

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

**SALA DE DECISIÓN No. 8 DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA DE LA BMC BOLSA MERCANTIL
DE COLOMBIA S.A.**

**RESOLUCIÓN No. 154 DE 2011
(19 DE JULIO DE 2011)**

POR MEDIO DE LA CUAL SE DECIDE UNA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

La Sala de Decisión No. 8 de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa, en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley, los Estatutos y el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, decide la investigación disciplinaria iniciada por el Área de Seguimiento, teniendo en cuenta, los siguientes:

I. ANTECEDENTES

El Área de Seguimiento de la Bolsa Mercantil de Colombia, el día 18 de enero de 2011 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 contra la sociedad comisionista **MERCANCIAS Y VALORES 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 prevista en el Reglamento Interno, procedió a conformar la Sala de Decisión No. 8 la cual quedó integrada por los doctores Luis Carlos Arango Sorzano, Sergio Fajardo Maldonado y Ernesto Martínez Vargas, quienes conocieron del respectivo proceso disciplinario hasta su culminación.

En sesión No. 196 del 26 de enero de 2011, la Sala Decisión No. 8 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 136 de 2011 admitió el pliego de cargos presentado por el Jefe del Área de Seguimiento y ordenó el correspondiente traslado. Dicha resolución fue notificada mediante aviso desfijado el 7 de febrero de 2011.

Mediante comunicación MV-0391 del 21 de febrero de 2011, la sociedad comisionista **MERCANCIAS Y VALORES S.A.** solicitó prórroga para la presentación de los descargos la

cual fue concedida mediante comunicación CD-088 del 22 de febrero de 2011, por cinco (5) días adicionales tal y como lo establece el artículo 2.4.4.3 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa. El día 28 de febrero de 2011 la sociedad investigada radicó en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria los descargos correspondientes, en término, y no solicitó el decreto y práctica de pruebas adicionales.

En sesión 210 del 22 de marzo de 2011, la Sala de Decisión decretó la práctica de pruebas adicionales mediante resolución 145 del 22 de marzo de 2011; las pruebas documentales oficiadas fueron allegadas al expediente por el Departamento de Operaciones el día 30 de marzo de 2011 y por la sociedad comisionista el 5 de abril del mismo año. Se convocó a audiencia de descargos, el 8 de abril de 2011 en sesión 214 sin embargo el investigado no se presentó a la misma.

En sesiones 224 del 26 de mayo de 2011, 227 del 23 de junio de 2011 y 229 del 19 de julio de 2011, se estudiaron las pruebas practicadas y los demás documentos que obran en el expediente, aprobando el presente fallo.

II. DE LA COMPETENCIA DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA

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

En desarrollo de dicha facultad la Sala de Decisión No. 14 de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa procede a pronunciarse sobre el caso objeto de la presente investigación.

III. CONDUCTAS OBJETO DE INVESTIGACIÓN

3.1. Incumplimiento en entrega parcial de la operación 9722257

3.1.1. *Hechos y traza de la operación, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente:*

Que la sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.** celebró en su condición de vendedor, la operación No. 9722257 en el mercado abierto de la Bolsa el día 27 de agosto de 2009, para la compra de un lote de plántulas de especies maderables¹, con destino a la

¹ Comprobante de negociación obra a folio 036 del Cuaderno No. 1.

Corporación Autónoma Regional del Tolima, CORTOLIMA, a través de la sociedad comisionista TORRES CORTES S.A.

De acuerdo con la ficha técnica de negociación la operación establecía un plan de entregas entre el 19 de octubre de 2009 hasta el 20 de noviembre de 2009 en diferentes municipios del Tolima².

El 6 de noviembre de 2009, obra en el expediente un contrato adicional en el que se modifica el objeto, valor y plazo de ejecución del contrato No. 468 del 23 de julio de 2009, entre el comisionista comprador y su comitente, CORTOLIMA³.

Obra también en el expediente, un acta de acuerdo suscrita el 20 de noviembre de 2009⁴, ente el comitente vendedor y el interventor del comitente comprador, sin intervención de las sociedades comisionistas que celebraron la operación en la Bolsa, en la que acuerdan suspender a partir del 20 de noviembre de 2009 la entrega del material vegetal hasta principios del mes de marzo de 2010; lo anterior teniendo en cuenta que el contrato –de mandato al que hemos hecho referencia anteriormente- ha adicionado tiempo⁵.

Toda vez que el pago estaba pactado para el 21 de diciembre de 2009, la administración de la Bolsa certifica el incumplimiento en el pago el 29 de diciembre de 2009, por un valor de \$203.500.000 a la sociedad Torres Cortes S.A. Frente a dicha comunicación la sociedad comisionista Torres Cortes S.A., el 7 de enero de 2010 informa a la Bolsa, del acta de acuerdo suscrita por los mandantes, así como la modificación al contrato con CORTOLIMA, y por lo tanto, entiende que no es posible que se presente un incumplimiento en el pago.

La Bolsa a través de la comunicación PSD-121⁶ informó a la sociedad Torres Cortes S.A. que la modificación pactada se hizo contrariando los presupuestos del artículo 75 del Reglamento y por lo mismo no resultaba válida.

² La ficha técnica de negociación se encuentra a folios 22 al 29, en los que se señala *“los productos objeto de la presente negociación serán entregados en las veredas de los municipios mencionados y las cantidades y fechas conforme se estipula en el cronograma de entrega y Anexo 1”*. Las entregas se detallan en el cuadro que obra a folios 30 y 31 en donde se define la cantidad a entregar en las fechas señaladas, la identificación de las especies, y las direcciones y municipios.

³ Cuaderno No. 1 folios 11 al 17.

⁴ Cuaderno No 1 folio 41.

⁵ También obran en el expediente correos electrónicos cruzados entre la sociedad Torres Cortes S.A., el Departamento de Operaciones y CORTOLIMA, del 26 de noviembre de 2009, en el que se menciona de la fecha de pago. En los correos mencionados, no se hace mención alguna a la modificación de las entregas, ni a la suspensión del contrato, en los términos mencionados.

⁶ Si bien la comunicación mencionada no obra en el expediente, se hace referencia a esta en el PSD-124 del 19 de enero de 2010, en el numeral 4°.

Mediante PSD-124 del 19 de enero de 2010 la administración de la Bolsa certificó el incumplimiento en la entrega parcial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa vigente al momento de los hechos, dándole traslado al Área de Seguimiento, entre otros⁷.

3.1.2. Pliego de cargos presentado por el área de seguimiento:

En el pliego de cargos el Área de Seguimiento parte del análisis del artículo 75 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, encontrando que la modificación establecida no cumple con ninguno de los requisitos establecidos en dicha disposición y por lo mismo, la modificación efectuada no es válida. Adicionalmente el área de seguimiento basa su imputación en que la Bolsa es un mercado reglado, que requiere para su protección del cumplimiento estricto de las obligaciones y que adicionalmente involucra un interés público en el sentido que implica acceder a un mercado abierto al que pueden concurrir todas las personas interesadas en adquirir o vender productos, susceptibles de ser negociados en este mercado.

3.1.3. Descargos presentados por MERCANCÍAS Y VALORES S.A.

Al respecto la sociedad comisionista investigada en sus descargos aduce que la modificación hecha por las partes, fue debido al fenómeno del niño, y entiende que la modificación se realizó de conformidad con el artículo 75 del Reglamento, sin ninguna explicación adicional.

3.1.4. Consideraciones de la Sala:

- a) La modificación realizada por los comitentes no cumple con los requisitos previstos en el artículo 75 del Reglamento y por lo mismo no tiene la capacidad de cambiar las condiciones de entrega de una operación válidamente celebrada en el mercado abierto de la Bolsa.

El artículo 75 del Reglamento, aplicable a las operaciones objeto de investigación en el presente acápite, establece lo siguiente: *“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*

⁷ Cuaderno No. 1 folios 45 y 46. Ahora bien, como fundamento de este incumplimiento obra además correo electrónico de la Dirección Jurídica de la Bolsa a folio 35, en el que señala que en su criterio debe procederse a la declaratoria de incumplimiento, toda vez que fueron las dos puntas las que de común acuerdo modificaron las condiciones en que se celebró la operación y por lo tanto, existió un desconocimiento del Reglamento de la Bolsa.

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. (...)”

En primer lugar debe decirse que, la Sala coincide con la interpretación hecha por el área de seguimiento, del artículo en estudio, en el sentido que éste señala que el convenio expreso y escrito debe ser entre las “partes”. En efecto, tratándose de operaciones en Bolsa, son las sociedades comisionistas compradora y vendedora quienes celebran la operación y por lo tanto, las que participan en el convenio de modificación. En este sentido, es importante recordar que el contrato de comisión, conforme a la definición del artículo 1287 del Código de Comercio⁸, tiene como elemento esencial la circunstancia en virtud de la cual, el comisionista obra en nombre propio, es decir, la firma comisionista, es la que realiza el negocio y soporta plenamente los efectos del mismo, para luego desplazarlos a su mandante o cliente. En efecto, la doctrina ha sido consistente en afirmar que “la comisión implica ausencia de representación”⁹ y que por lo tanto, “el comisionista deberá actuar siempre en su propio nombre aunque por cuenta del comitente y respecto de terceros, actúa en su propio nombre, ocultando que gestiona un interés ajeno”.¹⁰

Lo anterior claramente implica que quienes celebran el contrato en este mercado, son los comisionistas en su calidad de partes.

Igualmente, el artículo 75 en comento señala que el término con que cuentan para realizar la modificación a las operaciones es dentro de la semana siguiente a la fecha en que se realizó la operación, es decir hasta el 4 de septiembre de 2009, y en todo caso, antes del vencimiento de los plazos pactados.

El acuerdo modificadorio, adicionalmente según el artículo mencionado debe ser entregado “oportunamente a la Bolsa”. Sin embargo, obsérvese que en el presente caso, tal como se acredita con las pruebas que obran en el expediente, el mismo sólo fue puesto en conocimiento de la Bolsa, el 7 de enero de 2010, por la sociedad comisionista Torres Cortes S.A., en respuesta al incumplimiento decretado en el pago. Adicionalmente, si bien no se entregó la bolsa de manera oportuna, ni siquiera el día de su suscripción, consta en el expediente que desde el 6 de noviembre de 2009 se efectuó una modificación al contrato de mandato entre la sociedad comisionista compradora y su comitente, en la que se modifica el plazo de ejecución del contrato, sin embargo, tal y como se puede

⁸ El artículo 1287 señala: “La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero cuenta ajena”

⁹ Bonivento Jiménez, J. Contratos Mercantiles de Intermediación, Ediciones Librería del Profesional, 1999, Pág. 111

¹⁰ Arrubla Paucar, J. Pág. 113 citado en Bonivento Jiménez (1999)

evidenciar aún teniendo esta fecha como aquella en que se pudo efectuar la modificación, la misma ya había excedido el término reglamentario para que fuera procedente.

De otra parte, es preciso aclarar que las condiciones de la negociación que son susceptibles de modificarse de acuerdo con el artículo 75 son: *“la fecha límite de entrega y de recibo; sitio de entrega fecha y forma de pago; presentación del producto; compensaciones acordadas y cantidad”*. En el presente caso, obsérvese que los comitentes en el acta realizan una suspensión de las entregas, desde noviembre 20 de 2009 (fecha máxima de entrega de acuerdo con la operación) hasta *“principios de marzo”*, sin definir una fecha de entrega definitiva.

Ahora bien, en el acta modificatoria se señala, que la suspensión tiene lugar *“debido a la llegada del fenómeno del niño y de la cual se prolonga hasta el mes de abril de 2010”*. Al respecto es preciso aclarar que las situaciones que se presenten en una operación que puedan dar lugar a situaciones constitutivas de fuerza mayor, deben seguir el procedimiento reglamentario establecido para el efecto, ante el departamento de Convenios Control Calidad, y no pueden las partes por su mera voluntad cambiar las condiciones previamente dadas a conocer al mercado, por situaciones que no han sido decretadas por la Bolsa y en donde no se ha seguido el procedimiento establecido en los Reglamentos para el efecto.

b) De las entregas realizadas por la sociedad comisionista vendedora.

Señala en los descargos la sociedad investigada, que *“como se acredita en el pliego de cargos levantado por el área de seguimiento en el expediente se encuentra acreditado el cumplimiento de las entregas de las plántulas de especies maderables posterior al acuerdo válidamente celebrado entre las partes (...)”*. Sin embargo, revisado el pliego de cargos en los apartes pertinentes nada dice sobre las entregas. Tampoco existen pruebas dentro del expediente que acrediten las entregas del producto, ni para la declaración parcial, ni con posterioridad al acuerdo suscrito por los comitentes.

c) De las normas infringidas con la conducta

La conducta estudiada en el presente acápite y objeto de reproche, se encuentra prevista 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, vulnerando de esta manera la disposición establecida en el numeral 6 del entonces artículo 29 del Decreto 1511 de 2006, hoy artículo. 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, que determina la obligación para las sociedades comisionista de: “Pagar el precio de compra o hacer la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión de los mismos”. (Resaltado fuera del texto original)

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.”*¹¹. En el mismo sentido se vulnera el deber general establecido en el numeral 1 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento que establece como obligación de los miembros de la Bolsa la de *“Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación”*.

