

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

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

**RESOLUCIÓN No. 192
(31 DE AGOSTO DE 2012)**

POR MEDIO DE LA CUAL SE DECIDE UNA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

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

I. ANTECEDENTES

El Jefe del Área de Seguimiento de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia, el día 30 de marzo 2012, radicó en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.4.3.7 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, el pliego de cargos elevado contra la sociedad comisionista de bolsa **VALORAGRO S.A.**

La Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.3.2.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa y en desarrollo de la metodología establecida en el Reglamento Interno de la Cámara Disciplinaria, procedió a conformar la Sala de Decisión No. 8 la cual es integrada por los doctores Sergio Fajardo Maldonado y Luis Carlos Arango Sorzano. Habida cuenta del impedimento tramitado por el Doctor Ernesto Martínez Vargas, la Sala Plena, designó como miembro Ad-Hoc no independiente para conformar la Sala de Decisión No. 8, al Dr. Justo Aníbal Vásquez Duran, tal como consta en el acta 103 de la Sala Plena.

En sesión No. 258 del 10 de abril de 2012, la Sala de Decisión No. 8 encontró que se cumplieron los requisitos establecidos en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa para la formulación del pliego de cargos y por tanto, mediante Resolución 176 de 2012 admitió el pliego de cargos presentado por el Jefe del Área de Seguimiento y ordenó el correspondiente traslado.

La sociedad comisionista **VALORAGRO S.A.**, mediante escrito del 8 de mayo de 2012, dentro del término establecido para el efecto, presentó sus descargos institucionales,

allegando pruebas al expediente y solicitando el decreto y práctica de pruebas adicionales. En sesión 263 del 11 de mayo de 2012, la Sala de Decisión No. 8 negó la práctica de algunas de las pruebas solicitadas y decretó la práctica de pruebas de oficio y de las demás pruebas solicitadas por la sociedad comisionista investigada, mediante Resolución No. 180 de 2012, las cuales, se encuentran incorporadas al expediente.

En sesión 267 del 04 de junio de 2012, fueron practicadas las pruebas testimoniales decretadas y en sesiones 275 del 31 de julio de 2012 y 280 del 28 de agosto de 2012, la Sala de Decisión No. 8, estudió las pruebas practicadas y los demás documentos que obran en el expediente, aprobando el presente fallo, por unanimidad.

II. DE LA COMPETENCIA DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA

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

En desarrollo de dicha facultad la Sala de Decisión No. 8 de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa procede a pronunciarse sobre el caso objeto de la presente investigación.

III. DE LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

La Sala de Decisión para efectos de la valoración de las conductas sobre las cuales se admitieron cargos mediante Resolución de Admisión 176 de 2012, estudió las pruebas obrantes en el expediente original remitido por el Área de Seguimiento en tres cuadernos, así: (i) cuaderno No. 1 desde el folio 1 al 312; (ii) cuaderno No. 2 desde el folio del 1 al 88 y (iii) cuaderno No. 3 de pruebas del folio 1 al 378, así como las decretadas en la Resolución de Pruebas.

La Sala de Decisión, en la Resolución mencionada, negó la práctica de las siguientes pruebas solicitadas por la investigada: (i) las pruebas documentales solicitadas respecto de la operación No. 9761781 por no encontrarse establecida la utilidad de las mismas, toda vez que obra en el expediente suficiente acervo probatorio, para generar la convicción del juez en relación con los hechos objeto de prueba, (ii) la prueba testimonial solicitada respecto de las operaciones 9761781, 12389824 y 12653023, referida a la declaración del Coronel Wladislao Reinoso Marin, Director de la Cadena de Suministros de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, por encontrar que la misma no es útil para efectos de esclarecer los hechos objeto de investigación, toda vez que obra en el expediente suficiente acervo probatorio para efectos de dar claridad sobre los hechos objeto de investigación, (iii) la prueba testimonial solicitada respecto de la operación No. 11487577, referida a la declaración del doctor Luis Eduardo Quintero, integrante de la Cámara Arbitral de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A., por encontrar que la misma no cumple con la condición de pertinencia de la

prueba. En efecto, el doctor Luis Eduardo Quintero actuó en el marco de la Cámara Arbitral de la Bolsa como un amigable componedor y teniendo en cuenta, que la Sala de Decisión se encuentra investigando el incumplimiento de la operación y no, del acuerdo de arreglo directo que tiene lugar una vez ha acaecido dicho incumplimiento, no se encuentra establecida la relación con el hecho materia de investigación.

Sin embargo solicitó de oficio la práctica de pruebas documentales las cuales obran a folios 211 del Cuaderno. No. 4 y las demás pruebas testimoniales solicitadas por la investigada así como la audiencia del Representante Legal de **VALORAGRO S.A.** para efectuar una ampliación de los descargos, según su solicitud.

De acuerdo con lo anterior fueron practicadas las siguientes audiencias en sesión 267 del 4 de junio de 2012: (i) Testimonio del doctor Ernesto Martínez Vargas, Representante Legal de la sociedad comisionista Agrobursátil S.A., quien se pronunció sobre los hechos materia de investigación, de los cuales tuvo conocimiento, correspondientes al presunto incumplimiento de la operación Forward MCP 9761781, en la cual la sociedad comisionista Agrobursátil S.A. actuó como sociedad comisionista compradora, (ii) testimonio del Capitán Andrés Noval, Funcionario de la Oficina de Normas Técnicas del Ministerio de Defensa, quien se pronunció sobre los hechos materia de investigación, de los cuales tuvo conocimiento, correspondientes al presunto incumplimiento de la operación forward MCP No. 11487577, en la cual el Ministerio de Defensa Nacional actuó como mandante comprador, (iii) testimonio de la doctora Diana Torres Muñoz, abogada de Distrihogar S.A., quien se pronunció sobre los hechos materia de investigación, de los cuales tuvo conocimiento, correspondientes al presunto incumplimiento de la operación forward MCP No. 11487577, en la cual Distrihogar S.A. actuó como mandante vendedor, (iv) audiencia de ampliación de descargos, del doctor Félix Antonio Soto Amado representante legal de la sociedad comisionista investigada.

La transcripción y grabación de las audiencias obran en el expediente a folios 173 a 209 del Cuaderno No. 4.

IV. HECHOS

4.1.1.1. La sociedad comisionista **VALORAGRO S.A.** celebró en calidad de comisionista vendedor las operaciones Nos. 9761781, 12389824, 12653023 con las condiciones que se muestran a continuación:

Tipo Operación	No. Operación	Fecha celebración	Valor	Producto	Cantidad	Fecha entrega
FW MCP	9761781	3-sep-09	\$ 135,769,085	Calzado de calle material sintético	3,253	6-oct-09
DISP MCP	9761781	3-dic-10	\$ 11,940,000	Arroz blanco nacional en	6,000	Entre el 9 y 17 de diciembre

				saco		de 2010
DISP MCP	12653023	20-ene-11	\$ 11,400,000	Frijol cargamanto rojo	3,000	31-ene-11
FW MCP	11487577	19-jul-10	\$ 5,793,581,173	Juegos de cama	234,098	19-oct-10

4.1.1.2. Las operaciones enunciadas fueron declaradas incumplidas por la administración de la Bolsa como se muestra a continuación:

No. Operación	PSD	Fecha
9761781	665	03-Nov-09
12389824	004	04-Ene-11
12653023	129	01-Mar-11
11487577	628	30-Jul-10
	109	18-Feb-11

V. SOLICITUD FORMAL DE EXPLICACIONES

El Área de Seguimiento solicitó explicaciones formales, mediante comunicación ASI-279 del 21 de septiembre de 2011¹, por el presunto incumplimiento de las operaciones sobre físicos identificadas con los números 9761781, 12389824, 12653023 y 11487577 encontrando que con su conducta, la sociedad comisionista **VALORAGRO S.A.**, pudo haber vulnerado las disposiciones contenidas en los numerales 6, 8, 11 y 19 (literal h) del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006 (contenido en el artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010) y en los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, así como los numerales 9, 11 y 13 del artículo 2.2.2.1 y los artículos 3.1.1.6., 3.6.1.5., 4.2.1.10., 5.1.2.1., 5.1.3.2., 5.1.3.4., 5.2.1.1., 5.2.1.4. y 5.2.2.2. del Reglamento. Así mismo consideró que se podría haber vulnerado el artículo 75 del Reglamento vigente hasta el 1° de noviembre de 2010.

La sociedad comisionista **VALORAGRO S.A.**, mediante comunicación VSA-2281/11 del 14 de octubre de 2011², dentro del término Reglamentario establecido para el efecto, presentó sus explicaciones formales pronunciándose sobre cada uno de los hechos objeto de investigación.

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

¹ Obra en el expediente a folios 282 a 299 del Cuaderno No. 1

² Obra en el expediente en el cuaderno No.1 folios 306 a 312

El Área de Seguimiento mediante ASI-328 del 30 de marzo de 2012 elevó el pliego de cargos en contra de la sociedad comisionista **VALORAGRO S.A.**, imputando el incumplimiento de diferentes normas reglamentarias y legales.

Efectúa consideraciones de carácter general referidas al cumplimiento oportuno de las operaciones celebradas en la Bolsa, como presupuesto fundamental de este mercado y las obligaciones de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa cuando participan como profesionales en este mercado y en virtud de un contrato de comisión y posteriormente se refiere a cada una de las operaciones objeto de investigación y señala las normas que con su conducta entiende vulneradas.

VII. DESCARGOS PRESENTADOS POR LA SOCIEDAD COMISIONISTA

La sociedad comisionista **VALORAGRO S.A.**, presenta a la Sala de Decisión sus Descargos, en el término reglamentario establecido para el efecto, junto con las pruebas que pretende hacer valer en la presente actuación.

Efectúa, en primer lugar, observaciones generales respecto de la admisión del pliego de cargos, cuestionando que dicha decisión deba adoptarse a través de una Resolución por considerar que se trata de una decisión interna del órgano autorregulador. Así mismo señala que la Resolución de Admisión no se menciona el acto sobre el cual se está corriendo traslado y genera dudas respecto del órgano al cual deben dirigirse los descargos.

Acto seguido se refiere al acápite del pliego de cargos en donde se recomienda la imposición de una sanción considerando que constituye *“un claro prejuzgamiento del Órgano Autorregulador”*.

De otra parte considera que los cargos formulados no son presentados técnicamente y señala: *“El desarrollo normal que apreciamos debe surtirse del trámite disciplinario, lo integra, una etapa investigativa preliminar, que debe desarrollar el área de Seguimiento. Revisado lo anterior, la misma Área de Seguimiento, debe establecer, para cada caso, si existe o no elementos suficientes para formular cargos, y en ese evento, elabora el denominado pliego de cargos, el cual debe ser examinado por la Sala de Decisión correspondiente, para establecer si los encuentra procedentes o no. Si se admite el pliego de cargos formulado, consecuentemente ordena su traslado. No obstante, los cargos como tales no se estructuran técnicamente hablando, y lejos de constituir un pliego de cargos, constituye un escrito interno (del órgano de Autocontrol), que toma partido, recomendando multas, como si se tratara de una recomendación para la imposición de multas. En ese orden, tales circunstancias violan el derecho de defensa de los investigados”*.

Posteriormente efectúa algunas consideraciones generales respecto de los negocios efectuados en este escenario.

Señala de una parte que: *“resulta común que las fichas técnicas de negociación queden diseñadas de manera imprecisa, confusa, dando lugar a interpretaciones indistintas, divergentes, convirtiéndose en fuente de inconvenientes y de inequidades, que de manera general se le cargan y cobran a las sociedades comisionistas. En muchos casos, estas fichas técnicas no tienen en cuenta la realidad del país, respecto de los productos y producción a que se refiere, de manera tal, que resultan imposible de cumplir en los términos dados. Las fichas técnicas de negociación deberían ser examinadas por la Bolsa, y por personas competentes, conocedoras de cada tema, de manera previa a su publicación”.*

En la misma línea menciona que la Bolsa no cuenta con laboratorio técnico que permita dirimir los conflictos de calidad que puedan surgir, y el trámite para la contratación de laboratorios externos, no es transparente.

