruebas que pretenda hacer valer.*
>
> *(…)*
>
> *No presentadas objeciones, el juez del concurso declarará aprobado el inventario, reconocerá los créditos, establecerá los derechos de voto, y fijará plazo para la presentación del acuerdo.*

De acuerdo con lo anterior, el promotor de la sociedad Pollos La Granjita S.A. en Reorganización, presentó el proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y derechos de voto. Por su parte, la Superintendencia de Sociedades dio traslado de dicho documento del 28 de enero al 10 de febrero de 2009; revisados los documentos que obran en el expediente se encuentra que dentro del anterior término presentaron objeciones varios acreedores[180], sin que dentro de estos estuviera la Bolsa o la CRC Mercantil S.A. Respecto de las objeciones presentadas en término, se tiene que de las objeciones presentadas se corrió traslado a los interesados los días 17 y 23 de febrero de 2009.

Así es claro para la Sala que ni la CRC Mercantil S.A. ni la Bolsa, se pronunciaron respecto del proyecto de reconocimiento y graduación de créditos dentro del término establecido en la Ley 1116.

Ahora bien, el día 14 de mayo de 2009, previo a la celebración de las operaciones, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** informó a la Jefe de Operaciones de la CRC Mercantil S.A., mediante comunicación MBO-292 del 14 de mayo de 2009[181], el estado de Reorganización de la sociedad Pollos La Granjita y lo relativo a la no inclusión del

---

correspondientes a todas las acreencias causadas u originadas con anterioridad a la fecha de inicio del proceso.

[180] Los acreedores que presentaron objeciones según Auto 430-018977 del 01 de octubre de 2009, fueron la DIAN, BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., el BANCO BBVA, la Secretaria Distrital de Hacienda y la sociedad Contegral S.A.

[181] Cuaderno No. 5 Folio 127

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

subyacente en la masa de bienes del mandante, es así como en esta comunicación la sociedad comisionista afirma que "*todos los contratos, acuerdos u obligaciones que la empresa POLLOS LA GRANJITA S.A. suscriba con posterioridad a la fecha de inicio a la ley 1116 no forman parte del mismo, por lo que deben ser causados y pagados por dicha sociedad en su momento".* De esta manera y de acuerdo con el requisito establecido en el numeral 3° del Boletín Instructivo No. 16 del 4 de mayo de 2009[182], considera que el concepto escrito por parte de asesor legal en cuanto el subyacente no hace parte del proceso de reorganización, se encuentra plasmado en la misma ley que regula dicho proceso.

El día 20 de mayo de 2009, después de celebrada la operación No. 9208854 bajo investigación, en el Comité de Riesgos de la sociedad comisionista, se trata el tema de posiciones abiertas en relación con el mandante Pollos La Granjita, así mismo se refiere a la decisión de bajar los cupos de los contratos a término y de no celebrar más operaciones, teniendo en cuenta el riesgo del mercado en el sector avícola como consecuencia de un sobre encasetamiento, adicionalmente se informa respecto de este cliente que: *"se reunieron el día 24 de abril de 2009, a fin de conocer la situación actual de la empresa ad portas del acuerdo reorganización donde el Gerente de Pollos la Granjita dio parte de tranquilidad considerando un escenario en el acuerdo o una eventual liquidación, donde este ultimo (sic) las operaciones CAT vigentes se encuentra clasificadas como de pronto pago"*[183]. Así, se decide en el comité que se continuará con la política de desmonte de las posiciones abiertas, y con el cliente Pollos la Granjita de forma específica, la política es el desmonte del 100% de las operaciones.

No obstante lo anterior, tenemos que el proceso de reorganización de la sociedad comisionista continuó, con la Bolsa y la CRC Mercantil incluidas como acreedores dentro del mismo. En efecto, el día 22 de mayo de 2009, se celebró audiencia de resolución de objeciones, reconocimiento de créditos, asignación de derechos de voto y aprobación de inventario valorado.

---

[182] Boletín Instructivo No. 16 del 4 de mayo de 2009: *"La CRCBNA S.A. informa a las sociedades comisionistas que, el Comité de Riesgos en su Sesión No. 14 del 28 de abril de 2009, tomó la determinación de solicitar información adicional a la contenida en las disposiciones publicadas por la CRCBNA, por lo que dentro de la documentación que se entregue para tramitar la autorización previa, necesaria para la celebración de operaciones de contratos a término, dene incluirse los siguientes documentos: (…) 3. Concepto emitido por el asesor legal del comitente vendedor, en donde se acredite jurídicamente que los animales objeto de la operación, no harían parte de un proceso de reorganización empresarial del comitente vendedor, o cualquier procedimiento concursal que haga sus veces, en consideración a la condición de mero tenedor de los semovientes".*

[183] Cuaderno No. 2 Cuaderno No. 3 Folio 1111-1113 (correos relacionados con la situación de los porcicultores)

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

El seguimiento y control de las operaciones continúa por parte de la investigada, y el día 19 de junio de 2009, se realiza nuevamente reunión entre la CRC Mercantil S.A., **MERCADO Y BOLSA S.A.** y el mandate Pollos La Granjita, en relación con la situación de la empresa y el desarrollo de las operaciones CAT, enfatizándose en: *"la necesidad de contabilizar adecuadamente los semovientes en los balances así mismo se analizo (sic) que todas las operaciones vigentes se emitieron con posterioridad a la fecha del acuerdo y de la firmeza de las operaciones asentadas en la Cámara"*[184].

Ahora bien, el día 12 de julio de 2009, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** informa a la CRC Mercantil mediante comunicación MB-493, que la Aseguradora Cóndor, no expediría pólizas para los CAT celebrados por el mandante Pollos La Granjita, teniendo en cuenta el proceso de reorganización de la sociedad[185], esto se refiere claramente a la posibilidad de renovar las operaciones que se encontraban vigentes.

Posteriormente, el día 23 de julio de 2009, se realiza reunión de seguimiento con presencia de la CRC Mercantil S.A., **MERCADO Y BOLSA S.A.** y el mandante Pollos La Granjita, para tratar fundamentalmente la presentación y registro ante la Superintendencia de Sociedades de las operaciones CAT celebradas por el mandante en la Bolsa, en el proyecto de reconocimiento y graduación de créditos. Al respecto se aclara que dichas operaciones no deben estar en el proceso de acreencias y el representante legal de **MERCADO Y BOLSA S.A.** resalta que: *"considerando la naturaleza jurídica de las operaciones sobre contratos a término –CAT celebradas en el marco de la BNA y su vigencia con posterioridad a la fecha del inicio de este proceso de reorganización-ley 1116, tal situación debe ser aclarada ante la superintendencia de sociedades a fin de resolver conceptual y jurídicamente la clasificación de dichas operaciones en los estados financieros de LA GRANJITA"*. De acuerdo con lo anterior, se determina que se debe emitir documento por parte de la CRC Mercantil S.A. en donde se explique el fundamento jurídico y normativo de las operaciones CAT, el cual sería radicado en la Superintendencia de Sociedades[186].

Ahora bien teniendo en cuenta que la fecha de recompra de las operaciones se empiezan a presentar, a medida que se iban presentando los incumplimientos la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.**, informó a su mandante de la situación explicando que no era posible la renovación de las operaciones por la no expedición de pólizas por

[184] Cuaderno No. 2 Folios 871
[185] Cuaderno No. 2 Folios 872
[186] Cuaderno No. 2 Folios 795. Tal y como se verá posteriormente, el día 10 de agosto de 2009, la CRC Mercantil en efecto presentó escrito solicitando la exclusión de la Bolsa y la CRC Mercantil en el proyecto de graduación de créditos y derechos de voto, por no tener la calidad de acreedores de la sociedad Pollos La Granjita.

parte de la aseguradora[187]. Así mismo, el Comité de Riesgo de la sociedad comisionista se reúne el día 25 de agosto de 2009[188], y discute el tema del mandante Pollos La Granjita, informando lo siguiente: *(i)* Que la compañía de seguros negó la expedición de pólizas a favor de este mandante por encontrarse en Ley 1116; *(ii)* Sobre reunión sostenida entre el representante legal de Pollos La Granjita, el promotor de la misma y la CRC Mercantil S.A., en la cual se presentó la situación de la empresa; *(iii)* La imposibilidad del mandante de constituir garantías adicionales *(iv)* Pronunciamiento por parte de la Bolsa ante el proceso de reorganización sobre su calidad de acreedor; *(v)* Improcedencia del Plan de Desmonte presentado por el mandante Pollos La Granjita.

En efecto, la CRC Mercantil mediante comunicación PC-404 del 27 de agosto de 2009[189], informa a la sociedad comisionista que no autoriza la renovación de la posición por no cumplirse con los requisitos exigidos en la Resolución 006 de 2009[190].

---

[187] En efecto, obra en el expediente comunicaciones MBO-1501 del 21 de agosto de 2009, MBO-1572 del 2 de septiembre de 2009, MBO-1573 del 3 de septiembre de 2009, MBO-1574 del 7 de septiembre de 2009, MBO-1594 del 9 de septiembre de 2009 y MBO-1628 del 18 de septiembre de 2009, la sociedad comisionista informó al mandante Pollos La Granjita, el incumplimiento de las operaciones Nos. 9208854, 9291347, 9296353, 9309793, 9309920, 9323545, 9323546, 9329686, 9354268, 9362567, debido a la no autorización por parte de la CRCBNA del *"roll over"* de las mismas y por no contar con póliza.

[188] Cuaderno No. 3 Folio 1105-1107

[189] Cuaderno No. 2 Folios 864

[190] Resolución 006 de 2009, por la cual la CRC Mercantil S.A. imparte instrucciones especiales para el asiento de operaciones sobre contratos a término celebradas en el mercado de la Bolsa. Respecto a los requisitos, el artículo 1° de esta resolución se refiere a la celebración de operaciones sin que se constituya póliza para su cumplimiento, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: *a) Se aceptarán Operaciones sin Póliza, siempre y cuando las operaciones no superen el cupo aprobado por la CRCBNA para determinado mandante, por lo que a través de esta vía no se aumentará la exposición de la CRCBNA; b) La sociedad comisionista que actué por cuenta del vendedor inicial en estas operaciones, deberá informar por escrito dentro del trámite de autorización previa que se surte al interior de la CRCBNA, que se celebrará la Operación Sin Póliza, acreditando la totalidad de requisitos vigentes de acuerdo con la reglamentación aplicable, incluyendo los establecidos en la presente Resolución; c) La sociedad comisionista de Bolsa que actúe por cuenta del vendedor inicial en la operación, deberá certificar la existencia del subyacente en las condiciones exigidas para cada tipo de operación. Dicha certificación deberá presentarse en un documento independiente, y deberá estar suscrita por el representante legal y el revisor fiscal de la sociedad comisionista; la CRCBNA efectuara estricto control al cumplimiento de esta obligación, así como a la existencia del subyacente, efecto para el cual, podrá efectuar visitas coordinadas con la sociedad comisionista en cualquier momento, incluso de manera previa a la celebración de la operación; d) La sociedad comisionista que actué por cuenta del vendedor inicial de la operación deberá comprometerse por escrito dirigido al representante legal de la CRCBNA, a efectuar la verificación del cumplimiento de la totalidad de las obligaciones que se desprenden del contrato de a término, en particular las relacionadas con la custodia y engorde ,implementando los mecanismos de control de riesgos que sean suficientes para garantizar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones. Este documento deberá entregarse dentro del trámite de autorización previa que se surte al interior de la CRCBNA; e) En el caso de operaciones con personas jurídicas, el respectivo comisionista deberá solicitar que los accionistas del mandante vendedor que controlen conjunta o individualmente más del 50% de la respectiva persona jurídica suscriban un titulo valor, diligenciando o con espacios en blanco, a favor de*

Posteriormente, mediante comunicaciones MBO-531 del 1 de septiembre de 2009[191], y MBO-545 del 8 de septiembre de 2009[192], MB-552 del 11 de septiembre de 2009[193], la sociedad comisionista nuevamente solicita a la CRC Mercantil S.A., autorización para renovación de operaciones del mandante Pollos La Granjita, a lo cual se debe agregar que obra en el expediente el documento control de visitas a granjas del Mandante Pollos La Granjita del 18 y 19 de septiembre de 2009, en donde se realiza el respectivo seguimiento a la existencia del subyacente.[194]

Así mismo, mediante comunicaciones MB-572 y MBO-571 del 18 de septiembre de 2009, la investigada informa a la CRC Mercantil S.A. sobre la estructura de riesgos de la sociedad y el plan de desmonte del mandante Pollos La Granjita, refiriéndose a las gestiones para intentar renovar las operaciones y alternativas estudiadas, adicionalmente menciona:

> *Finalmente y como propuesta alternativa y complementaria a las múltiples soluciones presentadas queremos manifestar que si la CRCBNA toma la decisión de liquidar el subyacente que paso a ser propiedad de la CAMARA en virtud al pago realizado dentro de las operaciones mencionadas en su comunicación, Mercado y Bolsa esta (sic) en disposición de acordar un plan de cumplimiento de las operaciones que nuestro mandante Pollos la Granjita incumplió (…)*[195].

