

**BOLSA NACIONAL AGROPECUARIA S.A.
CÁMARA DISCIPLINARIA**

**SALA DE DECISIÓN NO. 5 DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA DE LA BOLSA
NACIONAL AGROPECUARIA S.A.**

RESOLUCIÓN No. 076
(AGOSTO 19 DE 2009)

POR MEDIO DE LA CUAL SE DECIDE UNA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

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

I. ANTECEDENTES

El Área de Seguimiento de la Bolsa Nacional Agropecuaria, el día 16 de abril de 2009, 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 BNA, el pliego de cargos elevado contra la sociedad comisionista de bolsa **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**

La Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.3.2.1 del Reglamento de de Funcionamiento y Operación de la BNA y en desarrollo de la metodología aprobada por la Sala Plena en sesión 007 del 29 de octubre de 2008, conformó la Sala Quinta de Decisión, con los siguientes miembros: doctor Luis Carlos Arango Sorzano, doctor Luis Fernando Diago Ramirez y doctor Ernesto Martinez Vargas.

En sesión No. 066 del 21 de abril de 2009, la Sala Quinta de Decisión encontró que se cumplieron los requisitos establecidos en el Reglamento de de Funcionamiento y Operación de la BNA para la formulación del pliego de cargos y por tanto, mediante Resolución 064 de 2009 admitió el pliego de cargos presentado por el Jefe del Área de Seguimiento y ordenó el correspondiente traslado, el cual fue notificado personalmente el 24 de abril de 2009 al representante legal Dr. Juan Manuel Matallana.

Mediante comunicación del 19 de mayo de 2009, el Dr. Jorge Calderón representante legal suplente de la sociedad investigada, presentó los correspondientes descargos en término y solicitó las pruebas que consideró pertinentes para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación.

En sesión 068 y 071 del 20 de mayo y 18 de junio de 2009 respectivamente, la Sala de Decisión No. 5 estudia los descargos presentados y en sesión 073 de 1 de julio de 2009 decide tener como pruebas la solicitadas por el investigado, las cuales, ya fueron practicadas por el Jefe del Área de Seguimiento en la etapa de investigación y decreta de oficio pruebas documentales y testimoniales mediante Resolución 71 de 2009, las cuales, se practicaron en sesión 077 del 24 de julio de 2009 y se encuentran incorporadas al expediente.

En sesión 081 del 13 de agosto de 2009, la Sala de Decisión No. 5, estudió las pruebas practicadas y los demás documentos que obran en el expediente aprobando el presente fallo.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

De la Competencia de la Cámara Disciplinaria

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

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

Siendo competente la Sala, procede a estudiar de fondo el caso objeto de investigación. Sin embargo, para efectos metodológicos, se estudiarán de manera separada las distintas conductas endilgadas, atendiendo a la presentación de las mismas en el pliego de cargos y las respuestas dadas por la sociedad investigada en los descargos, así: i) Incumplimiento en la entrega del producto en las operaciones forward Nos. 7464199 y 7464202, ii) Incumplimiento en las entregas parciales y en la calidad del producto en la operación No. 6334920 y iii) Incumplimiento de la operación de mercado secundario No. 7500979.

III. INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DEL PRODUCTO EN LAS OPERACIONES FORWARD NOS. 7464199 y 7464202

3.1. Hechos:

- 3.1.1. La sociedad comisionista **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**, celebró el día 9 de junio de 2008, en calidad de comisionista vendedor, las operaciones Forward MCP Nos. 7464199 y 7464202 sobre mayonesa en frasco de vidrio, con la sociedad comisionista Agropar S.A. En ambas operaciones se pactó como forma de pago a plazo 45 días después de entregado el producto con fecha de entrega inicial el 15 de julio de 2008, entrega final el 15 septiembre de 2008 y con fecha de pago final el 4 de noviembre del mismo año. A continuación se exponen las demás condiciones de la negociación:

No. Operación	Cantidad	Valor	Entregas parciales	Cantidad a entregar	Fecha de pago parcial
7464199	240	\$3.427.200	15-Jul-08	80.000	1-Sep-08
			15-Ago-08	80.000	1-Oct-08
			15-Sep-08	80.000	4-Nov-08
7464202	120	\$1.713.600	15-Jul-08	40.000	1-Sep-08
			15-Ago-08	40.000	1-Oct-08
			15-Sep-08	40.000	4-Nov-08

- 3.1.2. La administración de la BNA, mediante comunicación PSD-318 del 14 de octubre de 2008, declaró el incumplimiento parcial en la entrega de ambas operaciones. La operación 7464199 se declaró incumplida por 80 galones no entregados, mientras que la operación No. 7464202 se declaró incumplida por la no entrega de 40 galones, en ambos casos se trató la entrega correspondiente al mes de septiembre.

3.2. Pruebas

- 3.2.1. Comprobantes de negociación de las operaciones Nos. 7464199 y 7464202¹; impresión del detalle de las mismas operaciones en el Sistema de Compensación y Liquidación de la BNA² y en el Sistema de Información Bursátil de la BNA³.
- 3.2.2. Declaratoria de incumplimiento PSD-318 del 14 de octubre de 2008.⁴
- 3.2.3. Comunicación de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, mandante comprador en las operaciones, del 9 de octubre de 2008, en donde solicita se declare el incumplimiento de las operaciones toda vez que las entregas correspondientes al mes de septiembre no fueron cumplidas⁵.
- 3.2.4. Comunicación de la sociedad comisionista Agropar S.A., del 9 de octubre de 2008, en donde informa que su mandante solicitó la declaratoria de incumplimiento en la entrega de las operaciones Nos. 7464199 y 7464202 por una cantidad de 80 y 40 galones de mayonesa respectivamente⁶.
- 3.2.5. Anexo de compra mensual No. 007 al contrato de comisión No. 002 celebrado entre la Agencia Logística de las Fuerzas Militares y Agropar S.A.⁷
- 3.2.6. Acta de Arreglo Directo No. 019 del 13 de noviembre de 2008, celebrado entre **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.** y Agropar S.A.⁸
- 3.2.7. Comunicación de **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**, del 20 de noviembre de 2008, dirigida a Agropar S.A., en donde hace entrega de (1) Galón de Mayonesa, a título de indemnización, según lo acordado en acta de arreglo directo.⁹
- 3.2.8. Audiencia realizada por el Jefe del Área de Seguimiento al Representante Legal de la sociedad investigada Doctor Juan Manuel Matallana el 10 de marzo de 2009¹⁰.
- 3.2.9. Certificado de existencia y representación legal de la sociedad Colombiana de Manjares Típicos Ltda, mandante vendedor en las

¹ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 147 y 148

² Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 156 y 157

³ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 150 y 152

⁴ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 155

⁵ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 153

⁶ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 154

⁷ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 146

⁸ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 237

⁹ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 235

¹⁰ La transcripción de la misma obra en el Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 257 y siguientes.

operaciones bajo investigación, el cual fue solicitado por la Sala en Resolución 71 de 2009.¹¹

3.3. Solicitud formal de explicaciones institucionales:

El Área de Seguimiento, con fundamento en el artículo 2.4.3.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, solicitó explicaciones institucionales mediante comunicación ASI-039 del 30 de enero de 2009 por los hechos expuestos en la misma. Estas explicaciones fueron presentadas por la sociedad comisionista investigada, en término, mediante escrito de febrero 13 de 2009.

En la solicitud formal de explicaciones institucionales, el Área de Seguimiento realiza una relación sobre los hechos que dan lugar a la misma.

Frente a los presuntos incumplimientos en la entrega del producto negociado en las operaciones Nos. 7464199 y 7464202 considera que los hechos acaecidos podrían *“dar lugar a la vulneración del artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; situación que configuraría eventualmente la conducta objeto de investigación y sanción prevista en el numeral 13 del artículo 2.2.2.1. del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; así como la contenida en el numeral 3.11.1 del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la CRCCBNA en lo que se refiere al incumplimiento final de la operación en cuanto a la entrega del producto”*.

3.4. Explicaciones presentadas por la sociedad comisionista

La sociedad comisionista en sus explicaciones formales acepta los hechos señalados por el Área de Seguimiento en cuanto al incumplimiento parcial de las operaciones bajo estudio solicitando como prueba *“el acta de conciliación celebrada entre las partes al Comité de Conciliación y Arbitraje de la Bolsa”*, la cual es practicada por el Área de Seguimiento anexando el documento al expediente.

En su pronunciamiento frente a las normas presuntamente violadas manifiesta que: *“por factores totalmente ajenos a la sociedad comisionista Bursátiles Agrarios de Colombia S.A., el mandante se vio imposibilitado para cumplir con la última entrega de las operaciones en mención”*. Agrega que en aras de responder y subsanar el incumplimiento se celebró una conciliación, con la contraparte, en donde se indemnizó al mandante comprador, refiriéndose al arreglo directo celebrado el 13 de noviembre de 2008 en la Cámara Arbitral de la BNA.

Finalmente menciona que *“en cuanto le fue posible, cumplió con sus deberes y obligaciones con la mayor lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad.”*

3.5. Evaluación de las explicaciones por parte del Área de Seguimiento y pliego de cargos

¹¹ Cuaderno Exp-008-2009. Folio 168

El Jefe del Área de Seguimiento aclara en primer lugar, que *“a través de este proceso no se pretende estudiar el alcance de los acuerdos de arreglo directo de carácter indemnizatorio que se celebraron con la intervención de la Cámara Arbitral frente a las operaciones Nos 7464199, 7464202”*. De otra parte, frente a la aseveración de la investigada según la cual se incumplió por factores ajenos a la sociedad comisionista, el Jefe del Área de Seguimiento menciona que no obra prueba en el expediente que demuestre que la investigada se haya visto imposibilitada para cumplir con las obligaciones que adquirió frente a las operaciones celebradas. Agrega, que no puede ser oponible ni a la Bolsa ni a la contraparte el incumplimiento de su cliente. Así, explica que *“el Área de Seguimiento, no observa que en las referidas operaciones se encuentre presente una causal de exoneración de responsabilidad que le permita a la investigada exculpar su incumplimiento, y, por ello, los “factores totalmente ajenos” a la firma, que alega en su escrito de explicaciones no son argumentos suficientes que le permitan a la misma enervar el incumplimiento de las normas atribuidas como infringidas (...)”*

3.6. Descargos presentados por la sociedad comisionista

En sus descargos, la sociedad comisionista reitera lo mencionado en sus explicaciones formales, aceptando los hechos señalados frente al incumplimiento de la operación. Asimismo se refiere al arreglo directo realizado con la contraparte, solicitando como prueba el acta del Comité Arbitral de la Bolsa en donde consta el acuerdo suscrito por el incumplimiento parcial de las operaciones, la cual, ya obra en el expediente pues dicha prueba fue practicada por el Área de Seguimiento en la etapa de investigación.

Menciona nuevamente que por factores ajenos a la sociedad comisionista, el mandante se vio imposibilitado para cumplir y reitera que la sociedad comisionista actuó con la mayor lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad.

3.7. Consideraciones de la Sala

Considera la Sala que se encuentra suficientemente probado en el expediente que la sociedad comisionista **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**, celebró en el marco de la BNA las operaciones MCP Nos. 7464199 y 7464202 sobre mayonesa en frasco de vidrio, el día 9 de junio de 2008. Asimismo, se evidenció que las operaciones en estudio tenían pactadas tres entregas en los meses de julio, agosto y septiembre; cada una de las entregas por una cantidad de 80 galones en el caso de la operación No. 7464199 y 40 galones en la operación No. 7464202.

Ahora bien, se tiene que acorde con el acerbo probatorio, en ambas operaciones se incumplió la última entrega del producto que debía realizarse el día 15 de septiembre de 2008, es decir, que dejó de entregarse 80 galones en la operación No. 7464199 y 40 galones en la operación No. 7464202. Lo anterior, se puede corroborar con la comunicación de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares -mandante comprador en las operaciones- del día 9 de octubre de 2008, en donde solicita la declaratoria de incumplimiento de las operaciones debido a que *“las entregas correspondientes al mes de septiembre no han sido cumplidas”*¹². Asimismo, la sociedad comisionista investigada tanto en sus explicaciones formales como en sus descargos acepta estos

¹² Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 153

incumplimientos en las fechas y cantidades mencionadas. En efecto, menciona el Representante Legal de **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**, en sus escritos de defensa que: *“En efecto, tal y como lo hemos venido sosteniendo desde el principio, se presentó un **incumplimiento parcial** en las operaciones sobre físicos No. 7464199 y 7464202, toda vez que no fueron entregados 80 galones de mayonesa en Medellín y 40 galones en Puerto Berrío, el día 15 de septiembre de 2008”*

Por lo anterior, la Sala entrará a estudiar las circunstancias del incumplimiento parcial en la entrega del producto, para efectos de determinar la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista investigada.

En primer lugar, la investigada como justificación del incumplimiento, menciona que fueron factores *“totalmente ajenos a la sociedad comisionista”* que conllevaron a la imposibilidad de cumplimiento por parte del mandante. Frente a este primer punto, considera la Sala que tal y como lo mencionó el Jefe del Área de Seguimiento, la sociedad comisionista en ningún momento prueba circunstancia alguna que pudiese constituirse en un caso de fuerza mayor o caso fortuito, con facultad de exonerar de responsabilidad. De hecho, en declaración rendida ante el Área de Seguimiento únicamente menciona que su mandante adujo *“razones económicas, él tuvo un problema y tuvo que acabar su compañía”*.

De esta forma, si bien el investigado no aporta prueba alguna que demuestre esta circunstancia, la Sala de oficio mediante Resolución 71 de 2009 solicitó el certificado de existencia y representación de la sociedad, para efectos de dilucidar si la empresa Colombiana de Manjares Típicos Ltda., mandante de la investigada en las operaciones bajo investigación se encuentra en liquidación, sin embargo, la Sala encuentra que si bien dicha sociedad no ha cumplido con la obligación de renovar su matrícula mercantil desde el año 2008, si se encuentra en dicho certificado, la inscripción del 24 de noviembre de 2008 de los representantes legales, lo que hace presumir que para la fecha de cumplimiento de las operaciones, septiembre de 2008, la compañía aun se encontraba en funcionamiento.