Menciona la sociedad comisionista investigada que: *“La Bolsa, expuso y mantiene una posición jurídica consistente en que **es necesario declarar previamente el incumplimiento de una operación, para que las partes puedan concurrir a la denominada Cámara Arbitral, con el objeto de solucionar directamente cualquier divergencia que surja entre los mismos. Tal situación, se constituye en un elemento más que contribuye a la generación de inconvenientes e inequidades en el diario discurrir de las operaciones de Bolsa”.***

Se refiere posteriormente a las declaraciones de incumplimiento certificadas por la administración de la Bolsa, resaltando que de manera previa se debe tener certeza de la existencia del incumplimiento, y no sólo la manifestación de una de las partes.

De otra parte señala que: *“(…) son no pocos los casos, en donde los comitentes vendedores y compradores, llevan a cabo, de manera directa, acuerdos, independientemente de las sociedades comisionistas, lo cual, debe trasladar la responsabilidad que inicialmente se le atribuía a las sociedades comisionistas. Sin embargo, la Bolsa, incluido el Órgano de Autorregulación, no han asumido una posición consecuente con tales hechos, por lo menos, no son de nuestro conocimiento. Ahora bien, este hecho no es sobreveniente. De manera previa a la rueda de negociación, la entidad estatal, normalmente comitente compradora, verifica que el proveedor, esto es comitente vendedor, cumpla con los requisitos exigidos por la ficha técnica de negociación, y quien no cumpla tales requisitos, no puede hacer parte de la rueda de negociación, circunstancia que desnaturaliza una operación de Bolsa, generando posibilidades de direccionamiento de la operación por la respectiva entidad aspecto que pone en entredicho al mercado”.*

Posteriormente se refiere a cada una de las operaciones objeto de investigación. Los argumentos esgrimidos por la sociedad comisionista investigada serán analizados por la Sala en las consideraciones específicas de cada conducta.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

8.1. De las observaciones generales efectuadas por VALORAGRO S.A.

8.1.1. Del proceso disciplinario: admisión del pliego de cargos y recomendación de la sanción.

El procedimiento disciplinario adelantado por el órgano autorregulador de la Bolsa se encuentra regulado en el Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, el cual señala cada uno de los pasos del procedimiento y las reglas aplicables, el cual debe ser conocido por las sociedades comisionistas que participan en este mercado.

Es así como el artículo 2.4.4.1. del citado Reglamento, regula lo concerniente a la admisión del pliego de cargos en los siguientes términos:

Una vez remitido el pliego de cargos por el Jefe del Área de Seguimiento a la Cámara Disciplinaria, el Secretario convocará a la sala de decisión que conocerá del respectivo caso.

Una vez la misma sea conformada, esta decidirá sobre la admisión del pliego de cargos.

La sala de decisión contará con término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la recepción del pliego de cargos por el Secretario de la Cámara Disciplinaria. Vencido el término para admitir sin que hubiera pronunciamiento al respecto se entenderán admitidos.

Así mismo señala el artículo 2.4.4.3. que “Admitido el pliego de cargos se correrá traslado de este a los investigados por un término de diez (10) días hábiles, para que éstos hagan los pronunciamientos que estimen pertinentes y los remitan directamente al Secretario de la Cámara Disciplinaria. En todo caso los investigados podrán solicitar al Secretario de la Cámara la prórroga del anterior término antes del vencimiento del mismo, quien podrá concederla hasta por un término de cinco (5) días hábiles más. El pliego de cargos deberá estar acompañado de una relación completa de las pruebas que se pretendan hacer valer contra el investigado. Las pruebas y el expediente de la actuación estarán a su completa disposición durante todas las etapas procesales”.

Por su parte, el Reglamento Interno de la Cámara Disciplinaria señala en su artículo 3.1 lo siguiente:

Radicado el pliego de cargos en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, la Secretaría procederá a conformar la Sala de Decisión conforme a lo previsto en el presente Reglamento y convocará a los miembros de la respectiva Sala, para que dentro de los ocho días siguientes se pronuncie sobre su admisión y en ese caso se proceda al traslado, o sobre la devolución del mismo, de acuerdo con los artículos 2.4.4.1, 2.4.4.2 y 2.4.4.3 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA.

*En la primera sesión de la Sala de Decisión, se designará al Presidente de la Sala, y se estudiará el cumplimiento de los requisitos del pliego de cargos. **La decisión de admisión y traslado se hará constar en una Resolución que se notificará al investigado y se comunicará al Jefe del Área de Seguimiento.***

Cuando la Sala considere que los hechos no se adecuan a las normas citadas como infringidas o a los requisitos establecidos en el Reglamento para la formulación de cargos, ordenará a través de resolución la reformulación de cargos. La misma será enviada al Jefe del Área de Seguimiento. Dicha resolución se limitará a hacer una descripción de las falencias formales y sustanciales del pliego de cargos tal como lo prevé el artículo 2.4.4.2 del Reglamento de Funcionamiento y Operación y ordenar su reformulación. (negritas por fuera del texto original)

Nótese cómo se trata de un procedimiento totalmente regulado y que se siguió en el presente proceso disciplinario tal y como lo señalan las disposiciones anotadas. Es de anotar que la Resolución de Admisión se notifica al investigado, básicamente para contar con certeza del término de traslado del pliego de cargos y por ende, de la fecha en la cual la sociedad comisionista debe presentar sus descargos. De esta manera como puede apreciarse no se trata de una decisión interna del órgano autorregulador pues implica una actuación posterior del investigado, para efectos de ejercer su derecho de defensa dando respuesta a los cargos elevados por el área de seguimiento y allegando o solicitando la práctica de las pruebas que considere pertinentes, conducentes y útiles.

Respecto de las dudas que considera la sociedad comisionista investigada se generan sobre el acto sobre el cual se corre traslado y el órgano al cual deben ir dirigidos los descargos, considera la Sala que los artículos citados que regulan el procedimiento son claros, en cuanto se corre el traslado del pliego de cargos para que el investigado se pronuncie sobre el mismo, ante la Sala de Decisión correspondiente. De hecho, en la misma Resolución de admisión por ser la primera actuación de la Sala, se informa el nombre de los miembros que integran la Sala de Decisión quienes conocerán y estudiarán el pliego de cargos radicado en la Cámara Disciplinaria.

Ahora bien, en cuanto a la recomendación de la sanción, se debe indicar que la misma es un requisito reglamentario. En efecto, el artículo 2.4.3.7 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en su inciso final señala *“El pliego de cargos deberá contener una síntesis de los hechos investigados, una evaluación de las explicaciones presentadas, un análisis de las pruebas recaudadas hasta ese punto y **la recomendación a la Cámara Disciplinaria de la imposición de una sanción**”*. De hecho, si no se cumpliera este requisito, la Sala de Decisión que avoca conocimiento del caso, debe proceder a devolver para que el pliego de cargos se subsane, tal como lo prevé el artículo 2.4.4.2 *“Cuando la Sala de Decisión considere que los hechos no se adecuan a las normas citadas como infringidas o a los requisitos establecidos en el presente Reglamento para la formulación del pliego de cargos ordenará al Jefe del Área de Seguimiento la reformulación de los cargos”*. (negritas por fuera del texto original)

Así las cosas, resulta claro que se trata no sólo de una función que le compete al Jefe del Área de Seguimiento sino que es una obligación para éste, la de recomendar la imposición de una sanción.

Por otra parte es preciso aclarar que en ningún caso la posición del Jefe del Área de Seguimiento podría dar lugar a un prejuicio ya que la función de *juez* se encuentra únicamente en cabeza de la Cámara Disciplinaria. En efecto, el Área de Seguimiento de la Bolsa ejerce la función de la autorregulación conocida como *supervisión*, la cual consiste según el artículo 2.1.1.3 del Reglamento “*en la verificación del cumplimiento de las normas aplicables a sus miembros y a las personas vinculadas a éstos*”. De esta manera, este órgano puede, en el pliego de cargos que remita a la Cámara Disciplinaria, adoptar la posición que considere adecuada sin que esto pueda considerarse como una violación al debido proceso o a los principios de imparcialidad y objetividad en la valoración de las pruebas ya que será el órgano disciplinario –Cámara Disciplinaria- quién efectúe de acuerdo a las reglas de la sana crítica la valoración de las pruebas obrantes en el expediente y determinará la imposición de una sanción en caso de demostrarse la existencia de una conducta contraria a la reglamentación vigente sin causal que exima de responsabilidad.

Ahora bien, en cuanto a los cargos formulados debe señalarse que contrario a lo señalado por la investigada, el área de seguimiento en el manejo que da al pliego de cargos, establece un acápite de normas vulneradas en donde se refiere a las mismas y se realiza un resumen del concepto de violación.

Adicionalmente, el concepto de la violación y la exposición de los motivos de las mismas se encuentran desarrollados más ampliamente en el acápite en donde se evalúan las explicaciones presentadas, las pruebas obrantes en el expediente y las circunstancias presentadas.

En efecto, en las consideraciones del área de seguimiento se analiza el incumplimiento en la entrega de las operaciones, situación que se encuentran expresamente establecida en las normas y que su no cumplimiento conlleva a su vulneración.

Así, no se presenta una indebida formulación de cargos, y los mismos serán objeto de análisis por parte de la Sala de Decisión quien tiene, la facultad de “*imponer sanciones por el incumplimiento de las normas aplicables para lo cual la Cámara Disciplinaria valorará los hechos, las conductas y las pruebas que le sean presentadas por el Jefe del Área de Seguimiento con la finalidad de evaluar la existencia de una infracción*”. Así mismo es la Cámara Disciplinaria y no el área de seguimiento quien determina la existencia o no de responsabilidad disciplinaria por parte del investigado.

Se debe concluir que no se evidencia afectación al derecho de defensa, pues no sólo se siguió el procedimiento reglamentario estrictamente brindando todas las oportunidades procesales para ejercer su derecho, sino que es claro que en sus descargos, la investigada efectuó una defensa extensa y clara, en donde se pronunció no sólo sobre los hechos y circunstancias particulares presentadas en cada una de las operaciones bajo estudio, y adicionalmente amplió sus descargos de manera verbal. En efecto, son claros los cargos en cuanto a incumplimiento en operaciones de físicos por

la no entrega del producto en las fechas pactadas, sin que sea posible argumentar desconocimiento sobre la imputación.

8.1.2. De las fichas técnicas de negociación y requisitos exigidos

Uno de los argumentos de defensa de la investigada, se refiere a la estructuración de las fichas técnicas y cómo las mismas en ocasiones no quedan bien diseñadas.

Al respecto se debe aclarar que si bien es cierto que en el mercado de compras públicas el comitente comprador y su comisionista son los responsables de estructurar, revisar y validar la ficha técnica de negociación, no es menos cierto que dentro las responsabilidades que como profesional experto y prudente tenía la sociedad comisionista **VALORAGRO S.A.** en su calidad de comisionista vendedor, se encontraba la de estudiar y analizar las fichas técnicas para efectos de determinar la capacidad de cumplimiento por parte de su cliente, en las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se pactaron esas operaciones. Así, debe verificar que las condiciones establecidas fueran congruentes y factibles de cumplir toda vez que el estudio juicioso de cada ficha técnica es una labor de la sociedad comisionista.

Así las cosas no puede ser eximente de responsabilidad el hecho que las fichas técnicas establezcan condiciones de difícil cumplimiento, ya que era responsabilidad de la sociedad comisionista el determinar la viabilidad de dichas negociaciones, en especial para efectos de poder brindar una correcta asesoría a su cliente.

8.1.3. De la declaratoria de incumplimiento de la operación.

En lo que se refiere a la certificación de incumplimiento que expide la Bolsa, se debe aclarar que el Artículo 81 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, señala que *“Cuando un miembro incumpliera los términos pactados en una negociación, la Bolsa Nacional Agropecuaria, a solicitud escrita de la parte afectada o de oficio, certificará su incumplimiento y dará traslado inmediato al Organismo Arbitral para que, de acuerdo con la Reglamentación establecida, cita a las personas a conciliación, sin perjuicio de la acción disciplinaria a que hubiere lugar. (...)”*. De ahí se deriva, que la Bolsa no debe efectuar un análisis de la situación presentada, sino que una vez tenga conocimiento de que no han sido cumplidas las condiciones pactadas en la negociación procederá a certificar el incumplimiento.

Ahora bien, la Sala de Decisión, para la determinación de la responsabilidad disciplinaria que le asiste a la sociedad comisionista si analiza cada una de las circunstancias presentadas y la conducta desplegada por la sociedad comisionista en cada caso concreto.