En efecto, no se surtió el procedimiento para la proceder a las modificación y por lo mismo se actuó en contradicción de lo previsto en el artículo 75 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, trayendo consigo una clara vulneración a los principios mismos que deben regir este mercado como son el de seguridad y transparencia. Lo anterior conlleva pues a encontrar responsabilidad disciplinaria por el

¹¹ Estas disposiciones se encuentran igualmente establecidas en el numeral 11 del entonces artículo 29 del Decreto 1511 de 2006, hoy art. 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010 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 (...): “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”.*

incumplimiento de los principios generales establecidos en el artículo 5.1.3.1. del Reglamento en los siguientes términos: *“El presente Código de Conducta se expide sobre la base de preservar y reafirmar los siguientes principios orientadores de las actividades de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa: (i) integridad y confianza; (ii) cumplimiento de lo acordado; (iii) lealtad; (iv) trato justo con los clientes; (v) confidencialidad; y, (vi) profesionalismo”*. Así mismo se contraría la disposición establecida en el artículo 5.1.3.2. del Reglamento que determina que: *“Las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa y las personas naturales vinculadas a éstas deberán conducir sus negocios de manera diligente, proba e intachable con el fin de preservar condiciones suficientes de transparencia, honorabilidad y seguridad en el mercado que garanticen la confianza de sus participantes y del público en general”*. En efecto en el caso concreto se demostró que dichas condiciones del escenario de negociación fueron afectadas.

Por lo anterior la sociedad comisionista claramente no ajustó su conducta al estándar de diligencia exigido en este escenario de negociación conllevando por tanto a la afectación del mismo y al incumplimiento por tanto de lo establecido en el artículo 5.1.2.1 del Reglamento que obliga a las sociedades comisionistas a *“desplegar sus mejores esfuerzos para asegurar que su conducta se ajuste a los más altos niveles de disciplina, profesionalismo y seriedad en aras de preservar el buen funcionamiento del mercado, su integridad, transparencia, honorabilidad y seguridad así como la confianza del público en el mismo”*. Así mismo se encuentra vulnerando la disposición establecida en el artículo 5.2.1.1. que establece la obligatoriedad de las sociedades comisionistas de acatar las normas aplicables y actuar en todo momento de buena fe, con lealtad y como expertos prudentes y diligentes.

En el mismo sentido, el actuar sin la diligencia y precisión exigidas conlleva a la vulneración de 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 entonces artículo 29 del Decreto 1511, hoy art. 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010¹². 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

¹² 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”*.

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, sin embargo, es contrario a la diligencia, claridad y precisión el realizar modificaciones por fuera de las normas reglamentarias, sin percatarse del hecho que precisamente estas normas se encuentran encaminadas a proteger a los demás integrantes del mercado.

En efecto, quienes acuden al mercado bursátil confían en que las negociaciones se cumplirán de acuerdo con las condiciones establecidas en las fichas técnicas elaboradas y según lo que fue cantado en la Rueda de Negocios, así, al efectuarse modificaciones por fuera de las disposiciones reglamentarias y por el simple acuerdo entre las partes se afecta la confiabilidad que tienen los integrantes del mercado en el mismo, así como la transparencia del mercado.

Por lo anterior, es claro que la sociedad comisionista como profesional del mercado tiene absoluta claridad sobre los procedimientos que se deben seguir para efectuar cualquier cambio a las condiciones pactadas, de esta manera efectuar modificaciones sin seguir dicho procedimiento, es una conducta reprochable. En efecto, es claro que el arbitrio de las partes en el mercado bursátil no puede modificar las condiciones pactadas, toda vez que como se ha mencionado reiterativamente se encuentran diferentes intereses involucrados y la afectación de cualquiera de ellos implica la afectación del mercado.

3.2. Presunto incumplimiento en la entrega de la operación 10498731

3.2.1. Hechos y traza de la operación, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente:

La sociedad comisionista **MERCANCIAS Y VALORES S.A.**, celebró en calidad de comisionista vendedor, la operación forward MCP identificada con el No. 10498731 el 14 de enero de 2010, para la venta de un Hidro-retenedor con destino a la Corporación Autónoma Regional del Tolima CORTOLIMA, representada por la sociedad comisionista Agrogestiones S.A.¹³ La fecha de entrega inicial, de acuerdo con el comprobante de negociación correspondía al 3 de marzo de 2010 y la fecha de entrega final estaba pactada para el 20 de marzo de 2010. La ficha técnica del producto señala en el punto 3 referente a la calidad, que el mismo debe contener el “registro del producto ante el ICA”¹⁴.

¹³ Comprobante de negociación obra a folio 056 del Cuaderno No. 1.

¹⁴ Cuaderno No. 1 Folio 123 y 124

Obra en el expediente que el 17 de marzo de 2010¹⁵, el Almacén Agropecuario de la Sabana mandante vendedor en la presente operación, informa a la sociedad comisionista **MERCANCIAS Y VALORES S.A.** que el hidro-retenedor cumple con las especificaciones técnicas; sin embargo menciona que según comunicación expedida por el Instituto Colombiano Agropecuario ICA, dicho producto no requiere registro de venta ICA. Así mismo señala que en otras contrataciones con entidades estatales en las que se ha suministrado este producto no se han presentado inconvenientes por el registro.

Lo anterior es puesto en conocimiento de la Bolsa por la sociedad comisionista **MERCANCIAS Y VALORES S.A.**, al Departamento de Convenios Control Calidad, el día 18 de marzo de 2010¹⁶, enviando copia de la certificación expedida por la directora técnica de Inocuidad e Insumos Agrícolas del ICA, según Certificado No. 433 del 21 de septiembre de 2009, en los siguientes términos:

*“(…) Que el producto **WATER SAVER**, actualmente no requiere REGISTRO VENTA ICA, por tratarse de acuerdo con lo informado por la Empresa de un **HIDROGEL (Material inerte que es apto para toda clase de productos)**. Lo cual no obsta para que el mencionado producto solicite los vistos buenos que deban tramitarse ante las demás autoridades de Colombia para su uso seguro. Lo aquí mencionado es aplicable **únicamente** para el uso antes mencionado.*

Dado que a la fecha el producto no requiere Registro de Venta ICA, la importación del producto la podrá realizar con la Empresa Importadora que considere pertinente, por no encontrarse el producto registrado en el ICA (...)”¹⁷

El 19 de marzo de 2010 la sociedad comisionista compradora Agrogestiones S.A., radica comunicación en la Bolsa¹⁸ en la que informa que si bien conoce que el vendedor tiene una certificación del ICA que exime al producto de dicho registro, su mandante ha ordenado que solo recibe el producto con el registro mencionado. Adicionalmente el ICA les envió un certificado posterior en el que informa que debe exigir registro ICA para todos los fertilizantes y acondicionadores de suelo. En tal sentido, de la certificación del ICA señala que la misma hace referencia a un producto llamado **WATER SAVER** pero no es claro si éste está clasificado como acondicionador de suelo, y Concluye:

“Por tal razón le informamos que mi mandante no recibirá el producto hasta tanto no se aclare dicha situación, ya sea que mi mandante autorice el recibo o que la BNA al dirimir el conflicto

¹⁵ Cuaderno No. 1 Folio 148

¹⁶ Cuaderno No. 1 folio 149

¹⁷ Cuaderno No. 1 folio 150

¹⁸ Cuaderno No. 1 folio 52

certifique que el producto no requiere de dicho registro y por ende nuestro mandante CORTOLIMA, se vería obligada a recibir el producto de acuerdo con el Reglamento de la Bolsa.”

En respuesta a dicha comunicación **MERCANCIAS Y VALORES S.A.**, comunica a la Bolsa que *“aceptan el aplazamiento en la recepción del producto hasta aclarar el tema del registro”*¹⁹.

El día 29 de marzo de 2010, Agrogestiones S.A. informa al Departamento de Operaciones de la Bolsa, que teniendo en cuenta que no se produjo respuesta en la consulta elevada respecto del producto y que a la fecha no se ha entregado el producto en las condiciones pactadas en la negociación, proceda a realizar los procedimientos reglamentarios establecidos para el efecto.²⁰

Así, el 31 de marzo de 2010, Agrogestiones S.A. informa a su mandante CORTOLIMA, de la comunicación enviada al Departamento de Operaciones y señala *“este departamento contestó en el día de hoy, que el producto debe tener registro sanitario, por tal razón le hemos informado al comisionista vendedor que nos debe entregar el producto inmediatamente y con registro sanitario del ICA”*; si bien informa el procedimiento que se surtiría en caso de la declaratoria de un incumplimiento, recomienda coordinar con el comisionista de las plántulas una modificación en la entrega para que se de cumplimiento de las operaciones de manera simultánea²¹.

En efecto obra en el expediente un correo electrónico Nohora Helena Cruz Directora del Departamento de Convenios Control Calidad de la Bolsa, dirigido las sociedades comisionistas compradora y vendedora, con copia al departamento de operaciones de la Bolsa, en el que informa que *“de acuerdo con la información del DR. Luis Bovada de la división de insumos del ICA el producto Hidroretendor debe poseer Registro Sanitario del ICA”*.²²

Con lo anterior, el Departamento de Operaciones de la Bolsa, el 6 de abril de 2010, solicita a **MERCANCIAS Y VALORES S.A.**, que informe los motivos por los cuales no ha hecho la entrega prevista para el 20 de marzo de 2010 y solicita información sobre la utilización de los recursos del anticipo, girado el 3 de febrero de 2010.²³

Al día siguiente, esto es el 7 de abril de 2010, la sociedad comisionista responde explicando lo acontecido, y señalando adicionalmente que el presupuesto que tenía la Corporación daba para adquirir el producto de su cliente, ya que si bien había otros

¹⁹ Cuaderno No. 1 folio 53. Comunicación fecha el 19 de marzo de 2010 con sello de recibo el 23 de marzo de 2010.

²⁰ Cuaderno No. 1 Folio 050

²¹ Cuaderno No. 1 Folio 051

²² Cuaderno No. 1 Folio 048

²³ Cuaderno No. 1 Folio 053

proveedores, no participaron por el precio. Adicionalmente menciona que su cliente está buscando la posibilidad de obtener el producto solicitado por la Corporación, con el registro y por un valor similar al negociado²⁴.

Ante la respuesta anotada, la administración de la Bolsa declara el incumplimiento de la operación en la entrega el 8 de abril de 2010, según comunicación PSD- 345.²⁵

La Cámara Disciplinara ofició al Departamento de Operaciones de la Bolsa, para que informara las fechas de entrega del producto y de pago del producto pactado en la operación No. 10498731. En su respuesta, mencionó que las partes llegaron a un acuerdo en la Cámara Arbitral, el 15 de abril de 2010, según consta en el acta 005 de 2010, en los siguientes términos:

- "1. El comitente vendedor a través de su firma comisionista MERCANCIAS Y VALORES S.A., entregará el producto en las condiciones de la ficha técnica de Negociación, es decir, con Registro ICA y asumirá el mayor sobrecosto.*
- 2. La entrega del producto se realizará como máximo dentro de los 15 días siguientes a la presente reunión; sin embargo 200 kilos se entregarán entre el 19 y 23 de abril.*
- 3. Una vez llegado al acuerdo, las partes no realizarán ninguna reclamación posterior"*²⁶

Adicionalmente el Departamento de Operaciones informó que en el sistema de liquidación y compensación aparece acreditada la entrega y recibo del producto el 27 de mayo de 2010. Adicionalmente informa que los pagos se realizaron el 3 de febrero de 2010 correspondiente al anticipo y el 50% restante el 16 de junio de 2010.²⁷

3.2.2. Pliego de cargos presentado por el área de seguimiento

Después del recuento de los hechos, el Área de Seguimiento en el pliego de cargos señala, que se encuentra debidamente probado que el día previsto para la entrega, la misma no se hizo. Así mismo, señala que *"la sociedad encartada desplegando la diligencia debida como profesional del mercado que es, ha debido solicitar la correspondiente certificación del ICA en la que o bien se hiciese constar lo requerido en la ficha técnica de negociación o, en su caso, que acreditara que el producto no requería del mencionado registro para la época de de celebración (sic) de la operación No. 10498731 pues la certificación presentada en este proceso es de **tres meses y veintitrés días** previo a la celebración de la operación, tiempo en el cual el ICA podría haber determinado que el producto (Hidroretenedor) requería del mencionado registro".* (El resaltado pertenece al texto original).

²⁴ Cuaderno No. 1 Folio 047

²⁵ Cuaderno No. 1 Folio 060

²⁶ Cuaderno No. 4 Folio 97

²⁷ Impresión de la compensación que obra a folio 96 del cuaderno No. 4

Así mismo señala que en su calidad de comisionista vendedor su obligación era cumplir con lo estipulado en la ficha técnica.

3.2.3. Descargos presentados por MERCANCÍAS Y VALORES S.A.

Si bien en las explicaciones formales presentadas señala la sociedad investigada que el problema surge de las inconsistencias presentadas en la ficha técnica del producto, en sus descargos se limita a señalar, que *“en su momento, la investigada cumplió con la obligación de entregar como bien se puede evidenciar en lo señalado en el pliego de cargos”*.