De esta forma, presenta la siguiente propuesta:

> *1. La CRCBNA, en su calidad de entidad administradora de las garantías que soportan la operación, cede su derecho sobre el subyacente a favor de MERCADO Y BOLSA S.A., con el consecuente endoso de las garantías dadas por el mandante POLLOS LA GRANJITA S.A. Así mismo la CRBNA (sic) adelanta con nuestra contribución la entrega real y material del subyacente a MERCADO Y BOLSA S.A.*

---

la comisionista, por cada operación, del cual deberá entregarse copia a la CRCBNA dentro del trámite que se surte para la autorización previa, la respectiva certificación que expida el revisor fiscal de la persona jurídica, en la que haga constar la composición accionaria de la misma; f) En el caso de operaciones con personas naturales que actúen como mandante vendedor, el respectivo comisionista deberá solicitar que suscriban un titulo valor, diligenciando o con espacios en blancos, a favor del comisionista, por cada operación, del cual deberá entregarse copia a la CRCBNA dentro del trámite de que se surte para la autorización previa; g) En todos los casos, durante la vigencia de la operación, la CRCBNA podrá exigir a la sociedad comisionista que actué por cuenta del vendedor inicial, cualquier otra medida dirigida a mitigar los riesgos propios de este tipo de operaciones, asi como solicitar documentación adicional.

[191] Cuaderno No. 2 Folios 857
[192] Cuaderno No. 2 Folios 856
[193] Cuaderno No. 2 Folios 849-853
[194] Cuaderno No. 1 Folios 422-434
[195] Cuaderno No. 2 Folios 808-813

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

2. La CRCBNA y MERCADO Y BOLSA S.A. tramitan de forma conjunta ante la Superintendencia Financiera de Colombia, la autorización de la cesión de posición contractual, con la precisión de que dicha figura de ninguna forma constituye posición propia para la sociedad comisionista, sino tan solo el restablecimiento de su patrimonio, al recibir el subyacente que garantiza la operación en contraprestación del pago al que se compromete MERCADO Y BOLSA S.A. (…)

La CRC Mercantil S.A., en atención a la explicaciones presentadas por **MERCADO y BOLSA S.A.**, mediante comunicación PC-00473 del 21 de septiembre de 2009[196], concede prórroga a la investigada para que *"presente por escrito una propuesta concreta sobre la forma en la que se cancelarán las obligaciones originadas de las operaciones celebradas (…)"* Sin embargo, la propuesta presentada por la sociedad comisionista no implicaba el pago de las operaciones de manera inmediata. Aclara esta entidad, que para hacer efectiva la prórroga otorgada se deben presentar los soportes que demuestren la existencia del subyacente objeto de las operaciones incumplidas, pues de lo contrario, se abstendrá de prestar los servicios de compensación y liquidación a la sociedad comisionista *"como consecuencia del incumplimiento contractual"*.

A su vez, el mandante Pollos La Granjita S.A. en Reorganización, el 21 de septiembre de 2009, remite comunicación a la CRC Mercantil, en donde expone de forma cronológica las situaciones presentadas frente a las operaciones CAT declaradas incumplidas y el proceso de reorganización que se encuentra llevando a cabo solicitando: *"realizar el roleo de las operaciones sin la póliza, ya que el acuerdo sería la garantía sobre el pago de los mismos, y este será firmado prontamente"* [197].

Igualmente, y de acuerdo a la solicitud de la CRC Mercantil, la sociedad comisionista realizó visitas a las granjas para determinar la existencia del subyacente, al respecto obra en el expediente documento control de visitas a granjas del Mandante Pollos La Granjita S.A. en Reorganización del 22 de septiembre de 2009[198]. Así mismo, mediante comunicación MBO-581 del 23 de septiembre de 2009, remite a la CRC Mercantil S.A. los soportes de las últimas visitas realizadas[199] y mediante comunicación MBO-581 del 23 de septiembre de 2009[200], informa a la CRC Mercantil S.A. sobre más visitas realizadas a las granjas de su mandante.

[196] Cuaderno No. 1 Folios 421
[197] Cuaderno No. 1 Folios 461
[198] Cuaderno No. 1 Folios 435-440 y 441-448
[199] Cuaderno No. 1 Folios 449
[200] Cuaderno No. 2 Folios 806

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

Ahora bien, según comunicación del mandante Pollos La Granjita S.A. en Reorganización ya mencionada previamente[201], relacionada con el proceso de reorganización, se presentaron las siguientes circunstancias después de ser admitidos en proceso de reorganización:

> *(…) 2. En virtud a esta aceptación los presentamos como acreedores prendarios por la suma de $1,251,200*
> *3. El promotor presento (sic) los inventarios, clasificación y graduación de crédito, así como derechos de votos.*
> *4. En audiencia del 22 de mayo de 2009, la Superintendencia de Sociedades resolvió las objeciones presentadas por los acreedores: la BNA no presentó ninguna objeción, fijando el plazo de 3 meses para realizar el acuerdo, el cual se venció el pasado 24 de agosto de 2009.*

Al respecto, se encuentra que la sociedad comisionista investigada, indicó en varias ocasiones a la administración de la Bolsa, la importancia de un pronunciamiento respecto del proceso de reorganización, así[202]:

> *Como es de su conocimiento, en la audiencia de resolución de las objeciones a la determinación de votos y acreencias, dentro del proceso de reorganización empresarial de la sociedad INAVES FUENTERRABIA, la Superintendencia de Sociedades sostuvo que las operaciones denominas (sic) C.A.T, no pueden formar parte del acuerdo por ser operaciones del mercado público de valores.*
>
> *Teniendo en cuenta lo anterior y toda vez que dentro del proceso de reorganización empresarial de la sociedad en referencia, no se objeto a tiempo la determinación de votos y acreencias, por lo que quedo incluida la BOLSA NACIONAL AGROPECUARIA como acreedor prendario en virtud de las operaciones C.A.T, agradecemos su colaboración para que se tomen las medidas del caso y se efectúen los tramites (sic) necesarios tendientes a obtener un pronunciamiento similar por parte de la Superintendencia de Sociedades en este proceso, para que, con base en la mencionada posición, estas operaciones sean excluidas del dicho procesos de reorganización, con el fin de quedar en igualdad de condiciones y poder seguir realizando tales operaciones sin inconveniente alguno, pues de lo contrario se podrían causar graves perjuicios.*

De la misma manera, mediante comunicación MBO-191 del 30 de septiembre de 2009 nuevamente solicita: *"Como quiera que la empresa POLLOS LA GRANJITA S.A. se encuentra en tramites finales de revisión del proyecto de acuerdo dentro de la ley 1116 y en este proceso la BOLSA NACIONAL AGROPECUARIA se encuentra calificada como acreedor prendario en virtud de las operaciones C.A.T, nuevamente reitero la importancia de pronunciarse oportunamente sobre*

[201] Comunicación Pollos La Granjita del 21 de septiembre de 2009
[202] Comunicación MBO-185 del 24 de septiembre de 2009 a folio 805 Cuaderno No. 2

tal situación ante las entidades del caso, en especial teniendo en cuenta nuestra comunicación MB-185 del pasado 24 de septiembre (…)"[203].

Sobre el particular, da respuesta la Bolsa mediante comunicación SG-599 del 30 de septiembre de 2009[204], por la cual informa al representante legal de la sociedad Pollos La Granjita respecto de los comentarios al proyecto de Acuerdo de Reorganización:

> *Sobre el particular, nos permitimos informarle que la sociedad Pollos La Granjita S.A., no tiene obligaciones pendientes a favor de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., motivo por el cual esta entidad no tiene calidad de acreedora de dicha sociedad.*
>
> *Ahora bien, tal y como se desarrolla y explica en el numeral II de esta comunicación, la Cámara de Riesgo de Contraparte de la BNA – CRCBNA es la propietaria de los semovientes subyacentes de las operaciones en que esta actuó como contraparte razón por la cual, como igualmente se explica en el numeral III, respecto de estas operaciones y de sus garantías, aplica el principio de finalidad consagrado en la Ley 964 de 2005 y, en consecuencia, no pueden quedar afectadas en procesos concursales o de reorganización como el que adelanta en su condición de Promotor de la citada sociedad Pollos La Granjita.*
>
> *Por virtud de lo expuesto la Bolsa se abstiene de formular comentarios u observaciones al Proyecto de Acuerdo de Reorganización sometido a nuestra consideración.*

Es de anotar que conforme a Auto de la Superintendencia de Sociedades del 1° de octubre de 2009[205], la CRC Mercantil S.A. en efecto presentó escrito solicitando la exclusión de la Bolsa y la CRC Mercantil S.A., en el proyecto de graduación de créditos y derechos de voto, por no tener la calidad de acreedores de la sociedad Pollos La Granjita S.A. en Reorganización, no obstante lo anterior dicha solicitud fue rechazada por la Superintendencia de Sociedades por no acreditarse la calidad con que se actuaba a favor de la CRC Mercantil S.A., en los siguientes términos:

> *De la actuación procesal que antecede dentro del proceso de la sociedad POLLOS LA GRANJITA S.A. EN REORGANIZACIÓN, es evidente que el señor ANDRES ARANGO SANTAMARIA no acreditó la calidad con que dice actuar a favor de la CAMARA DE RIESGO CENTRAL DE CONTRAPARTE; por tanto, este despacho rechazará la petición por ese aspecto procesal de que adolece la petición de marras. (Artículos 65 y 67 del C.P.C.)*

Ahora bien, teniendo en cuenta que el mandate Pollos La Granjita había solicitado renovar las operaciones sin contar con la correspondiente póliza, tenemos que la CRC Mercantil S.A. da respuesta a esa solicitud mediante comunicación PC-598 del 15 de octubre de

[203] Cuaderno No. 2 Folios 802
[204] Cuaderno No. 5 Folios 123-132
[205] Cuaderno No. 2 Folios 789-791

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

2009, explicando las implicaciones de la celebración de las operaciones sin este requisito, en cuanto son operaciones del mercado de valores y así mismo se refiere a la protección de las operaciones del mercado público de valores en regímenes de insolvencia; concluyendo de esta manera que no es viable el plan de desmonte propuesto por el mandante y por tanto, solicita nuevas soluciones que sean acordes con la naturaleza de las operaciones celebradas en el mercado público de valores[206].