En efecto, se debe señalar que la declaratoria de incumplimiento emitida por la administración de la Bolsa, únicamente representa una prueba dentro del proceso disciplinario y así mismo es valorada.

8.1.4. De los acuerdos efectuados de común acuerdo por los clientes.

Si bien, en cada una de las operaciones objeto de investigación se analizará detalladamente las circunstancias presentadas y los acuerdos realizados, debe anotarse preliminarmente que de ninguna manera, como lo señala la investigada, puede aceptarse que en este escenario de negociación se efectúen acuerdos de manera directa entre los comitentes –que no son parte en la negociación- haciendo caso omiso de los procedimientos reglamentarios establecidos para el efecto.

No debe olvidarse de una parte que las sociedades comisionistas se obligan en virtud de un contrato de comisión, actuando a nombre propio y por cuenta ajena, de esta manera su obligación va hasta el cumplimiento de la operación en los términos pactados, no siendo posible trasladar la responsabilidad a su mandante bajo ninguna circunstancia, pues para efectos de la negociación, no es parte.

Es así, como frente a la Bolsa y para efectos disciplinarios, es el comisionista quien debe cumplir con las obligaciones impuestas mediante los reglamentos y la normatividad vigente, y su incumplimiento conlleva precisamente al reproche de conducta que realiza el órgano autorregulador. En efecto, el eje primordial del mercado de la Bolsa consiste en realizar una operación a nombre propio pero por cuenta de un tercero, lo cual implica, que la responsabilidad se radica en cabeza de la sociedad comisionista miembro de la misma.

Por esto, resulta totalmente ajeno a este mercado el trasladar la responsabilidad a los mandantes pues el punto diferenciador del mercado bursátil es la seguridad y el cumplimiento, obligaciones ambas en cabeza de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa. Es claro entonces para la Sala que si no se exigiera el cumplimiento a los comisionistas, no podría existir el mercado bursátil de la Bolsa. Así las cosas, la obligación del comisionista no se limita a únicamente seguir instrucciones sino a cumplir las obligaciones propias de la operación celebrada.

De otra parte, se debe resaltar que en este mercado se encuentra limitada la autonomía de la voluntad privada, y en tal sentido las partes no pueden efectuar modificaciones por fuera de los términos reglamentarios.

Dicha situación encuentra su fundamento en la naturaleza del mercado administrado por la Bolsa y de las negociaciones que en él se realizan. En efecto nos encontramos frente a un mercado regulado que involucra una actividad de interés público.

Así las cosas, la modificación de una operación no es una situación que interese únicamente a las partes de la negociación ya que la operación se cerró en Bolsa bajo unas condiciones que se dieron a conocer al mercado y es en esas condiciones que se debe cumplir la operación o en su defecto cumplir los requisitos reglamentarios para su modificación.

En efecto, no puede ser de recibo en este mercado las modificaciones efectuadas por fuera de las disposiciones reglamentarias toda vez que dicha situación podría ir en contra de la transparencia del mercado toda vez que quienes ofertaron en la Rueda de Negocios, lo hicieron de acuerdo con las condiciones establecidas en las fichas técnicas que habían sido publicadas.

De esta manera no pueden ser validadas modificaciones que aún cuando se realizan por mutuo acuerdo entre las partes y tal vez con la intención de llevar la operación a los mejores términos posibles, podrían afectar intereses de los demás participantes del mercado y por ende la transparencia del mismo.

8.2. Del incumplimiento en la entrega del producto en las operaciones de disponible MCP No. 12389824 y 12653023.

8.2.1. Operación No. 12389824: de la situación presentada y argumentos de defensa presentados por la sociedad comisionista VALORAGRO S.A.

Se encuentra probado en el expediente que la sociedad comisionista **VALORAGRO S.A.** celebró en calidad de comisionista vendedor la operación de disponible MCP No. 12389824 el 3 de diciembre de 2010, sobre 6000 kilos de arroz blanco nacional en saco, por un valor total de negociación de \$11.940.000, con la sociedad comisionista Agrored S.A. como comisionista comprador³. Las entregas del producto debían efectuarse entre el 9 y el 17 de diciembre de 2010, de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 12:00 m y de 2:00 p.m. a 4:00 p.m.⁴.

El mismo día de celebración de la operación, **VALORAGRO S.A.** remite correo electrónico en donde informa a su mandante de la operación celebrada, detallando el producto, la cantidad, precio, sitio de entrega y fechas de entrega.⁵ Así mismo, el 14 de diciembre de 2010 la sociedad comisionista recuerda las fechas de entrega de la operación a su mandante y solicita se remitan los soportes de entrega⁶.

³ Comprobante de negociación (Cuaderno No. 1 folio 104) e Impresión del SIB (Cuaderno No. 1 folios 098 y 099).

⁴ Ficha técnica de entregas: Anexo de compra mensual No. 001 al contrato de comisión 023/2010 Suscrito entre la ALFM y Agrored S.A. (24-nov-10) (Cuaderno No. 1 folios 081 al 090). Ficha técnica del producto (Cuaderno No. 1 Folio 091). Ficha técnica de negociación (Cuaderno No. 1 folios 092 a 097).

⁵ Cuaderno No. 3 folio 180 y 181

⁶ Cuaderno No. 3 folio 178

No obstante lo anterior, el 27 de diciembre de 2010 Agrored S.A. informa a la Bolsa que no fue entregado el producto y por lo tanto solicitan se declare el incumplimiento⁷. El incumplimiento es certificado por la administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-004 del 4 de enero de 2011 por el incumplimiento de la operación, por entrega extemporánea⁸

Mediante comunicación del 7 de enero de 2011, **VALORAGRO S.A.** responde a la declaratoria de incumplimiento certificada por la Bolsa explicando que⁹:

“(...) la demora en la entrega del arroz se produjo por el fuerte invierno que azoto (sic) a gran parte del país, como lo registraron los siguientes comunicados (...)”

A pesar de que la demora en la entrega del producto se debió a motivos de fuerza mayor como fue la dificultad de acceso a las vías de transporte para llegar al sitio de entrega del producto, mi mandante DIANA CORPORACIÓN S.A., (...) aceptó indemnizar con un 3% sobre el producto el cual corresponde a 180 kilos, como ya se menciona (sic)”.

En efecto, el día 4 de enero de 2011, el mandante vendedor informó a la Agencia Logística de las Fuerzas Militares que indemnizarán en un 3%, en producto que se entregará al cierre de las operaciones de enero¹⁰.

Así mismo, el día 5 de enero de 2011 la ALFM solicita a su comisionista que se desista del incumplimiento¹¹ y en consecuencia, este mismo día Agrored S.A. remite comunicación a la BMC, en la que solicita se desista de la declaratoria de incumplimiento: *“dando alcance a la comunicación CTA.AG.2010-5035 y de acuerdo a la comunicación No. 007 enviada por nuestro mandante Agencia Logística, nos permitimos solicitar que se desista del incumplimiento decretado debido a que el producto fue entregado en la Regional Pacífico y se acordó que la operación se indemniza en un 3% en producto”*¹². Obra adicionalmente en el expediente comunicación de **VALORAGRO S.A.** dirigida a la Bolsa el 30 de diciembre de 2010 remitiendo la Factura de venta con fecha del 23 de diciembre de 2010 de DICORP S.A. por 6.000 kg, por valor de 11.940.000¹³.

⁷ Cuaderno No. 1 folio 108. En virtud de la solicitud efectuada por la comisionista compradora el 29 de diciembre de 2010 el Departamento de Operaciones de la Bolsa solicita a **VALORAGRO S.A.** que envíe un cuadro con el detalle de cantidad, fecha y lugar de entrega anexando los soportes de entrega y recibo señalando que debe entregar la información antes del 30-dic-10 (Cuaderno No. 1 folio 103). Posteriormente, el 4 de enero de 2011 Agrored S.A. informa que el producto fue entregado fuera del plazo establecido en la negociación (Cuaderno No. 1 folio 105).

⁸ Cuaderno No. 1 folios 109 y 110

⁹ Cuaderno No. 1 folio 111 a 113

¹⁰ Cuaderno No. 3 folio 182

¹¹ Cuaderno No. 3 folio 071

¹² Cuaderno No. 3 folio 072

¹³ Así mismo hace parte del expediente un registro del “subsistema de información comercial” del la ALFM del 28 de diciembre de 2010 en el Cuaderno No. 1 folio 106.

De acuerdo con lo anterior se evidencia que el producto fue finalmente entregado en el lugar pactado, con unos días de retraso. De hecho, el Departamento de Convenios informó que respecto de esta operación no se llevó a cabo arreglo directo entre las sociedades comisionistas¹⁴.

Lo anterior fue presentado por la sociedad comisionista investigada como argumento de defensa, señalando que el producto fue entregado en su totalidad y a satisfacción del comitente comprador y explica: *“Que como consecuencia del régimen de lluvias, entre los días 9 y 17 de diciembre de 2010, se presentaron inconvenientes de tráfico entre la carretera Cali a Buenaventura, lugar de entrega del producto, circunstancia que constituyó un hecho notorio; Que teniendo en cuenta lo anterior, y de manera previa a la declaratoria de incumplimiento, las comitentes vendedora y compradora, Diana Corporación S.A., Dicorp S.A., y la Agencia Logística de las Fuerzas Armadas, respectivamente, celebraron un acuerdo directo, que les permitiera que la operación tuviese un feliz término, como al que efectivamente se llegó”*.

Al respecto se debe señalar que si bien el hecho notorio se ha definido como aquél *“cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo”*¹⁵, el efecto procesal que los mismos producen es la exoneración de la carga de la prueba.

De acuerdo con lo anterior, si bien es cierto que la situación de invierno para la época de los hechos podría catalogarse como un hecho notorio, no así el cierre de una carretera específica dentro del territorio nacional ya que tal situación no es de conocimiento común y en tal sentido, debe probarse su ocurrencia si se quiere que el hecho alegado se tenga como constitutivo de fuerza mayor.

Ahora bien, frente a la situación alegada por la sociedad comisionista como hecho constitutivo de fuerza mayor señaló el área de seguimiento:

“(…) sin embargo, respecto de dicho argumento, vale la pena anotar que, no obstante que la encartada no aporta con las explicaciones prueba alguna que permitiera evidenciar que en efecto la vía mencionada en el citado escrito se encontraba afectada de alguna manera por el invierno que azotó al país en el mes de diciembre de 2010, el Área de Seguimiento consultó las páginas de entidades calificadas en lo que se refiere a temas climáticos – IDEAM- y estado de las carreteras nacionales –INVÍAS- evidenciando, en primer lugar, en los reportes denominados “Informe Técnico Diario”¹⁶ elaborados por el Director General, el Jefe Oficina de Pronóstico y Alertas y el Coordinador de Alertas del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM) que entre el 9 y el 17 de diciembre de 2010 (período establecido para realizar la entrega del producto negociado), solamente los días 9,

¹⁴ Cuaderno No. 3 folio 038

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Constitucionalidad C-145 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁶ Consultar la página <http://institucional.ideam.gov.co/jsp/index.jsf> y seguir la ruta: Servicios de Información al Ciudadano – Servicios - Informes Técnicos - Informe Diario de Alertas.

12 y 13 se destacaron por tener lluvias significativas, es decir, superiores a los 40 mm en el Municipio de Buenaventura (sitio de entrega del producto negociado).

Por otro parte, el Departamento del Valle del Cauca los días 9, 10 y 11 fue clasificado como un sector de amenaza alta por deslizamientos y afectación en las principales vías de acceso y el período comprendido entre los días 12 y 17 estuvo clasificado como de amenaza moderada por las mismas razones. Ahora bien, en relación con el estado de las carreteras del Departamento del Valle del Cauca durante el mismo lapso de tiempo acordado para la entrega de los 6.000 kilos de arroz, el Instituto Nacional de Vías (INVIAS)¹⁷ reportó en la noticia titulada “Gobierno Nacional solicita apoyo a US ARMY” del 9 diciembre de 2010, entre otros asuntos, que de 123 vías con pasos restringidos en todo el país, 18 departamentos fueron perjudicados y entre los más afectados con esta alerta se encontraban: Risaralda con 13; Antioquia con 11; Caldas con 11; Santander 6; Valle del Cauca con 5; Norte de Santander con 4 y Cundinamarca con 4 vías, sin que exista mención sobre inconvenientes en el acceso al Municipio de Buenaventura. Revisados los reportes de los días restantes no se encuentra novedad sobre el precitado Departamento, lo cual permite inferir que de acuerdo con lo publicado en la página de dicha entidad, no habría existido inconveniente alguno que impidiera transitar por el sector, por lo menos, en las carreteras que comunicaban con el Valle del Cauca.