Ahora bien, en este punto y teniendo en cuenta la aseveración de la investigada según la cual menciona que *“el mandante se vio imposibilitado para cumplir”*, coincide la Sala de Decisión con el Jefe del Área de Seguimiento en que son los miembros de la Bolsa los responsables del cumplimiento de las obligaciones por ellos acordadas. Es así, que frente a la Bolsa y para efectos disciplinarios, es el comisionista quien debe cumplir con las obligaciones impuestas mediante los reglamentos y la normatividad vigente, y su incumplimiento conlleva precisamente al reproche de conducta que realiza el órgano autorregulador. En efecto, el eje primordial del mercado de la BNA consiste en realizar una operación a nombre propio pero por cuenta de un tercero, lo cual implica, que la responsabilidad radica en cabeza de la sociedad comisionista miembro de la misma. Por esto, resulta totalmente ajeno a este mercado el trasladar la responsabilidad a los mandantes. Es claro entonces para la Sala que si no se exigiera el cumplimiento a los comisionistas, no podría existir el mercado bursátil de la BNA.

De hecho, por las razones expuestas, es que la normatividad de este mercado es clara en no permitir como causal de justificación del incumplimiento, la inexistencia del producto, lo cual es precisamente lo que alega la investigada al mencionar que fue su mandante quien no pudo cumplir. En efecto el artículo 1.6.5.1 del Reglamento de

Funcionamiento y Operación de la BNA establece en sus numerales 1 y 7, en concordancia con los numerales 6 y 11 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006¹³, que todos los miembros de la Bolsa están obligados a:

“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, 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.**”* (Resaltado fuera del texto original)

De esta forma queda claro que en el marco del contrato de comisión que se desarrolla en las operaciones de la BNA, no es dable justificar el incumplimiento mediante la excusa de que el mandante no pudo cumplir, ya que, es la sociedad comisionista la obligada directa en la negociación.

Es por esta razón que las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa deben realizar un análisis previo de sus mandantes para efectos de asegurar que los mismos tengan la idoneidad y capacidad suficiente para poder realizar la negociación en Bolsa. Es así como la valoración del riesgo del mandante en un momento previo a la negociación, se constituye en una obligación fundamental dentro del esquema de negociación en la Bolsa, no sólo para el mercado en general sino que específicamente para las sociedades comisionistas ya que no podrán alegar el incumplimiento del mandante al menos en el escenario bursátil y además, no realizar dicho análisis implica una clara falta de diligencia y responsabilidad, toda vez que la sociedad comisionista con su nivel de profesionalidad debe prever las posibilidades de cumplimiento que tiene su cliente.

Ahora entrará la Sala a analizar el punto de la defensa de la investigada en donde menciona, como justificación de su incumplimiento el arreglo directo realizado con la contraparte. Al respecto evidencia la Sala que en efecto se encuentra probado que hubo una indemnización por el incumplimiento en la entrega, tal y como se acordó en el Acta de Arreglo Directo No. 019 del 13 de noviembre de 2008, celebrada entre **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.** y Agropar S.A.¹⁴. En efecto, en comunicación del 20 de noviembre de 2008, **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**¹⁵, hace entrega del valor a indemnizar en producto en los siguientes términos:

¹³ 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 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.”

¹⁴ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 237

¹⁵ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 235

“Teniendo en cuenta la reunión sostenida el pasado 14 de Noviembre del año en curso en la cual se resolvió el conflicto derivado de las operaciones en mención, hacemos entrega de un (1) Galón de Mayonesa según lo acordado por las firmas comisionistas”.

No obstante lo anterior, recuerda la Sala que el artículo 81 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA establece que: *“Cuando un Miembro incumpliere los términos pactados en una negociación, la Bolsa Nacional Agropecuaria, a solicitud escrita de la parte afectada o de oficio, certificará su incumplimiento y dará traslado inmediato al Organismo Arbitral para que, de acuerdo con la Reglamentación establecida, cite a las partes a conciliación, sin perjuicio de la acción disciplinaria a que hubiere lugar. Si no se produce ningún acuerdo o si producido se incumple, la Bolsa hará efectivas las garantías”.* (Negrillas fuera del texto original). Lo anterior implica que la responsabilidad disciplinaria difiere de la responsabilidad económica que le asiste al incumplido de indemnizar a la contraparte, en efecto, lo que se analiza en este órgano disciplinario es el incumplimiento por parte de la sociedad comisionista de sus deberes reglamentarios y legales, el cual no se subsana con el pago de una indemnización. Así las cosas, si bien la conciliación llevada a cabo no tiene la virtualidad de enervar el incumplimiento por parte de la sociedad comisionista, si será tenido en cuenta para efectos de graduación de la sanción.

Por las razones expuestas, la Sala constata que de las pruebas aportadas y los descargos presentados por la investigada, no se establece causal justa tendiente a enervar el incumplimiento de las obligaciones asumidas, respecto de las operaciones Nos. 7464199 y 7464202, establecidas en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA.

3.7.1. Normas vulneradas por la conducta de BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A., y concepto de la violación.

Considera el Área de Seguimiento en el pliego de cargos, que la conducta de la sociedad comisionista investigada vulnera las siguientes disposiciones reglamentarias y legales: *“Artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; en concordancia con los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; lo que configura la conducta objeto de investigación y sanción contemplada en el numeral 13 del artículo 2.2.2.1. del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA., así como la contenida en el numeral 3.11.1. del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la CRCBNA en lo que se refiere al incumplimiento final de la operación en cuanto a la entrega del producto”*

Al respecto concuerda la Sala con que el incumplimiento en la entrega del producto corresponde a un incumplimiento final de la operación, tal y como se encuentra definido en el numeral 3.11.1 del Instructivo Operativo 09 de 2006 de la CRCBNA. Ahora, el numeral 1 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación en concordancia con el numeral 11 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006¹⁶, establece como obligación de los miembros de la BNA *“Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación”.* En el caso bajo estudio, no se atendió con esta disposición al incumplir con la obligación de entrega acorde a las condiciones pactadas al

¹⁶ Artículo 29. Obligaciones generales de los miembros. “(...) 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.”

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”*.

En efecto, celebrada la operación en Bolsa, y acordados los términos de la negociación, éstos deben cumplirse de la forma como se pactaron. De la misma manera y por los mismos motivos, la sociedad comisionista se encuentra vulnerando lo establecido en el numeral 6° del artículo 29 del Decreto 1511 que establece: *“Artículo 29. Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: (...) 6. Pagar el precio de compra o hacer la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión de los mismos”*. (Subrayado fuera del texto original)

Adicionalmente, considera la Sala que la conducta desplegada por la sociedad comisionista **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**, vulneró la disposición contenida en el numeral 6° del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en concordancia con el numeral 8° del artículo 29 del Decreto 1511¹⁷. En efecto esta disposición reglamentaria establece que será obligación de los miembros de la BNA: *“Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”*.

Así, si bien la sociedad comisionista en sus escritos de defensa menciona que *“en cuanto le fue posible, cumplió con sus deberes y obligaciones con la mayor lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”*, considera esta Sala que la diligencia desplegada por la sociedad comisionista no fue suficiente toda vez que no se logró evitar el incumplimiento de la operación. De esta forma, recuerda la Sala que el nivel de profesionalidad que se le exige al comisionista implica que debe llevar sus negociaciones con la mayor claridad y precisión posibles. Así, al realizar una actividad dentro del mercado público, es claro que deben actuar con la diligencia propia de un profesional que actúa en el mercado bursátil, toda vez que se encuentra en juego la confianza y credibilidad depositada por el público.

Por lo anterior, resulta claro que un inconveniente como problemas económicos de su mandante, no puede ser tenido como causal eximente o atenuante de la responsabilidad del investigado sino al contrario demuestra una falta de previsión y precisión que no puede ocurrirle a quienes deben tener un nivel de profesionalismo y experticia superior.

¹⁷ 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”*.

Así las cosas, si bien es cierto que en los momentos posteriores al incumplimiento hubo gestiones por parte de la investigada que demuestran cierta diligencia, como es la reunión de arreglo directo y la posterior indemnización al afectado no se dilucida la misma diligencia en el desarrollo de la operación. En efecto, la conducta prudente y diligente se debe profesar constantemente y no sólo en determinados momentos cuando se hace inminente un incumplimiento, lo cual en el caso concreto es precisamente lo que ocurrió.

Siendo esto así y considerando el acervo probatorio, y los escritos de defensa presentados por la firma **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**, la Sala de Decisión No. 5 de la Cámara Disciplinaria en relación con las operaciones Nos. 7464199 y 7464202, encuentra mérito suficiente para sancionar a la sociedad comisionista. No obstante, para determinar la sanción a imponer, la Sala, tendrá en cuenta para efectos de graduación de la sanción el acuerdo de arreglo directo celebrado con la contraparte, lo cual, atenúa la conducta reprochable.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas anteriormente, la Sala de Decisión No. 5 de la Cámara Disciplinaria, frente a la conducta desplegada por la sociedad comisionista, determina la sanción a imponer considerando para efectos de graduación de la sanción, 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.

Frente a la gravedad de los hechos y la infracción, encuentra la Sala que el incumplimiento no genera un impacto grave dentro del mercado, en consideración a la cuantía. No obstante lo anterior, es necesario equilibrar este bajo impacto con la diligencia desplegada por la sociedad comisionista en el presente caso. Al respecto evidencia la Sala, que no hubo mayores gestiones para evitar el incumplimiento de la operación o dicho de otra forma, no hubo gestiones encaminadas al cumplimiento la operación. En efecto, la sociedad comisionista al enterarse que su mandante no iba a proveer los recursos para realizar la última entrega de las operaciones, no salió a cumplir la operación como era su deber sino que simplemente esperó de forma pasiva que se declara el incumplimiento de las operaciones. A lo anterior, se debe agregar, que el incumplimiento de las operaciones y la conducta asumida por la sociedad comisionista no le generó lucro indebido a la misma y adicionalmente se indemnizó el daño causado.

De esta forma, ponderando los elementos de graduación de la sanción, y teniendo en cuenta que con la conducta asumida la sociedad comisionista vulneró las disposiciones contenidas en los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA en concordancia con lo establecido en los numerales 6, 8 y 11 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006, así como la contenida en el numeral 3.11.1 del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la CRCBNA al incumplir de forma parcial la entrega del producto, encuentra la Sala que es procedente un llamado de atención a la firma, para efectos de que se comprometa a cumplir las operaciones por ella celebradas en Bolsa con la mayor diligencia y responsabilidad que su carácter de profesional le exige.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la sociedad comisionista **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.** incurrió en una infracción que vulneró disposiciones reglamentarias y en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos y las circunstancias específicas de la falta estudiada, por unanimidad la Sala de Decisión No. 5 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de Amonestación Pública.

IV. INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DEL PRODUCTO EN LA OPERACIÓN FORWARD NO. 6334920

4.1. Hechos:

- 4.1.1.** La sociedad comisionista **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**, celebró el día 25 de octubre de 2007, en condición de comisionista vendedor la Operación Forward MCP sobre un lote de productos de panadería No. 6334920, con la sociedad comisionista Mercancías y Valores S.A., como comisionista comprador. El valor total de la operación correspondía a la suma de \$110.000.000, con fecha de pago final del 19 de agosto de 2008.
- 4.1.2.** La administración de la BNA, declaró incumplida la operación en cuanto a entregas parciales mediante comunicación PSD-419 del 11 de diciembre de 2007, referida a las entregas correspondientes al mes de noviembre.
- 4.1.3.** Mediante comunicación PSD-424 del 14 de diciembre de 2007, la administración de la Bolsa declara el incumplimiento parcial de la operación por la no entrega de producto del día 5 de diciembre de 2007.
- 4.1.4.** Posteriormente mediante comunicación PSD-057 del 25 de febrero de 2008, la administración de la Bolsa declaró el incumplimiento de la operación en cuanto a calidad y entrega parcial de entregas programadas para el mes de febrero.
- 4.1.5.** Finalmente mediante comunicación PSD-188 del 4 de junio de 2008, se declara el incumplimiento en la entrega de la operación, para entregas correspondientes al mes de marzo y entregas adicionales del mes de febrero.

4.2. Pruebas

- 4.2.1.** Comprobante de negociación de la operación No. 6334920¹⁸, impresión del detalle de la operación en el Sistema de Información Bursátil de la BNA¹⁹ e impresión del detalle de la operación en el Sistema de Compensación y Liquidación de la BNA.²⁰
- 4.2.2.** Copia de la modificación No. 1 del contrato de mandato No. 811 de 2007, celebrado entre Mercancías y Valores S.A. y la Secretaría Distrital de Integración Social – en adelante SDIS-²¹
- 4.2.3.** Copia de la modificación No. 2 del contrato de mandato No. 811 de 2007, celebrado entre Mercancías y Valores S.A. y la SDIS.²²

¹⁸ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 048

¹⁹ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 051

²⁰ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 135

²¹ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 085

²² Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 046

- 4.2.4. Fichas técnicas del producto objeto de negociación en la operación No. 6334920.²³ Ficha técnica del negocio²⁴ y ficha técnica de entrega²⁵
- 4.2.5. Declaratoria de incumplimiento PSD-419 del 11 de diciembre de 2007 correspondiente a las entregas del mes de noviembre.²⁶
- 4.2.6. Declaratoria de incumplimiento PSD-424 del 14 de diciembre de 2007 correspondiente a las entregas del mes de diciembre.²⁷
- 4.2.7. Declaratoria de incumplimiento PSD-057 del 25 de febrero de 2008 correspondiente a las entregas del mes de febrero.²⁸
- 4.2.8. Declaratoria de incumplimiento PSD-188 del 4 de junio de 2008 correspondiente a las entregas del mes de febrero y marzo.²⁹
- 4.2.9. Comunicación de Mercancías y Valores S.A. del 17 de octubre de 2007, en donde informa la adición al mandato No. 811 de 2007 correspondiente a las compras de la SDIS.³⁰
- 4.2.10. Comunicación de la Coordinadora del Centro de Desarrollo Social Bello Horizonte, del 7 de diciembre de 2007, en donde informa que a la fecha no había llegado el producto solicitado para el 5 de diciembre y adicionalmente que el 28 de noviembre no llegó la totalidad del producto solicitado.
- 4.2.11. Comunicación de la SDIS, mandante comprador de la operación, del 7 de diciembre de 2007 en donde informa a Mercancías y Valores S.A, las cantidades de producto que no fueron entregadas durante el mes de Noviembre.³¹ Anexa un listado de entregas del mes de Noviembre, relacionando aquellas que se realizaron y aquellas que fueron incumplidas.
- 4.2.12. Comunicación de Mercancías y Valores S.A. del 10 de diciembre de 2007, en donde solicita la declaratoria de incumplimiento parcial de la operación No. 6334920 relacionando para el efecto las cantidades que dejaron de ser entregadas en el mes de Noviembre³².
- 4.2.13. Comunicación de la SDIS, del 11 de diciembre de 2007 en donde informa a Mercancías y Valores S.A, que para el 7 de diciembre, el proveedor de panadería no había realizado la entrega del pedido programado para el 5 de diciembre en el Albergue Bello Horizonte.³³
- 4.2.14. Comunicación de Mercancías y Valores S.A. del 12 de diciembre de 2008, en donde solicita la declaratoria de incumplimiento parcial de la operación No. 6334920 por la no entrega del producto solicitado para el día 5 de diciembre en el Albergue Bello Horizonte.³⁴
- 4.2.15. Comunicación de la SDIS, del 11 de diciembre de 2007 en donde informa a Mercancías y Valores S.A, el proveedor de panadería no