De otra parte, tenemos que la Bolsa el 17 de diciembre de 2009, solicita a la Superintendencia de Sociedades su exclusión de la graduación y clasificación de créditos dentro del proceso de reorganización de la sociedad Pollos La Granjita[207], solicitud que es concedida por la Superintendencia de Sociedades mediante auto del 20 de mayo de 2010, en el cual, se excluye de las acreencias a la CRC mercantil y a la Bolsa. Sin embargo, contra dicho auto se interpone Recurso de Reposición y en subsidio de apelación el 27 de mayo de 2010[208], por parte de Segurexpo de Colombia S.A. y por parte del representante legal de la sociedad Pollos La Granjita[209]. Respecto de los Recursos interpuestos, mediante memorial del 3 de junio de 2010[210], la CRC Mercantil, descorre los recursos de reposición interpuestos por Segurexpo de Colombia S.A. y Pollos La Granjita S.A. en Reorganización, documento en el cual ratifica los argumentos en relación con la inclusión en el acuerdo de reorganización de la CRC Mercantil S.A. y la Bolsa., en cuanto que las operaciones CAT celebradas en la Bolsa y que vinculan a la sociedad Pollos La Granjita S.A. en Reorganización fueron celebradas en el marco del mercado público de valores, por lo que las mismas tienen una protección especial consagrada en la Ley 964 de 2005, al respecto expresó.

Ahora bien, el proceso de reorganización del mandante y las discusiones en torno a la calificación y graduación de créditos continuó, no siendo posible para el momento de finalización del término de práctica de pruebas del presente proceso, llegar a una solución.

De acuerdo con toda la situación estudiada evidencia la Sala que si bien es cierto que la situación con el mandante dentro del proceso de reorganización era compleja y dificultaba el cumplimiento en el pago de la recompra, no es menos cierto que se trata de un riesgo asumido por la sociedad comisionista, toda vez que su mandante ya se encontraba en proceso de reorganización para la época de celebración de las operaciones.

[206] Cuaderno No. 2 Folios 782-787
[207] Cuaderno No. 5 Folios 161-204
[208] Cuaderno No. 5 Folios 205-214
[209] Cuaderno No. 5 Folios 215-228
[210] Cuaderno No. 5 Folios 229-238

En efecto, si bien todas las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista serán tenidas en cuenta para la graduación de la sanción, es claro que incumplió con la obligación de recompra que sólo en su cabeza se encuentra, situación que debió haber analizado antes de decidir tomar un riesgo tan alto con su mandante que ya se encontraba en una situación financiera en declive.

Así, es claro el incumplimiento en la recompra por parte de la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** lo cual vulnera las normas legales y reglamentarias vigentes tal y como se explicará a continuación.

8.6.3. Responsabilidad disciplinaria de MERCADO Y BOLSA S.A. y normas vulneradas por la conducta.

Tal y como se ha mencionado previamente, la sociedad comisionista al no cumplir con la recompra de la operación, se encuentra en el marco del evento descrito en el numeral 3.11.2 del Boletín Instructivo No. 09 de 2007 de la CRC Mercantil que define el incumplimiento final de una operación financiera. Así mismo, como ya se indicó la Resolución 03 de 2008 que regula los contratos avícolas a término prevé como obligaciones de la sociedad comisionista que actúa por cuenta del mandante vendedor entre otras, la de efectuar la recompra de la operación en el término y condiciones pactadas.

La sociedad comisionista investigada no cumplió con esta obligación en las operaciones de contratos avícolas a término bajo investigación y por tanto, al incumplir con la recompra, se encuentra vulnerando las disposiciones establecidas en el artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento que señalan de forma general por parte de los miembros de la Bolsa, la obligación de cumplimiento de los contratos celebrados en el marco de la misma, las obligaciones adquiridas y el cumplimiento de las normas, en los siguientes términos[211]:

> *Num. 2 ° 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*

[211] Estas disposiciones se encuentran así mismo establecidas en el Decreto 1511 de 2006 en los siguientes términos: *"Artículo 29 Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: "(…) Num 11° Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva".*

Num. 7° Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, reglamentario, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. En ningún caso será admisible al momento del cumplimiento la excepción de falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado".

En efecto, acorde a la normatividad vigente, es claro que el comisionista tiene a su cargo la obligación de recompra ya que se encuentra actuando en virtud de un contrato de comisión el cual es una especie de mandato no representativo, celebrado con un cliente plenamente conocido por ellos y para el cual decidieron hacer los negocios correspondientes y por tanto, se hace responsable de la capacidad de pago del mandante. De esta manera queda claro que la sociedad comisionista en el marco del mercado administrado por la Bolsa si no realiza un adecuado análisis de riesgos sobre su cliente y sobre la negociación en sí misma, se expone abiertamente a tener que salir a cumplir con su propio patrimonio las operaciones celebradas, ya que sólo en cabeza de la sociedad comisionista recae la obligación de cumplimiento que en el caso concreto consistía en la recompra de la operación. Es claro en el caso concreto que la sociedad comisionista asumió un riesgo altísimo y luego al momento del cumplimiento, tuvo que salir a cumplir la CRC Mercantil sin que la sociedad comisionista se hiciera cargo de ese riesgo que asumió.

Ahora bien en lo que se refiere a la disposición contenida en el numeral 6° del artículo 1.6.5.1. del Reglamento en concordancia con lo establecido en el numeral 8° del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006, no encuentra la Sala que haya vulneración de dichas disposiciones toda vez que de las pruebas obrantes en el expediente no se deduce que la investigada haya actuado de forma contraria a los deberes de lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad tal y como se expuso en las consideraciones de la Sala.

En cuanto a la imputación efectuada por el Jefe del Área de Seguimiento referida al incumplimiento de deber de asesoría encuentra la Sala que, tal y como se mencionó en las consideraciones, de las pruebas obrantes en el expediente se logra deducir que los clientes se encontraban suficientemente informados sobre los deberes y obligaciones que de la operación emanaban así como sus alcances y naturaleza. En efecto no considera la Sala que el incumplimiento se produzca por falta de información por parte del mandante sino por circunstancias específicas de tipo financiero, que aunque el comisionista debió prever, no pueden ser imputables al mismo.

Así mismo del acervo probatorio se deduce que las gestiones realizadas por la sociedad comisionista fueron más allá de simplemente intentar la renovación de las operaciones.

8.6.4. Graduación de la Sanción

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

Tal y como se ha mencionado previamente, el incumplimiento en sí mismo de una operación financiera conlleva una gravedad alta toda vez que implica un riesgo para el mercado de tipo reputacional y adicionalmente un riesgo concreto de liquidez en cabeza de la CRC Mercantil. En el caso concreto se trata de operaciones que ascendían a un valor futuro de $1.320.100.001, valor que debió salir a cumplir la CRC Mercantil.

Al respecto, encuentra la Sala que agrava la conducta el hecho de que dicha suma aún no haya podido ser recaudada por la CRC Mercantil, y que por tanto, hasta el momento del presente fallo, no haya podido reconstituir su patrimonio.

Ahora bien, en el caso concreto existen así mismo atenuantes de la conducta que deben ser tenidos en cuenta para efectos de la graduación de la sanción.

En efecto, de las pruebas obrantes en el expediente se desprende que la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.,** realizó un debido seguimiento a las operaciones celebradas con el mandante Pollos La Granjita y a la situación financiera del mismo durante el desarrollo de la negociación. En efecto, no sólo solicitó conceptos jurídicos sino que realizó todas las gestiones orientadas a que su mandante tuviera claridad sobre la naturaleza de la operación celebrada frente al proceso de reorganización empresarial que estaba llevando a cabo, así mismo se mantuvo informada a la CRC Mercantil S.A. y se contó con su acompañamiento durante el proceso. De hecho el Jefe del Área de Seguimiento expresó: *De otro lado, el Despacho reconoce el argumento de la encartada frente a la labor de monitoreo realizada a su mandante durante el proceso de reorganización, mediante la celebración de reuniones de seguimiento, de las cuales obran memorias en el expediente el intercambio de comunicaciones y los encuentros propiciados entre el promotor del proceso de reorganización y la CRCBNA para efectos de clarificar la situación y favorecer el pronto pago de las obligaciones incumplidas.*

Así mismo, se evidencia claramente que la sociedad comisionista realizó diversas gestiones tendientes a evitar el incumplimiento tales como gestionar la expedición de pólizas e innumerables intentos para la renovación de las operaciones. Adicionalmente, después de presentado el incumplimiento la sociedad comisionista continúa realizando gestiones para minimizar los efectos adversos del mismo, acompañando en todo momento a la Bolsa, la CRC Mercantil y a su mandante.

De otra parte, es claro que de forma previa a la celebración de las operaciones, durante el desarrollo de las mismas y después de su vencimiento, se realizó un seguimiento y control adecuado del subyacente objeto de las operaciones, como principal garantía de las mismas.

De esta forma, ponderando los elementos de graduación de la sanción, teniendo en cuenta que la sociedad comisionista no presenta antecedentes sobre conductas similares y en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos y las circunstancias específicas de la falta estudiada, por unanimidad la Sala de Decisión No. 5 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de MULTA DE CINCO (5) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

IX. DEL INCUMPLIMIENTO EN LA RECOMPRA DE LAS OPERACIONES CPT NOS. 8652234 Y 8811077 E INEXISTENCIA DE GARANTÍAS EN LA OPERACIÓN CPT NO. 8811077.

9.1. Hechos

9.1.1. La sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** realizó en calidad de comisionista vendedor y por cuenta de su mandante Porcícola Aguas Claras Ltda., las operaciones sobre contratos porcícolas a término Nos. 8652234 y 8811077 con las condiciones que se muestran a continuación[212]:

Número	Fecha celebración	Cantidad	Valor Presente	Valor Futuro	Dias Plazo	Tasa	Fecha Máxima Recompra
8652234	23-ene-09	100	$ 33,842,785.00	$ 35,043,750.00	105	12.7%	8-may-09
8811077	25-feb-09	100	$ 32,816,864.00	$ 33,999,000.00	105	12.9%	10-jun-09

9.1.2. Obra en el expediente informe del 26 de febrero de 2009 de control visita a la granja La Mejorana realizada por la zootecnista Adriana Ahumada en la cual se informa sobre la existencia de de 30 cerdos de ceba, 9 de precebo, 250 en gestación y 44 parideras y se concluye con concepto técnico favorable[213].

9.1.3. El día 17 de abril de 2009, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** informa a la CRC Mercantil S.A. que no es posible emitir el documento de certificación de la existencia del subyacente que debe expedirse cincuenta días después de celebrada la operación *"en virtud de la falta de una respuesta concreta en la coordinación previa de dicha visita por parte de nuestra firma y el representante legal de PORCICOLA AGUAS CLARAS LTDA."*[214].