3.2.4. Consideraciones de la Sala.

- a) Del producto objeto de negociación y los requisitos previstos en la ficha técnica del producto

Tal como lo ha sostenido esta Cámara Disciplinaria en otros pronunciamientos, las Corporaciones Autónomas Regionales, como CORTOLIMA, tienen como función primordial la preservación del medio ambiente y la protección de las fuentes de aguas y la conservación de los suelos, para lo cual, promueve la siembra de árboles de acuerdo a los pisos térmicos, calidad de los suelos, régimen de lluvias etc. Estas organizaciones han encontrado que la Bolsa es el mecanismo idóneo para adquirir este tipo de productos de una manera económica y eficiente. Para poder participar en la Bolsa, deben inscribir los productos a comprar en el SIBOL, en otras palabras es este tipo de entidades las que deben determinar con precisión lo que requiere para cumplir la tarea que les es propia²⁸.

De acuerdo con lo anterior, es el comitente comprador quien tiene la responsabilidad de estructurar las fichas técnicas de producto, que son las que interesan al caso concreto, no solamente porque así lo determinan las disposiciones contenidas en el Decreto 2474 de 2008 sino, por el nivel de conocimientos técnicos especializados que deben poseer los profesionales que cumplan esta labor.

Se encuentra probado en el expediente que dentro de la ficha técnica del producto se encontraba claramente establecido dentro de la calidad, que el hidroteenedor debería contar con registro del producto ante el ICA. Al respecto no existe inconsistencia alguna, como parece sugerirlo el investigado en los descargos presentados.

Sin embargo, tres días antes del vencimiento de la fecha de entrega, aun habiendo celebrado la operación desde el mes de enero de 2010, el mandate informa que si bien

²⁸ Los requisitos del producto y en especial la necesidad de su registro ICA, no es caprichosa sino que se deriva una certificación en la que el ICA señala que debe exigirse ese registro para todos los fertilizantes y acondicionadores de suelo, lo cual a la postre fue ratificado por el Departamento Técnico de la Bolsa.

cumple con las especificaciones técnicas, el producto no requiere el registro mencionado y en tal sentido envía una certificación, de fecha del 21 de septiembre de 2009.

La Sala sobre este particular aclara que las operaciones deben cumplirse ciñéndose estrictamente a todas y cada una de las condiciones previstas en la ficha técnica del producto y de la negociación. En efecto, la ficha técnica está definida reglamentariamente en el artículo 1.4.5.4 del Reglamento, en los siguientes términos:

Artículo 1.4.5.4.- Ficha técnica. *Para cada uno de los productos o commodities registrados se generará una ficha técnica en la que se determinen las calidades mínimas y máximas del producto o commodity así como su forma de presentación. Todas las negociaciones realizadas con base en dicha ficha deberán cumplir con sus especificaciones.*

A cada ficha técnica se le asignará un código de identificación, el cual deberá ser utilizado para cada negociación realizada sobre dichos productos o commodities.

Cada uno de los productos o commodities podrá generar más de una ficha técnica en la que varíen las calidades o la presentación del mismo. (El subrayado es nuestro).

Así, después de celebrada una operación en Bolsa, no puede pretenderse modificar las condiciones señaladas en las mismas, toda vez que en estas se señalan de manera previa reglas de juego claras para todos aquellos que pretendan participar en la negociación, dándole transparencia al mercado.

Entonces en concepto de la Sala, no puede tenerse como una justificación para retrasar el cumplimiento de la operación, el entrar a discutir sobre los requisitos específicos de la ficha técnica, la cual fue conocida plenamente por las partes antes de la celebración de la operación. Y aun mas que dicha discusión se presente un par de días previos a la fecha prevista para la entrega. Adicionalmente el concepto del ICA presentado se expidió con anterioridad a la celebración de la operación, y de haber existido una discusión, esta debió presentarse de manera previa a la celebración de la operación.

Ahora bien, **MERCANCIAS Y VALORES S.A.** como comisionista comprador no puede eximirse de responsabilidad disciplinaria mediante el argumento de que su mandante le informó que el producto negociado no debía cumplir con tal requisito, toda vez que como profesional del mercado tiene deberes y obligaciones frente a la operación bursátil que se desarrollará, más aún teniendo en cuenta que en virtud del contrato de comisión efectuará una negociación a nombre propio pero cuenta ajena, recayendo todos los efectos en cabeza suya. Es claro que el comisionista, en el mercado de compras públicas, es el responsable de revisar y validar la ficha técnica de negociación, como profesional experto y prudente, para efectos de determinar la capacidad de cumplimiento. Al

respecto, la Sala considera que esta es la causa próxima de los inconvenientes posteriores que concluyeron en el incumplimiento de la operación.

b) Del marco regulatorio de la operación y el incumplimiento en la entrega del producto

El Título Sexto del Libro III del Reglamento por el cual se reglamenta el Mercado de compras públicas, entró en vigencia de conformidad con el artículo 3.6.3.1., el 18 de enero de 2010. Ahora bien, señala este mismo artículo que *“los procesos que a la entrada en vigencia se encuentren en algunas de las etapas a las que se refiere el artículo 3.6.1.10 se regirán por lo señalado a continuación:*

(...)

6. Rueda de Negociación: se regirán por el procedimiento vigente hasta la fecha de entrada en vigencia del presente Reglamento, hasta el momento en que se celebre la operación. A partir de dicho momento se aplicará lo dispuesto en el presente Reglamento”.

Así las cosas, la operación se celebró en la rueda de negocios el 14 de enero de 2010, en vigencia del reglamento anterior. Sin embargo, el desarrollo de dicha operación se rige por lo dispuesto en el nuevo Reglamento, conforme lo señala la disposición anteriormente transcrita.

En consideración a lo antes expuesto, señala el artículo 3.6.2.1.6.1 como uno de los eventos de incumplimiento de estas operaciones, el siguiente: *“2. Cuando no se presente la entrega de bienes y/o productos o prestación de servicios dentro de los términos acordados por las partes, excepto en lo señalado en el artículo 3.6.2.1.4.7”.*

En este sentido debemos anotar también que el mencionado artículo 3.6.2.1.4.7 señala el procedimiento para proceder a hacer modificaciones a las condiciones de entrega de las operaciones de mercado de compras públicas. En efecto, de conformidad con dicho artículo solo podrán modificarse el sitio y la fecha de entrega pactado en la negociación, en los siguientes casos:

1. A solicitud de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa que actúe por cuenta de la entidad estatal, dentro de las tolerancias que en materia de distancia de entrega fije la Bolsa mediante circular, lo cual no supondrá una modificación a las condiciones de negociación;

2. Las fechas de entrega del bien y/o producto o prestación del servicio, siempre que se trate de un acuerdo celebrado entre las partes intervinientes en la operación y que lo haga constar ante la Bolsa de conformidad con lo señalado a continuación;



3. Las fechas de entrega del bien y/o producto o prestación del servicio, siempre que las partes de la negociación atiendan ante el Comité Arbitral a un arreglo directo previo a las fechas de cumplimiento de las obligaciones.

En el presente caso, dadas las circunstancias acontecidas, la entidad estatal no solicita una modificación de la operación y por lo mismo la situación fáctica no coincide con lo previsto en el primer numeral del artículo transcrito. Sin embargo, los numerales 2 y 3 consagran los eventos de modificación de las fechas de entrega, para lo cual se señalan los siguientes requisitos, además de la información pertinente a la entidad que realice la compensación y liquidación:

- 1. Haber sido aceptadas por las partes intervinientes en la operación;*
- 2. Haber sido aceptada por los clientes de las partes intervinientes en la operación, sin que ello afecte la validez del acuerdo*
- 3. Realizar el trámite de arreglo directo ante el Comité Arbitral con una antelación de por lo menos "X" días hábiles a la fecha en que se pretenda o se haya debido realizar la entrega o prestación, o informarlo con la misma antelación tratándose de lo señalado en el numeral 2²⁹;*
- 4. Obedecer a situaciones justificadas por los comitentes de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa intervinientes en la operación, de conformidad con lo que la Bolsa determine mediante Circular, en razón de las características connaturales al negocio celebrado*

Y el artículo continúa estableciendo que *"en tal caso, las partes podrán modificar fechas de entrega de las operaciones sin que sea posible modificar los bienes, productos y/o servicios objeto de operación ni el precio o cantidades de la misma, (...)"*.

No obstante lo anterior, al revisar nuevamente las pruebas que obran en el expediente y por ende el desarrollo de la operación, encuentra la Sala de Decisión que en el presente caso, si bien se presentaron problemas en relación con la calidad del producto, como ya ha quedado establecido, y solo por esta circunstancia, el comisionista comprador de la operación informa que no recibirá el producto hasta tanto se aclare la situación: bien sea que el mandante autorice el recibo o bien que la Bolsa certifique que no requiere el registro del ICA. Ahora bien, esta comunicación es tomada por la sociedad comisionista **MERCANCIAS Y VALORES S.A.**, como un aplazamiento en la fecha de entrega, tal como lo manifiesta en la comunicación radicada el 23 de marzo de 2010, obrante en el expediente.

Obsérvese que en ningún momento la intención del comprador es modificar la fecha de entrega de la operación. No existe como tal un acuerdo del cual se pueda arribar a dicha

²⁹ En la Circular Única de Bolsa se establece en el numeral 3.2.1.5 que el trámite de arreglo directo del que trata este artículo debe hacerse antes 5 días hábiles.

conclusión. En efecto, habiendo comunicado el mandante vendedor que el producto no contaba con el registro del ICA, y por ende no cumplía con uno de los requisitos previstos en la ficha técnica del producto, el comprador informó que no recibiría. Esta claramente no corresponde a una razón justificada para proceder a una modificación,³⁰ ya que como se ha explicado en precedencia, los requisitos del producto estaban claramente establecidos y definidos en la ficha técnica. Vale la pena anotar que el plazo para el cumplimiento de la operación, conforme se desprende de los documentos obrantes en el expediente, eran importantes para el comprador. En efecto, el hidro-retenedor, como acondicionador del suelo, estaba previsto para la siembra de plántulas. En tal sentido el comisionista comprador sugiere a su comitente que se modifiquen también las operaciones de plántulas en la entrega para su cumplimiento en forma simultánea.

Adicionalmente, obsérvese que el acuerdo al que llegan las partes en la Cámara Arbitral se produce con posterioridad a la declaratoria de incumplimiento esto es, una vez vencida la fecha de entrega prevista para la operación, por lo tanto, en estos términos no tiene la virtualidad de modificar la operación en los términos del numeral 3° del artículo 3.6.2.1.4.7, antes transcrito.

Siendo esto así, es claro que de los hechos se desprende que no se presentó ninguno de los eventos previstos para que válidamente se pudiera modificar la fecha de entrega de la operación celebrada de los que trata el artículo 3.6.2.1.4.7 y por lo tanto, no se presentó la entrega del bien dentro del término acordado en la operación celebrada en el mercado abierto de la Bolsa. En efecto, el 8 de abril de 2010 la Bolsa declara el incumplimiento de la operación, toda vez que para esa fecha aún no se había producido la entrega.

Ahora bien, es del caso anotar que el artículo 3.6.1.5 del Reglamento, señala con toda claridad que *“(...) del cumplimiento de las obligaciones derivadas de las operaciones celebradas en el MCP únicamente son responsables las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del deber del comitente comprador y del comitente vendedor de poner oportunamente a su respectiva sociedad comisionista miembro de la Bolsa en condiciones de dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de las operaciones”*.

³⁰ De acuerdo con la circular única de la Bolsa, el Artículo 3.2.1.6, señala las situaciones que admiten la solicitud de modificación a las condiciones de entrega, en los siguientes términos: *Únicamente será admisible la solicitud de modificación a las condiciones de entrega en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de una operación de ejecución sucesiva que tenga una duración superior a tres (3) meses y se haya presentado un corrimiento en alguna de las entregas que afecte la totalidad del programa de entregas; 2. Que se haya presentado un paro, huelga o cualquier otro tipo de afectación laboral o de logística que pueda potencialmente afectar las entregas pendientes; 3. Que se haya presentado un hecho fortuito o constitutivo de fuerza mayor que pueda potencialmente afectar las entregas pendientes; 4. Que se haya declarado un estado de excepción que pueda potencialmente afectar las entregas pendientes; 5. Las demás circunstancias que previa motivación de las partes, a juicio del Director de Operaciones, justifiquen la modificación de la operación, en razón de las características connaturales al negocio celebrado.*

La disposición transcrita guarda perfecta relación con los deberes consagrados en el numeral 7° del artículo 1.6.5.1 del Reglamento, según el cual, es obligación de las sociedades comisionistas miembros *“7. Cumplir estrictamente los contratos que se 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 momento será admisible la falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado”*. Ahora bien, la misma obligación se consagra en el Decreto 2555 de 2010 en el artículo 2.11.1.8.1³¹ en los siguientes términos: *“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”*.

En el presente caso, el área de seguimiento encuentra que con la conducta asumida por la sociedad comisionista **MERCANCIAS Y VALORES S.A.** se vulneran las disposiciones transcritas, por cuanto, no se atendió con la entrega pactada, en los términos acordados en la operación de Bolsa, con lo cual coincide la Sala de Decisión, por las consideraciones hechas en precedencia.

c) Del acuerdo de arreglo directo celebrado entre las partes

Tal como quedó anotado en los hechos, la Sala de Decisión ofició al Departamento de Operaciones para que informara la fecha de entrega del producto, así como el pago del mismo en la operación No. 10498731, frente a lo cual allegó a este Despacho el acuerdo suscrito en la Cámara Arbitral así como las constancias de entrega y pago en el sistema de información bursátil SIB.