No obstante lo anterior se debe anotar, que la sociedad comisionista investigada, en comunicación del 7 de enero de 2011, ya citada, en la cual se pronuncia frente al incumplimiento certificado se refirió a los siguientes comunicados:¹⁸

“(…) comunicado de prensa de radiosantafe.com adjunto, en el cual se evidencia que el la fecha del 4 de diciembre el comandante de Policía de carreteras, Mayor Samuel Carrillo, informó que por estas fechas la carretera que comunica a Cali con el puerto de Buenaventura estaba cerrada debido a 4 deslizamientos de tierra que impiden el paso vehicular a la altura de los kilómetros 47, 52, 74 y 77.

Boletín No. 282 de la Red Integral de Seguridad en el transporte RISTRA de INVIAS, del lunes 20 de diciembre en el cual mencionan que la vía al mar entre Buenaventura y Buga se encuentra restringido en los kilómetros 66, 78 y 60 + 200 como también paso a un carril en los kilómetros 95, 66 y 104; como se podrá dar cuenta en este boletín los motivos son caída de rocas y de tierras por lo cual se demuestra que esta situación de fuerza mayor se debió al gran invierno que desde hace unos meses viene viviendo todo el territorio nacional”.

Al consultar las noticias en los medios de comunicación para la época de los hechos se encuentra que el periódico El Espectador el 4 de diciembre de 2010 publicó lo siguiente¹⁹:

“Cuatro derrumbes bloquean el paso en la vía Cali - Buenaventura en los kilómetros 47, 52, 74 y 77 entre los sectores de Loboguerrero y Cisneros. Las autoridades advierten que la lluvia impide la remoción de tierra y lodo que impide el paso desde hace varias horas.

¹⁷ Consultar la página <http://invias.gov.co/> y seguir la ruta: Sala de Prensa - Noticias - 2010 - Diciembre.

¹⁸ Cuaderno No. 1 folio 111 a 113

¹⁹ <http://www.elespectador.com/articulo-238764-derrumbes-bloquean-via-cali-buenaventura>

La información sobre las víctimas es confusa, pues en un principio informaron que había tres muertos y dos desaparecidos, pero minutos más tarde confirmaron que no había ni muertos ni heridos.

Sin embargo, al final la tarde de este sábado Caracol Radio informó que los derrumbes habrían sepultado cuatro carros particulares, entre ellos dos tractomulas, dejando una mujer muerta, varios desaparecidos y tres heridos que ya fueron trasladados al hospital San José del municipio de Restrepo”.

El periódico El Tiempo, por su parte, publicó en la misma fecha lo siguiente²⁰:

“En varios puntos de la carretera han caído piedras, árboles y tierra. Inundaciones no dan tregua.

El último deslizamiento en la vía entre Buenaventura y Buga se registró este sábado, poco antes de las 2:00 de la tarde en el kilómetro 77.

Bajo la tierra quedó el cuerpo de una mujer, al parecer vendedora ambulante, que se movilizaba en una motocicleta, según informó el mayor Saúl Carrillo, comandante de la Policía de Carreteras en el Valle.

El derrumbe arrastró una tractomula que estaba parqueada sobre la vía y fue su conductor quien reportó acerca de la suerte de la mujer, cuyo cuerpo ya fue rescatado.

Por esa vía, en la que diariamente circula un promedio de 1.500 vehículos de carga pesada, varios derrumbes mantienen interrumpido el tráfico.

El mayor Carrillo dijo que los puntos más críticos son los kilómetros 47, donde hay deslizamiento de tierra con caída de árboles, el 74 y el 77, donde anoche se removía tierra para verificar si hubo otras personas afectadas.

Algunos tramos de la vía han sido despejado parcialmente, pero se estima que solo hasta este domingo se abrirá el paso”.

La W radio también señaló²¹:

Cuatro derrumbes impiden el paso por la carretera que comunica a Cali con el Puerto de Buenaventura, confirmó el comandante de la Policía de Carreteras, mayor Samuel Carrillo.

El oficial aseguró que hasta el momento no se confirma personas muertas por estos deslizamientos de tierra, que se presentan en los kilómetros 47, 52, 74 y 77 entre los sectores de Loboguerrero y Cisneros. Previamente, los lugareños dijeron que había por lo menos tres muertos.

²⁰ http://www.eltiempo.com/colombia/cali/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-8518820.html

²¹ <http://www.wradio.com.co/noticia/cuatro-derrumbes-bloquean-via-buga--buenaventura/20101204/nota/1394376.aspx>

Las autoridades advierten que las lluvias, que aún persisten en la vía Cali-Buenaventura, están impidiendo la remoción de tierra y lodo que impide el paso.

(...)

Posteriormente, el día 6 de diciembre de 2010, el periódico El País publicó la siguiente noticia²²:

*“En la madrugada de este lunes se habilitó un carril de la vía que de **Buenaventura** conduce a **Buga** y que permanecía cerrada desde el sábado pasado debido a varios derrumbes que cayeron sobre la carretera por causa de las fuertes lluvias que vienen azotando al país.*

*La **Policía de Carreteras** confirmó que aunque lento, ya hay paso en la carretera Cabal Pombo en cercanías del corregimiento de **Cisneros**.*

*A la altura del kilómetro 47, en el sector conocido como La Guinea se ocasionó un desprendimiento de tierra, lodo y piedras debido a que el fuerte invierno que golpea la zona paralizó el transporte vehicular entre **Buenaventura** y Loboguerrero desde las 2:00 de la tarde de este sábado, pero gracias al traslado de máquinas de trabajo pesado llevadas desde Dagua se pudo permitir que pasen vehículos, entre tractomulas de transporte de carga y particulares.*

“Entre tanto en el otro sector, el kilómetro 72, de la vía que de Loboguerrero conduce a Buga, en el sitio conocido como Tableros el paso es normal aunque con temores de nuevos deslizamientos si persiste el invierno. “Allí pereció una persona”, confirmó la Policía de Carreteras, no precisando su identidad.

Más de 1.500 tractomulas hacen largas filas en ambos sentidos de la vía, concentrándose especialmente en los sectores de Loboguerrero, el mismo Cisneros, La Delfina, Los Tubos y Bendiciones.

(...)

Nótese cómo si bien se encuentra probado que para el 4 de diciembre –día siguiente a la celebración de la operación- se presentaron deslizamientos de tierra que bloquearon el paso por la carretera que comunica Cali con el Puerto de Buenaventura, dicha situación no se mantuvo durante todo el tiempo establecido para efectuar la entrega, aunque continuó con pasos restringidos. De esta manera, si bien la situación presentada podía dificultar el transporte del producto, no se constituye en una situación fuerza mayor que impidiera cumplir con la entrega en la fecha pactada, más aún si las mismas podían realizarse hasta el 17 de diciembre de 2010.

²²<http://www.eluniversal.com.co/cartagena/nacional/habilitada-la-v%C3%ADA-buenaventura-buga>

En este sentido es claro que la previsibilidad en este mercado debe analizarse bajo la óptica de la calidad del profesional del comisionista y en ese sentido determinar cuáles son las previsiones normales que en dicha calidad debe tener en consideración para efectos de determinar las circunstancias que podrían afectar el cumplimiento de la operación en virtud de los productos negociados.

Ahora bien, señala la sociedad comisionista que: *“Resulta preocupante la subjetividad con que se manejan tales conceptos, y que conducen a pensar, que el Área de Seguimiento advierte que este tipo de operaciones no se hagan? Se paralicen estas actividades? Estos productos, que adquiere la Agencia Logística se encuentran motivados por las necesidades del servicio de las fuerzas armadas. No veo como negarse a prestar ese tipo de servicios, y simplemente manifestarle a la Agencia Logística que no es posible hacerlo. Las necesidades no dan espera, y una negación en ese sentido simplemente determina el retiro de la Agencia Logística de la Bolsa. Por tal posición, llamamos la atención sobre el manejo formalista que se le da a este tipo de operaciones, alejadas de la realidad del país”.*

Al respecto se debe anotar que no considera la Sala de Decisión, que en una negociación de físicos podría ser previsible, de manera general, un inconveniente con el transporte del producto, pues la jurisprudencia ha sido clara en afirmar que la fuerza mayor debe analizarse en el caso concreto y frente al fenómeno presentado de forma particular. En efecto el fenómeno de la imprevisibilidad en abstracto, conlleva a que todo sea previsible y por tanto desnaturaliza como tal la figura de fuerza mayor. Así, si analizada la situación presentada se evidencia que fue imprevisible e imposible de resistir por parte de la sociedad comisionista, se tendrá como un eximente de responsabilidad.

En el caso concreto es claro que el hecho alegado no se puede tener como causa del incumplimiento en las fechas pactadas toda vez que como quedó anotado, la situación de la carretera permitía que se efectuara el transporte del producto.

De otra parte se refiere la sociedad comisionista investigada a los principios de economía y celeridad, cuestionando si se justifica el desgaste del órgano autorregulador y de la sociedad comisionista frente a una operación de un valor total de \$11.940.000.00, con una comisión de \$47.760, en donde hubo entrega total del producto y no se puso en riesgo al mercado.

Al respecto debe anotarse que, si bien en la graduación de la sanción se tiene en cuenta el mayor o menor daño ocasionado así como la potencialidad de puesta en peligro de los bienes jurídicamente tutelados, no es menos cierto que un incumplimiento de las condiciones pactadas en este escenario de negociación bursátil afecta directamente una de las máximas de este mercado cual es precisamente el cumplimiento estricto de las operaciones y de esta manera, como se puede deducir, se afecta la seguridad del mercado al evidenciarse el no cumplimiento de las normas que regulan el mismo.

Por lo anterior, estas conductas revisten de materialidad y justifican la actuación del órgano autorregulador.

No obstante lo anterior, tal y como se anotó, se tendrá en cuenta que el producto fue finalmente entregado y que el mismo comitente comprador certificó estar conforme con dicha entrega hasta el punto de solicitar que se revocara la certificación de cumplimiento, lo cual evidencia, que no hubo mayor daño a la contraparte. Así mismo se deben tener en cuenta las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista, para propender por dar cumplimiento a la operación, informado y recordando a su mandante sobre las condiciones pactadas, así como las actuaciones desplegadas de manera posterior al incumplimiento para efectos de mitigar el impacto del daño que el mismo causa.

8.2.2. Operación disponible MCP No. 12653023: situación presentada y argumentos de defensa

Se encuentra probado en el expediente que la sociedad comisionista **VALORAGRO S.A.** celebró en calidad de comisionista vendedor la operación de disponible MCP No. 12653023, el 20 de enero de 2011, sobre 3000 kilos de fríjol cargamento rojo, por un valor de negociación de \$11.400.000. Las entregas del producto debían efectuarse entre el 24 al 31 de enero de 2011 en Florencia, regional amazonía²³.

El día 2 de febrero de 2011 Agrored S.A. solicita análisis de laboratorio por lote, para la operación celebrada²⁴, y de acuerdo con el resultado del análisis del 7 de febrero de 2011, el fríjol cargamento rojo: *“no cumple- Variedades de contraste”*²⁵. De acuerdo con lo anterior, el día 8 de febrero de 2011 el departamento de operaciones de la Bolsa solicita sustituir el producto en los términos del Reglamento.

Sin embargo, el día 16 de febrero de 2011 Agrored S.A. informa a la Bolsa que *“teniendo en cuenta que los resultados de la operación No. 12653023 salieron como NO CUMPLE, la firma comisionista vendedora procedió a hacer la reposición de acuerdo a lo establecido en el reglamento, sin embargo nuestro mandante Agencia Logística informa que no se encuentra conforme con la calidad del producto. De acuerdo a lo anterior estamos a la espera de recibir de parte de la regional la muestra para proceder a solicitar el respectivo análisis de calidad”*²⁶.

²³ Comprobante de negociación e impresión del detalle de la operación en el sistema de Información Bursátil (Cuaderno No. 1 folio 258 y 265). Ficha técnica de negociación (Cuaderno No. 1 folio 252 a 257). Ficha técnica de entrega (Cuaderno No. 1 folio 237 a 250). Ficha técnica del producto (Cuaderno No. 1 folio 251).