[212] Comprobantes de negociación de las operaciones (Cuaderno No. 1 Folios 260 y 270) e impresión del detalle de las operaciones en el SIB (Cuaderno No. 1 Folios 261 y 271).
[213] Cuaderno No. 2 Folio 735-749
[214] Cuaderno No. 2 Folio 734

9.1.4. El día 18 de abril de 2009 la señora Angelica Marín envía comunicación a **MERCADO Y BOLSA S.A.** certificando que *"el señor JAVIER ORLANDO ROJAS R. identificado (…) el mes de Diciembre hizo una negociación con la Señora ANGELICA MARIN TRIANA, identificada (...) el día 19 de Diciembre de 2008 por la venta de los cerdos de las granjas AGUASCLARA Y LA MEJORANA ubicadas en el Municipio de Santandercito dichos cerdos fueron avaluados en $1.345.163.500 de los cuales ya se cancelaron en su totalidad*[215]*".*

9.1.5. Mediante comunicación ABOL/0000955 del 20 de abril de 2009, la sociedad comisionista Agrobolsa S.A. que también actuaba en el mercado de la Bolsa por cuenta del mandante Porcícola Aguas Claras Ltda. informa a la CRC Mercantil S.A. que: *"El señor JAVIER ORLANDO ROJAS R, Gerente de la sociedad PORCICOLA AGUAS CLARAS LTDA., en forma sigilosa y reservada negocio (sic) la totalidad de los semovientes (marranos) que se encontraban en las fincas Aguas Claras y Mejorana en Santandercito, en diciembre de 2008"*[216].

9.1.6. El día 20 de abril de 2009, el mandante Javier Rojas solicita a la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** que *"la granja vinculada para las operaciones 8652234 y 8811077, por una cantidad total de 200 cerdos, sea modificada de la granja LA MEJORANA, a la granja EL ROBLE"*[217].

9.1.7. El 20 de abril de 2009, la zootecnista de la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** realiza control de visita a la granja El Roble y da cuenta de la existencia de 565 cerdos concluyéndose con concepto técnico favorable[218].

9.1.8. Mediante comunicación MBO-246 del 21 de abril de 2009, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** solicita que se modifique el lugar de la custodia de los cerdos vinculados a las operaciones Nos. 8652234 y 8811077[219].

9.1.9. Mediante comunicación MBO-256 del 24 de abril de 2009, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.,** ratifica solicitud de cambio de los semovientes ubicados en la granja La Mejorana a la granja El Roble y remite comunicación de la señora Angélica Marín como fundamento de la solicitud[220].

9.1.10. El día 28 de abril de 2009, se realiza reunión de seguimiento de operaciones sobre contratos a término al mandante Porcícola Aguas Claras Ldta a la cual asisten el mandante, los representantes legales de las sociedades comisionistas Agrobolsa S.A. y **MERCADO Y BOLSA S.A.** y el Gerente General de Multiriesgos Ltda. En el acta de dicha reunión el mandante informa que: *"en la actualidad posee 500 cerdos*

[215] Cuaderno No. 1 Folio 295
[216] Cuaderno No. 2 Folio 272-273
[217] Cuaderno No. 2 Folio 733
[218] Cuaderno No. 2 Folio 727-731
[219] Cuaderno No. 2 Folio 726
[220] Cuaderno No. 1 Folio 294

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

ubicados en la Granja El Roble. Reconoce la no propiedad de los cerdos ubicados en la granja La Mejorana"[221].

9.1.11. El día 8 de mayo de 2009, el zootecnista Mauricio Correa realiza visita a la granja El Roble e indica que el administrador de la finca le informó que: *"en la actualidad había 300 cerdos de engorde, con un peso aproximado de 90 kilos por animal de propiedad del señor ANTONIO ROMERO (…)".* Adicionalmente menciona que: *"en la visita no pude verificar la existencia de los cerdos, ya que el señor administrador manifestó que, como los cerdos eran de Antonio Romero y este no tenía negocios con la Bolsa Nacional Agropecuaria, no me podía permitir el ingreso para verificar la información suministrada"*[222].

9.1.12. Mediante comunicación MBO-283 del 8 de mayo de 2009, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.,** informó a la CRC Mercantil S.A. que su mandante no realizó el pago de la recompra correspondiente a la operación 8652234 y que por lo tanto solicita la declaratoria de incumplimiento[223]. De acuerdo con lo anterior, la CRC Mercantil S.A. mediante comunicación OC-117 del 8 de mayo de 2009 solicita a la Bolsa evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento de la operación[224]. Por su parte, la administración de la Bolsa declaró el incumplimiento en la recompra de la operación No. 8652234 mediante comunicación PSD-154 del 8 de mayo de 2009[225]

9.1.13. Mediante comunicación GC-1247 del 5 de junio de 2009, la CRC Mercantil S.A. solicitó la declaratoria de incumplimiento de la operación 8811077 *"de acuerdo a la comunicación recibida por la Firma Comisionista Agrobolsa informando la no existencia de los semovientes"*. Así mismo informa que la CRC Mercantil S.A. realizó las visitas correspondientes y no les fue permitida la entrada[226].

9.1.14. De acuerdo con lo anterior, la administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-215 del 5 de junio de 2009 declaró el incumplimiento de la operación No. 8811077 toda vez que *"no se encontró el Subyacente (Cerdos de Levante) objeto de la operación"*[227].

9.1.15. De otra parte, mediante comunicación MBO-351 del 10 de junio de 2009, MERCADO Y BOLSA S.A. informa que no se realizará el pago de la recompra de la operación No. 8811077[228]. De acuerdo con lo anterior, mediante comunicación OC-173 del 10 de junio de 2009, la CRC Mercantil S.A. solicita a la Bolsa, declarar el

[221] Cuaderno No. 2 Folio 723
[222] Cuaderno No. 2 Folio 707
[223] Cuaderno No. 1 Folio 262
[224] Cuaderno No. 1 Folio 263
[225] Cuaderno No. 1 Folio 264
[226] Cuaderno No. 2 Folio 274
[227] Cuaderno No. 1 Folio 275
[228] Cuaderno No. 1 Folio 303

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

incumplimiento de la operación No. 8811077[229]. De esta manera, la Bolsa mediante comunicación PSD-230 del 11 del junio de 2009 declara el incumplimiento en la recompra de la operación, por el valor futuro total de las misma[230].

9.2. Solicitud formal de explicaciones

El Área de Seguimiento solicitó explicaciones formales por el incumplimiento en la recompra de las operaciones Nos. 8652234 y 8811077, considerando que al haber incumplido presuntamente su obligación de recompra podría haber vulnerado los numerales 8, 11 y 20 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006, los numerales 2, 6, 7 y 29 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, los numerales 13 y 21 del artículo 2.2.2.1 del mismo Reglamento, el numeral 4 del artículo 6 de la Resolución 002 de 2008 y el numeral 3.11.2. del Boletín Instructivo No. 09 del 19 de febrero de 2009 expedido por la CRC MERCANTIL S.A. Así mismo, solicitó las explicaciones formales sobre el presunto incumplimiento en el deber de mantener vigentes las garantías de las operación 8811077 considerando que dicha conducta podría vulnerar los numerales 8, 11, 12 y 20 del artículo 29 del decreto 1511 de 2006, los numerales 1, 2, 6, 7, 11 y 29 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, los numerales 12 y 13 del artículo 2.2.2.1 del mismo Reglamento *"en concordancia con el artículo 1262 del Código de Comercio colombiano el numeral 10 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006",*

Así mismo considera que *"podría haber vulnerado las disposiciones contenidas en el artículo 97 del EOSF, en concordancia con el artículo 41 literales d) y e) del decreto 1511 de 2006 y el numeral 10 del artículo 29 del mismo decreto en la medida en que presuntamente no habría brindado a sus clientes la suficiente y debida asesoría e información en relación con los Contratos a Término celebrados en la Bolsa, en especial, en lo que se refiere a las obligaciones emanadas de dichos contratos".*

9.3. Explicaciones formales

Explica en primer lugar la trayectoria del mandante y menciona que desde el inicio de las operaciones se transmitió al mandante la normatividad que regula la negociación, sin embargo aclara que *"lo que sin duda resultó difícil de evidenciar para nuestra firma fue la mala fe de su Representante demostrado en los diferentes momentos circunscritos a las Operaciones"*. De acuerdo con lo anterior hace un recuento de lo sucedido alrededor de estas operaciones y menciona:

[229] Cuaderno No. 1 Folio 304
[230] Cuaderno No. 1 Folio 305

EL (sic) pago correspondiente a las operaciones en mención se cumplió en su totalidad.

MERCADO Y BOLSA S.A. solicito al señor JAVIER ORLANDO ROJAS ROLDAN, garantías adicionales obteniendo de este Pagares y Cheques como respaldo y fuente de pago hasta por tres veces el valor de las Operaciones a cargo de la empresa PORCICOLAS AGUAS CLARAS LTDA., logrando de esta forma una recuperación de ***$34.627.735****. Desafortunadamente, a la fecha varios de estos salieron sin fondos y se encuentran surtiendo efecto de cobro por parte de nuestro Abogado. Sin embargo, MERCADO Y BOLSA S.A. giro a la CRCBNA* ***$34.415.015*** *Saldando la obligación presentada por PORCICOLA AGUAS CLARAS LTDA.*

Considerando el no cumplimiento de los compromisos de pago adquiridos en los diferentes momentos por parte de la empresa PORCICOLA AGUAS CLARAS LTDA. a través de su Representante Legal, MERCADO Y BOLSA S.A. solicita a la CRCBNA el retiro inmediato de los cerdos, situación que fue notificada al Mandante y a la CRCBNA en su momento.

En síntesis MYB realizo (sic) todas las gestiones tendientes a lograr el pago de las operaciones a pesar de la mala fe con la que actuó el Mandante al entregar cheques sin fondos, finalmente MYB cubrió la totalidad de las operaciones incumplidas en el pago.

Por otra parte frente a la inexistencia de garantía menciona que para demostrar las gestiones realizadas por **MERCADO Y BOLSA S.A.**, relacionará las actuaciones realizadas y enumera de esta manera las visitas realizadas, la información remitida a la CRC Mercantil S.A., las reuniones realizadas, las comunicaciones cruzadas y en general toda la gestión desplegada por la sociedad comisionista concluyendo que:

1. *MERCADO Y BOLSA S.A. realizo (sic) de manera efectiva visitas técnicas a las diferentes granjas referenciadas formalmente por el Mandante a fin de constatar la existencia y buen estado de los cerdos vinculados en la operación No 8811077, desconociendo cualquier transacción comercial por parte del Representante legal de PORCICOLA*
   (…)

2. *PORCICOLA AGUAS CLARAS LTDA., a través de su Representante legal, comunico (sic) formalmente a MERCADO Y BOLSA S.A. cambio del lugar de custodia y engorde de los cerdos vinculados a las Operaciones ya referenciadas, pasando de la Granja - La Mejorana a la Granja - El Roble, hecho contemplado en el Artículo Quinto de la Resolución No. 002 emanada por la CRCBNA, situación la cual (sic) fue transmitida Oportunamente por nuestra parte a dicho organismo y de la cual no obtuvimos ninguna respuesta de aceptación.*
   (…)

3. *En las Dos (2) reuniones sostenidas con el señor JAVIER ORLANDO ROJAS ROLDAN, los días 28 de Abril y 07 de Julio de 2009, esta última con la CRCBNA, manifiesta el reconocimiento*

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

explicito (sic) de la NO propiedad de los cerdos ubicados en la Granja - La Mejorana y SI de la propiedad de los cerdos ubicados en la Granja - El Roble.