Al respecto, esta Sala debe poner de presente que de conformidad con el artículo 3.6.2.1.4.3 del Reglamento, se regula las diferencias entre las partes así como los mecanismos de solución de controversias, en los siguientes términos:

“Las controversias que se susciten en desarrollo de las negociaciones de que trata el presente título, en particular las diferencias en la calidad del bien, producto o servicio, así como los retrasos en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas a través de operaciones llevadas a cabo o en los eventos no contemplados en la ficha técnica de negociación que alegue cualquiera de las partes deberán ser resueltas a través del Comité Arbitral de la Bolsa de conformidad con los procedimientos establecidos en el presente Reglamento, sin perjuicio de la aplicación de castigos, bonificaciones, descuentos o ajustes de cualquier tipo que hayan sido fijadas previamente por las partes para acudir ante las autoridades competentes o pactar y acudir a mecanismos alternativos de solución de conflictos”.

³¹ Antes previsto en el Decreto 1511 de 2006, en el artículo 29 numeral 6°.

Considerando el desarrollo de la operación y las situaciones que se presentaron, obsérvese que una vez decretado el incumplimiento, las partes acuden al organismo arbitral para arreglar las diferencias presentadas, llegando a un arreglo, en el que la sociedad investigada en la presente investigación, se compromete a entregar el producto en las condiciones establecidas en la ficha técnica, y asume el sobre costo que se genere con la misma.

Pero es de anotar que en el parágrafo del artículo 3.6.2.1.4.3 del Reglamento se señala con claridad que *“La activación de los mecanismos de solución de controversias descritos en el presente reglamento o cualquier otro al que concurran las partes de la negociación, no inhiben la facultad para declarar el incumplimiento de la operación cuando haya lugar a ello, así como las funciones de compensación y liquidación de las operaciones por parte de la entidad encargada de las mismas”*.

Los acuerdos de arreglo directo celebrados a instancias del Comité Arbitral buscan la solución de controversias surgidas en desarrollo de las operaciones, pero en el caso en comento, el mismo solo se presenta a partir del incumplimiento de la operación celebrada en Bolsa. Por lo tanto, encuentra la Sala que estos arreglos directos no pueden ser tenidos como justificación de la conducta, toda vez que únicamente representan una compensación a la contraparte por el incumplimiento presentado y no modifica la integridad de la operación, ni enervan la responsabilidad disciplinaria de la investigada quien incumplió con los deberes reglamentarios y legales que le atañen.

No obstante lo anterior, debe anotarse que finalmente y en cumplimiento del acuerdo se hizo la entrega del producto el 27 de mayo de 2010, esto es dos meses después de lo previsto en la operación celebrada.

- d) Normas vulneradas por la conducta de **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.** y concepto de la violación.

El incumplimiento en la entrega oportuna del producto y en las condiciones pactadas, corresponde a un incumplimiento final de la operación, tal y como se encuentra definido en el numeral 3.11.1 del Boletín Instructivo 09 de 2007 de la anterior CRC Mercantil. Ahora, el numeral 1 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación establece como obligación de los miembros de la Bolsa *“Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación”*. En el caso en estudio, no se atendió con esta disposición al incumplir con la obligación de entrega acorde a las condiciones pactadas al momento de la celebración de la operación. Adicionalmente, entiende esta Sala que con el incumplimiento final de la operación, desatiende lo previsto en el numeral 7° del mismo artículo que prevé dentro del catálogo de las obligaciones de los miembros *“Cumplir*

estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. En ningún caso será admisible al momento del cumplimiento la excepción de falta de provisión de fondos o la 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 el caso concreto, lo cierto es que no se entregó el producto pactado en la fecha establecida para el efecto, sin que haya una causal que pueda eximir de responsabilidad por dicha conducta.

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 los anteriores numerales 6 y 11 del artículo 29 del Decreto 1511 –hoy artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010- 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 otra parte entiende la Sala que con la conducta adoptada la sociedad comisionista vulneró así mismo la disposición contenida 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 –hoy artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010-³², que establece que será obligación de los miembros de la Bolsa: “Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”. En efecto, el

³² 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”.

nivel de profesionalidad que se le exige al comisionista implica que debe llevar sus negociaciones con la mayor claridad y precisión posibles. De esta manera, al realizar una actividad dentro del mercado público, es claro que deben actuar con la diligencia propia de un profesional que actúa en el mercado bursátil, toda vez que se encuentra en juego la confianza y credibilidad depositada por el público.

Por lo anterior, resulta claro que denota falta de precisión, claridad y diligencia el no realizar una revisión profunda de las fichas técnicas de negociación y evaluar las posibilidades de cumplimiento de la operación en las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se pactaron esas operaciones, imprecisión que no puede ocurrirle a quienes deben tener un nivel de profesionalismo y experticia superior. En efecto, tal y como se mencionó en las consideraciones de la Sala, la sociedad comisionista debió verificar el cumplimiento de las condiciones establecidas en la ficha técnica de negociación y efectuar un seguimiento a su mandante, y a las circunstancias por éste último alegadas.

3.3. Presunto incumplimiento en la recompra, por devolución de cheque por fondos insuficientes en la compensación del 21 de enero de 2010 (Op. 10045624, 10045629 y 10045630)

3.3.1. Hechos y traza de la operación, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente:

El día 21 de enero de 2010 la sociedad comisionista **MERCANCIAS Y VALORES S.A.**, entrega a la entonces CRC Mercantil S.A., el cheque No. 2444392 del Banco de Bogotá, por valor de \$422.973.427 a favor de la Cámara, para el pago de la compensación de operaciones financieras de ese día. Dicho cheque resultó impagado y devuelto el 25 de enero de 2010 por causal de fondos insuficientes.

Lo anterior fue puesto en conocimiento del Área de Seguimiento por parte del Departamento de Operaciones de la Cámara, según memorando OC-021 del 25 de enero de 2010.³³ En esta comunicación también señala que la restitución de dicho valor se realizó el mismo 25 de enero de 2010, así:

“-\$359.494.284 descontados de la compensación de hoy, previa autorización de la sociedad comisionista.

- El saldo por valor de \$63.479.143 a través de cheque a favor de la CRCBNA S.A.”

En efecto, obra comunicación en este sentido fechada el 25 de enero de 2010 en la que la sociedad comisionista explica a la Cámara como se procederá al pago.³⁴

³³ Cuaderno No. 1 Folio 062

³⁴ Cuaderno No. 1 Folio 061

Ahora bien, el día 21 de enero de 2010, las operaciones que debían ser compensadas ese día, en efecto eran las operaciones financieras identificadas con los números 10045624, 10045629 y 10045630³⁵.

Ahora bien, en comunicación remitida por la Cámara de Compensación al área de seguimiento en respuesta a su requerimiento, señala dicha entidad en relación con el cumplimiento de las operaciones lo siguiente: *“adicionalmente me permito informar que las operaciones involucradas en la devolución se cumplieron en los términos pactados”*.³⁶

3.3.2. Pliego de cargos presentado por el Área de Seguimiento

El área de seguimiento sostiene que es claro que **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.** giró un cheque sin respaldo monetario para cubrir los compromisos asumidos en relación con la recompra de las operaciones Nos. 10045624, 10045629 y 10045630, generando el incumplimiento de las mismas en la fecha pactada, esto es el 21 de enero de 2010.

3.3.3. Descargos presentados por MERCANCÍAS Y VALORES S.A.

La sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.** afirma que el 21 de enero de 2010 la sociedad tenía un vencimiento (por cuenta de Leyla María Guzmán) por un valor de \$441.496.680. Para cubrir estas operaciones el mismo día se radicaron los documentos para negociar 33 CGT y así poder cubrir parte del vencimiento, pero la CRC Mercantil no autorizó las operaciones para ese día. Por esta razón, **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.** giró un cheque para cubrir la compensación. El cheque sería cubierto con el sobregiro otorgado con el Banco, una vez fueran depositados los valores de la venta de los treinta y tres (33) CGT. En este sentido explica que las operaciones sólo pudieron celebrarse el 25 enero de 2010, y por lo tanto el Banco no autorizó el sobregiro.

3.3.4. Consideraciones de la Sala

a) De la conducta objeto de investigación y las normas vulneradas:

Tal como quedó anotado en los hechos, **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.** giró el cheque No. 2444392 del Banco de Bogotá para cubrir la compensación del día 21 de enero de 2010. Sin embargo, dicho cheque fue devuelto por causal de fondos insuficientes.

³⁵ La relación de las operaciones objeto de compensación se encuentra detalladas en el Cuaderno No. 1 folio 072. Adicionalmente obran en el expediente la impresión del SIB de las mismas operaciones en donde se confirma la fecha de pago final, a folios 064 a 069.

³⁶ Cuaderno No. 1 Folio 076

Tal como lo señala el área de seguimiento en su imputación de cargos, por esa circunstancia se vieron afectadas las operaciones identificadas con los números 10045624, 10045629 y 10045630, las cuales tenían estipulada como fecha para la recompra el 21 de enero de 2010.

Al respecto es importante anotar que de acuerdo con el artículo 882 del Código de Comercio, *“la entrega de letras, cheques, pagarés, y demás títulos valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera (...)”*. Se dice que la condición es resolutoria cuando el acaecimiento del hecho futuro extingue dicha obligación.

Por lo tanto, si bien **MERCANCIAS Y VALORES S.A.** giró el cheque con el fin de cumplir con la compensación del 21 de enero de 2010, el mismo no comporta su pago hasta tanto se haga efectivo. Por lo tanto es menester concluir que pretendió fallidamente cancelar su obligación mediante el cheque y por lo mismo se genera un incumplimiento.

Ahora bien, las obligaciones anteriores en el presente caso corresponden como bien lo señala el área de seguimiento, a operaciones celebradas en el seno de la Bolsa, y que por lo mismo, como se ha repetido en sendas ocasiones en la presente resolución, la obligación de pago se encuentra en cabeza de la sociedad comisionista de Bolsa, toda vez que es ella quien la celebra a nombre propio por cuenta de su cliente. Por tanto, 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, ya que 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.

La sociedad comisionista argumenta en sus descargos que en efecto tenía vencimientos por cuenta de su mandante Leyla Maria Guzman, por el mismo valor del importe del cheque, sin embargo explica que estas operaciones serían cubiertas con la celebración (o renovación) de 33 contratos ganaderos a términos que cubrirían parte del vencimiento; no obstante dichas operaciones solo fueron celebradas el 25 de enero de 2010, esto es dos días hábiles después. Adicionalmente menciona que el Banco no autorizó el sobregiro debido a que no se celebraron las operaciones mencionadas en la fecha del vencimiento.

En primer lugar vale la pena mencionar que la renovación de las operaciones o *roll over*, no obstante ser una actividad permitida en el mercado, no es la forma de cumplir con las operaciones. En efecto, la forma de liquidar las operaciones, claramente es con el pago y no, como se desprende de lo dicho por la investigada, con la celebración de otra operación, es decir con una “renovación”. Así, cada negociación realizada en Bolsa es

independiente y conlleva sus propias obligaciones. Es por esto, que independientemente de los proyectos de negociación que tenga una sociedad comisionista, la misma debe cumplir las operaciones pactadas de forma cabal, oportuna e íntegra, en la fecha pactada. Es así como no es aceptable que un profesional que actúa en este mercado supedita el pago de un cheque entregado para el cumplimiento de sus obligaciones, a que se celebre un *roll over* o renovación de operaciones.

En efecto, tal como lo ha sostenido esta Cámara Disciplinaria en otros pronunciamientos, la realización de renovaciones o *roll over*, independientemente de ser una práctica permitida, no es el mecanismo normal para el cumplimiento de las operaciones y en ese sentido el argumento esgrimido por la sociedad comisionista en cuanto la CRC Mercantil no permitió la realización de renovaciones, no puede tenerse como causal de justificación del incumplimiento.

Pero aun más, en el presente caso lo que ocurre es que la sociedad comisionista entrega un cheque sin fondos, a sabiendas, confiando en que el mismo se cubriría o bien con la celebración de las operaciones de Roll over o con un sobregiro del banco, que al parecer está también supeditado a la celebración de dichas operaciones.

Es de anotar, que es obligación del cuentahabiente mantener los fondos suficientes. En efecto, tal y como lo ha mencionado la doctrina *“la provisión es, por tanto, un concepto jurídico que implica para el titular disponer de un crédito a cargo del banco, cualquiera que sea la causa que vincule a este último como sujeto pasivo de la obligación. Ya la constitución de un depósito, bien la apertura o concesión previa de un crédito que lo autorice a librar cheques, ora un crédito concedido en forma simultánea e inmediata a la presentación del instrumento, ante la circunstancia de no existir fondos o de ser éstos insuficientes.”*³⁷ Y más adelante señala el mismo autor, *“el problema de la provisión dice exclusivamente con la relación contractual de cuenta corriente bancaria, mientras el de las relaciones entre el beneficiario o los ulteriores tenedores y el librador del instrumento está regido por la regularidad cambiaria del título”*.³⁸ De acuerdo con lo anterior, independientemente de la relación de la sociedad comisionista con su banco y de los proyectos que tuviese para contar con los fondos suficientes en su cuenta, lo cierto es que su obligación consistía en el pago de la compensación de ese día y las circunstancias que se presenten entre el banco y la sociedad como cuentahabiente, no justifican que se incumpla con dicha obligación de pago.