²³ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 045 a 009

²⁴ Cuaderno Exp.008-2009. Folio 062 a 089

²⁵ Cuaderno Exp.008-2009. Folio 127 a 131

²⁶ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 061

²⁷ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 099

²⁸ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 114

²⁹ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 134

³⁰ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 047

³¹ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 056

³² Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 058

³³ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 096

³⁴ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 092

había realizado la entrega del pedido programado para el 5 de diciembre en el Centro Juvenil Camilo Torres.³⁵

- 4.2.16.** Comunicación de Mercancías y Valores S.A. del 12 de diciembre de 2008, en donde solicita la declaratoria de incumplimiento parcial de la operación No. 6334920 por la no entrega del producto solicitado para el día 5 de diciembre en el Centro Juvenil Camilo Torres.³⁶
- 4.2.17.** Comunicación de la SDIS, del 24 de enero de 2008, en donde solicita a Mercancías y Valores S.A., el seguimiento a la calidad de los alimentos adquiridos por parte del Departamento Técnico de la BNA³⁷.
- 4.2.18.** Acta de Visita del 28 de enero de 2008.³⁸
- 4.2.19.** Comunicación DT-067 de la Directora del Departamento Técnico de la BNA, del 30 de enero de 2008 en donde informa que el producto entregado, relacionado en la comunicación, no cumple con la Resolución 5109 del 2005 toda vez el rotulado presenta dos fechas de vencimiento una impresa en la bolsa y otra mediante adhesivo. Solicita realizar la inmediata reposición de los mismos y tomar medidas efectivas que eviten reincidir en el incumplimiento.³⁹
- 4.2.20.** Comunicación DO-124 del 31 de enero de 2008 del Departamento de Operaciones de la BNA, en donde solicita la sustitución del producto de acuerdo con la comunicación del Departamento Técnico de la BNA⁴⁰.
- 4.2.21.** Comunicación DT-086 de la Directora del Departamento Técnico de la BNA, del 5 de febrero de 2008, en donde informa que algunos de los productos entregados en el mes de enero, no cumplen con la Resolución 5109 del 2005 y solicita realizar la inmediata reposición de los mismos y tomar medidas efectivas que eviten reincidir en el incumplimiento.⁴¹
- 4.2.22.** Comunicación DO-147 del 6 de febrero de 2008 del Departamento de Operaciones de la BNA, en donde solicita la sustitución del producto de acuerdo con la comunicación del Departamento Técnico de la BNA⁴².
- 4.2.23.** Comunicación de la SDIS, del 8 de febrero de 2008 en donde informa los incumplimientos correspondientes a los días 6 y 7 de febrero del mismo año.⁴³
- 4.2.24.** Comunicación de Mercancías y Valores S.A. del 21 de febrero de 2008, en donde solicita la declaratoria parcial de incumplimiento de la operación No. 6334920, toda vez que no se recibió en su totalidad el pedido del día 6 de febrero de 2008 y adicionalmente las entregas correspondientes al día 7 de febrero de 2008 se realizaron con doble fecha de vencimiento.⁴⁴

³⁵ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 090

³⁶ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 092

³⁷ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 176

³⁸ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 178

³⁹ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 180

⁴⁰ Cuaderno Exp.008-2009. Folio 168

⁴¹ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 174

⁴² Cuaderno Exp.008-2009. Folio 173

⁴³ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 109

⁴⁴ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 110

- 4.2.25.** Comunicación de la SDIS, del 22 de febrero de 2008, en donde informa a Mercancías y Valores S.A, las cantidades de producto que no fueron entregadas durante el día 20 de febrero de 2008.⁴⁵
- 4.2.26.** Comunicación de Mercancías y Valores S.A. del 22 de febrero de 2008, en donde solicita la declaratoria de incumplimiento parcial de la operación No. 6334920 por una entrega parcial que debía realizarse el día 20 de febrero de 2008.⁴⁶
- 4.2.27.** Comunicación de la SDIS, del 8 de mayo de 2008, en donde informa a Mercancías y Valores S.A, que el proveedor no entregó 15.223 unidades correspondientes a las entregas de los meses de febrero y marzo de 2008, relaciona para el efecto las cantidades no entregadas.⁴⁷
- 4.2.28.** Comunicación de Mercancías y Valores S.A. del 13 de mayo de 2008, en donde solicita la declaratoria de incumplimiento de la operación 6334920 por 15.223 unidades de producto.⁴⁸
- 4.2.29.** Comunicación de la SDIS, del 20 de mayo de 2008, en donde informa a Mercancías y Valores S.A, las cantidades de producto que no fueron entregadas durante el mes de febrero.⁴⁹
- 4.2.30.** Comunicación de la SDIS, del 20 de mayo de 2008, en donde informa a Mercancías y Valores S.A, las cantidades de producto que no fueron entregadas durante el mes de marzo.⁵⁰
- 4.2.31.** Comunicación DO-531 del 19 de mayo de 2008 del Departamento de Operaciones de la BNA, en donde solicita aclaración sobre algunas de las entregas incumplidas.⁵¹
- 4.2.32.** Comunicación de Mercancías y Valores S.A. del 3 de junio de 2008, en donde solicita la declaratoria de incumplimiento de la operación No. 6334920, toda vez que no fueron entregadas 9.181 unidades de producto correspondientes a las entregas de los días 5, 12, 19 y 26 de marzo. Adicionalmente, informa la no entrega de 8.042 unidades de producto correspondiente a las entregas de los días 6, 13, 20 y 27 de febrero de 2008, aclarando que las mismas difieren de las entregas declaradas incumplidas mediante PSD-057 del 25 de febrero de 2008.⁵²
- 4.2.33.** Comunicación de Mercancías y Valores del 6 de febrero de 2009, en donde informa las fechas de entregas y cantidades a entregar para los meses de octubre de 2007 a abril de 2008.⁵³
- 4.2.34.** Comunicación DO-157 del Departamento. de Operaciones de la BNA, del día 12 de febrero de 2009 en donde informa al Área de Seguimiento que no cuenta con la información solicitada.⁵⁴
- 4.2.35.** Testimonio de Lisette Patricia Vega, ejecutiva de ventas empresariales de Almacenes Éxito S.A., y Madeleine Yasmit Sánchez, Jefe de Negocios Frescos del Éxito S.A. realizada el 9 de marzo de 2009.⁵⁵

⁴⁵ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 111

⁴⁶ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 112

⁴⁷ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 248

⁴⁸ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 245

⁴⁹ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 131

⁵⁰ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 128

⁵¹ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 125

⁵² Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 132

⁵³ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 207

⁵⁴ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 213

⁵⁵ Transcripción de la audiencia se encuentra en el Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 256

Declaración del Doctor Juan Manuel Matallana Hurtado, representante legal de la sociedad comisionista BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A., realizada el 10 de marzo de 2009.⁵⁶

4.2.36. Soportes de pago de la operación objeto de investigación remitido por la sociedad comisionista Mercancías y Valores S.A.

4.3. Solicitud formal de explicaciones institucionales:

El Área de Seguimiento, con fundamento en el artículo 2.4.3.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, solicitó explicaciones institucionales mediante comunicación ASI-039 del 30 de enero de 2009 por los hechos expuestos en la misma. Estas explicaciones fueron presentadas por la sociedad comisionista investigada, en término, mediante escrito de febrero 13 de 2009.

En la solicitud formal de explicaciones institucionales, el Área de Seguimiento realiza una relación sobre los hechos que dan lugar a la misma.

Frente a los presuntos incumplimientos en la entrega y calidad del producto negociado en la operación No. 6334920 considera que los hechos acaecidos podrían *“dar lugar a la vulneración del artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; situación que configuraría eventualmente la conducta objeto de investigación y sanción prevista en el numeral 13 del artículo 2.2.2.1. del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; así como la contenida en el numeral 3.11.1. del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la CRCCBNA (sic) en lo que se refiere al incumplimiento final de la operación en cuanto a la entrega del producto”*.

4.4. Explicaciones presentadas por la sociedad comisionista

La sociedad comisionista en primer lugar, acepta los hechos señalados por el Área de Seguimiento en cuanto al incumplimiento en la entrega parcial de 17.223 unidades correspondientes a la operación No. 6334920. A continuación solicita las pruebas que pretende hacer valer en el proceso, las cuales son practicadas por el Área de Seguimiento.

Menciona que *“si bien es cierto que existió un **incumplimiento parcial** en la operación No. 6334920, también es cierto que parte de las 17.223 unidades certificadas como incumplidas si fueron recibidas en algunos sitios de entrega, claro está en fechas distintas a las pactadas”*. (negritas pertenecen al texto original)

En relación con la certificación de calidad del incumplimiento explica que: *“La doble rotulación de fecha de vencimiento se debió a que, por el gran volumen de unidades que se manejaban diariamente en promedio para cada una de las distribuciones, Almacenes Éxito se vio en la necesidad de acudir a la planta de producción de panadería de la Industria Carulla para que ésta le elaborara parte del portafolio negociado. Al momento de ser empacado el producto, que fue elaborado industrialmente, las máquinas de impresión plasmaban la fecha de elaboración por parte de la industria (primera rotulación), para luego ser enviado el producto al*

⁵⁶ La transcripción de la misma obra en el Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 257 y siguientes

almacén. Una vez el producto era recibido por el almacén se le colocaba la rotulación final la cual contaba con las especificaciones solicitadas por las normas legales pertinentes (...)

En su pronunciamiento sobre las normas presuntamente vulneradas, se refiere en primer lugar a la experiencia y aptitud de su mandante vendedor en la operación incumplida, Almacenes Éxito S.A. Posteriormente menciona que la operación requería de una gran coordinación de logística por la cantidad de entregas en diversos lugares de Bogotá. Adicionalmente menciona que: *“La operación tuvo un valor total por la suma de \$110.000.000 (inicialmente) de los cuales las 17.223 unidades que se certificaron como incumplidas representan en dinero, entre 4 y 5 millones de pesos máximos. Por lo tanto, se puede afirmar que el incumplimiento parcial de las 17.223 unidades representa un 5% máximo de la operación, o lo que es igual decir, se cumplió con el 95% de la totalidad de la operación”.*

Menciona que lo anterior demuestra la gestión adelantada por la firma, sin embargo *“pese a la gestión diligente efectuada por la firma comisionista Bursátiles Agrarios de Colombia S.A. y por diferentes motivos todos fuera de su alcance y control, infortunadamente el mandante (Almacenes Éxito S.A.) no pudo cumplir con la entrega de 17.223 unidades de panadería en total, presentándose incumplimiento en su obligación de entregar dichas unidades, lo cual da origen a la presente investigación”.* Adicionalmente, menciona que parte de esas unidades incumplidas si se entregaron pero al ser entregadas a diferentes horas, no fueron firmados los registros de recibido.

Finalmente menciona que cumplió con sus deberes y obligaciones con la mayor lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad y solicita se realice una conciliación con la contraparte para efectos de acordar una indemnización por el incumplimiento.

4.5. Evaluación de las explicaciones por parte del Área de Seguimiento y pliego de cargos

El Jefe del Área de Seguimiento, muestra cómo en el expediente mediante las pruebas aportadas y practicadas y las declaraciones testimoniales rendidas, se prueba que en efecto hubo un incumplimiento parcial en la entrega del producto. Asimismo aclara que: *“la operación No. 6334920 fue celebrada como un lote, según consta en el comprobante de negociación, por un valor total de \$110.000.000, sin que haya sido discriminado su valor por productos o por unidades, amén de que la investigada no aporta prueba que indique el valor dejado de entregar del producto negociado haya sido entre cuatro y cinco millones de pesos como lo afirma en su defensa”.* No obstante lo anterior, el Área de Seguimiento procede a realizar un análisis de las unidades no entregadas para efectos de valorar el incumplimiento.

Después de analizar las cantidades determinadas como no entregadas mediante las declaratorias de incumplimiento, el Área de Seguimiento concluye: *“Así las cosas analizado el incumplimiento por las cantidades no entregadas éste supera ampliamente el porcentaje alegado por la investigada”.* Agrega que aún tomando las cantidades expresadas como incumplidas por la ejecutiva de ventas de Almacenes Éxito S.A., se supera el 5% alegado por la investigada.

Adicionalmente menciona que a estas cantidades no entregadas, se deben sumar aquellas en las cuales no se realizó la reposición ordenada por el Departamento Técnico de la BNA.

Por otro lado explica que no obstante la infraestructura del mandante vendedor, ésta no fue suficiente para la logística de la operación toda vez que las cantidades demandadas por el mandante comprador desbordaron la capacidad de producción del mismo. Así las cosas, considera que *“la evidencia incorporada en el expediente demuestra que la conducta asumida por la sociedad comisionista desde un principio no fue precavida (no se encuentra documentos que pruebe la existencia de estudios previos sobre la logística necesaria, cantidad de producción y medios de transporte para poder cumplir con las entregas por parte del comité de riesgos de la firma); ni diligente frente a la situación de incumplimiento que se venía presentando (no hay prueba en el expediente de las gestiones realizadas por la firma para honrar los compromisos asumidos, ni las medidas tomadas por esta para minorar o enervar los incumplimientos).”*

Aclara, asimismo, que el recibo del producto por parte de comprador de forma extemporánea no tiene la facultad de enervar el incumplimiento ni subsana la conducta. También menciona que frente al incumplimiento en la calidad del producto, las explicaciones dadas por la investigada no desvirtúan el mismo.