²⁴ Cuaderno No. 1 folio 259

²⁵ Cuaderno No. 1 folios 260 y 261

²⁶ Cuaderno No. 1 folio 262

De acuerdo con lo anterior, se efectúa un nuevo análisis del producto y el día 25 de febrero de 2011 el departamento de Convenios Control Calidad de la Bolsa remite nuevamente el resultado del análisis del frijol cargamento rojo: “No cumple.- Grado”²⁷

Por lo anterior, el 1 de marzo de 2011 mediante comunicación PSD-129, la administración de la Bolsa certifica el incumplimiento en calidad de la operación²⁸. Siguiendo el procedimiento establecido frente al incumplimiento de la operación, la CC Mercantil mediante comunicación del 3 de marzo de 2011, pregunta a Agrored S.A. si requiere la actuación de la Cámara Arbitral o de la CC Mercantil, y solicita dar respuesta antes del 7 de marzo de 2011.

Las partes acuden a la Cámara Arbitral de la Bolsa y de acuerdo con acta de Arreglo directo No. 11 del 8 de marzo de 2011, logran siguiente acuerdo²⁹:

- *El comitente vendedor reconocerá como indemnización el 3% del valor de a negociación en producto y que corresponde a 8 pacas o sea 100 kilos de frijol en las condiciones de la negociación referida en esta acta, el que será entregado antes del 18 de marzo de 2011; con la entrega del producto se recogerá el rechazado que se encuentra en Florencia.*
- *Los costos de la Bolsa y Cámara, que suman \$97.128 serán girados a una cuenta a nombre de la AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES, lo cual deberá efectuarse antes del 18 de marzo de 2011 y ser informado a la Dirección Cadena de Suministros de la Agencia.*

Se debe anotar que de acuerdo con lo señalado en esta acta, el mandante comprador debió salir a comprar el producto objeto de la negociación, entregándose por tanto únicamente el producto correspondiente a la indemnización.

Según se encuentra acreditado en el expediente, dichos acuerdos fueron cumplidos por parte de la punta vendedora. En efecto, obra en el expediente certificado de cumplimiento de operaciones de la ALFM³⁰ en donde se señala que las operaciones No. 9761781, 11487577 y 12653023 fueron cumplidas a satisfacción por la firma comisionista vendedora.

En sus descargos la sociedad comisionista investigada señala que se entregó el producto en su totalidad y que la comitente compradora certificó el cumplimiento a satisfacción de la operación así como la diligencia y cuidado con la cual actuó **VALORAGRO S.A.** Destaca que “(...) para la época de la operación, el país fue sometido a un intenso periodo de lluvias, que afectó el normal desarrollo de los cultivos de frijol, que incidió directamente, tanto en sus niveles de producción, como en la calidad del producto final; Que el

²⁷ Cuaderno No. 1 folio 263 y 264. La comunicación tiene constancia de recibo por parte de Valoragro S.A. el 28 de febrero de 2011

²⁸ Cuaderno No. 1 folios 270-272

²⁹ Cuaderno No. 1 folios 274 y 275

³⁰ Cuaderno No. 3 folio 145. El certificado se expide el 21 de diciembre de 2011.

mercado no sufrió perjuicio alguno, ni estuvo en riesgo de serlo. La comitente compradora, que requería el producto para las necesidades del servicio alimentario de la tropa, fue abastecida del producto sin trauma alguno”.

Al respecto se debe anotar que de acuerdo con lo que se encuentra acreditado en el expediente, si bien se cumplió con lo acordado en el acta de arreglo directo, y se entregó producto como indemnización; lo cierto es que por los inconvenientes de calidad el comprador debió salir a conseguir el producto por fuera del escenario bursátil y por tanto, no es cierto que el mismo se haya entregado a satisfacción.

En cuanto a los inconvenientes de calidad señala: *“Es de recordar, que ante el primer reparo de calidad de la Agencia Logística, dentro de la oportunidad para entregar y teniendo en cuenta las dificultades para obtener frijol nacional de ese tipo, se le ofreció frijol importado, de la misma o mejor calidad, lo cual no aceptó la Agencia, e insistió en la entrega de la misma variedad, de producción nacional. En ese orden, se buscó la mejor calidad del mercado nacional, dado que nuestro comitente es especializado en frijol, procediéndose a su entrega. La Agencia, a pesar de su reparo recibió el producto, lo consumió, y solicitó la entrega adicional de un 3%, a modo de indemnización”.*

En efecto, la Sala de Decisión tiene en cuenta se intentó entregar el producto, sin embargo lo cierto es que no logró cumplir con las calidades exigidas, situación que no le puede ocurrir a quien se predica como profesional del mercado. En efecto, se debió prever antes de la negociación si se podría cumplir de manera estricta con los términos pactados en la negociación.

No obstante lo anterior atenúa la conducta las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista para efectos de propender por el cumplimiento de la operación y mitigar el impacto del daño que un incumplimiento causa, gestiones que fueron certificadas por el mandante comprador. Lo anterior implica que se propendió por no causar daño a la contraparte, teniendo en cuenta que se pagó una indemnización por el incumplimiento en la calidad del producto.

Sin embargo, es claro que se presentó un incumplimiento de las condiciones pactadas para la entrega y como se ha anotado, si bien se trata de una operación de montos bajos, reviste de materialidad en cuanto en el escenario bursátil el cumplimiento oportuno y estricto de la operaciones celebradas es un pilar fundamental en el cual se cimienta la seguridad, honorabilidad y confiabilidad que deben caracterizar este escenario de negociación. Más aún cuando el mandante comprador no pudo satisfacer su necesidad en este escenario y debió salir a comprar el producto por fuera del mismo.

8.2.3. De las normas vulneradas por VALORAGRO S.A. y concepto de la violación.

El artículo 5.2.2.2. del Reglamento establece la obligación para las sociedades comisionista de cumplir las operaciones celebradas en este mercado en los siguientes

términos: *“Las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa deberán pagar el precio de compra o hacer o verificar la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia, de conformidad con el procedimiento establecido para tal efecto en el presente Reglamento, en las Circulares e Instructivos. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión. En desarrollo de la presente previsión las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa deberán cumplir estrictamente las obligaciones que contraigan con la Bolsa, la CRCBNA y con los demás agentes del mercado”³¹*, lo cual en el caso concreto no ocurrió ya que no se efectuó la entrega del producto en las condiciones pactadas.

Ahora, El incumplimiento en la entrega del producto en las condiciones pactadas corresponde a un incumplimiento final de la operación, tal y como se encuentra definido en el numeral 3.11.1 del Instructivo Operativo 09 de 2006 de la hoy CC Mercantil. Ahora, el numeral 1 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación establece como obligación de los miembros de la Bolsa *“Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación”*. En el caso en estudio, no se atendió con esta disposición al incumplir con la obligación de entrega acorde a las condiciones pactadas al momento de la celebración de la operación. Adicionalmente, entiende esta Sala que con el incumplimiento final de la operación, desatiende lo previsto en el numeral 7° del mismo artículo que prevé dentro del catálogo de las obligaciones de los miembros *“Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. En ningún caso será admisible al momento del cumplimiento la excepción de falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado”* y el numeral 2 de esta disposición que determina que los miembros deberán *“Cumplir permanentemente y en su integridad la ley, los estatutos y reglamentos de la Bolsa y las determinaciones de sus áreas u órganos de dirección, administración, operación, supervisión, disciplina y de solución de conflictos, sin que sirva de excusa o defensa la ignorancia de dichos reglamentos, circulares, instructivos operativos, acuerdos y laudos”*.

En efecto, en el caso concreto, independientemente de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad disciplinaria que se hayan podido identificar en cada una de las operaciones estudiadas, lo cierto es que no se entregó el producto pactado en la fecha establecida para el efecto, sin que haya una causal que pueda eximir de responsabilidad por dicha conducta.

Obsérvese cómo, 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

³¹ En igual sentido el numeral 6 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010 establece como obligaciones de los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios: *“6. Pagar el precio de compra o hacer la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión de los mismos.”*

establecido en los numerales 6 y 11 del artículo 29 del Decreto 1511 –hoy contenidos en el artículo Artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010- que establecen:

“Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones (...):

6. Pagar el precio de compra o hacer la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión de los mismos. (Resaltado fuera del texto original)

11. Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva”.

Lo anterior aclarando que tanto la entrega del producto como el pago del mismo, de manera extemporánea, generan un incumplimiento. En efecto, las operaciones celebradas en este escenario de negociación deben cumplirse de manera estricta en las condiciones de modo, tiempo y lugar pactadas, más aún tratándose de obligaciones a término que tienen fecha cierta para su cumplimiento.

En lo que se refiere al argumento esgrimido por la sociedad comisionista en relación

Ahora bien, el numeral señalado determina que las sociedades comisionistas deberán *“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”*, lo cual en el caso concreto no ocurrió pues no cumplió la investigada con la obligación de entrega en las operaciones sobre las cuales se encontró mérito suficiente para sancionar; obligación que sólo en su cabeza recae ya que se encontraba actuando en virtud de un contrato de comisión, a nombre propio, por cuenta ajena.

Adicionalmente, debe anotarse que en el derecho sancionador, comparable al procedimiento adelantado por este órgano disciplinario, lo que se reprocha es el incumplimiento de unas normas de conducta que establecen órdenes y prohibiciones y en esto radica la gran diferencia con el derecho penal y específicamente con el tipo pena. Al respecto ha mencionado la doctrina: *“ahora, como estos tipos no son autónomos, tiene que recurrirse a estas leyes que tornan en infracción el simple incumplimiento de una orden o el quebrantamiento de una prohibición. En ese contexto conceptual la norma legal viene a constituir un pretipo que es el que predetermina, a su vez, el tipo de la infracción. El tipo infractor consistirá por consiguiente, en la reproducción de la orden y en la advertencia*

que su inobservancia acarreará una infracción”³² En el caso concreto, existe en las normas aplicables a las sociedades comisionistas una obligación que debe ser cumplida a cabalidad, cual es el cumplimiento estricto de las operaciones que se celebren. Basta probar su inobservancia para aplicar las consecuencias jurídicas que se disponen de manera reglamentaria.

En lo que se refiere a la vulneración del numeral 6° del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en concordancia con el numeral 8° del artículo Artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010³³, que establece que será obligación de los miembros de la Bolsa: “Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”, encuentra la Sala que en las operaciones bajo investigación sobre las que se encontró responsabilidad disciplinaria, se presentaron imprecisiones que deben conllevar a un llamado de atención y que implican que se vulnere esta norma, sin que esto implique que la actuación de la sociedad comisionista haya sido negligente o desleal como parece entenderlo en sus descargos.

En efecto, en el caso del incumplimiento en la entrega en la operación 7240482, evidenció la Sala que aunque la sociedad comisionista solicitó a su mandante la confirmación sobre la entrega del producto, lo cual demuestra seguimiento a la operación, lo cierto es que dicha solicitud de información no es suficiente para efectos de que un profesional se asegure de haber cumplido de manera estricta la negociación. Así mismo no es aceptable que la sociedad comisionista investigada que debe actuar con la mayor diligencia y responsabilidad, espere un mes hasta que se declare el incumplimiento para obtener una confirmación de entrega sin que haya comprobado previamente dicha situación.

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

Por su parte en el incumplimiento relacionado con las operaciones No. 8957463 y 8998695, se evidenció que el seguimiento al mandante no fue suficiente toda vez que sólo en la fecha de entrega del producto, se entera la sociedad comisionista investigada del inconveniente presentado con los empaques del producto, cuando el

³² OSSA ARBELAEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Una aproximación dogmática. Segunda Edición. Legis 2009. Pág. 227

³³ 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”.

incumplimiento era inminente. De esta manera, si bien no se evidencia negligencia por parte de la investigada, si debió efectuar un seguimiento más estricto para efectos de tener conocimiento de la situación y evitar el incumplimiento de la operación.

En el caso del incumplimiento de la operación de disponible MCP No. 9875659, no encuentra la Sala que se vulnere la disposición bajo estudio, toda vez que la sociedad comisionista informó debidamente a su mandante sobre las cantidades de producto a entregar, situación sobre la cual recayó la equivocación. Así si bien la responsabilidad de cumplimiento recae sobre la sociedad comisionista, en el caso concreto no se evidencia falta de precisión, diligencia o claridad toda vez que la equivocación presentada frente a las cantidades que debían entregarse, no tiene que ver con un inadecuado seguimiento por parte de la investigada o una indebida o falta de información.