De las consideraciones expuestas anteriormente se puede concluir que no existe causal justificativa de la conducta asumida por la sociedad comisionista miembro de la Bolsa ya

³⁷ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios y su Significación en América Latina. Legis. Sexta Edición. 2009. Pág. 373.

³⁸ *Ibidem*.

que el incumplimiento a la obligación de pago en cabeza únicamente de la sociedad comisionista evidenciada en el cheque devuelto por fondos insuficientes, es una conducta que no puede ser aceptable en un profesional del mercado bursátil que debe manejar sus negocios con la mayor diligencia y responsabilidad del caso. Es así, como en el caso en estudio la consecuencia fue el no pago de la compensación del día 21 de enero de 2010, lo cual, automáticamente implica el incumplimiento en el pago de operaciones aunque el mismo no hubiese sido declarado por la Bolsa.

En efecto, el que no se declare un incumplimiento no significa que hubo pago, de hecho es tan clara la existencia de un incumplimiento en el pago que la Cámara de Compensación tuvo que cumplir con sus recursos mientras se reintegraba el valor consignado en el cheque devuelto. Así, materialmente si existe el incumplimiento.

De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que en efecto la sociedad comisionista incumplió con sus deberes de diligencia, claridad, precisión y especial responsabilidad al girar títulos valores sin fondos que tenían como objetivo cumplir con obligaciones pactadas en el marco de la Bolsa, violando así 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 de 2006³⁹- que establece que todos los miembros de la Bolsa están obligados a “Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”. En efecto de cara al nivel de profesionalidad exigido a las sociedades comisionistas que participan en este mercado, no es aceptable que se supedite el cumplimiento de una obligación a posibles negociaciones, que si no se concretan, conlleven al incumplimiento del pago, lo cual fue exactamente lo que ocurrió en el presente caso.

Es por lo anterior, que las sociedades comisionistas de bolsa, al realizar una actividad dentro del mercado público, deben actuar con una diligencia no únicamente de un buen padre de familia sino que se le exige un grado mayor, esto es, el buen hombre de negocios, es la diligencia propia de un profesional que actúa en el mercado bursátil, toda vez que se encuentra en juego la confianza y credibilidad depositada por el público. En el caso concreto, evidentemente no se denota ese profesionalismo ni diligencia ya que la sociedad comisionista con falta de precisión y especial responsabilidad, esperó

³⁹ Decreto 1511 de 2006. “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 (...) 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”.



pasivamente a que se cumplieran unos supuestos inciertos para cumplir con su obligación de pago. En efecto, el profesional experto y prudente debe *“ser dinámico y activo, de manera que no puede aguardar pasivamente el desarrollo de los acontecimientos, pues esa diligencia es una condición para su eficiencia. Este deber le exige al profesional estar atento o vigilante, lo que significa que ha de anticipar razonablemente, de acuerdo con su experiencia, la ocurrencia de situaciones nocivas o el cambio de tendencia en los negocios”*⁴⁰.

Por esta razón, la sociedad comisionista al no cumplir, en sentido estricto, con sus obligaciones de pago en la compensación en la cual fue devuelto el cheque; vulneró las disposiciones reglamentarias que establecen de forma general la obligatoriedad de los miembros de la Bolsa de cumplir con sus obligaciones en este mercado, en los siguientes términos:

“1. Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación.”

“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.”

Lo cual implica igualmente la vulneración de los numerales 6 y 11 del entonces artículo 29 Decreto 1511 de 2006 - hoy art. 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010- , que establecen como obligaciones de los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios:

“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.”

“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”

Adicionalmente, la conducta llevada a cabo por **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.** tuvo como consecuencia el incumplimiento en el pago de la compensación del día 21 de enero de 2010, en la cual debían cumplirse las operaciones financieras identificadas con los números 10045624, 10045629 y 10045630. Lo anterior conlleva a la vulneración del artículo 11 de la Resolución 001 de 2008 de la entonces CRC Mercantil que determina la

⁴⁰ Laudo Arbitral CCV de Inurbe vs Fiduagraria. Ocho de junio de 1999. Árbitros: José Ignacio Narváez García-Julio Cesar Uribe Acosta.

obligación de recompra en cabeza de la sociedad comisionista que actúa en calidad de vendedor en las operaciones financieras celebradas sobre contratos ganaderos a término.

En efecto, lo que en últimas ocurre es el incumplimiento final de la operación que a las voces del numeral. 3.11.2. del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la entonces CRC Mercantil consiste en el: “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”, pues tal y como se explicó el cheque entregado no se constituyó en pago.

b) De los antecedentes disciplinarios y reiteración de la conducta.

La sociedad comisionista **MERCANCIAS Y VALORES S.A.**, ya había incurrido en la conducta objeto de investigación y ha sido sancionada por la misma. En efecto, se trata de una reiteración de la conducta, siendo que el órgano disciplinario ya ha sido vehemente en resaltar la gravedad de entregar cheques a la CC Mercantil, que no cumplen el objetivo del pago.

La Sala de Decisión No. 6 mediante Resolución 078 de 2009, mencionó:

De las consideraciones expuestas anteriormente se puede concluir que no existe causal justificativa de la conducta asumida por la sociedad comisionista miembro de la Bolsa ya que tanto el desorden administrativo evidenciado en el grupo de cheques que fueron devueltos por descuidos cometidos por la firma como el incumplimiento a la obligación de pago en cabeza únicamente de la sociedad comisionista evidenciada en los cheques devueltos por fondos insuficientes, son conductas que no pueden ser aceptables en un profesional del mercado bursátil que debe manejar sus negocios con la mayor diligencia y responsabilidad del caso. Es así, como en todos los casos estudiados se evidencia errores de juicio que en la mayoría de los casos tuvieron como consecuencia el no pago de la compensación del día, lo cual, automáticamente implica el incumplimiento en el pago de operaciones aunque el mismo no sea declarado por la BNA. En efecto, el que no se declare un incumplimiento no significa que hubo pago, de hecho es tan clara la existencia de un incumplimiento en el pago que la CRCBNA tuvo que cumplir con sus recursos mientras se reintegraba el valor consignado en el cheque devuelto. Así, materialmente si existe el incumplimiento.

Esta situación representa un riesgo para el mercado que en el caso bajo estudio realmente se concretó. (...) Lo anterior debido a que cuando estos cheques eran devueltos por la entidad bancaria correspondiente, debía entrar la CRCBNA a cumplir las compensaciones

correspondientes y así efectuar el pago debido a los inversionistas, esto claramente implica un riesgo de liquidez para esta entidad que se refleja en un riesgo para todo el mercado. (...)

Se debe agregar que el riesgo se concreta al volverse una situación reiterada como ocurre en el caso concreto. En efecto, no se puede considerar una circunstancia aislada cuando los cheques devueltos suman un valor total de \$1.689.376.027,00 y se encuentran involucradas 80 operaciones correspondientes a las compensaciones cuyo pago se realizó por los cheques que fueron devueltos por las entidades bancarias correspondientes.

Adicionalmente se menciona en el acápite de graduación de la sanción lo siguiente:

Es así, como en el caso concreto considera la Sala que reviste mayor gravedad la conducta según la cual se incumple el pago de las obligaciones asumidas en el escenario de la Bolsa, ya que implica la reiteración en errores y falta de fondos al girar cheques para el pago de las obligaciones de la firma como miembro de la Bolsa. En efecto, tal y como se mencionó en las consideraciones de la Sala, la gravedad de la infracción cometida es alta toda vez que esta conducta puso en grave riesgo al mercado y específicamente a la CRCBNA al tener que salir a cumplir compensaciones mientras la sociedad comisionista hacía efectivos los recursos para el pago que no habían entrado en la cuenta de la CRCBNA, debido a la devolución de los cheques entregados. Es así, como la dimensión del daño ocasionado por la sociedad comisionista denota una gravedad importante al concretar un riesgo de liquidez en la entidad de compensación y liquidación de la BNA, ya que el hecho de entregar el cheque en un primer momento implicaba en su momento el cumplimiento de la operación, lo cual conllevó a que al momento que éstos fueran devueltos por las entidades bancarias por las causales ya estudiadas, no fuera posible declarar un incumplimiento y por tanto tuviera que cumplir la CRCBNA con su propio patrimonio, todo lo cual, fue explicado y evaluado de forma extensa en las consideraciones de la presente Resolución. (...) De esta forma, sólo falta agregar que la sociedad comisionista ya presenta antecedentes por la comisión de la misma conducta relacionada con cheques devueltos, pues la Sala No. 3 de la Cámara Disciplinaria, mediante Resolución 066 de 2009, sancionó a la sociedad comisionista investigada por el incumplimiento en el pago de la operación No. 6093633 al dar una orden de no pago de un cheque. Dicha resolución fue conocida en apelación por la Sala Plena, confirmándola en todas sus partes. Lo anterior, claramente agrava la conducta estudiada en el presente caso.

En efecto, en la Resolución No. 066 de 2009, había señalado la Sala de Decisión No. 3:

Al respecto esta Sala debe mencionar en primer lugar que, tal y como se mencionó anteriormente, es obligación de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa el cumplimiento de las operaciones celebradas en el marco de la misma, y en este sentido, una orden de no pago de un cheque girado por la sociedad comisionista, representaría un incumplimiento deliberado por parte de la investigada, que implicaría que consciente y voluntariamente decidió incumplir

con los deberes y obligaciones que le atañen como miembro de la BNA, lo cual, lejos de llegar a ser una causal eximente de responsabilidad constituiría un agravante de la conducta.

Por lo mismo, encuentra la Sala que le asiste razón el Jefe del Área de Seguimiento al expresar que la conducta de la sociedad comisionista al dar una orden de no pago: “desentona con el carácter profesional del agente, con los compromisos asumidos de cumplir las normas legales pertinentes y los reglamentos de la bolsa, amén de que se constituye en una conducta contraria a la lealtad, claridad, precisión, responsabilidad y buena fe con la que deben estos operadores del mercado conducir todos sus negocios.”

Así las cosas, considera la Sala que este argumento no sólo no puede ser una causal eximente de responsabilidad sino que además implica una falta de precisión, diligencia y responsabilidad de la sociedad comisionista que no puede ser predicable de un profesional del mercado bursátil, máxime cuando el incumplimiento de las operaciones conlleva a poner en riesgo al mercado por afectar la confiabilidad y seguridad del mismo. En efecto, la sociedad comisionista al dar una orden de no pago deja, de forma dolosa, totalmente desprotegido al mercado cuando en cabeza suya se radicó la obligación de pago. Lo anterior implica que existe una intención positiva de causarle daño al mercado, lo cual, a todas luces constituye una conducta gravísima por parte de una sociedad comisionista miembro de la BNA, que pone en peligro la institucionalidad del mercado de compras públicas de esta entidad.

De la misma forma, se debe indicar que por ser el cheque un medio de pago, y no el pago en sí mismo, al no ser pagado en el momento del cobro no se extingue la obligación adquirida y por tanto, hay incumplimiento de la misma. Es por esto además, que el código de comercio determina sanciones al librador cuando el no pago del cheque tiene lugar por su culpa. En efecto el artículo 731 del este compendio establece: “El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado por su culpa abonará al tenedor, como sanción, el 20% del importe del cheque, sin perjuicio de que dicho tenedor persiga por las vías comunes la indemnización de los daños que le ocasione”. Lo anterior comprueba que una orden de no pago injustificada, es decir, cuando se tiene el deber de pagar, constituye una conducta reprochable en todos los sentidos y que tiene sanciones de diferente índole.

De hecho por conductas como la anotada, la entonces CRC Mercantil, mediante Boletín No. 02 del 27 de enero de 2009 determinó que: “En los casos en los que las sociedades comisionistas paguen sus obligaciones mediante cheque expedido con cargo a la cuenta compensada que posee la firma comisionista, la CRCBNA aplicará las siguientes reglas: Se reservará el derecho de liberar las garantías constituidas en las operaciones físicas y financieras, hasta tanto se verifique el canje del título valor dentro de los términos bancarios establecidos para el efecto, y hasta tres (3) días hábiles siguientes a la fecha del vencimiento de la operación. Solicitará a la BNA la declaratoria de incumplimiento, tanto en las operaciones físicas como financieras, en caso de que un cheque resulte con fondos insuficientes o que por cualquier motivo no pueda hacerse efectivo”.

No obstante lo anterior, la conducta por parte de la sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.** se vuelve a presentar, pasando por alto todas las recomendaciones efectuadas, lo cual agrava el reproche disciplinario.