Finalmente, considera que la conducta de la investigada vulnera las siguientes disposiciones: *“Artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006, en concordancia con los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, lo que configura la conducta objeto de investigación y sanción contemplada en el numeral 13 del artículo 2.2.2.1. del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA; así como la contenida en el numeral 3.11.1. del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la CRCBNA en lo que se refiere al incumplimiento final de la operación en cuanto a la entrega del producto”*. Se refiere por último al traumatismo que generó el no suministro de la alimentación teniendo en cuenta los usuarios que recibirían el producto en esta negociación.

4.6. Descargos

Reitera lo expuesto en sus explicaciones formales y menciona nuevamente que: *“No obstante lo anterior, y siendo conscientes del incumplimiento parcial en la operación sobre físicos No. 6334920, solicitamos se celebre una conciliación con MERCANCÍAS Y VALORES S.A. (en calidad de mandante de la Secretaría Distrital de Integración Social), a fin de acordar una indemnización sobre dicha operación”*.

4.7. Consideraciones de la Sala de Decisión

4.7.1. Del incumplimiento de la operación:

Teniendo en cuenta que en la operación bajo estudio, se presentaron diferentes incumplimientos parciales durante el desarrollo de la misma, entrará la Sala a realizar la traza de la operación para efectos de dilucidar lo que en efecto ocurrió y se dejó de entregar.

La operación No. 6334920 fue celebrada en día 25 de octubre de 2007, y tal como se desprende de la Ficha Técnica de Entrega fueron pactadas entregas para todos los días miércoles de cada semana desde el 25 de octubre de 2008 hasta el 27 de abril de 2008. Adicionalmente, estas entregas debían realizarse de forma simultánea en todos los puntos. Es importante mencionar que la complejidad de la operación se encontraba plenamente identificada en las fichas técnicas, en donde se establecieron 103 puntos

de entrega en 20 localidades de la ciudad de Bogotá en horarios específicos. Adicionalmente se establece en la Ficha Técnica de Entrega que: *“(...) el proveedor deberá tener implementado un plan de logística y entregas, que le permita cumplir con la entrega de cantidades adicionales de alimentos en un tiempo máximo de (24) veinticuatro horas”.*

Ahora bien, acorde con las pruebas obrantes en el expediente, desde el mes de Noviembre, comienzan a presentarse los inconvenientes en las entregas. En efecto, en comunicación de la SDIS del 7 de diciembre de 2007⁵⁷ se menciona que: *“Las entregas debían realizarse los días miércoles 7, 14, 21 y 28 de noviembre de 2007, en la totalidad de las instituciones. Una vez la Secretaria Distrital de Integración Social realizó verificación del cumplimiento en las entregas, observó que el producto a la fecha no ha sido entregado en las siguientes instituciones: (...)”* La SDIS menciona 21 instituciones con falta de entregas en esta comunicación. Asimismo, relaciona las cantidades que se dejaron de entregar, las cuales, suman un total de 3.668 unidades de producto no entregado. Acto seguido, Mercancías y Valores S.A., comisionista comprador de la operación, solicitó la declaratoria de incumplimiento parcial por esta cantidad incumplida y la administración de la Bolsa lo declaró mediante PSD-419 del 11 de diciembre de 2007.

Posteriormente, el día 11 de diciembre de 2007, la SDIS informa a su comisionista que *“Las entregas deben realizarse los días miércoles 5, 12, 19 y 26 de diciembre de 2007, en la totalidad de las instituciones. El centro Juvenil Camilo Torres informó que a la fecha no ha recibido producto de panadería desde el día 28 de noviembre de 2007, lo que indica que el proveedor no entregó el pedido solicitado para el día 5 de diciembre del año en curso. Lo anterior, ocasiono traumatismo en el suministro de la alimentación a los usuarios”.* Igualmente, mediante comunicación de la misma fecha, la SDIS informa el incumplimiento del pedido programado para el día 5 de diciembre en la institución Albergue Bello Horizonte. La sociedad comisionista Mercancías y Valores S.A., solicita la declaratoria de incumplimiento para estas entregas, el día 12 de diciembre de 2007 y relaciona para el efecto las cantidades que se dejaron de entregar. Acorde a esta relación, sumados los incumplimientos en ambas instituciones, se incumplió con la entrega de 582 unidades de producto, las cuales fueron declaradas incumplidas mediante comunicación PSD-424 del 14 de diciembre de 2007.

Ahora bien, el día 24 de enero de 2008, la SDIS solicita a Mercancías y Valores S.A.⁵⁸, que *“se realicen las gestiones respectivas para que el comité técnico de la Bolsa Nacional Agropecuaria realice seguimiento a la calidad de los alimentos adquiridos a través de la BNA, especialmente en el grupo de panadería, ya que la Secretaria Distrital de Salud decomiso los siguientes productos, en el Albergue Bello Horizonte por no cumplir con la Resolución 5109 de 2005, doble fecha de vencimiento en producto (...)”.* Posteriormente, en esta comunicación se relacionan los productos decomisados y se mencionan productos adicionales en las mismas condiciones, los cuales, pertenecen en su totalidad al lote de panadería negociado en la operación bajo estudio.

El 28 de enero de 2008, el Departamento Técnico de la BNA realizó la visita solicitada encontrando que *“en instalaciones de SDIS se evidenciaron las Actas de decomiso 0075 y 0073 y destrucción 0001 y 414 por doble fecha de vencimiento, caducidad de las misma y presencia de mohos; igualmente en la sede de la SDSI se encontraron los siguientes productos: Mogolla de 30 gr x 20. Pan aliñado de 60 x 10. Pan blanco de 30 gr x 20 y mogolla*

⁵⁷ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 056

⁵⁸ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 176

de 60 gr x 10; con doble fecha de caducidad y presencia de mohos". De esta forma, el día 30 de enero de 2008, mediante comunicación DT-067, la Directora del Departamento Técnico de la BNA, informa a la investigada sobre los productos del lote de panadería que no cumplen con la Resolución 5109 de 2005, debido a que el rotulado presenta dos fechas de vencimiento y le solicita *"hacer la inmediata reposición del producto y tomar las medidas pertinentes para el cumplimiento de lo estipulado en las fichas técnicas"*.

Posteriormente, el día 5 de febrero de 2008⁵⁹, el Departamento Técnico de la BNA informó a la investigada que *"con el fin de verificar el cumplimiento de las condiciones pactadas en la negociación realizada con la Secretaría Distrital de Salud, correspondiente a la operación de la referencia, se efectuó visita de supervisión por parte de la B.N.A. el día 1 de febrero de 2008 a los jardines infantiles: Santa Sofía, Inmaculada y Juan XXIII (...)"*. En estas visitas el comité técnico evidenció diversos problemas con la calidad del producto y por lo tanto solicitó la inmediata reposición de los mismos.

De esta forma, mediante comunicación del 8 de febrero de 2008, la SDIS solicitó el incumplimiento parcial de la operación, mencionando las visitas del Comité Técnico de la BNA y lo evidenciado en las mismas. Asimismo, se informa que no se realizó la entrega de panadería programada para el día 6 de febrero de 2008 en la totalidad de las instituciones y que las entregas realizadas el día 7 de febrero, nuevamente tuvieron inconvenientes con la fecha de vencimiento del producto.

El día 21 de febrero de 2008, Mercancías y Valores S.A. comunica a la Bolsa sobre estos incumplimientos. Posteriormente, el día 22 de febrero de 2008, la SDIS, informa a su comisionista que no se ha entregado *"el pedido programado para el 20 de febrero en el Jardín Infantil Salacuna Primavera y Gorgonzola (4 bolsas de 20 unidades por 600 gramos de mogolla por 30 gramos unidad y 2 bolsas de 20 unidades por 600 gramos de pan blando por 30 gramos unidad)"*. Teniendo en cuenta lo anterior, Mercancías y Valores S.A. informa esta situación a la BNA y el 25 de febrero de 2008 se declara el incumplimiento en la entrega parcial únicamente por las entregas correspondientes al 20 de febrero y por incumplimiento en la normatividad del rotulado de forma general. Así, se declara el incumplimiento por un total de 120 unidades de producto.

Ahora, el día 8 de mayo de 2008⁶⁰, la SDIS informa a su comisionista que no se habían entregado 15.223 unidades de producto en las entregas correspondientes al mes de febrero y marzo y el día 13 de mayo de 2008, Mercancías y Valores S.A., informa de este incumplimiento a la BNA. Sin embargo, el Departamento de Operaciones de BNA mediante comunicación DO-531 del 19 de mayo de 2008 solicita se realice la aclaración siguiente: *"Según comunicación No. 081860 de 22 de Febrero de 2.008 se declaro Incumplimiento PSD 057 el 25 de febrero de 2.008 donde se adjunto la comunicación de la Secretaria Distrital la cual realizaba las entregas del 6, 13, 20 y 27 de febrero de 2.008. Solicito para el incumplimiento ratifique para las entregas del mes de Marzo (sic)"*.⁶¹ El día 20 de mayo de 2008, la SDIS vuelve a informar sobre los mismos incumplimientos, pero esta vez discrimina la no entrega de 9.181 unidades de producto solicitadas para los días 5, 12, 19 y 26 de marzo de 2008⁶² y la no entrega de 6042 unidades de producto solicitadas para los días 6, 13, 20 y 27 de febrero de 2008. Ambos incumplimientos suman un total de 15.223 unidades de producto. Mediante

⁵⁹ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 109

⁶⁰ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 247

⁶¹ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 125

⁶² Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 127

comunicación de junio 3 de 2008, Mercancías y Valores S.A. solicita la declaratoria de incumplimiento de un total 17.223 unidades de producto, cantidad que es declarada incumplida mediante PSD-188 del 4 de junio de 2008.

Se debe anotar que la discrepancia en las cantidades precisadas como incumplidas por la SDIS y las solicitadas por Mercancías y Valores S.A. en su comunicación del 3 de junio, se da debido a que en el cuadro de incumplimientos presentado por la SDIS en su comunicación del 20 de mayo existe una inconsistencia ya que la diferencia entre las cantidades totales entregadas y las cantidades totales solicitadas da un valor de 8042, mientras que la sumatoria del producto no entregado da un total de 6042, cuando estos valores deberían ser iguales. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala adoptará el menor valor esto es 6042 ya que éste es el valor que mencionó en sus diferentes comunicaciones el mandante, y por lo tanto, existen más indicios que muestran que éste es el valor incumplido.

Así las cosas, encuentra la Sala que acorde a lo dicho por la parte compradora y a lo declarado incumplido por la administración de la Bolsa, los incumplimientos se pueden resumir de la siguiente manera:

TOTAL INCUMPLIMIENTOS	
Mes	Cantidad incumplida
Noviembre	3668
Diciembre	582
Febrero	120
Febrero/Marzo	15223
TOTAL	19593

Ahora bien, en sus escritos de defensa, la sociedad comisionista investigada acepta el incumplimiento de 17.223 unidades de producto decretado mediante PSD-188 del 4 de junio de 2008, sin embargo no se pronuncia frente a las demás cantidades declaradas como incumplidas. Sin embargo en testimonio realizado el 9 de marzo de 2009, por el Área de Seguimiento a Lisette Patricia Vega en su calidad de ejecutiva de ventas empresariales de Almacenes Éxito S.A. –mandante vendedor en la operación-, se informa el incumplimiento parcial en las cantidades entregadas en los meses mencionados. Dicha declaración se puede resumir de la siguiente manera:

DECLARACIÓN ALMACENES ÉXITO			
Mes	Cantidad pactada	Cantidad entregada	Cantidad no entregada
Noviembre	42.927	41.518	1.409
Diciembre	24.791	21.976	2.815
Enero	29.780	30.203	-423
Febrero	44.401	41.642	2.759
Marzo	21.329	10.758	10.571
TOTAL	163.228	146.097	17.131

De esta forma encuentra la Sala que no obstante existir una diferencia de 2.462 unidades de producto entre lo dicho por la punta compradora y las declaraciones de la punta vendedora, se encuentra suficientemente probado que en efecto hubo un incumplimiento parcial en la entrega. Ahora bien, este incumplimiento parcial, claramente se encuentra por encima del porcentaje aceptado como margen de tolerancia en las operaciones forward celebradas en la BNA, tal y como se demostrará a continuación.

4.7.2. De la inaplicación del margen de tolerancia del 10% establecido en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA.

En primer lugar, es necesario aclarar que la forma mediante la cual se debe realizar el análisis del margen de tolerancia es tomando como base las cantidades negociadas, pues la norma reglamentaria así lo establece. En efecto, el artículo 71 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA vigente para el momento de los hechos objeto de investigación establece que: *“La cantidad a negociar debe registrarse en unidades del sistema métrico decimal. En las operaciones para entrega inmediata y a plazo, se acepta una tolerancia en la entrega hasta del 5% de la cantidad registrada. En las operaciones para entrega futura se acepta una tolerancia hasta del 10% de dicha cantidad”* De esta forma, es claro para la Sala que la disposición determina que este margen se aplica a la cantidad y no al valor negociado como lo entiende la investigada al mencionar en su escrito de presentación de pruebas del 3 de julio de 2009 que: *“La operación tuvo un valor total por la suma de \$110.000.000 (inicialmente), de los cuales las 17.223 unidades que se certificaron como incumplidas representan en dinero, entre 4 y 5 millones de pesos máximos. Por lo tanto, se puede afirmar que el incumplimiento parcial de las 17.223 unidades representa un 5% máximo de la operación, o lo que es igual decir, se cumplió con el 95% de la totalidad de la operación”*,

Ahora bien, para efectos de analizar el porcentaje incumplido, la Sala tendrá en cuenta tanto lo establecido en las fichas técnicas del producto y probado dentro del expediente como la declaración del mandante vendedor Almacenes Éxito S.A. En este punto es importante mencionar que la ficha técnica de negociación que determina las cantidades a negociar tiene fecha de publicación del día 18 de octubre de 2007, por lo tanto entiende la Sala que la misma incluye las adiciones realizadas mediante las modificaciones al mandato No. 1 y 2 que fueron efectuadas los días 4 de julio y 16 de octubre de 2007 respectivamente.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que acorde a la ficha técnica de negociación, la cantidad total de unidades pactadas ascendía a la suma de 146.360 mientras que acorde a la declaración del mandante vendedor, expuesta en el cuadro anterior, el total de cantidades pactadas ascendía a 163.220 unidades. De esta forma tenemos que si se toma la cantidad de 146.360 unidades como el total negociado, el total de cantidades incumplidas sobrepasa el margen de tolerancia aceptado. En efecto, si se toman las cantidades determinadas como incumplidas por el mandante vendedor, que ascienden a 17.131 unidades, éstas representan un 11,70% de la cantidad total pactada. Claramente si se contabilizan las cantidades declaradas como incumplidas por la administración de la BNA el resultado sería un porcentaje mayor, ya que representan una mayor cantidad de producto no entregado.