Menciona así mismo que, **MERCADO Y BOLSA S.A.** ha transmitido de manera formal y oportuna a la CRC Mercantil S.A. y a la empresa Porcícola Aguas Claras Ltda., las situaciones relevantes a las operaciones y ha realizado variadas acciones para esclarecer los hechos sucedidos con el mandante. De otra parte menciona se refiere a la visita realizada a la Granja El Roble por parte del señor Mauricio Correa Pimiento, resaltando que *"Si dicha visita fue realizada el 08 de Mayo de 2009, no entendemos porque (sic) razón se nos da a conocer este hecho tan importante, Treinta (30) días posteriores a la realización del presente suceso".*

Aclara que todo lo mencionado demuestra que actuó con diligencia y profesionalismo y que *"es así como en el momento que se evidencia que en la granja la Mejorana no existen cerdos inmediatamente se inician las gestiones tendientes a restituir la garantía por dos vías: una la entrega de cerdos en otra granja y otra la entrega de recursos (cheques que fueron devueltos y que se mencionan en el incumplimiento al pago de esta operación). Se solicito formalmente la sustitución de la granja tal como lo establece la Resolución 02 en su artículo 5, se realizo visita sin dificultades y se convoco (sic) al mandante a múltiples reuniones incluso con la asistencia de la Cámara donde ratifico lo dicho anteriormente. Todo lo anterior evidencia que en ningún momento MYB dejo (sic) de proteger y verificar las garantías correspondientes a esta operación, todo lo contrario al detectar que estaba en riesgo realizo (sic) todas las acciones rápidamente siempre basados en los reglamentos y la ley".*

9.4. Evaluación de las explicaciones por parte del área de seguimiento y pliego de cargos

Manifiesta en primer lugar que se encuentra probado el incumplimiento en la recompra y que a pesar de las gestiones desplegadas por **MERCADO Y BOLSA S.A.** para lograr el pago de las mismas, su mandante omitió el pago.

Ahora, en lo que se refiere al pago total de las operaciones considera que: "*(…) no se encuentra probado dentro del expediente el pago total de las operaciones No. 8652234 y 8811077 con posterioridad a la declaratoria de incumplimiento de las misma (…)* y para efectos de probar lo anterior relaciona las pruebas obrantes en el expediente que dan cuenta de los pagos realizados.

De otra parte, frente a los cheques sin fondo girados por el mandante resalta que: *"el Despacho se permite recordarle a la encartada que dicho hecho no tiene la potestad de enervar el incumplimiento, pues si bien es sabido, el artículo 2184 del Código Civil establece como uno de las obligaciones del mandante "(…) proveer al mandante lo necesario para la ejecución del mandato (…) " también es de conocimiento de los profesionales del mercado que el numeral 7 artículo*

1.6.5.1.7 del Reglamento reza, (....) 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;(…)".

Frente a la inexistencia de garantías en la operación 8811077 analiza las circunstancias de la operación y las pruebas obrantes en el expediente concluyendo que: "*los indicios obrantes en el expediente indicarían, sin lugar a dudas, no obstante el informe de visita realizado por la zootecnista Adriana Ahumada en el cual afirma que en la granja la Mejorana existían los subyacentes objeto de la operación, que dichos subyacentes no eran de propiedad del mandante Porcícola Aguas Clara Limitada, situación que indicaría una conducta omisiva por parte de la firma comisionista de su obligación de mantener vigentes las garantías afectas a las operaciones celebradas, que a la postre fueron declaradas incumplidas por la administración de la bolsa y cuyo incumplimiento se encuentra debidamente acreditado en el expediente, razón por la cual este Despacho elevará cargos a la firma comisionista por este hecho".*

De otra parte en lo que se refiere al cambio de ubicación del subyacente a la granja El Roble resalta que: *"(…)en informe de visita realizada a dicho lugar el día 6 de junio de 2009 se lee lo siguiente "El señor Jaime Calderón, administrador de la granja, aseguró no tener al cuidado animales pertenecientes al señor Javier Rojas".* [231].

De acuerdo con lo anterior concluye que no se dio cumplimiento a la obligación de mantener vigentes las garantías.

9.5. Descargos presentados

Empieza por anotar la investigada que las operaciones fueron cumplidas efectivamente por parte de la sociedad comisionista, refiriéndose a los comprobantes de egreso de la misma.

Manifiesta que el Área de Seguimiento incurre en contradicción al señalar que la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** realizó gestiones para lograr el pago de las operaciones y que por otra parte indica que la misma incurrió en una conducta omisiva, frente a lo cual expresó: "*(…) el ámbito de la presente investigación gira en torno al análisis disciplinario de nuestra actuación; es decir, en nuestra calidad de comisionistas de bolsa, en ejercicio de la posibilidad de autorregulación que otorgo el congreso por medio de la ley 964 de 2005; autorregulación que no tiene el carácter de función pública y el juicio de valor objetivo que se intenta por el incumplimiento de un contrato está en cabeza única y exclusivamente de la jurisdicción ordinaria, quien si tiene esta calidad de actuar con base en el ejercicio de una función pública".*

[231] Folio 718 cuaderno No. 2

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

Finalmente, expresa que el Área de Seguimiento no le es dable exigir el cumplimiento de un contrato, pues en desarrollo de las funciones de autorregulación según indica, debe realizar un análisis de los deberes y obligaciones de las sociedades comisionistas de Bolsa y no desde el punto de vista de comerciantes y partes de un contrato.

De otra parte, frente a la inexistencia de garantías señala que la sociedad comisionista desplegó las gestiones necesarias con el fin de verificar la existencia del subyacente, como garantía de la operación, así mismo expresa que informó a la CRC mercantil S.A. sobre el cambio de ubicación de los semovientes. De esta forma, se refiere a las visitas efectuadas por la zootecnista contratada por la investigada, a las granjas vinculadas con la operación.

Igualmente expresó: "*Al tenor de las obligaciones que establece la Resolución 2 de la CRCBNA, Mercado y Bolsa constató la existencia y debidas condiciones del subyacente en los plazos estipulados, en el mismo sentido informó a la CRCBNA todo lo relacionado a la ubicación y propiedad de los semovientes vinculados a las operación y finalmente buscó por todos los medios por todos los medios (sic) la garantía, una vez se percató de las maniobras fraudulentas de su mandante, todo lo cual puede ser corroborado por el funcionario de la CRCBNA que nos acompaño a la diligencia el 6 de junio de 2009".*

Finalmente, sostiene que no puede endilgarse responsabilidad disciplinaria a **MERCADO Y BOLSA S.A.**, por cuanto la misma realizó las gestiones y actuó cuidadosa y diligentemente con el fin de verificar la existencia y estado de la garantía, hasta el momento en que fue verificado el engaño por parte del mandante, actuación por parte de este que no puede ser atribuida a la sociedad comisionista.

9.6. Consideraciones de la sala

9.6.1. De la situación presentada y gestiones adelantadas por la sociedad comisionista MERCADO Y BOLSA S.A.

Se encuentra suficientemente probado dentro del expediente que la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** realizó en calidad de comisionista vendedor y por cuenta de su mandante Porcícola Aguas Claras Ltda., las operaciones sobre contratos porcícolas a término Nos. 8652234 y 8811077 los días 23 de enero y 25 de febrero respectivamente.

Ahora bien, al día siguiente de la celebración de la operación la zootecnista Adriana Ahumada, contratada por la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** precisamente para efectuar un seguimiento estricto y seguro del subyacente, realiza visita a la granja La Mejorana e informa la existencia de 30 cerdos de ceba, 9 de pre-cebo, 250 en gestación y 44 parideras, concluyendo con concepto técnico favorable.

No obstante lo anterior, también se encuentra probado dentro del expediente que el día 18 de abril de 2009 la señora Angelica Marín envía comunicación a las sociedades comisionistas Agrobolsa S.A. y **MERCADO Y BOLSA S.A.** certificando que *"el señor JAVIER ORLANDO ROJAS R. (…) el mes de Diciembre hizo una negociación con la Señora ANGELICA MARIN TRIANA, (...) el día 19 de Diciembre de 2008 por la venta de los cerdos de las granjas AGUASCLARA Y LA MEJORANA ubicadas en el Municipio de Santandercito dichos cerdos fueron avaluados en $1.345.163.500 de los cuales ya se cancelaron en su totalidad".*

Al respecto, dentro de los documentos que obran en el expediente se tiene que la zootecnista de la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** efectuó el 20 de abril de 2009 una visita a la granja La Mejorana vinculada a la operación objeto de investigación, en la cual se evidenció: *En la granja LA MEJORANA, vereda Quintas de Colombia, municipio de San Antonio del Tequendama departamento de Cundinamarca, me informaron que actualmente había 200 cerdas madres de cría, 750 lechones de pre cebos y 1.000 cerdos entre levante y engorde, además que se tiene una rotación de 160 cerdos gordos para el mercado por semana, los animales son de propiedad de la señora ANGELICA MARIN y las instalaciones de la granja del señor JAVIER ROJAS.* Igualmente se indicó en el informe que no se pudo verificar la existencia de cerdos toda vez que no fue permitido el ingreso por razones de bioseguridad.

Así mismo, la sociedad comisionista Agrobolsa S.A. el día 20 de abril de 2009, en su calidad de comisionista en otras negociaciones celebradas en el escenario de la Bolsa, de la sociedad Porcícolas Aguas Claras al igual que la investigada, remite comunicación a la CRC Mercantil informando lo siguiente:

> *El señor JAVIER ORLANDO ROJAS R, Gerente de la sociedad PORCICOLA AGUAS CLARAS LTDA., de forma sigilosa y reservada negocio la totalidad de los semovientes (marranos) que se encontraban en las fincas Aguas Claras y **Mejorana** en Santandercito, en diciembre de 2008.*
>
> *En el momento de practicar la visita a los predios comprometidos con los Contratos a Término y que dio lugar a la elaboración de las certificaciones en mención, no se informó este hecho por parte del Gerente. Por el contrario se mantuvo en su declaración de que los animales se mantenían en las fincas, como lo ratificó el administrador y se comprobó por AGROBOLSA S.A.*
>
> *Por información de la contadora del señor Rojas y ante rumores del gremio de que el este (sic) Mandante no tenía marranos, se hizo un seguimiento exhaustivo para comprobar la veracidad o no de esta afirmación encontrando que:*
>
> a. *Evidentemente el mencionado señor Rojas Roldan le vendió en diciembre de 2008 a Angélica Marín la totalidad de los cerdos de las granjas AGUAS CLARAS y la MEJORANA, como consta en documento anexo. Esta información fue suministrada en Abril 18 de 2009 por los nuevos propietarios de los marranos.*

b. *Simultáneamente realizó un contrato de arriendo con la señora Marín sobre las fincas en donde se encontraban los semovientes para mantenerlos allí.*

Que así las cosas era imposible detectar en una visita a las fincas la existencia de otra negociación máxime cuando se mantuvo la custodia y engorde de semovientes en las fincas objeto de los contratos. (subrayado pertenece al texto original)

Ahora bien, mediante comunicación del día 20 de abril de 2009, el representante legal de la sociedad Porcícolas Aguas Claras, señor Javier Rojas le solicita a la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** que *"la granja vinculada para las operaciones 8652234 y 8811077, por una cantidad total de 200 cerdos, sea modificada de la granja LA MEJORANA, a la granja EL ROBLE*". Así, teniendo en cuenta que el mismo 20 de abril, la zootecnista de la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** realiza control de visita a la granja El Roble y da cuenta de la existencia de 565 cerdos y da su concepto técnico favorable de la granja; la sociedad comisionista solicita a la CRC Mercantil que se modifique el lugar de la custodia de los cerdos vinculados a las operaciones Nos. 8652234 y 8811077. La anterior solicitud es ratificada el día 24 de abril, por parte de **MERCADO Y BOLSA S.A.**, remitiendo el informe de la zootecnista.