3.4. Conductas derivadas del Informe de visita general

El 21 de octubre del 2008 el Área de Seguimiento inició la visita de carácter general a la sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, la cual se finalizó con la reunión de cierre llevada a cabo el 3 de diciembre de 2008 y se suspende el 4 de diciembre de 2008.⁴¹ El 23 de septiembre de 2009, el funcionario visitador del área de seguimiento, presenta el informe de visita de la sociedad **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**⁴²

3.4.1. Presunto incumplimiento del principio contable de prudencia en la medición de los hechos económicos realizados

En el informe de la visita realizada el 21 de octubre de 2008, se señala: *“Con relación al saldo de la cuenta 080028442 se evidenció que el valor presentado en el balance de agosto de 2008 no coincide con el valor del extracto, puesto que este último presenta un saldo de 29.252.725,58 por lo que se obtiene un diferencia de 113.066.384 entre el saldo reportado en el balance y el saldo del extracto, lo anterior implica que la sociedad comisionista sobrevalora el activo en dicha diferencia, conducta que resulta contraria a lo señalado en el Art. 17 del Decreto 2649 de 1993, relativo al principio de contabilidad generalmente aceptado de la prudencia”.*

En las explicaciones formales la sociedad comisionista investigada señala: *“se evidenció que el día 30 de noviembre de 2007 se realizo (sic) en contabilidad el documento CR00062 en el cual se afectaban las cuentas por pagar a terceros, y como contrapartida el código de cuenta bancos 11100504 por un valor de \$103.811.028,51; luego de ser revisadas las conciliaciones, se observo (sic) que efectivamente ese dinero no había movido la cuenta bancaria 080028442, por tal razón el documentos (sic) antes mencionado fue reversado el día 1 de agosto de 2008 a través del documento CR000141, afectando las mismas cuentas y por los mismos valores.*

De igual forma, el día 31 de julio de 2008 se realizo (sic) el documento CR000137 en el cual se afecto (Sic) la cuenta de bancos 1100504 acreditándose \$37.867.080,55, esto debido a que la fecha de cierre de la conciliación, varias partidas quedaron por identificar; este documento fue reversado el día 1 de agosto de 2008 con el CR000140 afectando las mismas cuentas y el mismo valor⁴³”

Lo anterior lo reitera en los descargos presentados ante la Sala de Decisión.

⁴¹ Lo anterior consta en el acta de visita obrante a folio 002 y siguientes del Cuaderno No. 2.

⁴² Cuaderno No. 2 Folios 613 a 674

⁴³ Los comprobantes de reversión mencionados se encuentran en el cuaderno No. 1 a folios 102 a 105.

Sobre este argumento en particular señala el área de seguimiento en el pliego de cargos que el hecho de informar las equivocaciones que se cometieron de ninguna forma exonera de responsabilidad a la sociedad comisionista. Ahora bien, la imputación realizada por el área de seguimiento, en síntesis corresponde a que la encartada sobrevaloró el activo en el balance de agosto de 2008, presentado a la SFC.

De acuerdo con los artículos 17 y 47 del Decreto 2649 de 1993, el primero de ellos referido a las normas básicas⁴⁴ el segundo dentro de las normas técnicas generales⁴⁵, para efectos de llevar una contabilidad regular y adecuada que refleje la situación financiera y económica de una entidad es necesario:

Artículo 17.- Prudencia. *Cuando quiera que existan dificultades para medir de manera confiable y verificarle un hecho económico realizado, se debe optar por registrar la alternativa que tenga menos probabilidades de sobreestimar los activos y los ingresos, o de subestimar los pasivos y los gastos.*

Artículo 47.- Reconocimiento de los hechos económicos. *El reconocimiento es el proceso de identificar y registrar o incorporar formalmente en la contabilidad los hechos económicos realizados.*

Para que un hecho económico realizado pueda ser reconocido se requiere que corresponda con la definición de un elemento de los estados financieros, que pueda ser medido, que sea pertinente y que pueda representarse de manera confiable.

La administración debe reconocer las transacciones en la misma forma cada período, salvo que sea indispensable hacer cambios para mejorar la información.

En adición a lo previsto en este decreto, normas especiales pueden permitir que para la preparación y presentación de estados financieros de períodos intermedios, el reconocimiento se efectúe con fundamento en bases estadísticas.

Respecto del principio o regla de prudencia en la contabilidad ha manifestado la jurisprudencia⁴⁶:

La prudencia o conservadurismo es una regla contable que exige un cierto grado de precaución cuando existan circunstancias de incertidumbre para medir un hecho económico, de tal manera

⁴⁴ Por normas básicas, el artículo 5° del Decreto 2649 de 1993 entiende que se refieren al “(...) conjunto de postulados, conceptos y limitaciones, que fundamentan y circunscriben la información contable, con el fin de que esta goce de las cualidades indicadas en el artículo anterior”.

⁴⁵ Ahora bien, al referirse a las normas técnicas el mismo decreto señala en el artículo 46 que el propósito de las mismas es el siguiente: “En desarrollo de las normas básicas, las normas técnicas generales regular el ciclo contable. El ciclo contable es el proceso que debe seguirse para garantizar que todos los hechos económicos se reconocen y transmiten correctamente a los usuarios de la información”

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. M. P. Ligia López Díaz. Sentencia del 6 de marzo de 2003. Expediente 13084.



que los activos o los ingresos no se sobrevaloren, y que las obligaciones o los gastos no se infravaloren. De acuerdo con esta pauta, deben preverse todas las situaciones que puedan afectar los resultados financieros de la empresa, reconociendo contablemente el máximo de condiciones que afecten los gastos de la compañía.

En efecto, la contabilidad en términos generales tiene como objetivo conocer el estado y desarrollo de una determinada actividad, convirtiéndose así en un instrumento que puede mostrar tanto una situación concreta en un momento determinado como el desarrollo de la actividad del empresario o comerciante. En este sentido, la Corte Constitucional ha mencionado:

“La contabilidad mercantil concretamente expresada en el deber de llevar con rigor ciertos libros -Cfr. artículo 19 C.Co.-, no tiene un propósito puramente instrumental o adjetivo, puesto que es elemento esencial que se dirige a contribuir al adecuado manejo de la información concerniente al establecimiento de comercio. Tanto desde una perspectiva interna, “consistente en suministrar al comerciante o empresario informaciones relacionadas con la marcha de sus negocios en las diversas dependencias, departamentos, y secciones en las que se encuentre estructurada su organización”, como desde el ámbito exterior, “que permite dar información a los bancos, los acreedores, los presuntos proveedores o inversionistas y los organismos del Estado (superintendencias, Dirección de impuestos, etc.), los registros contables constituyen el relato histórico del devenir empresarial y el recuento exacto de sus operaciones activas y pasivas.”⁴⁷

Es claro que las sociedades comisionistas están obligadas a llevar en debida forma su contabilidad y por supuesto se encuentran sujetas a la aplicación de los principios y objetivos que rigen la contabilidad. Sin embargo, en el presente caso, de la investigación no puede derivarse automáticamente la responsabilidad disciplinaria. En efecto, obsérvese que el incumplimiento del principio de prudencia, se presenta cuando existan distintas alternativas y se opte contrariando la norma por aquella que sobrevalore los activos o subestime los pasivos. Se tratan éstos de estados financieros de periodos intermedios⁴⁸, en donde es factible contablemente hacer ajustes necesarios para dar a conocer la situación financiera del ente. Tal como lo explica el investigado en las explicaciones presentadas en el presente proceso disciplinario, se afectaron las cuentas por pagar a terceros, y como contrapartida la cuenta de bancos. Al hacer las conciliaciones

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad C-963 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁸ Son estados financieros de períodos intermedios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del Decreto 2649 de 1993, los estados financieros básicos que se preparan durante el transcurso de un período para satisfacer, entre otras, necesidades de los administradores del ente económico o de las autoridades que ejercen inspección, vigilancia o control.

se evidenció que la cuenta bancos no había sido afectada, y por lo mismo se procedió a revertir las mismas cuentas en los mismos valores. Obsérvese que no se registró como un ingreso ni como un gasto, sino que se trataba de un pasivo –cuenta por pagar a tercero-. No obra prueba técnica que pruebe la intención de sobrevalorar los activos de manera que se vea vulnerado el principio contable aducido por el área de seguimiento, desde el punto de vista disciplinario.

3.4.2. Presunto incumplimiento por la no designación del oficial de cumplimiento suplente

Dentro de las conclusiones del informe de vista se tiene que a la fecha de la visita la sociedad no contaba con oficial de cumplimiento suplente. Adicionalmente en esa misma época la persona que desempeñaba ese cargo presentó su renuncia a la compañía, por lo que por algunos días la compañía estuvo sin oficial de cumplimiento. No obstante lo anterior, la imputación de cargos así como las explicaciones formales solicitadas, se enmarcan dentro de la no designación de oficial de cumplimiento suplente.

La sociedad comisionista explica al respecto lo siguiente: *“Sobre el particular hemos tratado de posesionar la (sic) Doctora Ana Carolina Álvarez Moreno, pero la respuesta de la Superintendencia Financiera de Colombia ha sido falta de conocimiento en riesgos en materia de Lavados de Activos y Financiamiento del terrorismo, por lo cual la Doctora en mención realizó el Diplomado en SARLAFT ofrecido por la Universidad Sergio Arboleda, en la reunión de Junta Directiva del pasado mes de Junio, como consta en el acta número (sic) 90. El trámite de posesión se encuentra en curso en la Superintendencia Financiera de Colombia y a la fecha no tenemos respuesta.”*

La Sala de Decisión a través de la resolución 145 de 2011 ofició a la sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, para que allegara las actas de junta directiva en donde se designó al oficial de cumplimiento suplente de la sociedad, en especial el acta número 90 mencionada por la sociedad comisionista en sus explicaciones formales, así como la documentación correspondiente a la posesión ante la Superintendencia Financiera de Colombia. Al respecto en comunicación del 4 de abril de 2011, remite las siguientes actas: Acta No. 68 del **9 de diciembre de 2008** mediante la cual nombra unánimemente a la doctora Ana Carolina Álvarez como oficial de cumplimiento suplente, y se ordena adelantar trámite de posesión ante la SFC; Acta No. 79 del 9 de septiembre de 2009 mediante la cual, la Junta Directiva nombra unánimemente a la doctora Ana Carolina Álvarez como oficial de cumplimiento; Acta No. 80 del 9 de octubre de 2009 mediante la cual, la Junta Directiva nombra a la doctora Mónica Jaramillo Crispino como oficial de cumplimiento y Acta No. 90 del 9 de febrero de 2010, mediante la cual la Junta Directiva nombra unánimemente a la doctora Ana Carolina Álvarez como oficial de cumplimiento y se ordena realizar trámite de posesión ante la SFC. Adicionalmente, remite la sociedad

comisionista pantallazo impreso de los trámites adelantados ante el portal de posesiones de la SFC.

Ahora bien, como puede apreciarse, para la fecha de la visita -23 de septiembre de 2009- en efecto la sociedad comisionista no contaba con oficial de cumplimiento suplente y no se efectúan trámites posteriores para su designación.

Al respecto, encuentra la Sala que en efecto es función de la Junta Directiva de las entidades vigiladas, designar al oficial de cumplimiento y su respectivo suplente, de conformidad con la Circular Básica Jurídica que determina en su artículo 4.2.4.1 lo siguiente:

4.2.4.1. Funciones de la junta directiva u órgano que haga sus veces. El SARLAFT debe contemplar como mínimo las siguientes funciones a cargo de la junta directiva u órgano que haga sus veces. En caso de que por su naturaleza jurídica no exista dicho órgano, estas funciones corresponderán al representante legal:

(...)

d) Designar al oficial de cumplimiento y su respectivo suplente

Así mismo el artículo 4.2.4.3 de la Circular Básica Jurídica, modificado por la Circular Externa No. 026 de 2008, determina los requisitos y funciones del oficial de cumplimiento principal y suplente.

Ahora bien, se encuentra probado en el expediente que la sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.** no cumplió con la designación del oficial de cumplimiento suplente, tal y como se evidenció en la visita realizada y fue aceptado por la investigada.

Como bien es sabido el oficial de cumplimiento es el funcionario que al interior de la entidad se hace responsable de verificar que se cumplan de forma adecuada los procedimientos establecidos para la prevención de los riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo. Ahora bien, siendo fundamental la función que cumple dicho funcionario dentro de la entidad, se hace necesario que en su ausencia exista quien pueda sustituirlo en sus funciones. Por lo anterior, exige la norma que exista para el efecto un suplente que pueda asumir las funciones de oficial de cumplimiento en ausencia del principal.

Por lo anterior, encuentra la Sala que se debe llamar la atención de la sociedad comisionista investigada para que designe al suplente del oficial de cumplimiento que exige la norma, pues se trata de una obligación de las entidades vigiladas de acuerdo con el sistema de administración de riesgos que propenden por la prevención y detección de

posibles operaciones de lavado de activos y financiación del terrorismo en diferentes sectores de la economía.

Así las cosas encuentra la Sala que la sociedad comisionista incumplió con las normas legales y reglamentarias que le son aplicables, en especial con su obligación de designar un oficial de cumplimiento suplente acorde con lo establecido en el artículo 4.2.4.1. de la Circular Básica Jurídica, la cual, es aplicable a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa ya que acorde a la Circular 026 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia: *“Corresponde a las entidades vigiladas diseñar e implementar el SARLAFT, de acuerdo con los criterios y parámetros mínimos exigidos en el presente capítulo, sin perjuicio de advertir que de acuerdo con el literal e) del numeral 2 del artículo 102 del **Estatuto Orgánico del Sistema Financiero** (EOSF) deberá estar en consonancia con los estándares internacionales sobre la materia, especialmente los proferidos por el GAFI- GAFISUD”*. De acuerdo con lo anterior, constituye una obligación de todas las entidades vigiladas, la de cumplir con todos los procedimientos y regulaciones relativas al riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo –SARLAFT–.