Ahora bien, tomando como base el total de cantidades pactadas mencionadas por el mandante vendedor, es decir, 163.220 unidades, las cantidades dejadas de entregar

según el mandante vendedor representarían un 10,5% de total negociado. De la misma forma, si se toma la cantidad incumplida acorde a las declaratorias de incumplimiento de la administración de la BNA, se tiene que el porcentaje es mayor, en efecto, 19.593 unidades no entregadas representa un 12% del total de la negociación.

Así las cosas, aún tomando las cantidades que el mismo mandante vendedor menciona no haber entregado, el porcentaje se encuentra también por encima del margen de tolerancia.

En este punto es importante aclarar que la Sala analizó la comunicación de la sociedad comisionista Mercancías y Valores S.A. del 6 de febrero de 2009, en donde informa las fechas de entrega y las cantidades a entregar en el total de la operación, encontrando que la misma no se refiere a la operación objeto de negociación. En efecto, en esta comunicación se determina un total de cantidades pactadas de 226.213 unidades, lo cual, a primera vista demuestra que no se acompasa con ninguna de las sumas estudiadas anteriormente, las cuales, se encuentran establecidas tanto en las fichas técnicas como en declaración del mandante vendedor.

De esta forma, realizado el análisis probatorio correspondiente; la Sala evidencia que en efecto se encuentra publicada en la página web de la Bolsa una ficha técnica de negociación en donde se establece, al igual que en la operación bajo estudio, como objeto de negociación un lote de panadería el cual sumaba unas cantidades totales de producto de 226.213, sin embargo dicha ficha técnica corresponde a entregas del mes de enero de 2007, lo cual demuestra que no corresponde a la operación No. 6334920 que fue celebrada el día 25 de octubre de 2007⁶³.

Así las cosas entiende la Sala que con el acerbo probatorio obrante en el expediente se logra acreditar de forma suficiente que no hay lugar a la aplicación del margen de tolerancia establecido en el artículo 71 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA y por tanto probado como se encuentra el incumplimiento parcial en la entrega, entrará la Sala a analizar las explicaciones respecto del mismo.

4.7.3. De los inconvenientes en la entrega del producto:

La sociedad comisionista investigada en sus escritos de defensa menciona que: *“(...) para dar cumplimiento a la totalidad de las entregas diarias se requería de una gran coordinación en la operación logística. Desafortunadamente, en algunos casos no se dio”. Asimismo, en declaración rendida el 10 de marzo de 2009 ante el Área de Seguimiento, explica el representante legal suplente de la sociedad comisionista investigada que hubo inconvenientes de logística, los cuales según el declarante consistían básicamente en que: “era 103 puntos en diferentes partes de las zonas más alejadas de Bogotá, tenían creos como hasta en Fontibón, Soacha, Cazucá, lo que le estoy comentando los horarios de recibo de esos productos cambiaban entre jardines, entonces ya cuando llegaban a uno a entregar, no resulta que ya la jornada se había terminado”.*

⁶³ En efecto estas cantidades que se comprueban mediante la ficha técnica señalada, correspondían a la operación No. 5549424 celebrada el día 15 de enero de 2007.

De la misma forma, en el testimonio realizado a la ejecutiva de ventas empresariales de Almacenes Éxito S.A., explica los inconvenientes en la entrega en los siguientes términos:

“Bueno realmente en general para todos los meses el escenario fue inconvenientes logísticos, tuvimos inconvenientes logísticos con los diferentes operadores que tuvimos que contratar para las entregas. Básicamente el inconveniente estuvo ahí, aunque pues se estudió llevarlo a la práctica de la operación hacer entregas en 103 puntos durante un mismo día se nos dificultó, entonces realmente ahí fue donde tuvimos los inconvenientes en el tema del operador logístico que no nos permitía el mismo día hacer la entrega del 100 por ciento de las unidades y por eso hacíamos entregas extemporáneas y que de pronto ellos no recibían” y continúa: “(...) nos daban unas horas establecidas solamente nos daban de ocho de la mañana a cuatro de la tarde para la recepción del producto si no llegábamos a estas horas estipuladas entonces ya no estaban las personas que hacían la recepción del producto entonces debíamos entregar en días extemporáneos y era donde nos hacían la observación de que teníamos que solamente en esos días específicamente entregar el producto”.

Al respecto de las justificaciones dadas por la punta vendedora en la operación, la Sala pone de presente que todas las circunstancias alegadas como dificultades logísticas, se encontraban previamente establecidas en las fichas técnicas de la operación. En efecto, tal y como se mencionó precedentemente tanto los puntos de entrega como los horarios específicos a entregar se encontraban establecidos de forma expresa en las fichas técnicas. De hecho, una de las condiciones para participar en dicha negociación era que el proveedor debería tener implementado un plan de logística y entregas, que le permita cumplir con la entrega de cantidades adicionales de alimentos en un tiempo máximo de 24 horas, como se mencionó en precedencia.

Por lo anterior, encuentra la Sala que no es dable alegar problemas de logística en cuanto a accesos, horarios o tránsitos, cuando éstos eran previamente conocidos y aceptados por las partes, y por tanto, debieron ser analizados por la sociedad comisionista en compañía de su mandante, como un profesional del mercado experto y prudente.

En efecto, es claro para la Sala que dentro del carácter de profesionales diligentes y responsables, las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, están obligadas a realizar un análisis de riesgos de la operación y por tanto, determinar los componentes complejos de la misma. Adicionalmente, en la operación objeto de estudio, desde el momento en que se pone en conocimiento de las sociedades comisionistas, las condiciones específicas de la operación a realizarse en el mercado abierto de la BNA podía preverse la complejidad que involucra el cumplimiento de los requerimientos de la entidad estatal.

Es por esto, que no puede ser tenida como causal eximente de responsabilidad la complejidad de la operación toda vez que era un hecho conocido previamente no sólo por la sociedad comisionista, sino por los mandantes vendedores.

Por otro lado, la sociedad comisionista menciona que *“parte de las 17.223 unidades que certificó la Bolsa Nacional Agropecuaria como incumplidas en la operación No. 6334920, fueron entregadas y recibidas en los diferentes sitios de entrega, pero por extemporaneidad en la entrega de los mismos, no firmaron los registros de recibido de las unidades”.*

Para el efecto la sociedad comisionista menciona que de acuerdo con el artículo 77 del Reglamento de Funcionamiento y Operación, la aceptación de un producto se cumple al ocurrir cualquiera de los siguientes hechos: "(...) 2. *Recibo del producto, si la entrega se pactó en destino (...)*". Y concluye diciendo que *"En tal sentido, si bien es cierto que existió un incumplimiento parcial en la operación No. 6334920, también es cierto que parte de las 17.223 unidades certificadas como incumplidas si fueron recibidas en algunos sitios de entrega, claro está en fechas distintas a las pactadas"* (El resaltado pertenece al texto original)

Al respecto, debe anotarse que la ficha técnica de entregas señala que se entiende por entrega de los alimentos *"el reparto a nombre de la SDIS que realiza el proveedor directamente en los sitios establecidos por la entidad y en las condiciones de calidad, cantidad, lugar y tiempo, pactadas en la negociación y definidas en las diferentes fichas técnicas de producto y de entrega que hacen parte de la misma"*. Y más adelante continúa, *"si el proveedor realiza entregas de alimentos en condiciones de calidad, cantidad y oportunidad diferentes a las solicitadas por la coordinación del proyecto de seguridad alimentaria, será su propia responsabilidad la entrega de los mencionados productos sin que la SIS asuma ningún tipo de responsabilidad por el recibo o consumo de los mencionados productos"*.

Obsérvese como lo anterior, de ninguna manera modifica lo previsto en el Reglamento, sino que atendiendo a las características propias de esta negociación fija parámetros claros, en cuanto al concepto propio de entrega se refiere.

En efecto, la Sala aclara que el no cumplir con las obligaciones pactadas en el marco de la BNA dentro del término convenido implica incumplimiento de la operación celebrada, a la luz de la regulación vigente. Es así como el numeral 1 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA establece que los miembros de la Bolsa deberán *"Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación"*. Así las cosas, es claro que el argumento de la sociedad investigada no desvirtúa el incumplimiento de esta disposición, sino que al contrario lo confirma, toda vez que acepta que no efectuó las entregas del producto en la fecha pactada.

4.7.4. De los inconvenientes en la calidad del producto:

Tal como se mencionó previamente, en las entregas correspondientes al mes de febrero no sólo se declaró el incumplimiento por falta de producto sino que adicionalmente hubo problemas con las calidades de los mismos. Es así, como el comité técnico de la BNA evidenció entre otros inconvenientes el incumplimiento de la Resolución 5109 de 2008 en cuanto a la normatividad sobre rotulado. Lo anterior, debido a que los productos fueron entregados con doble fecha de vencimiento.

En efecto, esta Resolución del Ministerio de Protección Social que establece el reglamento técnico sobre los requisitos de rotulado o etiquetado que deben cumplir los alimentos envasados y materias primas de alimentos para consumo humano, en su artículo 4 establece los requisitos generales del rotulado o etiquetado de los productos y en su numeral primero determina: *"1. La etiqueta o rótulo de los alimentos no deberá describir o presentar el producto alimenticio envasado de una forma falsa, equívoca o engañosa o susceptible de crear en modo alguno una impresión errónea respecto de su naturaleza o inocuidad del producto en ningún aspecto."* Asimismo en el numeral 5.6 determina los requisitos específicamente establecidos para el marcado de la fecha e instrucciones para la conservación.

A lo anterior se debe agregar que la ficha técnica del negocio establecía expresamente dentro del acápite de requisitos del proveedor que éstos debían dar “cumplimiento de la Resolución 5109 de 2005 sobre etiquetado y rotulación de alimentos, para los alimentos que lo requieran”.

Se refiere la sociedad comisionista en sus escritos de defensa a los incumplimientos en la calidad del producto, explicando que éstos se presentaron por los siguientes motivos:

“La doble rotulación de fecha vencimiento se debió a que, por el gran volumen de unidades que se manejaban diariamente en promedio para cada una de las distribuciones, Almacenes Éxito se vio en la necesidad de acudir a la planta de producción de panadería de la Industria Carulla para que ésta le elaborara parte del portafolio negociado. Al momento de ser empacado, el producto que fue elaborado industrialmente, las máquinas de impresión plasmaban la fecha de elaboración por parte de la industria (primera rotulación), para luego ser enviado el producto al almacén. Una vez el producto era recibido por el almacén se le colocaba la rotulación final la cual contaba con las especificaciones solicitadas por las normas legales pertinentes (ingredientes, fecha de vencimiento dirección de producción, códigos de identificación del producto, etc.), pues era desde el almacén de donde se realizaba el aislamiento de la totalidad de los pedidos y la asignación de los vehículos para se distribuyeran a los 103 jardines”.

Lo anterior, es ratificado por la ejecutiva de la Almacenes Éxito agregando que “estas fechas solamente diferenciaban de uno o dos días nada más y no es que diferenciaban de ocho o quince días y tampoco era para que nosotros estuviéramos incurriendo en una doble etiqueta conscientemente sino simplemente por solventar la producción fue que nos tocó tomar la decisión de subcontratar industria donde ellos nos entregaban el producto ya empacado desde la industria y nosotros teníamos que colocar la rotulación con la cual fue acordada las fichas técnicas del producto con la Bolsa”.

Al respecto se debe precisar que los inconvenientes de calidad detectados por el Departamento Técnico de la BNA no consistían únicamente en problemas de doble rotulación, sino que además se observa incumplimientos en cuanto a la vida útil especificada en la ficha técnica (vencimiento el mismo día de la entrega) y la presentación del producto. Adicionalmente en el acta de la visita⁶⁴ realizada, se menciona inconvenientes de caducidad del producto y presencia de mohos. Si bien la sociedad comisionista no se pronuncia frente a estos inconvenientes, la ejecutiva de Almacenes Éxito explica que:

“(…) en los primeros meses si nos presentaron observaciones de calidad más que todo en productos que son como tortas refrigeradas donde pues si no se manejaba una buena cadena frio lógicamente el producto si no lo consumían en el tiempo requerido iba a presentar problema de calidad adicionalmente que fue lo que hicimos nosotros como productores de ese tipo de productos como nuestra manufactura a nivel de compañía no es industrial sino que es manufacturado, o sea mi producto es elaborado para que sea consumido en tres días y los requerimiento de la Bolsa era que mis productos tenían que durar 12 días en un jardín (...) entonces nos tocó recurrir a modificar la parte de producción de manera industrial, entonces mi producto normalmente es manufacturado donde solamente lo hacen personas manualmente y con productos sin ningún tipo de conservantes, entonces al ver que habían problemas y observaciones de calidad entonces

⁶⁴ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 178

nos tocó recurrir a volver a estudiar la ficha técnica del producto y contar con elementos adicionales a los ingredientes normales del producto para poder darle más vida útil y no se presentaran de ahí en adelante más problemas de calidad”.