Para la operación de disponible MCP No. 11575360, es claro que el incumplimiento en la entrega del producto denota falta de precisión y claridad toda vez que ni siquiera existe una justificación razonable para dicho incumplimiento sino que simplemente no se entrega el producto y se ofrece una indemnización a cambio. En efecto, si bien se evidenció en el expediente las pruebas encaminadas a demostrar seguimiento y monitoreo de la operación así como el suministro de información al mandante, lo cierto es que no fue suficiente toda vez que la operación no fue cumplida en los términos pactados sin que exista causal alguna que exima de responsabilidad.

Por último en el incumplimiento en la entrega del producto en la operación forward MCP No. 12036222, evidenció la Sala que se presentaron diferentes inconvenientes, que demuestran en cierto modo, la inviabilidad del mandante vendedor para cumplir las condiciones pactadas en la negociación. Así las cosas, si bien de los documentos obrantes en el expediente investigada se evidencian gestiones previas desplegadas para efectos de informar y conocer a su cliente, lo cierto es que no se alcanzó el objetivo buscado toda vez que resulta palmario que el mandante no se encontraba preparado para efectuar una operación de estas magnitudes cumpliendo de manera estricta y cabal las condiciones pactadas. Lo anterior era responsabilidad de la sociedad comisionista, que se encontraba celebrando una operación a nombre propio y por cuenta ajena.

Ahora bien, tal y como se evidencia, la vulneración del artículo citado no implica y no puede implicar, la vulneración de todos los deberes de conducta que en él se plasman. En efecto en el caso concreto, no se evidencia una conducta desleal, negligente o de mala fe sino que únicamente se encuentra que faltó precisión y claridad en el manejo de las negociaciones.

Al respecto, se refiere la investigada al deber de conducir los negocios con claridad y precisión considerando que el mismo *“impone la obligación para los miembros de la BMC*

de abstenerse de suministrar información falsa, inexacta, engañosa o incompleta con ocasión del desarrollo de su objeto social". La Sala no concuerda con la interpretación de la investigada. Lo anterior toda vez que de la norma en ningún momento se desprende que la misma se refiere únicamente al suministro de información sino por el contrario, se refiere a la conducción de los negocios que engloba todas las actividades que en desarrollo de su objeto social desarrolla la sociedad comisionista. De esta manera la claridad y precisión deben predicarse no sólo en punto de la información suministrada que se equipara más adecuadamente con el deber de asesoría, sino con la forma cómo la sociedad comisionista lleva su negocio.

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

8.3. Del incumplimiento de la operación forward MCP No. 9761781

8.3.1. De la situación presentada.

Se encuentra probado en el expediente que la sociedad comisionista **VALORAGRO S.A.** celebró en calidad de comisionista vendedor la operación forward MCP No. 9761781, el 3 de septiembre de 2009, sobre el producto calzado de calle material sintético, por una cantidad de 3.253 unidades y un valor total de negociación de \$135.769.085³⁴. Se pactó como fecha de entrega hasta el 6 de octubre de 2009 y de acuerdo con el anexo de compra No. 001 al contrato de comisión 011/2009 suscrito entre la ALFM y Agrobursátil S.A., las entregas debían efectuarse de lunes a viernes de 14:00 a 16:30 p.m., en Bogotá³⁵. Sin embargo como se verá posteriormente, la entrega fue prorrogada hasta el 20 de octubre de 2009.

Se debe anotar que de manera previa a la celebración de la operación, según consta en acta de Comité de riesgos No. 13 del 15 de agosto 2009 de la sociedad comisionista **VALORAGRO S.A.**, se efectuó la presentación y análisis del nuevo cliente Cazados Atlas Ltda. en Reorganización, analizando la situación jurídica de la sociedad, su información financiera, experiencia comercial y los documentos de vinculación. De acuerdo con lo anterior se decide aceptarlo como cliente, y asignarle un cupo de \$800 MM para venta de calzado³⁶.

El mismo día de celebración de la operación, la sociedad comisionista **VALORAGRO S.A.**, informa a su mandante sobre la negociación realizada detallando las

³⁴ Comprobante de negociación, impresión del detalle de la operación en el SIB. (Cuaderno No. 1 folios 013 a 015). Ficha técnica de producto (Cuaderno No. 3 folios 034 a 037).

³⁵ Cuaderno No. 1 folios 001 al 012

³⁶ Cuaderno No. 1 folios 037 a 041

características de la operación, tales como cantidad, precio, lugar y fecha de entrega³⁷. Así mismo comunica al a CC Mercantil sobre la constitución de la garantía básica³⁸.

No obstante lo anterior, mediante comunicación del 7 de septiembre de 2009, **VALORAGRO S.A.**, solicita a la Agencia Logística de las Fuerzas Militares –mandante comprador- que conceda prórroga para la entrega del producto hasta el 23 de octubre de 2009, explica las razones en los siguientes términos:³⁹

“La materia prima (charol sintético) es importado, ya que no hay producción nacional que cumpla con los requisitos exigidos por la Norma Técnica Militar. Es de aclarar que esta materia prima se importa del Japón y su ingreso al país tarda como mínimo 20 días.

Por protocolo de laboratorio en la realización de las pruebas exigidas en la Norma Técnica Militar para este tipo de calzado los tiempos mínimos son de 10 días hábiles para la entrega de los resultados de los análisis de materia prima como del producto terminado, de acuerdo a lo expresado por la certificadora CONPORTUARIO LTDA, quien expida el certificado de conformidad, de acuerdo a las exigencia solicitadas por ustedes”.

El 10 de septiembre de 2009 la Agencia Logística de las Fuerzas Militares informa que la solicitud de prórroga para la entrega del producto fue aprobada hasta el 20 de octubre de 2009⁴⁰. Dicha aprobación es remitida a la Bolsa por los comisionistas comprador y vendedor en la misma fecha⁴¹.

El 11 de septiembre de 2009 se realiza una reunión para: *“definir el cronograma para el proceso de evaluación de la conformidad (fechas para toma de muestras y planes de muestreo a aplicar) del lote compuesto por 3253 pares de zapatos calzado de calle en material sintético para caballero con destino a la fuerza aérea colombiana, fabricados por la empresa calzados Atlas Ltda., de acuerdo al contrato interadministrativo No. 155-00-COFAC-JAL-2009”* En esta se define la metodología para la toma de muestras, así como el organismo certificador. Adicionalmente se señala como fecha para toma de muestras de materia prima el 28 de septiembre de 2009; toma de muestras de producto terminado el 13 de octubre de

³⁷ Cuaderno No. 1 folio 044

³⁸ Cuaderno No. 1 folio 043

³⁹ Cuaderno No. 3 folio 190

⁴⁰ La Agencia Logística de las Fuerzas Militares remite oficio a Agrobursátil S.A. en el que se señala *“con la presente me permito informar a los señores Agrobursátil S.A. que de acuerdo a la solicitud de prórroga para la fecha de entrega del ítem ‘calzado de calle en material sintético para caballero’ operación No. 9761781, enviada por la firma comisionista Valoragro S.A. y oficio No. 835 ALDAL-ALGRL, ha sido aprobada hasta el 20 de octubre de 2009”*

⁴¹ Cuaderno No. 1 folios 047 y 048. El área de seguimiento en comunicación del 22 de agosto de 2011 solicita al departamento de operaciones de la Bolsa aportar copia con sello de recibido de la comunicación donde las partes informan la modificación (la solicitud de información obra en el Cuaderno No. 1 folio 277); En el auto de pruebas nuevamente solicita a Agrobursátil S.A., comisionista comprador, que remita la comunicación y se anexa al expediente (Cuaderno No. 3 folio 082).

2009 e inspección de requisitos generales, empaque y rotulado el 16 de octubre de 2009⁴².

Adicionalmente, obra en el expediente correo electrónico del 15 de octubre de 2009, en donde Agrobursátil S.A. solicita a su mandante las actas de comité de normalización, frente a lo cual la Agencia Logística de las Fuerzas Militares informa las fechas de toma de muestras pactadas y reales⁴³.

El 16 de octubre de 2009, fecha en que se tenía previsto el empaque y rotulado de acuerdo con el cronograma remitido, el mandante vendedor, Calzado Atlas, informa a la sociedad comisionista investigada la imposibilidad de la entrega por causa de fuerza mayor y solicitan un acuerdo con el comprador. Anexan la comunicación del ingeniero de Tres Eses Ltda., en la que señala que en relación con la reparación de la máquina para colocar el ojete invisible *“pese a que se ha trabajado en ella desde el 2 de octubre no ha sido posible concluirla debido a la dificultad para adaptar el ojete al remachado del zapato”*, agrega que esperan entregarla en correcto funcionamiento el 20 de octubre de 2009⁴⁴.

En la misma fecha **VALORAGRO S.A.** solicita a Agrobursátil S.A. reunión urgente previo al vencimiento de la operación para propiciar un arreglo directo;⁴⁵ sin embargo esta comunicación es recibida en la firma comisionista el 19 de octubre de 2009. Adicionalmente solicita a la Bolsa una visita técnica de inspección para certificar las condiciones de la máquina⁴⁶.

El 19 de octubre de 2009 el Departamento de Convenios de la Bolsa responde que la visita técnica solicitada no corresponde a sucesos imprevisibles e incontrolables y que el problema del mandante se deriva de no contar con un plan de contingencia que de manera temporal permita dar cumplimiento a la operación⁴⁷.

Este mismo día, **VALORAGRO S.A.** informa a su mandante que debe dar cumplimiento a las fechas y horas establecidas para las visitas de muestreo de materia prima y lote terminado así como a la entrega en las fechas establecidas⁴⁸. Por su parte, Agrobursátil S.A. como comisionista comprador presenta al Departamento de Convenios de la Bolsa, el informe remitido por el Capitán Andres Noval del Ministerio de Defensa, respecto al incumplimiento del mandante vendedor en las muestras. Adicionalmente informa que se convocó a una reunión para evaluar la situación de entrega del producto.

⁴² Acta No. 021 de la oficina de normas técnicas área de evaluación de la conformidad logística. (Cuaderno No. 1 folios 016 a 019). Esta acta nuevamente la remite AGROBURSATIL por la solicitud del área de seguimiento y obra a folio 080 del cuaderno No. 3

⁴³ Cuaderno No. 3 folio 074

⁴⁴ Cuaderno No. 1 folios 020 al 022

⁴⁵ Cuaderno No. 1 folio 023

⁴⁶ Cuaderno No. 1 folio 024

⁴⁷ Cuaderno No. 1 folio 026

⁴⁸ Cuaderno No. 1 folio 025

El 20 de octubre de 2009 –fecha en que se debía efectuar la entrega de acuerdo con la prórroga otorgada- Agrobursátil S.A. informa a **VALORAGRO S.A.** que no es viable la solicitud de realizar la reunión para revisar la entrega del producto, ya que se está convocando a un día de la entrega del producto sobre un imprevisto que se presentó el día 2 de octubre de 2009⁴⁹.

No obstante lo anterior, consta en el acta de arreglo directo del 21 de octubre de 2009 suscrita por las sociedades comisionistas partes en la negociación, por instrucción de los mandantes, que convienen en prorrogar el plazo de entrega y recibo del producto de la operación No. 9761781 hasta el 30 de octubre de 2009. Este acuerdo no se hace a instancias de la Bolsa, sin embargo copia del acta se radica en la BMC.⁵⁰

Los días 28 y 29 de octubre de 2009 se realiza visita técnica de seguimiento, en donde se toman fotos de muestras y se efectúan las siguientes recomendaciones⁵¹: (i) cambiar el rótulo del zapato, (ii) algunos están mal montados (iii) algunos ojetes no están bien remachados (iv) falta de tiempo en el momento del pegue.

El 28 de octubre de 2009 el mandante Calzado Atlas, solicita a la investigada intermediar para que concedan una prórroga en la entrega hasta el 18 de noviembre de 2009, con ocasión de las observaciones de la visita. En efecto, argumenta⁵² que ARECOL informó que debe cambiar el rótulo del zapato porque puede causar molestia, pero dicho cambio no está contemplado en la norma NTMD 0093 A3. Así, señalan que respetan el concepto pero no lo comparten. Por lo anterior deben hacer cambios en la terminación del producto, que implica más tiempo, material y gastos. Adicionalmente señalan que deben eliminar la sobre plantilla que ya está terminada, comprar el nuevo recuño con talonera textil y mandar a hacer la etiqueta. Ponen de presente que pueden hacer entregas parciales, pero eso incrementa los costos. Por último señalan que es su deseo es cumplir e indemnizar (con el 5% más de producto).