De esta manera, la sociedad comisionista incumplió con su deber de acatar las normas que le son aplicables, vulnerando lo establecido en el numeral 29 del artículo 1.6.5.1 que determina como una obligación de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa la de *“Cumplir las demás obligaciones que les impongan las normas legales y reglamentarias”*.

Siendo esto así y considerando el acervo probatorio, y los escritos de defensa presentados por la firma **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, la Sala de Decisión No. 8 de la Cámara Disciplinaria encuentra mérito suficiente para sancionar a la sociedad comisionista.

3.4.3. Utilización indebida de los recursos de los clientes y violación al objeto social exclusivo de las SCB

En el informe de vista consta que según comprobantes de egreso No. 1452⁴⁹, 1847 y 1882 la sociedad comisionista otorgó préstamos por valor de \$119.183.680, \$496.318.423 y \$3.368.409 respectivamente, destinados a la sociedad Valores y Banca de Inversión S.A. y a Leyla Maria Guzman.

En relación con los desembolsos dirigidos a la sociedad Valores y Banca de Inversión S.A., los mismos no tienen sustento en la realización de una operación en Bolsa y no se

⁴⁹ Cuaderno No. 2 Folio 526. Copia del cheque con la anotación “préstamo a Valores y Banca” se encuentra en el mismo cuaderno a folio 527.

encuentra en el expediente probada la causa de dicho mutuo. El comprobante de egreso es del 14 de enero de 2008 y el cheque es girado en la misma fecha. Por comunicación del 14 de enero de 2008, el representante legal de Valores y Banca de inversión S.A., representada por Mario Alejandro Ribero Espinosa⁵⁰, solicita a la directora administrativa de la firma un préstamo por valor de \$119.183.680, con destino a la señora Maria Elvira Cárdenas.

Ahora bien, en relación con el desembolso hecho a Leyla Maria Guzman, tiene unas complejidades adicionales. Si bien es mandante de **MERCANCIAS Y VALORES S.A.**, se evidencia en el expediente que los pagos están dirigidos a operaciones celebradas por Mercado y Bolsa S.A. Al respecto, obra en el expediente el comprobante de egreso CE001847 del 1° de abril de 2008 por valor de \$496.318.423, por concepto de “*prestamos a Leyla Guzman*”⁵¹ y el cheque por ese valor se gira a nombre de Mercado y Bolsa S.A.⁵² Se debe anotar que según se desprende del informe de visita y de las pruebas obrantes en el expediente la devolución de la mayor parte del préstamo fue realizada el 3 de abril de 2008 mediante consignación en efectivo por valor de \$462.391.901⁵³

El 10 de abril de 2008 según memorando interno de **MERCANCIAS Y VALORES S.A.**, se explica: “*La presente aclara que para el vencimiento del día 1° de abril de 2008 de las operaciones No. 6356774, 6357074 y 6361026 del mandante Leyla Maria Guzman con la firma Mercado y Bolsa S.A., Mercancías y valores S.A. respaldó con \$496.318.423 pesos el vencimiento de \$662.239.053 pesos que el mandate estaba obligado a cancelar en la fecha mencionada. El monto restante fue asumido por la firma Mercado y Bolsa S.A. y el mandante Leyla Maria Guzman*”⁵⁴. Revisadas las operaciones mencionadas en el SIB, las mismas fueron celebradas por la sociedad comisionista Mercado y Bolsa S.A., por cuenta de Leyla Maria Guzman el 31 de octubre de 2007 y sus vencimientos correspondían a 1 de abril de 2008.

El área de seguimiento frente al particular señala, “*no cabe duda alguna que el préstamo se llevó a cabo con el fin de atender las obligaciones que tenía en el mercado la sociedad comisionista Mercado y Bolsa S.A. por cuenta de la mandante Leyla María Guzmán; es decir, que se está en presencia de un préstamo directo que le realizó Mercancías y Valores S.A. a la señora Guzmán, habida cuenta que la plata era para cubrir operaciones celebradas por otra firma comisionista de la Bolsa por cuenta de dicho cliente*”.

El desembolso para el préstamo efectuado a la señora Leyla Maria Guzman, se realizó de la cuenta compensada utilizada por la sociedad comisionista. En efecto, en la respuesta a

⁵⁰ Miembro suplente de la Junta Directiva de la sociedad comisionista MERCANCIAS Y VALORES S.A.

⁵¹ Cuaderno No. 2 folio 531

⁵² Cuaderno No. 2 folio 532.

⁵³ Cuaderno No. Folios 531, 534 y 537

⁵⁴ Cuaderno No. 2 folio 534

la solicitud formal de explicaciones el representante legal de la sociedad comisionista investigada hace la aclaración.

Ahora bien, el área de seguimiento logró determinar durante la etapa de investigación que los recursos utilizados de la cuenta compensada, pertenecían a clientes de la sociedad comisionista. En efecto, los funcionarios visitantes de área de seguimiento hicieron el seguimiento y análisis detallado de las entradas y salidas de los recursos de la cuenta compensada desde el 28 de marzo hasta el 1 de abril de 2008, determinando los clientes o beneficiarios respecto de las compensaciones de los días 28 y 31 de marzo, así como los del día 1 de abril de 2008, efectuando un cruce de los giros efectuados a mandantes por la firma o las reinversiones de recursos recibidos entre el 28 de marzo y el 01 de abril de 2008.

De acuerdo con lo anterior, el área de seguimiento determina que los recursos que hacían parte de la cuenta compensada y pertenecían a mandantes eran los siguientes:

CLIENTE	VALORES NO GIRADOS
EMPOLLACOL	-24,618,443.36
FONDESARROLLO	-65,876,069.00
FONDO DE EMPLEADOS CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA	-13,552,768.37
JAIRÓ CASTRILLÓN TORO	-15,175,134.00
JAIRÓ CASTRILLÓN TORO	-67,759,981.61
JOSE JOAQUIN CASA MELO	-6,130,800.98
TERESA SEPULVEDA	-3,354,111.17
TRIANGULO POLLO RICO	-264,460,156.00
BENILDA TRIANA (RECURSOS GIRADOS A LA FIRMA PARA INVERSION EL 01 ABRIL)	-130,000,000.00
TOTAL	-590,927,464.49

De esta manera concluye el área de seguimiento que todos los recursos que se encontraban en la cuenta compensada al momento del préstamo pertenecían a los clientes mencionados, a excepción de una suma de \$42.066.474,87, que se asumió como propia de la firma.

Lo anterior se explica de la siguiente manera:

En efecto, el día en que se efectúa el giro (1 de abril de 2008) del préstamo por un valor de Cuatrocientos Noventa y Seis Millones Trescientos Dieciocho Mil Cuatrocientos Veintitrés Pesos (\$496.318.423.00), se tenía en la cuenta compensada un saldo de Setecientos Sesenta y Cuatro Millones Novecientos Cincuenta y Seis Mil Doscientos Veinte Pesos con Noventa y Tres Centavos (\$764.956.220.93), quedando un saldo de Doscientos Sesenta y Ocho Millones Seiscientos Treinta y Siete Mil Setecientos Noventa y Siete Pesos con Noventa y Tres Centavos (\$268.637,797.93) pertenecientes al cliente BNA –hoy BMC Exchange- a quien se le adeudaba la



suma de Trescientos Dieciséis Millones Setecientos Noventa y Siete Mil Cuatrocientos Treinta Pesos con Setenta y Tres Centavos (\$316.797.430.73) quedando la firma con un déficit de Cuarenta y Ocho Millones Ciento Cincuenta y Nueve Mil Pesos Seiscientos Treinta y Tres Pesos con Setenta y Dos Centavos (\$48.159.633.72), el cual genera la necesidad de un sobregiro el día 2 de abril de 2008, según lo establecido en el extracto bancario de la cuenta compensada (folio 537 de los papeles de trabajo del Informe de Visita General del 23 de septiembre de 2009) por un valor de Cincuenta y Nueve Millones Sesenta y Cinco Mil Ochocientos Sesenta y Tres Pesos con Setenta y Nueve Centavos (\$59.065.863.79).

El artículo 1271 del Código de Comercio establece que: *“El mandatario no podrá emplear en sus propios negocios los fondos que le suministre el mandante y, si lo hace, abonará a éste el interés legal desde el día en que infrinja la prohibición y le indemnizará los daños que le cause, sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes al abuso de confianza. La misma regla se aplicará cuando el mandatario dé a los dineros suministrados un destino distinto del expresamente indicado. (...)”*. Lo anterior implica que las sociedades comisionistas, en virtud del contrato de mandato, no pueden emplear los recursos entregados por sus clientes en sus propios negocios ni en otros diferentes, a los señalados por dichos clientes.

Así mismo se debe señalar que se constituye en una práctica ilegal, no autorizada e insegura, tal como lo señala el artículo 3.12.1.6 de la entonces vigente Resolución 1200 de 1995: *“(...) la utilización de activos de los clientes para realizar o garantizar operaciones de otros clientes o de la entidad vigilada por esta Superintendencia, salvo en los casos autorizados por la normatividad y con el consentimiento expreso y escrito del cliente”*.

Evidencia la Sala que no existe una excepción legal que permita utilizar los recursos de los clientes para efectuar préstamos a otros clientes. Respecto de estas las prácticas no autorizadas ha mencionado la Superintendencia Financiera de Colombia⁵⁵:

Al respecto, se ha señalado en diversas ocasiones que las prácticas no autorizadas tienen ocurrencia cuando una entidad vigilada al desarrollar sus negocios lo hace, al menos en alguno de ellos, en oposición de la ley, o sea, contraviniendo las normas que rigen el desarrollo de su objeto social.

En otros términos, las sociedades deben llevar a cabo las actividades que les han sido autorizadas con estricta sujeción a las disposiciones normativas que regulan cada una de ellas, de tal suerte que se considerará práctica no autorizada aquella que suponga el desarrollo de una actividad en contravención de las normas aplicables, o ante la ausencia del cumplimiento de uno o varios de los requisitos definidos para la ejecución de las operaciones autorizadas.

⁵⁵ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Resolución No. 0274 del 28 de febrero de 2008.

Así mismo menciona la Superintendencia que las prácticas inseguras “(...) se presentan cuando una entidad vigilada adelanta negocios que de cualquier forma acarrea peligro, daño o riesgo, de suerte que la confianza pública en el sistema financiero se vea amenazada”.

En consecuencia, la sociedad comisionista con la conducta desplegada no sólo llevó a cabo una práctica irregular sino que adicionalmente vulneró su objeto social exclusivo, al efectuar préstamos a sus clientes, con dineros de otros clientes.

En efecto, el objeto social exclusivo de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa se encuentra establecido en el artículo 2.11.1.2.2 del Decreto 2555 de 2010 –anterior artículo 11 del Decreto 1511 de 2006- en los siguientes términos⁵⁶:

“Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities deberán constituirse como sociedades anónimas o entidades cooperativas y tendrán como objeto social exclusivo el desarrollo del contrato de comisión para la compra y venta de bienes, productos y servicios agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, títulos, valores, derivados, derechos y contratos con origen o subyacente en tales bienes, productos y servicios que se negocien por conducto de esas bolsas.

Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities también podrán ejecutar operaciones de corretaje sobre bienes, productos, documentos, títulos, valores, derechos, derivados, contratos con subyacente agropecuario, agroindustrial o de otros commodities.

En todo caso, cuando la operación de corretaje o de comisión verse sobre títulos, valores, derechos o contratos que se negocien en la bolsa respectiva, los miembros que realicen tales operaciones tendrán, además de las obligaciones derivadas de los contratos de corretaje y comisión, las mismas obligaciones y prohibiciones para con el cliente y el mercado, previstas en las normas vigentes para cuando las sociedades comisionistas miembros de una bolsa de valores celebren estos contratos, en todo lo que sea compatible con la naturaleza de los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities”.

Adicionalmente en el artículo 1.6.1.4 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, el cual en concordancia con lo establecido por los artículos 2.11.1.2.3., 2.11.1.4.1. y 2.11.1.4.2 del ya mencionado Decreto 2555 de 2010, se determina:

⁵⁶ En idéntico sentido se señala en el artículo 1.6.1.3. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa.



Artículo 1.6.1.4.- Además de las actividades señaladas en el artículo anterior, los miembros de la Bolsa podrán realizar operaciones por cuenta propia en los mercados primario y secundario, siempre y cuando obtengan de manera previa autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia para ejercer dicha actividad.

Asimismo, previa aprobación de la Superintendencia Financiera de Colombia podrán realizar las siguientes actividades:

- 1. Administración de valores con subyacente agropecuario, agroindustrial o de otros commodities;*
- 2. Asesorías en actividades relacionadas con el mercado propio de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities;*
- 3. Celebración de contratos de liquidez.*

La realización de las anteriores operaciones estará sujeta al cumplimiento de los requisitos especiales que establezca la Superintendencia Financiera de Colombia.