Ahora bien, frente a esta justificación, se debe aclarar que en la ficha técnica del negocio, conocida previamente por ambas partes se establece claramente frente a la caducidad de los alimentos que: *“Los alimentos a entregar por cada uno de los grupos, deberán tener una (sola) fecha de vencimiento preimpresa, que debe cumplir con los requerimientos de tiempo exigidos en la ficha del producto, contados a partir del momento en que se realiza el suministro de conformidad con lo indicado en las fichas técnicas de producto, anexas a la presente ficha de negociación”.* Siguiendo esta línea, la ficha técnica del producto establece la vida útil de cada uno de los productos que conformaban el lote de panadería, en donde en la mayoría de los casos se exigía 10 y 12 días desde el momento de la entrega en el jardín infantil o en el centro de desarrollo social. Sin embargo, había productos que requerían más tiempo de vida útil como el brownie que requería 20 días, los calados 50 días y las tostadas 70 días.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que se encontraba bastante claro en la ficha técnica el período de caducidad requerido en la negociación, no siendo entonces factible justificar la dificultad o imposibilidad de cumplir estos tiempos toda vez que antes de realizar la negociación la punta vendedora debía saber si iba a poder o no cumplir con los términos de la misma. Por lo anterior, es obligación de la sociedad comisionista asesorar a sus mandantes respecto de los términos de la negociación y los requerimientos establecidos en las fichas técnicas con el objetivo precisamente de evitar incumplimientos como el presentado en la operación bajo estudio. Es por esto que el artículo 1.4.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa establece que:

*“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”. (Subrayado fuera del texto original)

Frente a lo anterior, aclara la Sala que es obligación de la sociedad comisionista de Bolsa asesorar a su cliente para que cumpla con los requerimientos establecidos en la negociación. Así, no puede ser de recibo, como justificación del incumplimiento, la aseveración del mandante comprador según la cual su producto en principio no podía ser elaborado acorde a las reglas establecidas en la ficha técnica pues esto denota falta de conocimiento de la negociación, lo cual, implica que la sociedad comisionista de Bolsa no realizó una debida asesoría en los momentos previos a la misma y por tanto, incumplió con sus deberes como miembro de la BNA.

Adicional a lo anterior, se presenta un agravante de la conducta toda vez que acorde a la contraparte, no hubo reposición del producto después de que el Departamento Técnico de la BNA hubiese ordenado la misma. En efecto, en comunicación MV-

090473 del 3 de marzo de 2009, la sociedad comisionista compradora Mercancías y Valores S.A. menciona que:

“(…) debemos decir que BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A. no realizó la reposición del producto conforme a la solicitud del Departamento Técnico de la BNA, la Secretaría Distrital de Integración Social verificó y confrontó las entregas del producto realizadas en los centro en las fechas determinadas, encontrando que el proveedor no entregó 15.223 unidades de producto”.

Por su parte, la investigada no aporta prueba alguna de que aquellas reposiciones se hayan llevado a cabo, de hecho, el mandante vendedor Almacenes Éxito en declaración menciona que en efecto no se pudieron llevar a cabo las entregas del cien por ciento de la reposición del producto.

4.7.5. De la solicitud de conciliación

Tanto en las explicaciones formales presentadas por **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.** como en los descargos, solicita que se realice una conciliación con la sociedad comisionista Mercancías y Valores S.A. a fin de acordar una indemnización sobre dicha operación, toda vez que reconocen de manera expresa el incumplimiento. Al respecto, como bien lo manifestó el Área de Seguimiento en sus consideraciones en relación con el objeto del proceso, el proceso disciplinario no es el escenario propicio para que la sociedad comisionista solicite la celebración de una conciliación. En efecto, obran en el expediente, las comunicaciones CA-284 y 285 del 17 de diciembre de 2007 en las que invita a las partes a acudir al organismo arbitral con el objeto de llegar a un arreglo directo de carácter indemnizatorio por el incumplimiento decretado en la comunicación PSD-419 del 11 de diciembre; en igual sentido se emiten las comunicaciones CA-287 y 288 del 19 de diciembre de 2007, en relación con el incumplimiento decretado según PSD-424 del 14 de diciembre y las comunicaciones CA-039 y 040 del 28 de febrero de 2008, respecto del incumplimiento contenido en el PSD-057 del 25 de febrero de 2008.

No obstante lo anterior, las partes, en su momento, no acuden a los procedimientos propios para solucionar las diferencias presentadas entre las sociedades comisionistas y sus mandantes en desarrollo de la operación.

4.7.6. Normas vulneradas por la conducta de BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A. y concepto de la violación.

Considera la Sala que la conducta asumida por la sociedad comisionista **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**, en efecto vulnera las disposiciones establecidas en las normas reglamentarias y legales, tal y como se expone a continuación.

(i) Incumplimiento de los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA y numeral 3.11.1 del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2006 de la CRCCBNA

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

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

“2. Cumplir permanentemente y en su integridad la ley, los estatutos y reglamentos de la Bolsa y las determinaciones de sus áreas u órganos de dirección, administración, operación, supervisión, disciplina y de solución de conflictos, sin que sirva de excusa o defensa la ignorancia de dichos reglamentos, circulares, instructivos operativos, acuerdos y laudos.”

“7. 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”.

Ahora bien, con fundamento en este artículo la Sala aclara, que es la sociedad comisionista investigada, en este caso **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**, quien debe responder por el cumplimiento de las operaciones convenidas, en este caso las propias del comisionista vendedor: entregar el producto negociado.

En efecto las mencionadas disposiciones están orientadas al cumplimiento oportuno de las prestaciones asumidas por las sociedades miembros al celebrar una operación a través de la BNA, como lo es en el caso bajo análisis, la entrega del producto en la fecha pactada.

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

Adicionalmente, la conducta desplegada por la sociedad comisionista investigada, se encuentra vulnerando la disposición establecida en el numeral 6 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento que establece que los miembros de la BNA, estarán obligados a: “6. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”.

Frente a esta disposición, se debe mencionar que si bien la sociedad comisionista argumenta su diligencia en cuanto a la gestión desplegada en desarrollo de la operación, no ocurre lo mismo al momento previo a la negociación. Así, considera la Sala que acorde a lo dicho por el mandante de la investigada en la declaración rendida ante el Área de Seguimiento, se logra probar que en efecto en el desarrollo de la operación si hubo un seguimiento por parte de la sociedad comisionista a la negociación ya que en todo momento acompañó a su mandante e intento subsanar los incumplimientos que se iban presentado. Sin embargo, evidencia la Sala que la diligencia, precisión y especial responsabilidad que debe caracterizar a las sociedades comisionistas de la BNA, debe desplegarse en todo momento, y aún de manera previa a la celebración de la operación, informando debidamente a su mandante respecto de los requerimientos propios de dicha operación y analizando la capacidad productiva, logística y administrativa de su mandante. De esta forma, encuentra la Sala que no puede ocurrir que un mandante de la BNA, se entere de los requisitos de calidad del producto cuando ya se ha declarado un incumplimiento de una operación, que fue precisamente lo que ocurrió en el caso en concreto ya que Almacenes Éxito sólo volvió

a revisar la ficha técnica cuando se le informó del incumplimiento en los requisitos establecidos en la ficha técnica del producto en cuanto a calidades del mismo.

Lo anterior demuestra una falta de diligencia, claridad y responsabilidad que no puede ser predicable de un miembro de la Bolsa Nacional Agropecuaria. En efecto, el deber de diligencia que se le exige a las sociedades comisionistas de bolsa, se ha determinado que consiste en una especial aptitud profesional, la cual, implica actuar con el mayor grado de diligencia y cuidado; como un gestor profesional experto y prudente. Este grado de responsabilidad implica que se deben adoptar todas las medidas tendientes a dar cumplimiento a sus deberes legales y estatutarios, lo cual, en el caso bajo estudio no ocurrió y conllevó a que su mandante no pudiese cumplir con los términos de la negociación.

Asimismo la conducta estudiada se encuentra prevista en el Boletín Instructivo No. 09 del 19 de febrero de 2006, cuando define el incumplimiento final de la operación. En efecto este artículo dispone que el incumplimiento 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. El Representante Legal de la BNA, es el encargado de declarar el incumplimiento de la operación. Para los eventos no consagrados en el presente instructivo se atenderá lo dispuesto en los reglamentos de la BNA y/o CCBNA.”* Todo lo cual, como ha quedado probado en el expediente, ocurrió en el caso concreto.

(ii) Incumplimiento de los numerales 6, 8, y 11 del artículo 29 Decreto 1511 de 2006

Estas disposiciones establecen que de forma general todos los miembros de bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros *commodities*, estarán obligados a:

“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.

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.

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.

Es clara la violación de estas disposiciones por las razones ya expuestas, pues la no entrega del producto conlleva además una falta de diligencia por parte de la sociedad comisionista, en cuanto debía realizar todas las gestiones necesarias para el cumplimiento de la operación, lo cual a su vez atenta contra la seguridad y transparencia del mercado.

4.7.7. De la responsabilidad disciplinaria por las conductas estudiadas en el incumplimiento en la entrega de la operación 6334920 y de la graduación de la sanción

Probado como está el incumplimiento de los deberes que le corresponden a **BURSATILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.** como miembro de la Bolsa, toda vez que incumplió con la entrega del producto de una operación de Bolsa sin existir causal eximente de responsabilidad que justificara su conducta, entra la Sala a evaluar los criterios de graduación de la sanción, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y la infracción, las modalidades y circunstancias de la falta, los antecedentes del investigado, la dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa y las demás circunstancias que considere pertinentes.

El Área de Seguimiento en el pliego de cargos, hace mención al componente social que involucran estas operaciones.

Al respecto, es necesario considerar que la operación objeto de estudio, se desarrolló dentro del Proyecto 7314 denominado “*Seguridad alimentaria nutricional*”, cuyo propósito estaba encaminado a “*contribuir al mejoramiento de las condiciones nutricionales de los diferentes grupos poblacionales que atiende la Secretaría Distrital de Integración Social, a través de la asistencia alimentaria, la educación nutricional, la articulación y optimización de los esfuerzos intra e interinstitucionales y el seguimiento del estado nutricional*”⁶⁵. Ahora bien, los grupos poblacionales a los que atendería el programa, en efecto, serían comunidades urbanas en situaciones de pobreza y vulnerabilidad de exclusión, ya que los centros a los cuales estaban previstos los suministros de productos básicamente eran los de desarrollo infantil, integración familiar, desarrollo social de la subdirección de la vejez comunidad terapéutica, atención al habitante de la calle, tal como quedo establecido en las fichas técnicas de entregas. De hecho, el mandante comprador Secretaria Distrital de Integración Social, en las comunicaciones en donde informa los incumplimientos en la entrega y calidad del producto durante el desarrollo de la operación menciona como consecuencia de dicho incumplimiento “*el traumatismo que se está generando en las instituciones por el no suministro de la alimentación adecuada a los usuarios*”

Por lo anterior, considera la Sala que el incumplimiento de la operación No. 6334920 constituye una conducta grave, ya que por su contenido social la dimensión del daño para el mercado es altísima toda vez que, además de las consecuencias directas de tal conducta, conlleva a un riesgo reputacional que mengua la confianza que el público tiene en el mercado administrado por la Bolsa. En efecto la sociedad comisionista contraparte en la negociación de las entidades estatales que contratan cualquier tipo de suministro para sectores vulnerables, deben actuar con la mayor diligencia y responsabilidad en el asesoramiento de su cliente en los momentos previos a la negociación. Es precisamente en este punto en donde la Sala evidencia que faltó por parte de la sociedad comisionista mayor desarrollo y diseño previo de la operación, ya que, según la declaración del Éxito como mandante vendedor, no había claridad sobre las calidades exigidas en las fichas técnicas tal y como se demuestra en el punto de caducidad de los productos en donde acepta el mandante vendedor que no le fue

⁶⁵ Ficha técnica del negocio

posible cumplir con estos requisitos ya que sus productos contienen una vida útil menor a la exigida por la ficha técnica. De esta forma, si bien es cierto que hubo un adecuado conocimiento del cliente toda vez que claramente Almacenes Éxito era un mandante con la experiencia idónea, no es menos cierto que no hubo un adecuado asesoramiento al mismo, el cual, finalmente se vio desbordado por las condiciones exigidas en la negociación, previamente conocidas por la sociedad comisionista investigada.

De esta forma, ponderando los elementos de graduación de la sanción, y teniendo en cuenta que con la conducta asumida la sociedad comisionista vulneró las disposiciones contenidas en los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA en concordancia con lo establecido en los numerales 6, 8 y 11 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006, así como la contenida en el numeral 3.11.1. del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la CRCBNA al incumplir de forma parcial la entrega del producto, encuentra la Sala que si bien se demuestra cierta diligencia por parte del comisionista en el desarrollo de la operación y en la elección del cliente (no así en el asesoramiento) esto equilibrado con el impacto que ocasiona el incumplimiento para el riesgo de mercado y el riesgo reputacional de la Bolsa, conllevan a que sea procedente imponer una sanción pecuniaria por la conducta asumida.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la sociedad comisionista **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**, incurrió en una infracción que vulneró disposiciones reglamentarias y en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos y las circunstancias específicas de la falta estudiada, por unanimidad la Sala de Decisión No. 5 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de Multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes

V. INCUMPLIMIENTO DE LA OPERACIÓN DE MERCADO SECUNDARIO No. 7500979.

5.1. Hechos

- 5.1.1.** La sociedad comisionista **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**, celebró el día 16 de junio de 2008, la operación en mercado secundario No. 7500979
- 5.1.2.** La CRCBNA mediante comunicación CC-4647 del 16 de junio de 2007, informa que la sociedad comisionista **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**⁶⁶, *“actuó como punta vendedora de la operación, a través de la cual vendió en mercado secundario la operación No. 7491189, la cual corresponde a una operación repo sobre CDM y se celebró como una venta en mercado secundario de un contrato ganadero a término”*. Asimismo, solicita evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento de la operación para cumplir con su objeto social y honrar la operación.
- 5.1.3.** La administración de la Bolsa, mediante comunicación PSD-197 del 16 de junio de 2008, certificó el incumplimiento inicial de la operación No. 7500979.