Sin embargo, el 30 de octubre de 2009 la Agencia Logística de las Fuerzas Militares informa a su comisionista que a la fecha no se ha dado cumplimiento al acta de arreglo directo y por lo tanto solicita se declare el incumplimiento.⁵³ Lo anterior lo informa Agrobursátil S.A. a la BMC⁵⁴. Ésta, el 3 de noviembre de 2009 mediante comunicación PSD-665, después de retomar todos los antecedentes de la operación, declara el incumplimiento en la entrega total de la operación⁵⁵. Este mismo día **VALORAGRO S.A.**

⁴⁹ Cuaderno No. 1 folio 029

⁵⁰ Cuaderno No. 1 folios 030 y 031

⁵¹ Cuaderno No. 1 folios 052 a 057

⁵² Cuaderno No. 1 folios 058 a 060

⁵³ Cuaderno No. 1 folio 032

⁵⁴ Cuaderno No. 1 folio 033

⁵⁵ **VALORAGRO S.A.** en comunicación del 6 de noviembre de 2009 responde al incumplimiento decretado por la Bolsa, informado las circunstancias fácticas que rodean el caso.

solicita citar a Cámara Arbitral de la Bolsa por el incumplimiento de la operación, informando en todo caso que el deseo del mandante es cumplir con la entrega⁵⁶.

Dicha reunión se lleva a cabo a instancias del organismo arbitral de la Bolsa, y según consta en el acta de arreglo directo No. 016 del 9 de noviembre de 2009, se determina que la fecha de entrega del producto será el 17 de noviembre de 2009 con certificado de conformidad original; la fecha para la toma de muestras sobre el 80% del producto terminado será el 12 de noviembre de 2009. Se acuerda una indemnización del 5% del valor de la operación que equivale a 162 pares que se entregarán el día 27 de noviembre de 2012⁵⁷

Finalmente, se cumple con la entrega en las condiciones antes acordadas, ya que obra en el expediente acta de recibo a satisfacción del 19 de noviembre de 2009⁵⁸ y factura con la misma fecha por valor de \$157.492.139, por la entrega de 3.253 pares de zapatos⁵⁹.

Teniendo claridad sobre cada una de las situaciones presentadas en el desarrollo de la operación, pasará la Sala a analizar cada uno de los argumentos de defensa presentados por la sociedad comisionista investigada así como la conducta desplegada de cara a la normatividad aplicable.

8.3.2. Argumentos de defensa y normas vulneradas con la conducta de VALORAGRO S.A.

De la traza de la operación, se encuentra probado que no se efectuó la entrega del producto en los términos pactados en la negociación, sino por el contrario un mes después de la fecha estipulada. Lo anterior implica la vulneración de las disposiciones contenidas en el numeral 6 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010 y el artículo 5.2.2.2. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa que obligan a la cumplir las operaciones en las condiciones pactadas, lo cual en el caso concreto no ocurrió.

Dicho incumplimiento conlleva a la vulneración de los deberes generales de las sociedades comisionistas de dar cumplimiento a todas las obligaciones que contraigan en este escenario tal y como se encuentra establecido en los numerales 8 y 11 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010⁶⁰ y en los numerales 1, 2 y 7 del artículo

⁵⁶ Cuaderno No. 1 folio 034

⁵⁷ Cuaderno No 1 folios 076 a 079

⁵⁸ Cuaderno No. 3 folios 187 a 189

⁵⁹ Cuaderno No. 3 folio 184

⁶⁰ **Artículo 2.11.1.8.1 Obligaciones generales de los miembros.** *Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: 8. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, y precisión, procurando la satisfacción de los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia, lo cual implica el sometimiento de su conducta*

1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Mercantil de Colombia⁶¹. Así como su deber de cumplir con las normas que regulan este mercado según lo dispone el artículo 5.2.1.1. del Reglamento⁶².

Ahora bien, en lo que se refiere al argumento del área de seguimiento, según el cual, la sociedad comisionista **VALORAGRO S.A.** conocía de manera previa a la celebración de la operación las condiciones y calidades del producto a negociar, menciona la investigada en sus descargos que: *“Como se trata de un producto especial y de manejo restrictivo, y solo para las fuerzas armadas de Colombia, resulta apenas natural, que de manera previa a la rueda en donde se concrete la operación, y adquiera en la misma la calidad de vendedor, no es posible comprar la correspondiente materia prima, por cuanto, sino no adquiero la calidad de vendedor, que hago con el producto? Como es un producto para el uso de los integrantes de las fuerzas armadas, no podría vendérselo a terceros, ni puedo mantenerlo almacenado, por obvias razones”*.

Al respecto debe anotar la Sala que si bien es cierto la primera de las modificaciones efectuadas, que tiene como causa precisamente el hecho de que el producto debía ser importado por sus calidades específicas, se efectuó de acuerdo con el Reglamento y en ese sentido era válida, no es menos cierto que le asiste razón al área de seguimiento en cuanto las sociedades comisionistas *“conocen con suficiente antelación y están debidamente enteradas de las condiciones y/o características de los productos demandados por la entidades públicas (...)”*.

En efecto, no es aceptable que cinco días después de celebrada la operación, se argumente que no es posible entregar en las fechas pactadas toda vez que la materia prima debía importarse, pues dicha situación debió preverse para participar en la operación, ya que era conocida por la punta vendedora de manera previa a cerrar el

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.

⁶¹ **Artículo 1.6.5.1.- Obligaciones de los miembros.** *Son obligaciones de las sociedades miembros de la Bolsa las siguientes: (...) 1. Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de 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.*

⁶² **Artículo 5.2.1.1.- Cumplimiento de las normas.** *Las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa y las personas naturales vinculadas a éstas deberán obrar en todo momento de buena fe, con lealtad y como expertos prudentes y diligentes. Así mismo, deberán asegurar que las obligaciones impuestas a éstas, por las normas legales, el reglamento de funcionamiento y operación de la Bolsa y el reglamento de la CRCBNA sean observadas, acatadas y cumplidas en todo momento.*

negocio en la Rueda. Es de aclarar que de ninguna manera se está exigiendo que se cuente con la materia prima antes de ser adjudicatario de la operación como lo señala la investigada sino que, se determinen de manera real las posibilidades de cumplimiento en las condiciones pactadas teniendo en cuenta todas las circunstancias que rodean la negociación, como lo era en el caso concreto, el tiempo necesario para cumplir con la importación del producto.

Así las cosas, si bien la modificación se efectúa dentro de los términos reglamentarios, se debe dejar claro que no es transparente efectuar negociaciones sin tener en cuenta las reales capacidades cumplimiento en las condiciones que se fueron conocidas por el mercado y con las cuales se cerró la negociación, para de manera posterior modificar dichas condiciones.

Ahora bien, señala la sociedad comisionista investigada que no fue esta la causa de la prórroga acordada entre las partes y a continuación explica que el mandante comprador, solicitó en visita realizada al comitente vendedor, el cambio de rótulo de los zapatos, solicitud que aceptó el vendedor aunque tal requerimiento no se encontraba acorde con la norma técnica. Sobre el particular menciona: *“(…) cuando estas exigencias se dan en casos como el que nos ocupa, y que son aceptadas, además de que a la comitente vendedora le exigen la entrega de un mayor número de producto (zapatos), adicionalmente debe proceder a las modificaciones exigidas al producto, con lo costos económicos que ello implica. Como si lo anterior fuese poco, y dado que la materia prima para la confección de los zapatos debe ser importada, y no se tiene disponibilidad del producto, porque no se puede, se requiere de un razonable tiempo adicional, que a pesar de que las comitentes vendedora y compradora, estén de acuerdo, formalmente la operación se encontraría por fuera de términos, para lo cual el Área de Seguimiento pretender que se le imponga sanción a la sociedad comisionista vendedora, convirtiéndose todo esto en un mundo Kafkiano”.*

Al respecto, si bien es cierto que no fue la necesidad de importar el producto la causa de la segunda prórroga efectuada –la cual ya no cumplía los términos reglamentarios– no es menos cierto que tampoco lo fue el requerimiento efectuado por la entidad estatal. De acuerdo con la traza de la operación, la segunda prórroga se efectúa por el daño de la máquina para colocar el ojete invisible, situación sobre la cual, tal y como lo señaló el Departamento de Convenios de la Bolsa, se debía tener un plan de contingencia.

De esta manera, desde este momento ya se encontraba incumpliendo los términos pactados en la negociación y más allá de los posteriores requerimientos efectuados, lo cierto es, que no se efectuó la entrega el día 20 de octubre de 2009, fecha en la cual debía efectuarse.

Al respecto la investigada se refiere a la experiencia de su mandante y las exigencias efectuadas por el comprador, que conllevaron al retraso en la entrega y afirma que *“nos encontramos ante un acuerdo directo, establecido entre las comitentes vendedora y*

compradora, circunstancia la cual, libera de responsabilidad a la comisionista vendedora. No obstante, en todo momento estuvimos atentos, diligentes para que la operación llegara a feliz término, lo cual se obtuvo”.

En primer lugar, debe recordarse tal y como ya se ha señalado en la presente Resolución, que la sociedad comisionista celebró la operación en virtud de un contrato de comisión obligándose a nombre propio pero por cuenta ajena. En este sentido no es cierto que se pueda liberar de responsabilidad por un acuerdo entre los mandantes quienes en estricto sentido no son partes en la negociación, pues quienes se obligaron fueron las sociedades comisionista y sólo se liberarán con el cumplimiento de la obligación.

En efecto, el eje primordial del mercado de la Bolsa consiste en realizar una operación a nombre propio pero por cuenta de un tercero, lo cual implica, que la responsabilidad se radica en cabeza de la sociedad comisionista miembro de la misma y no es posible desplazarla a su comitente, tal y como lo establecen las normas que regulan este mercado, en especial las disposiciones contenidas en los artículos 3.1.1.6.⁶³, 3.6.1.5.⁶⁴ y 4.2.1.10⁶⁵ del Reglamento.

⁶³ **Artículo 3.1.1.6.- Responsabilidad especial.** *Cada sociedad comisionista miembro de la Bolsa, por el solo hecho de participar en cualquiera de los mercados administrados por la misma, declara y acepta que las operaciones efectuadas por ésta la obligan en los términos establecidos en el marco legal y reglamentario aplicable a su actuación. En particular, cuando actúen en desarrollo del contrato de comisión, deberán dar cumplimiento a las operaciones sin que les sea admisible alegar falta de provisión de parte de sus clientes.*

Cada sociedad comisionista miembro de la Bolsa asume el cumplimiento de las obligaciones a su cargo derivadas de las operaciones que ha celebrado, exime de toda responsabilidad a la Bolsa por tal concepto y se obliga con ella y con los demás miembros de la misma a mantenerlos libres de todo perjuicio, por los actos u omisiones de las personas vinculadas a la sociedad comisionista miembro de la Bolsa, aunque éstos hubieren sido efectuados por medios fraudulentos, o sin la aquiescencia de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa.

⁶⁴ **Artículo 3.6.1.5.- Obligaciones de los participantes y naturaleza de las obligaciones.** *Las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa que celebren operaciones a través del MCP estarán sometidas a la totalidad de las obligaciones que correspondan al tipo de operación, según se encuentre reglamentada en el presente libro así como a las demás obligaciones que les sean aplicables en virtud del Reglamento y de la normatividad vigente. Adicionalmente deberán atender las obligaciones contenidas en los contratos suscritos con los comitentes respectivos cumpliendo especialmente con el deber de asesoría que les asiste en virtud del contrato de comisión a ser desarrollado.*

Del cumplimiento de las obligaciones derivadas de las operaciones celebradas en el MCP únicamente son responsables las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del deber del comitente comprador y del comitente vendedor de poner oportunamente a su respectiva sociedad comisionista miembro de la Bolsa en condiciones de dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de las operaciones.

Las operaciones celebradas a nombre de una sociedad comisionista miembro de la Bolsa a través del MCP se rigen por el derecho privado y sólo vinculan jurídicamente a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa que en ellas intervienen.

(...)