Así hasta este punto, es claro que la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.,** al notar la situación presentada con su mandante intentó realizar el cambio de ubicación del subyacente a otra granja del cliente en donde si se pudiese verificar su existencia. De hecho en reunión de seguimiento de operaciones sobre contratos a término, a la cual asiste la sociedad comisionista el día 28 de abril de 2009, el mandante asegura que: "*en la actualidad posee 500 cerdos ubicados en la Granja El Roble. Reconoce la no propiedad de los cerdos ubicados en la granja La Mejorana".*

No obstante lo anterior, al parecer el mandante nuevamente faltó a la verdad ya que conforme a las pruebas que obran en el expediente, se encuentra que el día 8 de mayo de 2009, la CRC Mercantil S.A. a través del zootecnista Mauricio Correa realiza visita a la granja El Roble e indica que el administrador de la finca le informó que *"en la actualidad había 300 cerdos de engorde, con un peso aproximado de 90 kilos por animal de propiedad del señor ANTONIO ROMERO (…)"* y que *"en la visita no pude verificar la existencia de los cerdos, ya que el señor administrador manifestó que, como los cerdos eran de Antonio Romero y este no tenía negocios con la Bolsa Nacional Agropecuaria, no me podía permitir el ingreso para verificar la información suministrada".*

Ahora bien, teniendo en cuenta que la operación No. 8652234 tenía como fecha máxima de recompra el día 8 de mayo de 2009, tenemos que este mismo día la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.,** informa a la CRC Mercantil S.A. que su mandante no realizó el pago de la recompra correspondiente dicha operación y por lo tanto solicita

la declaratoria de incumplimiento. De esta manera la CRC Mercantil solicita a la Bolsa evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento de la operación, el cual, es certificado por parte de la administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-154 del 8 de mayo de 2009.

Siguiendo esta línea tenemos que el día 12 de mayo de 2009, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.,** informó el pago parcial por valor de $26.562.485 de la operación 8652234 la cual, como se mencionó, debía recomprarse el 8 de mayo[232]. No obstante lo anterior, el mismo día informa al mandante Porcícola Aguas Claras que el cheque girado por este para el pago de la operación, no disponía de recursos[233]. En este punto se debe aclarar que esa suma parcial fue consignada en la cuenta de la Cámara por lo que en efecto, se da un pago parcial de la operación el día 12 de mayo de 2009 por $26.562.485.

De otra parte frente a la operación 8652234, el día 18 de mayo de 2009, mediante comunicación MB-296, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** informa a la CRC Mercantil S.A. que a la fecha el mandante Porcícolas Aguas Claras no había efectuado el pago correspondiente de la misma, por lo que solicita a esta entidad efectuar el retiro del producto, teniendo en cuenta lo establecido en el contrato de depósito, la carta de retiro del producto y la Resolución No. 002 de 2008. Así mismo, señala la sociedad comisionista que el subyacente objeto de la operación cambió de granja de La Mejorana al Roble.

En el interregno tenemos que la CRC Mercantil, conforme a la comunicación por parte de la sociedad comisionista Agrobolsa S.A., mediante la cual pone en conocimiento de esta entidad la no existencia del subyacente, el 5 de junio de 2009 pone en conocimiento de la Bolsa dicha situación con el fin de que sea decretado el incumplimiento. En efecto, la administración de la Bolsa mediante PSD-215 del 5 de junio de 2009, certifica el incumplimiento por la inexistencia del subyacente objeto de la operación No. 8811077, la cual aún se encontraba vigente para efectos de efectuar la recompra.

De acuerdo con lo anterior se efectúa una visita por parte de la CRC Mercantil y la zootecnista Adriana Ahumada en representación de **MERCADO Y BOLSA S.A.** a la granja el Roble el 6 de junio de 2009, en la cual efectivamente se da cuenta de la inexistencia del

[232] Cuaderno No. 2 Folio 904

[233] Cuaderno No. 2 Folios 903. Se debe mencionar que conforme a las pruebas que obran en el expediente la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.**, inició el cobro jurídico respectivo por los cheques girados sin fondos. (Cuaderno No. 2 Folios 893-895[233] Relación de pagos a la CRC Mercantil S.A. por concepto de pago de operaciones del mandante Porcicolas Aguas Claras, realizados los días 26-jun-09 ($ 4.465.250) a folios 151-152,07-jul-09 ($1.800.000) a Folios 149-150, 23-jul-09 ($ 9.053.754) a folios 155-156, 06-ago-09($ 9.053.754) a folios 157-158, 25-ago-09 ($18.107.508) a folio 153 y 12-may-10 ($26.562.485) a folios 147 - 148)

subyacente toda vez que se evidencia que la propiedad de los animales se encontraba en cabeza del señor Antonio Romero.

Frente a lo anterior, la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** mediante comunicación MBO-342 del 9 de junio de 2009, dirigida a la CRC Mercantil, se refiere a las gestiones adelantadas frente a su cliente Porcícolas Aguas Claras en cuanto a informar a la CRC Mercantil sobre la situación presentada y el cambio de ubicación del subyacente y al respecto menciona: *"queremos manifestar que el pasado 28 de abril de 2009, en reunión sostenida con el señor Daniel Martínez de AGROBOLSA, Hugo Cardona de MULTIRIESGOS, Alberto Caicedo y Alejandro Acuña de MERCADO Y BOLSA, el señor Javier Rojas ratificó la propiedad de los cerdos existentes en la granja EL ROBLE; por tal razón desconocíamos sobre algún tipo de transacción realizada sobre los cerdos"*.

Ahora bien teniendo en cuenta que la operación No. 8811077 aún se encontraba vigente y debía efectuarse la recompra de la misma el día 10 de junio de 2009, tenemos que el día 9 de junio de 2009, la investigada, informa a su mandante Porcícola Aguas Claras, el vencimiento de la operación No. 8811077, señalando que en caso de incumplimiento, la firma seguiría lo dispuesto en los reglamentos de la CRC Mercantil y seria decretado el incumplimiento de la operación.

No obstante lo anterior, el mismo 10 de junio, la sociedad comisionista informa que no se realizará el pago de la recompra de la operación No. 8811077. De esta manera, la CRC Mercantil S.A. solicita a la Bolsa, declarar el incumplimiento en la recompra y este es certificado mediante comunicación PSD-230 del 11 del junio de 2009.

Ahora bien ya declaradas incumplidas ambas operaciones en la recompra, la sociedad comisionista continúa efectuando gestiones para efectos de propender por el cumplimiento de las obligaciones que se encontraban pendientes. Así tenemos que mediante comunicación MBO-421 del 7 de julio de 2009, informa a la CRC Mercantil S.A., el pago por valor de $1.800.000 de la operación No. 8652234, sobre la cual ya se habían efectuado pagos parciales.

Así mismo frente a la situación de no provisión de los recursos por parte del mandante vendedor, obran en el expediente las comunicaciones en la cuales se evidencia que **MERCADO Y BOLSA S.A.** requirió en varias oportunidades al mismo, con el fin de lograr el pago de las obligaciones.[234]

[234] Comunicaciones MBO-1218 del 2 de julio de 2009 a folio 892, MBO-1438 del 10 de agosto de 2009 a folio 891, MBO-1475 del 14 de agosto de 2009 a folio 890, MBO-1517 del 26 de agosto de 2009 a folio 889, MBO-1570 del 7 de septiembre de 2009 a folio 888, MBO- 1607 DEL 14 de septiembre de 2009 a folio 887, MBO-1666 del 23 de septiembre de 2009 a folio 886, MBO-1682 del 28 de septiembre de 2009 a folio 885

De la misma manera la investigada informa el 21 de julio de 2009[235] a la CRC Mercantil S.A., los pagos efectuados por concepto de recompra de las operaciones objeto de investigación, señalando que se efectuó un primer giro el 22 de julio de 2009 por $9.053.753.75; un segundo giro 22 de julio de 2009 $9.053.753.75; y un tercer giro 5 de agosto de 2009 $18.107.507.50 e indica: "*Respecto de este mandante, nuestra sociedad comisionista ha realizado todas las acciones pertinentes para recuperar dineros objeto de las operaciones incumplidas por una suma de $32.827.735. (…)".*

Ahora bien, el día 22 de julio de 2009, la CRC Mercantil S.A. y la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** suscribieron el Acuerdo de Pago No. 001 del 22 de julio de 2009[236], en el cual se establece una fórmula de pago de las obligaciones pendientes, en virtud de los incumplimientos de las operaciones cuyo mandante es la sociedad Porcícolas Aguas Claras.

Conforme al material probatorio se encuentra que la sociedad comisionista dio cumplimiento a este acuerdo de pago, tal y como se evidencia de la relación de pagos[237] y respectivos soportes aportados por la sociedad comisionista investigada[238], realizando abonos en diferentes fechas por valor de $69.042.751, recursos que según desprende de la documentación aportada, provenían del patrimonio de la investigada. Lo anterior es ratificado por la CRC Mercantil S.A., mediante comunicación OC-372 del 21 de mayo de 2010, por la cual la Cámara de Riesgo certifica el pago de la recompra de las operaciones No. 8652234 y 8811077[239] así:

Operación	Mandante	Vr. Recompra	Fecha de pago	Vr. pago	Forma de Pago
8652234	Porcícolas Aguas Claras	$ 35.043.750	12-may-09	$26.562.485	Transferencia
			26-jun-09	$4.465.250	Cheque
			07-jul-09	$1.800.000	Transferencia
			23-jul-09	$2.216.015	Transferencia
8811077		$ 33.999.000	05-jul-10	$9.053.754	Cheque
			23-jul-10	$6.837.739	Cheque
			24-ago-10	$18.107.508	Transferencia

[235] Cuaderno No. 2 Folios 896
[236] Cuaderno No. 4 Folios 319-329
[237] Cuaderno No. 4 Folio 159
[238] Relación de pagos a la CRC Mercantil S.A. por concepto de pago de operaciones del mandante Porcicolas Aguas Claras, realizados los días 26-jun-09 ($ 4.465.250) a folios 151-152,07-jul-09 ($1.800.000) a Folios 149-150, 23-jul-09 ($ 9.053.754) a folios 155-156, 06-ago-09($ 9.053.754) a folios 157-158, 25-ago-09 ($18.107.508) a folio 153 y 12-may-10 ($26.562.485) a folios 147 -148
[239] Cuaderno No. 4 Folios 263

En este punto es preciso aclarar que para el momento en que se elevó el pliego de cargos, tal y como se desprende del anterior cuadro de pagos, la sociedad comisionista aún no había efectuado la totalidad de giros por lo cual, el pago total de las operaciones únicamente se pudo probar durante la etapa de decisión.

Así las cosas, del análisis de la traza de la operación, es claro para la Sala que si bien las obligaciones de recompra no pudieron ser cubiertas, la sociedad comisionista actuó diligentemente siempre en procura del pago y cubrimiento de las operaciones y finalmente asumió el pago de las mismas.