⁶⁶ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 139

5.2. Pruebas

- 5.2.1. Declaratoria de incumplimiento PSD-197 del 16 de junio de 2008.⁶⁷
- 5.2.2. Comunicación CC-4647 de la CRCBNA, enviada a la administración de la BNA el 16 de junio de 2008, en la que solicita se estudie la declaratoria de incumplimiento.⁶⁸
- 5.2.3. Impresión del detalle de la operación No. 7491189 en el Sistema de Información Bursátil de la BNA, que corresponde a la operación primaria Repo sobre CDM de Café excelso⁶⁹, así como el comprobante de negociación⁷⁰; impresión del detalle de la operación de mercado secundario No. 7500979 en el Sistema de Información Bursátil de la BNA, la cual se declaró incumplida⁷¹ así como el comprobante de negociación⁷² y la impresión del detalle de la operación de mercado secundario No. 7520900 en el Sistema de Información Bursátil de la BNA⁷³ por la cual la CRCBNA da cumplimiento a la operación incumplida, así como el comprobante de negociación⁷⁴
- 5.2.4. Grabación de la Rueda No. 111 del 16 de junio de 2008⁷⁵.
- 5.2.5. Correo electrónico de la CRCBNA, enviado el 26 de noviembre de 2008, en donde solicita que se realice el giro para el cumplimiento de la operación.⁷⁶
- 5.2.6. Comprante de transacción por \$178.087.846, 96, realizado por Torres Cortes S.A., a la cuenta de la CRCBNA, con fecha de recibido el 26 de noviembre de 2008.⁷⁷
- 5.2.7. Comunicación OC-132 de la CRCBNA, enviada el 26 de noviembre de 2008, en donde solicita a la sociedad comisionista girar la suma correspondiente a \$143.143.662, de la operación No. 7520900.⁷⁸
- 5.2.8. Comunicación PC-062 de la CRCBNA del 10 de febrero de 2009, en donde explica al Área de Seguimiento lo ocurrido con la operación No. 7500979.⁷⁹
- 5.2.9. Archivo con el LOG extraído de la base de datos del SIB con la complementación de la operación, así como la desagregación de la transacción⁸⁰
- 5.2.10. Declaración del Doctor Nelson Rodriguez, Director del Departamento de Operaciones de BNA, realizada el 24 de julio de 2009 por la Sala de Decisión⁸¹.

⁶⁷ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 140

⁶⁸ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 139

⁶⁹ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 188

⁷⁰ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 265

⁷¹ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 189

⁷² Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 138

⁷³ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 190

⁷⁴ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 264

⁷⁵ CD adjunto al expediente

⁷⁶ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 183

⁷⁷ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 184

⁷⁸ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 185

⁷⁹ Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 198

⁸⁰ Cuaderno Exp.008-2009. Folio 175 y siguientes.

⁸¹ La Transcripción de la Audiencia obra en el expediente en el Folio 186 a 198 del Cuaderno Exp.008-2009.

5.3. Solicitud formal de explicaciones institucionales:

El Área de Seguimiento, con fundamento en el artículo 2.4.3.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, solicitó explicaciones institucionales mediante comunicación ASI-039 del 30 de enero de 2009 por los hechos objeto de investigación. Estas explicaciones fueron presentadas por la sociedad comisionista investigada, en término, mediante escrito de febrero 13 de 2009.

Frente al incumplimiento de la operación No. 7500979, considera el Área de Seguimiento que la sociedad comisionista con su conducta podría haber vulnerado las siguientes disposiciones: *“artículo 29, numerales 8, 11 y 19, literal h) del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; en concordancia con lo previsto en el numeral 3.7 del Instructivo Operativo No. 09 de 2007 emanado de la CRCBNA; configurando las conductas objeto de investigación previstas en los numerales 9 y 11 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, por celebrar una operación en mercado secundario sobre una operación de diferente naturaleza”*.

5.4. Explicaciones presentadas por la sociedad comisionista

La sociedad comisionista en sus explicaciones formales, niega los hechos relacionados por el Área de Seguimiento en la solicitud formal explicaciones frente a la operación No. 7500979. Menciona que: *“(…) la sociedad Bursátiles Agrarios de Colombia S.A. cantó en la Rueda la venta de una operación repo sobre CDM, y no una operación de un contrato ganadero a término (CGT), cómo (sic) se le está indilgando (sic)”*. De esta forma considera que *“se observa en relación con el incumplimiento de que se trata este punto es el producto de un error (posiblemente de digitación) del área encargada de la BNA, pues por definición no puede hacerse una operación repo sobre CDM con ganado, y la operación de venta que se cantó en la Rueda fue una de repo sobre CDM, y no un CGT”*.

Frente a las normas presuntamente vulneradas menciona que no puede endilgársele responsabilidad por el incumplimiento de esta operación, toda vez que se trata de un error de digitación y *“la elaboración de la papeleta no está contemplada dentro de las obligaciones a cargo de los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities”*.

5.5. Evaluación de las explicaciones por parte del Área de Seguimiento y pliego de cargos

Menciona que no es cierto lo afirmado por la investigada en cuanto a que la operación se cantó como venta de una operación repo sobre CDM, toda vez que en la grabación de la rueda en el minuto 37, con 45 segundos la investigada canta *“‘mercado secundario ganadero a término’ a 158 días con un valor de \$143.143.662 con una tasa del 12.5%, vendiéndolo a una tasa del 12%, cruzándose a una tasa de 12.5%, cerrando la operación al 12.5% en el minuto 38 con 17 segundos de la rueda del 16 de junio de 2008”*. Menciona que por esto se declara el incumplimiento ya que se debió cantar la operación como mercado secundario de Repo de café excelso. Agrega que los comprobantes de negociación comprueban lo anterior y que la operación No. 7520900 a la cual se refiere la investigada, fue celebrada como consecuencia del incumplimiento presentado en la operación bajo investigación.

Posteriormente cita la comunicación de la CRCBNA PC-0062 que obra en el expediente y que será analizada por la Sala en las consideraciones. Así concluye que *“con base en el conjunto de la información obrante en el expediente, se puede establecer, sin lugar a dudas, el incumplimiento imputado a la sociedad comisionista, relativo a la celebración de una operación en mercado secundario de naturaleza diferente a la operación primaria repo sobre CDM No. 7491189 que subyace y, en consecuencia, su conducta configura la infracción de las normas imputadas como presuntamente violadas en la solicitud formal de explicaciones”*.

Se refiere al carácter profesional del comisionista y al deber de actuar con el mayor grado de cuidado y diligencia.

Finalmente determina que la conducta de la sociedad comisionista vulneró las disposiciones contenidas en el artículo 29, numerales 8, 11 y 19, literal h) del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA; en concordancia con lo previsto en el numeral 3.7 del Instructivo Operativo No. 09 de 2007 emanado de la CRCBNA; configurando las conductas objeto de investigación previstas en los numerales 9 y 11 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento, toda vez que su conducta *“indujo en error al mercado, a las partes, al público en general, habiendo celebrado una operación en mercado secundario, cuya operación primaria es de diferente naturaleza, y no obstante lo anterior, procedió a su complementación, manteniendo además la confusión generada con ocasión de su conducta negligente”*.

5.6. Descargos

Reitera lo mencionado en las explicaciones formales en el sentido de afirmar nuevamente que la operación se cantó como venta una operación repo sobre CDM y que por tanto, el error no es imputable a la firma.

5.7. Consideraciones de la Sala

5.7.1. Del incumplimiento de la operación

En primer lugar, entrará la Sala a realizar la traza de las operaciones relacionadas con el incumplimiento bajo estudio para efectos de dilucidar con exactitud las circunstancias del mismo.

El día 13 de junio de 2008, la sociedad comisionista **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**, en calidad de comisionista comprador celebró la operación Repo CDM sobre café excelso No. 7491189. En esta operación **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**, actuó adicionalmente como mandante comprador y la sociedad comisionista Agrored S.A., actuó como comisionista vendedor, representando al mandante Ecocafé S.A. Esta operación fue pactada con fecha de pago inicial el día 16 de junio de 2008 con un valor presente de \$137.978.557 y fecha de recompra el 24 de noviembre de 2008. El valor futuro de la negociación correspondía a la suma de \$146.986.733 con una tasa de 15.5% EA.

Posteriormente, el día 16 de junio, **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**, se cruzó en la venta parcial (\$143.143.662 valor futuro) en mercado secundario de la operación No 7500979, con el mandante comprador Muñoz Vanegas y Cia S en C.

Esta operación tenía pactada como fecha de pago inicial el mismo 16 de junio de 2008 con un valor presente de \$135.932.045 y fecha de recompra el 24 de noviembre de 2008. El valor futuro de la negociación correspondía a la suma de \$143.143.662 con una tasa de 12.5% EA. Si bien es claro para la Sala que **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**, pretendía vender parcialmente su posición, se encuentra acreditado en el expediente, que en la rueda de negocios, el representante de la sociedad comisionista investigada cantó un mercado secundario de una operación primaria de diferente naturaleza.

Por lo anterior, este mismo día (16 de junio de 2008), la CRCBNA solicita, respecto de la operación No. 7500979 mediante comunicación CC-4647 que *“se evalúe (sic) urgentemente la procedencia de decretar incumplimiento de la operación en referencia, la cual tiene fecha de pago inicial hoy 16 de junio de 2008 y así la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la BNA S.A. salga a honrar esta operación; me permito informar que la sociedad comisionista Bursátiles Agrarios de Colombia S.A. actuó como punta vendedora de la operación en cuestión, a través de la cual vendió en mercado secundario la operación No. 7491189, la cual corresponde a una operación repo sobre CDM y se celebró como una venta en mercado secundario de un contrato ganadero a término”*. De esta forma, la administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-197 del 16 de junio de 2008 declaró el incumplimiento de la operación No. 7500979 debido a que se vendió como un mercado secundario de CGT correspondiendo realmente a un mercado secundario de Repo sobre CDM.

Siguiendo esta línea, en comunicación PC-062 de la CRCBNA⁸² en donde se refiere a las circunstancias objeto de investigación, esta entidad menciona refiriéndose a la operación No. 7500979 que: *“Es importante resaltar, que esta operación fue descontada a una tasa del 12.5% EA, lo cual arrojó un valor presente de \$135.932.045 y el cual fue cubierto por la sociedad comisionista Bursátiles Agrarios de Colombia S.A. el día 17 de junio de 2008, mediante cheque No. P7163371, previa solicitud de la CRCBNA S.A. teniendo en cuenta que se trataba de una operación cruzada”*.

Teniendo en cuenta que la operación No. 7500979, se declaró incumplida, la CRCBNA tuvo que salir a honrar esta operación, la cual fue finalmente cumplida mediante la operación No. 7520900, celebrada el día 19 de junio de 2008 y que correspondía a un mercado secundario de Repo sobre CDM de café excelso. En esta última operación, actuó la sociedad comisionista Torres Cortés S.A. como comisionista comprador representando a la CRCBNA y la sociedad comisionista **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**, como comisionista y mandante vendedor. Esta operación se pactó con fecha de pago inicial el mismo 19 de junio, con un valor presente de \$136.065.531, con fecha de recompra el 24 de noviembre de 2008. El valor futuro de la negociación correspondía a la suma de \$143.143.662 con una tasa de 12.5% EA.

Así las cosas, la operación bajo investigación, finalmente se cumplió mediante la operación No. 7520900, en donde se realizó el mercado secundario sobre la operación Repo CDM sobre café excelso No. 7491189, donde la CRCBNA por sorteo seleccionó a la sociedad comisionista Torres Cortes S.A., para que comprara en el mercado un título de iguales características. Dicha operación fue cerrada a una tasa del 12.5% EA y el vendedor fue **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**

⁸² Cuaderno No. 1 Expediente. Folio 198

De lo expuesto hasta el momento, encuentra la sala que la imputación elevada por el Área de Seguimiento, se circunscribe de manera específica al incumplimiento relativo a la celebración de una operación en mercado secundario de naturaleza diferente a la operación primaria repo sobre CDM No. 7491189 que subyace y, en consecuencia, considera que su conducta configura la infracción de las normas imputadas como presuntamente violadas en el pliego de cargos. Sin embargo, de la traza de la operación, llama la atención de la Sala que la investigación no se haya adelantado respecto de una presunta infracción al objeto social exclusivo de las sociedades comisionistas, y aun más la violación a los deberes para con sus clientes (inversionistas), en especial en cuanto podría haber actuado en presencia de un conflicto de interés.

Siendo esto así, la Sala de Decisión continua y termina la investigación por los cargos imputados, toda vez que el Reglamento prevé que el acto mediante el cual se decida la investigación debe ser motivado y congruente. En efecto, resulta claro que para que no sea vulnerado el principio de congruencia es necesario que no haya disparidad entre lo pedido, lo probado, lo debatido y lo decidido. Al respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado en variadas ocasiones manifestando que:

“De esta forma, cuando se realice un juicio sobre la actividad del juez, para establecer si la violación del principio de congruencia constituye o no una vía de hecho, se deberá tener en cuenta (1.) la naturaleza de las pretensiones hechas -lo pedido- y el campo de aplicación de los derechos en juego; (2.) si la sentencia o providencia judicial recae sobre materias no demandadas, debatidas o probadas en el proceso; y, (3.) si el proceso conservó, desde su apertura hasta su culminación, un espacio abierto y participativo para las partes en contienda, de modo que se asegure la existencia del debate y de la contradicción -que le son consustanciales y que son el presupuesto de una sentencia justa- sobre una base de lealtad y de pleno conocimiento de sus extremos fundamentales”⁸³.

No obstante lo anterior, la Sala de Decisión llama la atención del Jefe del Área de Seguimiento, para que en su calidad de ente investigador inicie las indagaciones preliminares respecto de las demás conductas que presuntamente pueden derivarse de las operaciones

De esta forma teniendo claridad sobre las circunstancias del incumplimiento, entrará la Sala a analizar si existe responsabilidad disciplinaria por la conducta asumida por la sociedad comisionista **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**, en punto al incumplimiento imputado, relativo a la celebración de una operación en mercado secundario de naturaleza diferente a la operación primaria repo sobre CDM No. 7491189 que subyace.

5.7.2. De la forma como se cantó y se complementó la operación.

Alega la sociedad comisionista en sus escritos de defensa que “(...) la sociedad *Bursátiles Agrarios de Colombia S.A.* **cantó en la Rueda la venta de una operación repo sobre CDM,** y no una operación de un contrato ganadero a término (CGT), cómo (sic) se le está indilgando (sic)”.

⁸³ SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL T-450 de 2001. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

Al respecto se debe mencionar que el Jefe del Área de Seguimiento expresó en el pliego de cargos que: *“En la grabación de la rueda en la cual se cantó la operación objeto de análisis se tiene que en el minuto 37, con 45 segundos el representante de Bursátiles Agrarios canta la compra de un ‘mercado secundario ganadero a término’ a 158 días con un valor de \$143.143.662 con una tasa del 12.5%, vendiéndolo a una tasa del 12%, cruzándose a una tasa de 12.5%, cerrando la operación al 12.5% en el minuto 38 con 17 segundos de la rueda del 16 de junio de 2008 ”.* La Sala escuchó nuevamente la grabación de la Rueda 111 de Junio 16 de 2008, evidenciando que tal y como lo menciona el Jefe del Área de Seguimiento, esta operación se cantó como *“Mercado secundario contrato ganadero a término”*.