Las actividades y operaciones autorizadas a los miembros de la Bolsa sólo podrán realizarse cuando hayan sido objeto de reglamentación por parte de la Junta Directiva de la Bolsa y el respectivo reglamento sea aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

De esta manera, a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa les es aplicable la teoría de los estatutos especiales o excepcionales según la cual, *“al contrario de lo que ocurre en el régimen general, las sociedades que participan en el mercado financiero y bursátil se encuentran facultadas para realizar únicamente aquellas operaciones e inversiones expresamente previstas en la Ley, de manera que no pueden llevar aquéllas que legalmente no le han sido autorizadas”*⁵⁷. En el mismo sentido ha mencionado el órgano de vigilancia y control que la teoría de los estatutos especiales: *“Se conforma con la enunciación de todas las actividades que constituyen la finalidad de la sociedad. Estas fijan su capacidad y delimitan su actividad. En él se deben señalar los actos y categorías de actos que la sociedad se propone realizar, de tal manera que no queden dudas de su contenido ni para los asociados ni para los administradores o terceros”*⁵⁸

En ese orden y de acuerdo con la ley, las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa únicamente pueden desarrollar las actividades establecidas en su objeto social exclusivo, sin que se encuentren habilitadas para realizar otras diferentes, ni les es dable interpretar qué clase de operaciones son susceptibles de ser realizadas por ellas.

Así mismo se debe anotar que tampoco la conducta desarrollada se puede catalogar como de aquellas que hacen parte del objeto social conexo, ya que no se encuentra

⁵⁷ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2008052035-001 del 11 de noviembre de 2008

⁵⁸ Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-42054, de julio 30 de 1998

directamente relacionada con su objeto social –desarrollo del contrato de comisión, corretaje y otras actividades autorizadas- ni tiene como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones derivados de ese objeto social.

En efecto, el objeto social complementario *“Es de carácter accesorio y está conformado por una serie de actividades que permiten a la sociedad alcanzar la finalidad para la cual fue creada. Por lo tanto, el objeto principal lo constituyen las actividades cuya realización representa el fin de la sociedad y el complementario se integra con las actividades o medios que contribuyen a su cumplimiento, lo que significa que necesariamente debe existir una relación de medio a fin entre los dos”*⁵⁹

A su turno, la SFC se ha pronunciado respecto a los actos conexos adelantados por las entidades vigiladas por esta Superintendencia, mediante memorando radicado con el número 96003995-13 del 8 de noviembre de 1996, a través del cual la señaló que: *“(…) Se alude de tal forma al concepto de actividades conexas o colaterales, tema del que también se ha ocupado la doctrina especializada para señalar que “Además del ejercicio de las actividades principales estrictamente bancarias, las instituciones financieras tienen capacidad jurídica para desarrollar los actos civiles o comerciales necesarios para el cumplimiento de su objeto (...) Por natura, todos los actos medios, conexos o necesarios para el cumplimiento de su empresa, se deben entender incorporados al objeto (...) Como se observa, para que una actividad u operación se entienda como conexas al objeto social, debe existir, una relación de medio a fin como en el caso del objeto social complementario; y relación de necesidad, es decir, que la ejecución de los mismos resulte precisa para poder ejercer sus derechos o poder cumplir sus obligaciones, como en efecto se observa que ocurre en el caso sometido a consideración”.*

Todo lo anterior encuentra su sustento el artículo 335 de la Constitución Política de Colombia, que determina que la actividad bursátil involucra el interés público lo cual conlleva a que las entidades que decidan desarrollarla deberán para el efecto, contar con la autorización previa del Estado. Así las cosas, no es dable para las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa realizar actividades que no se encuentren permitidas por las leyes dentro de su objeto social exclusivo.

De acuerdo con lo anterior, las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, deben atenerse a lo dispuesto en el Decreto 1511 de 2006 hoy contenido en el Decreto 2555 de 2010, el cual estableció 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, así como a las disposiciones del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en lo que atañe a las actividades autorizadas y desarrollo de su objeto social.

⁵⁹ Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-42054, de julio 30 de 1998

De esta manera no es dable para las sociedades comisionistas, efectuar préstamos de dinero toda vez que su objeto social exclusivo no incluye la realización de contratos de mutuo con los clientes, como parte de las actividades autorizadas. Lo anterior adicionalmente tiene un sustento en la regulación prudencial por riesgos aplicable a las entidades vigiladas, ya que quienes otorgan préstamos a terceros como entidades vigiladas deben contar con una estructura previamente determinada, un SARC y en general deben tener control sobre dicha actividad, no siendo seguro por tanto que quienes no ostentan dicha estructura otorguen préstamos sin medir las consecuencias que dicha conducta pueda conllevar a su liquidez o solvencia patrimonial.

Las actividades desarrolladas por la sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.** vulneraron el objeto social exclusivo establecido en los artículos 1.6.1.3. y 1.6.1.4. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa en concordancia con las disposiciones contenidas en los artículos 2.11.1.2.2. del Decreto 2555 de 2010, tal y como se expuso en las consideraciones de la Sala al otorgar préstamos a sus clientes en las condiciones descritas en el acápite anterior.

Adicionalmente, al utilizar recursos de sus clientes para efectuar préstamos a otros clientes la sociedad comisionista se encuentra vulnerando la disposición contenida en el artículo 1271 del Código de Comercio así como la obligación de los miembros contenida en el anterior artículo 29 del Decreto 1511 de 2006, hoy contenida en el artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010- consistente en abstenerse de *“Utilizar para su propio beneficio o negocio los bienes o activos de sus clientes, o destinarlos para fines diferentes del encargo conferido”*⁶⁰.

Siendo esto así y considerando el acervo probatorio, y los escritos de defensa presentados por la firma **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, la Sala de Decisión No. 8 de la Cámara Disciplinaria encuentra mérito suficiente para sancionar a la sociedad comisionista.

IV. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

La Sala de Decisión No. 8 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.

⁶⁰ Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa. Artículo 29.

En lo que se refiere al incumplimiento en la entrega parcial de la operación 9722257, es claro para la Sala que no se surtió el procedimiento para la proceder a las modificación de la operación y por lo mismo se actuó en contradicción de lo previsto en el artículo 75 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, trayendo consigo una clara vulneración a los principios mismos que deben regir este mercado como son el de seguridad y transparencia. En efecto, quienes acuden al mercado bursátil confían en que las negociaciones se cumplirán de acuerdo con las condiciones establecidas en las fichas técnicas elaboradas y según lo que fue cantado en la Rueda de Negocios, así, al efectuarse modificaciones por fuera de las disposiciones reglamentarias y por el simple acuerdo entre las partes o peor aún, entre quienes no son parte como los mandantes, se afecta la confiabilidad que tienen los integrantes del mercado en el mismo, así como la transparencia del mercado.

Por su parte, en el caso del presunto incumplimiento en la entrega de la operación 10498731, no es aceptable para un profesional de este mercado que después de celebrada una operación en Bolsa, pretenda modificar las condiciones señaladas en las fichas técnicas de negociación, toda vez que en estas se establecen de manera previa reglas de juego claras para todos aquellos que pretendan participar en la negociación, dándole transparencia al mercado. Así, la sociedad comisionista debió verificar el cumplimiento de las condiciones establecidas en la ficha técnica de negociación y efectuar un seguimiento a su mandante, y a las circunstancias por éste último alegadas. Lo anterior nuevamente representa gravedad toda vez que se afectan los pilares fundamentales de este mercado bursátil. No obstante lo anterior, atenúa la responsabilidad disciplinaria el hecho de que finalmente y en cumplimiento del acuerdo se hizo la entrega del producto negociado.

En tercer lugar, tenemos el presunto incumplimiento en la recompra, por devolución de cheque por fondos insuficientes en la compensación del 21 de enero de 2010 (operaciones Nos. 10045624, 10045629 y 10045630). En el presente caso lo que ocurre es que la sociedad comisionista entrega un cheque sin fondos, a sabiendas, confiando en que el mismo se cubriría o bien con la celebración de las operaciones de *roll over* o con un sobregiro del banco, que al parecer estaba también supeditado a la celebración de dichas operaciones. Lo anterior reviste de gravedad teniendo en cuenta además, que la sociedad comisionista ha sido sancionada en dos ocasiones por una conducta similar, lo cual conlleva a que exista una reiteración de la conducta reprochable. En efecto, la Cámara Disciplinaria ya le había resaltado a la investigada el peligro y los riesgos que la devolución de cheques y su correspondiente incumplimiento en el pago conllevan para la Bolsa y la entonces CRC Mercantil, así como para el mercado en general. Es así como, se trata de una conducta como mínimo descuidada y despreocupada por parte de la sociedad comisionista, que comete además de forma reiterada. Esta reiteración en la conducta agrava la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista.

De otra parte, frente a las conductas derivadas del Informe de Visita General, tenemos en primer lugar, que no se encuentra suficientemente probado el incumplimiento del principio contable de prudencia. Al respecto se debe señalar que en efecto la Sala de Decisión recalca la importancia de que la contabilidad represente de manera fiel los hechos económicos, y por ende, coadyuve a determinar de forma certera la situación financiera y económica del ente. Sin embargo en el presente caso, no encuentra probado las distintas alternativas de conducta a las que se enfrentaba la sociedad para efectos de verse incurso en la violación endilgada.

En lo que se refiere al presunto incumplimiento por la no designación del oficial de cumplimiento suplente, se debe resaltar la importancia de cumplir con dicha obligación pues se trata de una obligación de las entidades vigiladas de acuerdo con el sistema de administración de riesgos que propenden por la prevención y detección de posibles operaciones de lavado de activos y financiación del terrorismo en diferentes sectores de la economía. Sin embargo, siendo el suplente, si bien la conducta es reprochable, no reviste de mayor gravedad.

Finalmente, frente a la utilización indebida de los recursos de los clientes y violación al objeto social exclusivo de las sociedades comisionistas, se debe enfatizar en que es ésta la conducta que representa mayor gravedad dentro de las estudiadas en el presente proceso disciplinario.

En efecto, de acuerdo con el artículo 335 de la Constitución Política de Colombia, la actividad bursátil involucra el interés público lo cual conlleva a que las entidades que decidan desarrollarla deberán para el efecto, contar con la autorización previa del Estado. Así las cosas tal y como se mencionó en las consideraciones, no es dable para las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa realizar actividades que no se encuentren permitidas por las leyes dentro de su objeto social exclusivo, toda vez que les es aplicable el régimen de los estatutos especiales o excepcionales y en este sentido deben atenerse a la realización de las actividades autorizadas por la ley, en especial a lo dispuesto en el Decreto 1511 de 2006 hoy contenido en el Decreto 2555 de 2010, el cual estableció 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, así como a las disposiciones del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en lo que atañe a las actividades autorizadas y desarrollo de su objeto social.

La sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, al emplear los recursos entregados por sus clientes para efectuar préstamos a clientes diferentes llevó a cabo una

práctica irregular y adicionalmente excedió las facultades de su objeto social exclusivo afectando los pilares básicos de este mercado.

Así mismo dentro de la dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa, se debe resaltar el grave riesgo reputacional que implica la conducta de la sociedad comisionista no sólo para este escenario de negociación, sino para todas las sociedades comisionistas que participan en el mismo, afectando de manera directa la confiabilidad de los inversionistas.

No obstante lo anterior, la Sala de Decisión tiene en cuenta que no se trata de una conducta reiterada por parte de la sociedad comisionista, sino que fueron únicamente dos préstamos que adicionalmente fueron devueltos en un tiempo razonable. En efecto, al parecer no se trata de una política o práctica común por parte de la sociedad comisionista la realización de este tipo de operaciones sino que se evidencian dos hechos aislados, que a pesar de su gravedad, no conllevan al convencimiento de que la investigada no sea apta para operar en este mercado. En efecto, conductas como las anotadas, en principio conllevan a analizar la idoneidad de quienes en ellas incurren, para participar en este mercado, sin embargo, en el caso concreto considera la Sala de Decisión que por tratarse de hechos aislados corresponde una sanción pecuniaria acorde con la gravedad de la conducta.

Así las cosas, para la Sala de Decisión No. 8 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 y las circunstancias específicas de las faltas estudiadas, los antecedentes del investigado, decide por unanimidad, imponer al investigado una sanción de MULTA de OCHENTA (80) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

V. RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Sancionar disciplinariamente a la sociedad comisionista de la Bolsa Mercantil de Colombia **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, con una sanción de MULTA de OCHENTA (80) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTICULO SEGUNDO: El pago de la multa que mediante esta Resolución se impone, se debe efectuar a nombre de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A en la cuenta de ahorros No. 080-14726-7 del Banco de Bogotá, mediante consignación en efectivo o cheque de gerencia. El pago deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al día en que quede en firme la presente Resolución. La consignación deberá

acreditarse en el Departamento de Gestión de Recursos Financieros de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A., el mismo día en que se produzca el mismo. El incumplimiento en el pago será considerado una falta disciplinaria y una conducta sancionable.

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

ARTÍCULO CUARTO: Notificar al Jefe del Área de Seguimiento, el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A., advirtiéndole que contra la presente Resolución procede el recurso de apelación ante la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria, el cual podrá interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su notificación.

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

Dada en Bogotá, D.C., a los 19 días del mes de julio de 2011

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(original firmado)
LUIS CARLOS ARANGO SORZANO
Presidente

(original firmado)
ISABELLA BERNAL MAZUERA
Secretaria



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

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

www.bolsamercantil.com.co