De esta forma, queda claro que la recompra de las operaciones se realizó de forma extemporánea pero finalmente se cumplieron las obligaciones a cargo de la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** en su calidad de comisionista vendedor. Ahora bien, lo anterior no es eximente de responsabilidad toda vez que las operaciones en Bolsa deben cumplirse de acuerdo a las condiciones pactadas y en las fechas establecidas; sin embargo, si atenúa la conducta toda vez que resulta fundamental que luego de presentado un incumplimiento se realicen todas las gestiones tendientes a reconstruir el patrimonio de la CRC Mercantil que como contraparte en las operaciones financieras debió salir a dar cumplimiento a las mismas.

Así mismo, frente a la inexistencia de garantías de la operación No. 8811077, es claro para la Sala que una vez presentada la situación con su mandante, la sociedad comisionista desplegó diversas gestiones tendientes a dar solución al inconveniente, manteniendo contacto con el mandante, intentando el cambio de ubicación del subyacente a una granja en donde en principio creyó que existencia suficiente garantía, informando a la CRC Mercantil sobre cada una de las circunstancias presentadas. Así mismo se tiene que intentó conseguir garantías adicionales para el cubrimiento de las operaciones como lo son los cheques entregados por el mandante, que resultaron sin fondos, situación que no puede ser imputable a la sociedad comisionista.

Ahora bien, entrará la Sala a analizar la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista de cara a las gestiones desplegadas y de acuerdo con las circunstancias presentadas en el caso concreto.

9.6.2. De la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista MERCADO Y BOLSA S.A. por la conducta adoptada

En primer lugar, entrará a analizar la Sala las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista de forma previa a la celebración de las operaciones.

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

De la situación presentada y estudiada en precedencia se evidencia que el mandante Porcícola Aguas Claras, faltó a la verdad a su comisionista al afirmar la pertenencia de subyacente, cuando la situación era otra.

En relación con el conocimiento del cliente, obran en el expediente los documentos presentados por la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.** para la celebración de la operación, entre los cuales se encuentran el Formato Carta Retiro de Producto[240], Check List Aprobación Previa Operaciones CAT y CPT[241], Contrato de Depósito Contrato a Término[242], Mandato para venta con Pacto de Recompra[243], Pagares[244], Oferta Formal Irrevocable de Compra.[245]

En el Formato Carta Retiro de Producto, que se encuentra firmado por el señor Javier Rojas se establece: *"Yo, **JAVIER ROJAS,** identificado (…) en representación de la empresa **PORCICOLA AGUAS CLARAS LTDA.,** en los casos en que se presente incumplimiento por parte de esta empresa, en cualquier negociación (CPT/CAT/CGT) que como mandante vendedor inicial, hubiere celebrado en el mercado abierto de la Bolsa Nacional Agropecuaria, la junta directiva autoriza al gerente, para que, en su condición de representante legal, transfiera a título de dación en pago, de manera irrevocable e incondicional, a la Cámara de Riesgo Central de contraparte de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A. la propiedad que tiene la empresa sobre el **CERDO (cerdo/pollo/ganado en pie, faenado, refrigerado o congelado)**, en la cantidad que determine la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la BNA (…)".* Sin embargo tal y como ha quedado probado dentro del proceso, la sociedad comisionista Porcícolas Aguas Claras, no era propietaria de ninguno de los semovientes subyacentes de la operación bajo investigación.

En efecto, en el contrato de depósito que se encuentra firmado también por el señor Javier Rojas, representante legal de la sociedad Porcicolas Aguas Claras S.A., se determina el lugar de ubicación así: *"Los bienes objeto del presente contrato de depósito, relacionados en la cláusula anterior, deberán permanecer durante la vigencia del mismo en la siguiente dirección: Vereda: **QUINTAS DE COLOMBIA/** Granja(s) **LA MEJORANA** (…)"*. No obstante lo anterior, tal como se evidenció, para el momento de la firma de este documento, esto es el 24 de febrero de 2009, los animales que se encontraban en la granja la Mejorana ya habían sido vendidos a la señora Angélica Marín el 19 de diciembre de 2008. Así mismo se encuentra que en reunión efectuada el 20 de abril de 2009[246], a la cual asistió la investigada, la

[240] Cuaderno No. 1 Folios 285
[241] Cuaderno No. 1 Folios 284
[242] Cuaderno No. 1 Folios 283
[243] Cuaderno No. 1 Folios 282
[244] Cuaderno No. 1 Folios 280-281
[245] Cuaderno No. 1 Folios 279
[246] Cuaderno No. 2 Folios 722-723

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

sociedad comisionista Agrobolsa S.A. y el representante legal del mandante Porcicolas Aguas Claras Ltda., este último reconoce la no propiedad del subyacente afecto a la operación No. 8811077 y que se encontraba ubicado en La Granja La Mejorana, sobre el particular se menciona en el acta de la referida reunión: *"(…) El señor Javier Rojas, informa a los asistentes a la reunión que en la actualidad posee 500 cerdos ubicados en la granja El Roble. Reconoce la no propiedad de los cerdos ubicados en la granja La Mejorana".*

Ahora bien, la sociedad comisionista da respuesta a la certificación del incumplimiento por parte de la Bolsa, mediante comunicación del 10 de junio de 2009, indicando desconocer la causa de la misma, señalando que la CRC Mercantil S.A. realizó visita el día 8 de junio de 2009[247]. No obstante lo anterior, de las pruebas que obran el expediente se evidencia que la sociedad comisionista continúa realizando gestiones para efectos de dar solución a la situación de la propiedad de subyacente y gestionar el pago de las obligaciones de recompra, es así como prueba de esta gestión se encuentra en la reunión efectuada el 20 de abril de 2009, ya mencionada, adicionalmente se tiene que la sociedad comisionista investigada requirió a su mandante en varias oportunidades con el fin de lograr una reunión. Al respecto expresó la sociedad comisionista en comunicación MBO 1164 del 23 de junio de 2009: *Por diferentes medios y en repetidas oportunidades hemos intentado coordinar reunión con la CRCBNA y los miembros comisionistas con los cuales PORCICOLA AGUAS CLARAS LTDA. tiene operaciones de CPT en el escenario de la BNA. Lamentablemente su inasistencia a las dos citas convocadas por nuestra parte, no ha sido cumplidas; reunión que tiene como único propósito conocer de parte suya, la razón por la cual los cerdos vinculados a las granjas referenciadas al inicio de las operaciones no son de propiedad de PORCICOLA AGUAS CLARAS LTDA., y en consecuencia, aclarar la cancelación de manera inmediata sobre las operaciones incumplidas.*

Ahora bien, en punto de la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista tenemos que la Resolución No. 002 de 2008 sobre contratos porcícolas a término determina en su artículo 6 lo siguiente:

> *"**Obligaciones de la sociedad comisionista miembro de la BNA que actúa por cuenta del mandante vendedor.-** En virtud de la celebración de la operación CPT a través de la BNA S.A., la sociedad comisionista que actúa por cuenta del mandante vendedor adquiere las siguientes obligaciones especiales: (…)*
>
> *2) Verificar que las condiciones de prestación del servicio de custodia y engorde de los semovientes, se ajusten a las proyecciones de flujos de caja e inventarios requeridos para el cumplimiento de la obligación de recompra, al concluir el término de la operación.*
>
> *4) Efectuar la recompra en el término y condiciones pactadas.*

[247] Cuaderno No. 1 Folios 276

7) Facilitar el ingreso de representantes de la CRCBNA a los lugares de ubicación de los semovientes, para el cumplimiento de sus funciones. Así mismo, realizar todas las gestiones necesarias para permitir el retiro y la venta de los semovientes por parte de la CRCBNA, en los casos a que haya lugar, evento en el cual, se hará efectivo el documento de autorización de retiro del producto (…)

Así mismo el artículo 7 de esta Resolución establece:

ARTÍCULO 7. DE LAS GARANTÍAS DE LA OPERACIÓN.- *Para el asiento en CRCBNA de una operación CPT será necesario que previamente la sociedad comisionista vendedora obtenga y entregue a la CRCBNA S.A. las siguientes garantías:*

1) CERTIFICADO FAG (Fondo Agropecuario de Garantías) o las garantías sustitutas que el Comité de Riesgos de la CRCBNA apruebe.

2) Póliza de Seguros que asegure el daño patrimonial sufrido por la CRCBNA generado por incumplimiento de la obligación de recompra a cargo del vendedor.

PARÁGRAFO PRIMERO.- *De conformidad con lo dispuesto en el reglamento de operación de la CRCBNA, la sociedad comisionista vendedora deberá atender oportunamente los llamados al margen que la CRCBNA efectúe.*

PARÁGRAFO SEGUNDO.- En todo caso se entenderá que los semovientes objeto de la operación constituyen garantía de su cumplimiento. *(negrillas por fuera del texto original)*

Por su parte, el artículo 1.6.5.1. del Reglamento establece en su numeral 11 la obligatoriedad para sociedades comisionistas de: *"Constituir las garantías generales, especiales y las demás que exija el presente reglamento, en la oportunidad y condiciones establecidas,* ***las cuales deberán mantenerse vigentes y libres de gravámenes o limitaciones****. Asimismo, esta obligación deberá cumplirse de conformidad con los reglamentos de otras entidades cuando la Bolsa efectúe la compensación y liquidación de operaciones y administración de garantías por conducto de terceros"* (negrillas por fuera del texto original)

En el caso concreto encuentra la Sala que la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.,** desde el inicio de la negociación efectuó gestiones tendientes al seguimiento de la operación, es así como obran en el expediente las visitas de verificación del subyacente del 23 y 26 de febrero de 2009, así mismo reposan informes de visita del 20 de abril de 2009, efectuadas a las Granjas La Mejorana, la cual había sido determinada al inicio de la operación como lugar de ubicación del subyacente, y a la granja El Roble, la cual fue solicitada por el mandante vendedor como lugar del subyacente, conforme a la solicitud de cambio de lugar de ubicación del subyacente afecto a la operación No. 8811077. Igualmente obra en el expediente acta de visita realizada a la granja El Roble el 6 de junio de 2009.

Ahora bien, señala el Jefe del Área de Seguimiento en el pliego de cargos, que la sociedad comisionista no efectuó las visitas de forma efectiva, señalando para el efecto que: *el Despacho observa que ésta incurre en imprecisión cuando afirma que la sociedad Mercado y Bolsa realizó de manera efectiva las visitas a las granjas donde se encontraban los semovientes y seguidamente, en contradicción a lo asegurado, allega al expediente oficio MBO-173 del 17 de abril de 2009 en el cual le informa a la CRCBNA la imposibilidad de realizar la visita de los 50 días debido a la falta de coordinación con el mandante vendedor.*

En efecto encuentra la Sala que si bien es cierto que está probado que se hicieron visitas para efectos de verificar la existencia del subyacente, no es menos cierto que no fue posible identificar que los semovientes no eran del mandante. Así, el subyacente físicamente podía encontrarse en la ubicación señalada pero jurídicamente no eran del cliente, de hecho es posible que contablemente ya no se encontraran dentro del patrimonio de Porcícolas Aguas Claras Ltda. Así las cosas, es claro que las visitas aunque demuestran una gestión importante por parte de la sociedad comisionista, la cual será tenida en cuenta, no permitieron determinar la propiedad de los subyacente por lo cual debieron estar acompañadas de un análisis más profundo sobre la situación financiera, contable y jurídica del mandante para determinar si el subyacente como principal garantía de la operación, cumplía con los requisitos para garantizarla.