Ahora bien, revisado el comprobante de negociación de la operación No. 7500979, se encuentra una inconsistencia en la casilla destinada al *“producto”*, toda vez que en la misma se relaciona *“MERCADO SECUNDARIO – CGT- CAFÉ EXCELSO”*. Asimismo en la impresión del detalle de la operación No. 7500979 en el Sistema de Información Bursátil de la BNA, se encuentra que en el espacio destinado al subyacente se presenta igual error, ya que en el mismo se establece *“1274 – MSCGT CAFÉ EXCELSO”*, no obstante que el número de la operación primaria, sea *“7491189”*, es decir la operación de Repo sobre CDM de café excelso. En efecto, es claro que el subyacente no coincide con el de la operación y que existe claramente una inconsistencia que debió ser detectada a instancias de la Bolsa o de la CRCBNA como ocurrió en el presente caso, al solicitarse por parte de esta última la declaratoria de incumplimiento.

Respecto del error evidenciado, la sociedad comisionista investigada lo presenta en sus descargos a la Sala, como un error de la Bolsa en la digitación de la operación, o en la complementación de la misma, sin que le sea posible derivar responsabilidad disciplinaria por dicho concepto a la sociedad investigada.

Al respecto, la Sala aclara que acorde a la reglamentación vigente, la complementación de las operaciones es una obligación que se encuentra en cabeza de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, y por tanto, se evidencia que en el caso concreto la investigada no solo cantó de forma errónea la operación sino que además en la complementación se presenta una incoherencia que no es advertida por la sociedad comisionista investigada.

En efecto en el Boletín Instructivo No. 9 del 19 de febrero de 2007, en el artículo 3.7 se define la complementación de la siguiente manera:

*“Se refiere a la captura ó transmisión de la información adicional **requerida a las sociedades comisionistas**, mediante el Sistema de Información Bursátil (SIB), para la compensación y liquidación de las operaciones celebradas en la rueda de negociación de la BNA. La información que se debe complementar es la siguiente:*

(...)

• En el caso de operaciones financieras, la punta vendedora debe complementar:

- ☐ *NIT del mandante*
- ☐ *Porcentaje (%) de comisión*
- ☐ *Número de Título*
- ☐ *Subyacente*
- ☐ *Cantidad*
- ☐ *Valor Nominal*

(...)"

Ahora bien, en esta misma disposición al referirse a los cronogramas para la complementación de las operaciones en el artículo 3.12., se menciona que: **"Las sociedades comisionistas deberán realizar la complementación de los datos que no fueron capturados durante la rueda y demás información relevante para que la BNA pueda proceder a emitir el comprobante de negociación. (...) Todas aquellas operaciones celebradas en el mercado abierto de la BNA que no hayan sido complementadas en su totalidad y de las cuales no se haya solicitado el aplazamiento oportuno, ante el Departamento de Operaciones de la BNA, serán declaradas incumplidas."**

En efecto existen datos que no son posible modificar en la etapa de complementación por parte de las sociedades comisionistas intervinientes en las operaciones. Uno de estos datos corresponde claramente al tipo de operación que se celebró en el mercado abierto de la BNA, es decir en la rueda de negocios. Es decir que el dato de *"mercado secundario sobre CGT"* no era posible de modificar en el módulo de complementación de operaciones. Sin embargo, el subyacente de dicha operación podía ser incluido posteriormente como en efecto lo hizo la sociedad comisionista investigada.

En el reporte enviado por el Departamento de Tecnología a esta Sala, copia del cual obra en el expediente, se evidencia que el comisionista el 16 de junio de 2008, a las 11:05 a.m. complementa la operación, incluyendo, entre otros aspectos el código del subyacente (1274) que corresponde en efecto a Café excelso. Pero en el registro de la rueda, es decir a las 9:38 a.m. del mismo día la información sobre el tipo de operación incluida en el sistema corresponde a *"MSCGT"* es decir mercado secundario de CGT, tal como fue cantado en la rueda.

De lo anterior, claramente se deduce que no existe un error en la complementación como tal, y tampoco se presenta un error de digitación atribuible al sistema a la Bolsa como lo pretende el investigado sino que queda claramente establecido que en la operación bajo estudio, que el error se presentó por parte de la sociedad comisionista al momento de cantar la operación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que hubo un error por parte de la sociedad comisionista al cantar la operación, no era posible por parte de la Bolsa realizar una modificación o corrección del mismo. En efecto, en audiencia ordenada por la Sala mediante Resolución 071 de 2009 y realizada el día 24 de Julio de 2009, el Director del Departamento de Operaciones de la BNA, Doctor Nelson Rodriguez, manifestó respecto de la posibilidad del área de operaciones de corregir la operación lo siguiente: *"Las modificaciones se hacen excepto por el precio y el subyacente son los que no se deben modificar, inclusive en nuestro artículo 75 de modificaciones es el tema de la excepción, aparentemente se podrá modificar el resto de datos. No es claro en este artículo que aplica para las operaciones de registro de facturas o que aplica para las financieras. Que hubiese sido factible, el tipo de negocio como tal no era modificable porque impacta el mercado en el momento de cerrar la negociación, no era lo mismo de pronto cerrar un mercado secundario de CGT a cerrar un mercado secundario de seguramente de CDM, por los impactos que puedo haber tenido en el momento"*. Posteriormente reitera: *"Lo otro importante aclarar es que obvio el tipo de operación, que es diferente al producto o al subyacente, digamos que el subyacente no es susceptible de modificación, el tipo de operación tampoco es susceptible de modificación porque si no sería como si cantaran primero un CPT y después no modifíquelo a CAT"*.

De esta forma, después de cometido el error por parte de la sociedad comisionista, la única posibilidad que tenía la Bolsa y la CRCBNA acorde a las normas vigentes para la época de los hechos era la de declarar el incumplimiento. Lo anterior es corroborado por el Director del Departamento de Operaciones en los siguientes términos: *“(…) digamos que el error de la firma inicia desde el momento del canto cierto, que eso ya está claro, y la segunda digamos inconsistencia pues fue en la complementación. Si efectivamente hay una validación y pues digamos prueba de esa validación es que se está solicitando el incumplimiento de la operación el mismo día”.*

Así las cosas, probado como se encuentra que la equivocación que origina la declaratoria de incumplimiento de la operación y por tanto que la CRCBNA deba a salir a cumplir la operación es imputable a la sociedad comisionista, considera la Sala que en efecto existe responsabilidad disciplinaria por la conducta asumida. En efecto concuerda la Sala con lo manifestado por el Jefe del Área de Seguimiento en cuanto: *“No puede eludirse que las sociedades comisionistas de bolsa, como profesionales del mercado, en el desarrollo profesional de su actividad deben actuar con el mayor grado de cuidado y diligencia, de manera eficaz y previendo los riesgos de incumplimiento que su actividad pueda causar a terceros, precisamente por razón de su especial conocimiento y por su experiencia en la compra y venta a través del contrato de comisión, en los mercados que la Bolsa administra. (...) BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A. dado su carácter profesional, tiene el deber de actuar con la mayor diligencia por ello no puede ser admisible que cante o registre en bolsa una operación en mercado secundario sobre un contrato ganadero a término, cuando la operación primaria de la que se deriva es un repo sobre CDM de café, o lo que es lo mismo celebrar una operación secundaria CGT, sobre un contrato inexistente, poniendo en riesgo la seguridad y transparencia del mercado”.*

Por consiguiente, encuentra la Sala que la falta de cuidado de la sociedad comisionista al cantar y complementar la operación, en efecto vulnera las normas reglamentarias y legales que rigen este mercado tal y como se explicará a continuación.

5.7.3 De las normas que se vulneran con la conducta estudiada, responsabilidad disciplinaria y graduación de la sanción.

El Jefe del Área de Seguimiento imputa el incumplimiento de las siguientes disposiciones *“artículo 29, numerales 8, 11 y 19, literal h) del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; en concordancia con lo previsto en el numeral 3.7 del Instructivo Operativo No. 09 de 2007 de la CRCBNA; configurando las conductas previstas en los numerales 9 y 11 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria”.*

En efecto, tal y como expresó previamente, el Boletín Instructivo No. 09 de 2007, establece en su numeral 3.7 la forma como se deben complementar las operaciones y quiénes son los responsables de dicha complementación. Es claro que en el caso concreto, no se realizó la complementación de forma congruente sino que se perpetuó el error cometido al momento de cantar la operación en Rueda, y esta equivocación es atribuible únicamente a la sociedad comisionista ya que la disposición bajo estudio establece claramente que la complementación: *“Se refiere a la captura ó transmisión de la información adicional requerida a las sociedades comisionistas, mediante el Sistema de Información Bursátil (SIB), para la compensación y liquidación de las operaciones celebradas en la rueda de negociación de la BNA. La información que se debe complementar es la siguiente”* (negrillas fuera del texto original)

Ahora bien, este error cometido por la sociedad comisionista al cantar la operación, en efecto induce en error al mercado ya que se vendió en mercado secundario una operación inexistente, y la información que llega al mercado es aquella que fue cantada en Rueda y posteriormente complementada en el sistema. De esta forma, la sociedad comisionista de Bolsa en efecto no se abstuvo de *“Actuar de modo tal que en cualquier forma puedan inducir en error a las partes contratantes, al mercado, a las autoridades o al público en general”*, como lo dispone el literal h) del numeral 19 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006.

Adicionalmente, el error cometido denota un riesgo operacional y reputacional para la sociedad comisionista que no puede ocurrirle a un profesional del mercado que debe manejar sus negocios con el mayor cuidado y responsabilidad posibles. En efecto, se puede dilucidar mediante la traza de la operación y la situación presentada que el riesgo operacional estuvo presente en todo el procedimiento de la sociedad comisionista para realizar la negociación correspondiente, esto es al cantar la operación y al complementarla, de hecho, únicamente notó el error cometido cuando la Bolsa declaró el incumplimiento de la operación después del análisis realizado por la CRCBNA. De esta forma la sociedad comisionista vulneró sus deberes de *“conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”* establecidos en el numeral 6 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA en concordancia con el numeral 8 del artículo 29 de Decreto 1511 de 2006⁸⁴ toda vez que hubo una falta de cuidado en el manejo de sus negocios lo cual ocasionó un riesgo reputacional en el mercado ya que llevó al incumplimiento de la operación.

Siguiendo esta línea, el incumplimiento de la operación conlleva a incumplir las normas reglamentarias que establecen de forma general la obligatoriedad de cumplir las obligaciones y deberes que corresponden a una sociedad comisionista miembro de la BNA, establecidas en el artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA en concordancia con el numeral 11 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006⁸⁵, en los siguientes términos:

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

“Num. 2° Cumplir permanentemente y en su integridad la ley, los estatutos y reglamentos de la Bolsa y las determinaciones de sus áreas u órganos de dirección, administración, operación, supervisión, disciplina y de solución de conflictos, sin que sirva de excusa o

⁸⁴ **Decreto 1511 de 2005.** Artículo 29 *“Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: Num. 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”.*

⁸⁵ **Decreto 1511 de 2005.** Artículo 29 *“Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: Num 11° Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva”.*

defensa la ignorancia de dichos reglamentos, circulares, instructivos operativos, acuerdos y laudos”

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

En mérito de lo expuesto, la Sala encuentra que para estos hechos existe una conducta objeto de reproche disciplinario.

Así las cosas, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas anteriormente, la Sala de Decisión No. 5 de la Cámara Disciplinaria, frente a la conducta desplegada por la sociedad comisionista, determina la sanción a imponer teniendo en cuenta para efectos de graduación de la sanción, 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.

Frente a la gravedad de los hechos y la infracción, encuentra la Sala que acorde a la imputación realizada el error al cantar una operación en Rueda representa un riesgo operacional de la sociedad comisionista de Bolsa. De esta forma, ponderando los elementos de graduación de la sanción, y teniendo en cuenta que con la conducta asumida la sociedad comisionista vulneró las disposiciones contenidas en los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA en concordancia con lo establecido en los numerales 8, 11 y 19, literal h) del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006, al cometer un error al cantar la operación que concreta un riesgo operacional de la sociedad comisionista, encuentra la Sala que es procedente un llamado de atención a la firma, para efectos de que esté atenta al manejo de sus negocios y al análisis de riesgos que debe hacer del mismo, ya que un error como el ocurrido no puede volver a presentarse.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la sociedad comisionista **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.** incurrió en una infracción que vulneró disposiciones reglamentarias y en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos y las circunstancias específicas en cada una de faltas estudiadas, por unanimidad la Sala de Decisión No. 5 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de Amonestación Pública.

VI.RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Sancionar disciplinariamente al miembro comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.** con AMONESTACIÓN PÚBLICA por el incumplimiento en la entrega del producto de las operaciones forward Nos. 7464199 y 7464202, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTICULO SEGUNDO: Sancionar disciplinariamente al miembro comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.** con MULTA DE DOS (2) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES por

incumplimiento en las entregas parciales y en la calidad del producto en la operación No. 6334920, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Sancionar disciplinariamente al miembro comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.** con AMONESTACIÓN PÚBLICA por el incumplimiento de la operación de mercado secundario No. 7500979, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO CUARTO: El pago de la multa que mediante esta Resolución se impone, se debe efectuar a nombre de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A en la cuenta corriente No. 250-03058-2 del Banco de Occidente, mediante consignación en efectivo o cheque de gerencia. El pago deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al día en que quede en firme la presente resolución. La consignación deberá acreditarse en el Departamento de Gestión de recursos Financieros de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., el mismo día en que se produzca el mismo. El incumplimiento en el pago será considerado una falta disciplinaria y una conducta sancionable.

ARTICULO QUINTO: Notificar a la sociedad, **BURSÁTILES AGRARIOS DE COLOMBIA S.A.**, el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., 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.

ARTICULO SEXTO: Notificar al Jefe del Área de Seguimiento, el contenido de la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., 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.

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

Dada en Bogotá, D.C., 19 días del mes de agosto de 2009

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Original firmado)
LUIS CARLOS ARANGO SORZANO
Presidente

(Original firmado)
ISABELLA BERNAL MAZUERA
Secretaria