Ahora bien, también encuentra la Sala probado el seguimiento de los semovientes durante el desarrollo de la operación, con las solicitudes efectuadas por parte de la investigada en relación con el cambio de ubicación del subyacente, para aprobación por parte de la CRC Mercantil S.A., en varias oportunidades según comunicaciones MBO 246 del 21 de abril de 2009, MBO 256 del 24 de abril de 2009 y comunicación MBO-342 del 9 de junio de 2009.

En efecto, no cabe duda que el mandante no actuó de buena fe y que si se dio seguimiento por parte de la sociedad comisionista, así mismo se trató de solucionar la situación con el cambio de ubicación de la granja entre otras gestiones, pero lo cierto es que la operación dejó de contar con el subyacente como la principal garantía de la operación y esto se constituye en una situación grave ya que no sólo se queda desprotegida la negociación sino que conlleva un riesgo reputacional para el mercado ya que el subyacente se constituye además en el objeto mismo de la operación y al no encontrarse se desnaturaliza todo el negocio jurídico

Así mismo respecto del incumplimiento en la recompra, es claro que no se cumplió con las obligaciones propias del comisionista vendedor ya que no se efectuó el pago de la recompra en la fecha pactada lo cual vulnera normas legales y reglamentarias tal y como se explicará a continuación. En efecto si bien las gestiones adelantadas por las sociedad

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

comisionista y el pago posterior efectuado serán tenidos en cuenta por esta Sala, lo cierto es que la sociedad comisionista no cumplió con una obligación que estaba en cabeza suya y como consecuencia de lo anterior, la CRC Mercantil debió salir el día de la recompra a dar cumplimiento de las operaciones por un valor futuro total de $69.042.750.

Así, si bien realizó las gestiones tendientes para minimizar el impacto e intentar afectar los bienes del mandante o las garantías de la operación de forma previa al vencimiento de la recompra, estas no fueron suficientes y se tuvo que afectar el patrimonio de la CRC Mercantil para efectos de cumplirle a la contraparte.

9.6.3. Normas vulneradas por la conducta de MERCADO Y BOLSA S.A. y concepto de la violación.

En lo que se refiere a la inexistencia de garantías en la operación No. 8811077, tenemos que la sociedad comisionista incumplió con las obligaciones previstas en el numeral 2 del artículo 6 la Resolución 002 de 2008 tal y como se demostró previamente y con el numeral 11 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento que determina la obligatoriedad de mantener vigentes las garantías afectas a las operaciones realizadas en Bolsa. Por lo anterior, la sociedad comisionista vulneró la obligación general de los miembros establecida en el numeral 1 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento que determina que deberán *"Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación".*

En punto de la recompra, es claro que la sociedad comisionista incumplió con lo establecido en el numeral 4 de la resolución 002 de 2008 así como con lo establecido en el numeral 3.11.2 del Boletín Instructivo No. 09 de 2007 de la CRC Mercantil que determina que el incumplimiento final de la operación financiera se refiere al *"Evento presentado cuando 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 CCBNA"*, lo cual en el caso concreto es exactamente lo que ocurrió.

En efecto al estar la obligación de recompra en cabeza de la sociedad comisionista vendedora y no de su mandante, se deben cumplir obligaciones previas a la celebración del contrato y que son fundamentales para el mantenimiento de la seguridad y estabilidad no sólo del mercado sino de la misma sociedad comisionista. El hecho de hacerse responsable de la capacidad de pago de su mandante implica que el análisis previo del mismo es fundamental y necesario toda vez que en caso de que el mandante no gire los recursos, la sociedad comisionista deberá cumplir con recursos propios pues en el mercado administrado por la Bolsa no es posible alegar como excusa la excepción de falta

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

de provisión de fondos, lo que implica la imposibilidad de la sociedad comisionista de justificar el incumplimiento de una operación en la no disposición de los recursos por parte de su mandante.

De la misma manera, el incumplimiento en la recompra implica la vulneración de las disposiciones establecidas en el artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento que establecen las obligaciones generales de los miembros de la Bolsa[248], en los siguientes términos:

> *"Num. 2° 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".*
>
> *Num. 7° Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, reglamentario, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. En ningún caso será admisible al momento del cumplimiento la excepción de falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado;".*

Ahora bien, en lo que se refiere a la imputación referida al incumplimiento del numeral 6 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de la Bolsa[249] y el numeral 8 del artículo 29 del decreto 1511 de 2006, encuentra la Sala que los mismos no se vulneran toda vez que no se evidencia por parte de la sociedad comisionista una conducta desleal, negligente o de mala fe.

Finalmente en lo que se refiere al deber de asesoría, tal y como se mencionó en las consideraciones de la Sala en el caso concreto, el no existir buena fe por parte del mandante, no encuentra la Sala que la falta de información o explicación sobre la naturaleza, obligaciones y alcances de la operación haya sido la causa de la situación presentada, sino que el mandante simplemente decidió contrariar la normatividad que rige este mercado, de forma notoria y con conocimiento de que su actuar no era el adecuado.

---

[248] En concordancia con el numeral 11 del Decreto 1511 de 2006 que establece: ***"****Artículo 29. Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: (…) "11. Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva."*

[249] *"8. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, y precisión, procurando la satisfacción de los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia, lo cual implica el sometimiento de su conducta a las diversas normas que reglamentan su actividad profesional, ya provengan del Estado, de las mismas bolsas o constituyan parte de los sanos usos y prácticas del comercio o del mercado público de valores (…)"*

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

9.6.4. Graduación de la sanción.

Tal y como se ha mencionado a lo largo de la Resolución, encuentra la Sala que el incumplimiento de operaciones financieras en el mercado administrado por la Bolsa pone en un gran riesgo al mercado y a la entidad que actúa como contraparte. En adición a lo anterior, en el caso concreto se presenta la inexistencia del subyacente en una de las operaciones estudiadas lo cual también se constituye en una situación grave ya que el subyacente es el objeto y la principal garantía de la operación, lo cual implica que se desnaturalice la operación si no existe subyacente y se degenere en otro tipo de negocios jurídicos lo cual afecta la seguridad y transparencia del mercado y conlleva además un riesgo reputacional para el mismo.

Ahora bien, en el caso concreto se presentan diferentes circunstancias atenuantes de la conducta, las cuales se deberán analizar para efectos de determinar la sanción a imponer.

En efecto, encuentra la Sala que la sociedad comisionista investigada actuó con diligencia y responsabilidad en sus intentos por solucionar la situación de inexistencia del subyacente, propender por el pago de las operaciones, verificar y hacer seguimiento de su cliente, informar en todo momento a la Bolsa y la CRC Mercantil para intentar buscar soluciones conjuntas y en general se denota una actitud proactiva para prevenir y posteriormente mitigar los daños ocasionados.

Adicionalmente el hecho que la sociedad comisionista haya cumplido con su propio patrimonio, aunque sea de forma extemporánea, el pago de las operaciones atenúa la conducta ya que se logra reconstituir el patrimonio de la CRC Mercantil. Así mismo, la magnitud de los incumplimientos no es tal que pueda poner en un gran riesgo de liquidez a la CRC Mercantil, aunque el mismo se concretó.

De otra parte, el caso concreto se presenta una situación con el mandante, quien al parecer no actuó de buena fe, lo cual dificultaba el cumplimiento de las obligaciones ya que en variadas ocasiones el mandante faltó a la verdad. Así, si bien la diligencia desplegada por la sociedad comisionista pudo no ser suficiente para identificar la inexistencia del subyacente, es claro que en el caso concreto era aún más complejo por las actividades efectuadas por el mandante.

Así las cosas, encuentra la Sala que las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista, en el caso concreto, atenúan en gran medida la responsabilidad disciplinaria ya que es fundamental para el órgano disciplinario que las sociedades comisionistas actúen con la mayor diligencia y responsabilidad siempre en procura del mantenimiento de un escenario de negociación seguro y confiable.

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

De esta forma, ponderando los elementos de graduación de la sanción, teniendo en cuenta que la sociedad comisionista no presenta antecedentes sobre conductas similares y en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos y las circunstancias específicas de la falta estudiada, por unanimidad la Sala de Decisión No. 5 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de AMONESTACIÓN PÚBLICA.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Sancionar disciplinariamente a la sociedad comisionista de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A **MERCADO Y BOLSA S.A.** con AMONESTACION PUBLICA por el incumplimiento en la entrega de producto en las operaciones de físicos Nos. 5906476, 7898458, 8150131 y 8150134, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTICULO SEGUNDO: Sancionar disciplinariamente a la sociedad comisionista de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A **MERCADO Y BOLSA S.A.** con AMONESTACIÓN PÚBLICA por el incumplimiento en el pago en las operaciones de disponible MCP Nos. 8104625, 8123503 y 8156949, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTICULO TERCERO: Sancionar disciplinariamente a la sociedad comisionista de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A **MERCADO Y BOLSA S.A.** con MULTA DE DOS (2) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES por el incumplimiento de la operación de forward simple No. 6626044, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTICULO CUARTO: Sancionar disciplinariamente a la sociedad comisionista de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A **MERCADO Y BOLSA S.A.** con MULTA DE DOS (2) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES por el incumplimiento de las operaciones CAT Nos. 8386406, 8392811, 8416089, 8416149, 8427112, 8427217, 8461831, 8521047, 8599268, 8617461 y 8692942, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTICULO QUINTO: Sancionar disciplinariamente a la sociedad comisionista de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A **MERCADO Y BOLSA S.A.** con AMONESTACIÓN PÚBLICA por el incumplimiento en la recompra de la operación CPT No. 8599765, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTICULO SEXTO: Sancionar disciplinariamente a la sociedad comisionista de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A **MERCADO Y BOLSA S.A.** con MULTA DE CINCO (5) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES por incumplimiento en la recompra de las operaciones CAT No. 9208854, 9254183, 9291347, 9296353, 9309920, 9309793, 9323546, 9323545, 9329686, 9354268, 9362567 y 9395362, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTICULO SEPTIMO: Sancionar disciplinariamente a la sociedad comisionista de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A **MERCADO Y BOLSA S.A.** con AMONESTACIÓN PÚBLICA por incumplimiento en la recompra de las operaciones CPT Nos. 8652234 y 8811077 e inexistencia de garantías en la operación CPT No. 8811077, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTICULO OCTAVO: No se encuentra mérito para sancionar a la sociedad comisionista **MERCADO Y BOLSA S.A.**, de los cargos señalados en el pliego de cargos respecto del incumplimiento en cuanto al deber de asesoría frente a las operaciones de físicos Nos. 8150131 y 8150134 y 6626044 y las operaciones financieras Nos. 8386406, 8392811, 8416089, 8416149, 8427112, 8427217, 8599268, 8461831, 85212047, 8617461, 8599765, 8652234, 8692942, 8811077, 9208854, 9254183, 9291347, 9296353, 9309920, 9309793, 9323546, 9323545, 9329686, 9354268, 9354268, 9362567 y 9395362, por las consideraciones plasmadas en la presente Resolución en el acápite correspondiente a cada una de las operaciones relacionadas.

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

ARTICULO DECIMO: Notificar a la sociedad, **MERCADO Y BOLSA S.A.,** el contenido de la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia 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.

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

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

Dada en Bogotá, D.C., a los once (11) días del mes de octubre de 2010
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Original Firmado	***Original Firmado***
LUIS CARLOS ARANGO SORZANO	**ISABELLA BERNAL MAZUERA**
Presidente	Secretaria