En consecuencia, cuando las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa celebren operaciones en desarrollo del contrato de comisión, estarán obligadas respecto de la operación celebrada en el mercado y no será admisible como excusa para el cumplimiento de la operación o para la constitución,

Ahora bien, y en lo que se refiere a los acuerdos celebrados por fuera del marco reglamentario, se debe resaltar como ya se anotó en las consideraciones generales, que en el mercado administrado por la Bolsa se encuentra limitada la autonomía de la voluntad ya que se trata de una actividad totalmente regulada, en donde se deben seguir los procedimientos reglamentarios de manera estricta.

Finalmente se refiere la investigada al procedimiento realizado antes de la celebración de la operación y explica: *“Publicada la ficha técnica de negociación, la cual es elaborada por la comitente compradora, con el apoyo de la comisionista compradora, y la Bolsa, las distintas sociedades comisionista que pretenden ser vendedoras, se las remiten a sus clientes (que ya conocen) para que las revisen y consecuentemente le informen si tienen interés en participar en la correspondiente rueda de negociación. La potencial comisionista vendedora, ilustra de manera inicial a su cliente respecto de la operación de Bolsa y le consulta si puede cumplir con los requerimientos establecidos en la ficha técnica. Es claro, que a la comisionista no le es posible contratar asesores técnicos para auditar a sus clientes, para verificar si puede cumplir, si la materia prima es suficiente y técnicamente establecer los pormenores del proceso de producción, y revisar si la maquinaria se encuentra en debida forma, y si hay maquinaria de repuesto. Su accionar diligente le lleva a conocer las instalaciones de su cliente, percatarse de sus niveles de producción, calidad e idoneidad, capacidad instalada de producción y establecer todos los elementos necesarios para el conocimiento del cliente”.*

Al respecto se debe anotar que la diligencia de la sociedad comisionista va hasta cumplir la operación, ya que como se ha anotado, se obliga a nombre propio y en ese sentido verificar las posibilidades de cumplimiento es fundamental cuando se adquiere una obligación a nombre propio y por tanto debe responder por su cumplimiento.

De esta manera, resulta claro que denota falta de precisión y claridad el no realizar una revisión profunda de las fichas técnicas de negociación y evaluar las posibilidades de cumplimiento de la operación en las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se pactaron esas operaciones, imprecisión que no puede ocurrirle a quienes deben tener un nivel de profesionalismo y experticia superior. No es aceptable que no se hubiese tenido en consideración el tiempo necesario para efectuar la importación del producto. En el mismo sentido implica una imprecisión que no puede ocurrirle a un profesional del mercado, el hecho de no tener planes de contingencia para dar cumplimiento a la operación, en caso de algún inconveniente con la máquina.

modificación, sustitución o ajuste de las garantías a que haya lugar, la renuencia, negativa o falta de provisión por parte de su comitente”.

⁶⁵ **Artículo 4.2.1.10.- Obligación en contratos de comisión.** *Cuando las operaciones sean celebradas en virtud del contrato de comisión, será obligación de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa cumplir con las obligaciones derivadas del Código de Comercio y demás normas aplicables y verificar que su comitente posea capacidad legal y económica para realizar las operaciones que ordena y para constituir garantías si fuere el caso. Sin perjuicio de lo anterior, la sociedad comisionista miembro de la Bolsa será la obligada frente al mercado respecto de la operación celebrada y no será admisible como excusa la renuencia, negativa o falta de provisión por parte de su comitente.*

Lo anterior conlleva a la vulneración por parte de la sociedad comisionista la disposición contenida el numeral 6° del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en concordancia con el numeral 8° del artículo 29 del Decreto 1511⁶⁶, que establece que será obligación de los miembros de la Bolsa: *“Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”*.

No obstante lo anterior, señala la investigada que el mandante comprador certificó la diligencia y cuidado, con la cual actuó **VALORAGRO S.A.**, y señala que *“en ningún momento, se puso en peligro el mercado, todo lo contrario, a pesar de los inconvenientes técnicos surgidos, y de algunos hechos sobrevinientes, se hizo todo lo necesario para cumplir satisfactoriamente la operación (...)”*.

En efecto, encuentra la Sala que de la traza de la operación se evidencian las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista para efectos de dar cumplimiento a las condiciones pactadas en la negociación, así como un seguimiento y acompañamiento permanente a su mandante para efectos de dar solución a los inconvenientes presentados, lo cual si bien no exime de responsabilidad toda vez que como se anotó existieron otras imprecisiones por parte de la sociedad comisionista y no se efectuó la entrega del producto en los términos pactados, debe ser tenido en cuenta por la Sala para efectos de la graduación de la sanción. Así mismo, se evidencia un adecuado análisis del cliente de manera previa a la celebración de la operación.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que tal y como lo señala el producto, finalmente se entregó en su totalidad a satisfacción de la comitente compradora, lo cual implica que las gestiones adelantadas por la sociedad comisionista permitieron mitigar el impacto del incumplimiento presentado.

Todo lo anterior, atenúa la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista, sin embargo se vulneraron las normas legales y reglamentarias que rigen este mercado, toda vez que no se entregó el producto en las fechas pactadas en la negociación, sin existir causal que pueda eximir de responsabilidad.

8.4. Del incumplimiento de la operación forward MCP No. 11487577

Se encuentra probado en el expediente que la sociedad comisionista **VALORAGRO S.A.** celebró en calidad de comisionista vendedor, la operación forward MCP 11487577 el 19 de julio de 2010 sobre el producto juegos de cama por un valor total de negociación de \$ 5.793.581.173, por cuenta de su mandante Distrihogar S.A.⁶⁷

⁶⁶ Hoy contenido en el artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010.

⁶⁷ Comprobante de negociación e Impresión del SIB (Cuaderno No. 1 folios 140 a 144)

Ahora bien, de acuerdo con el pliego de cargos remitido por el área de seguimiento, se presentaron dos incumplimientos distintos en el desarrollo de esta operación, el primero de ellos referido a los requisitos establecidos en la ficha técnica de negociación y el segundo, referido a la entrega del producto en los términos pactados.

De acuerdo con lo anterior, la Sala analizará cada una de las conductas imputadas, de manera separada, para determinar la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista en cada una de las infracciones objeto de investigación por parte del área de seguimiento.

8.4.1. Del incumplimiento del requisito establecido en la ficha técnica de negociación.

De acuerdo con la ficha técnica de negociación, uno de los requisitos jurídicos del proveedor para participar en la Rueda de Negocios consistía en la acreditación del Registro de Productor Nacional⁶⁸, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1089 de 2006 por medio de la cual se regula la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional y el Decreto 660 de 2007 por medio del cual se reglamenta parcialmente la mencionada Ley.

El certificado de productor nacional expedido por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, debía contener las siguientes subpartidas arancelarias para el producto juegos de cama: (i) 6302390000, (ii) 6302320000, (iii) 6302310000 y (iv) 6302210000.

Ahora bien, artículo 1° de la Ley 1089 de 2006 establece que: *“La adquisición de bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional, que sean de producción nacional, en la cantidad, calidad y oportunidad requerida se efectuará con los productores nacionales. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, certificará la existencia de su producción, dentro del territorio nacional y la comprobación de que esta se lleva a cabo en términos de competencia abierta”*.

De acuerdo con el numeral 25 del artículo 2° del Decreto Ley 210 de 2003 modificado por el artículo 1° del Decreto 4269 de 2005, es función del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, llevar el registro de producción nacional.

Ahora bien, el Decreto 660 de 2007 señala que se entiende competencia abierta en la producción de un bien o servicio destinado a la seguridad y defensa nacional cuando:

a) La producción esté siendo desarrollada por dos o más empresas no subordinadas entre sí o que no pertenezcan a un mismo grupo empresarial, conforme al Registro Único Empresarial, RUE, o

⁶⁸ Cuaderno No. 1 folios 183 a 188

b) Para el mismo producto o servicio exista en el mercado variedad de precios al consumidor final, conforme a la información remitida por el Ministerio de Defensa Nacional al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Así mismo, señala este Decreto que será el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el que expedirá la certificación, confrontando el listado remitido por el Ministerio de Defensa Nacional, con la información contenida en su Registro de Productores Nacionales, Oferta Exportable y Determinación de Origen.

El día 15 de julio de 2010 –antes de la celebración de la operación- **VALORAGRO S.A.** remite comunicación a la Bolsa señalando: *“certificamos que ya revisada la información de nuestro mandante declaramos que este cumple con los requisitos técnicos y jurídicos exigidos por el mandante comprador (...) para las compras del mes de julio del presente año y que dichos documentos se encuentran vigentes para contratar, también certificamos que es de nuestro conocimiento que el no cumplir con dichos requisitos nos haría responsables de los perjuicios económicos que se causen con el mandante comprador y la BMC”*⁶⁹. Adjunta a la comunicación los documentos del mandante⁷⁰ y una declaración jurada de registro del Ministerio de Comercio Industria y Turismo⁷¹. La operación se celebra el día 19 de julio de 2010.

El 27 de julio de 2010 el Ministerio de Defensa Nacional –mandante comprador- solicita se declare el incumplimiento⁷² porque el proveedor Distrihogar S.A. no presentó el registro de productor nacional, sino que el documento remitido corresponde a la declaración jurada de registro *“la cual hace mención al trámite que hace la empresa directamente a efectos de obtener la auto calificación de la (sic) normas de origen (...)”*. Señala así mismo, que el proveedor no presentó el registro de productor nacional en ninguna de las partidas arancelarias requeridas en la ficha técnica de negociación. Además, señala el trámite que debe seguirse para obtener el registro y solicita la intervención de la Cámara de Compensación para la adquisición del producto en los términos requeridos. En efecto, la declaración jurada presentada por el mandante vendedor Distrihogar S.A., como requisito previo para celebrar la operación, corresponde a otro trámite que es la *determinación de origen de productos a ser exportados* y no, para el trámite de registro de productor nacional. Adicionalmente, la declaración jurada que se remite únicamente incluye la subpartida arancelaria 6302320000, faltando por tanto, tres de las subpartidas señaladas en la ficha técnica

El mismo 27 de julio de 2010 **VALORAGRO S.A.**, envía comunicación a Agrored S.A. – sociedad comisionista compradora-, reiterando que la condición de productor nacional de su mandante se encuentra acreditada ya que así se registra en la página web del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo⁷³ y recuerda lo sucedido en reunión

⁶⁹ Cuaderno No. 1 folio 139

⁷⁰ Cuaderno No. 1 folios 118 a 136

⁷¹ Cuaderno No. 1 folios 137 y 138

⁷² Cuaderno No. 1 folios 145 a 148

⁷³ Cuaderno No. 1 folios 149 y 150

llevada a cabo el 26 de julio de 2010, en la cual se pudo constatar que está registrado. Señala que el comitente está haciendo los trámites para obtener la certificación por escrito a más tardar el 29 de julio de 2010.

No obstante dicha comunicación, el 28 de julio de 2010 Agrored S.A., en atención a los solicitado por su mandante, solicita a la Bolsa que declare el incumplimiento y este mismo día el Departamento de Operaciones de la Bolsa requiere a **VALORAGRO S.A.** para que remita los documentos que acreditan los requisitos del proveedor para participar en la rueda, *requisitos jurídicos ítem 2*. En la misma fecha, **VALORAGRO S.A.** solicita a la Bolsa, la intervención de la Cámara Arbitral.⁷⁴

Ahora bien, el 29 de julio de 2010 **VALORAGRO S.A.** remite a la Bolsa la documentación remitida por el mandante referente al certificado de productor nacional con la subpartida arancelaria 6302320000⁷⁵.

Es así como este documento remitido 10 días después de la celebración de la operación, era el que debía entregar como requisito previo para la negociación toda vez que era el único que cumplía con el requerimiento legal consignado en la Ley 1089 de 2006 y su decreto reglamentario 660 de 2007.

Sin embargo, aunque se remite el documento requerido, aún faltan tres subpartidas arancelarias por incluir en el mencionado registro. Es de anotar que el Registro de Productor Bienes Nacionales que se remitió con la subpartida 6302320000, tiene como fecha el 27 de julio de 2010, lo cual comprueba que se obtuvo después de celebrada la operación. De hecho obra en el expediente, comunicación del 29 de de julio de 2010 en la que el Ministerio de Comercio Industria y Turismo informa que se registró la subpartida señalada y que dicho registro vence el 29 de julio de 2011.⁷⁶

No obstante la entrega de dicha documentación, el 30 de julio de 2010 mediante comunicación PSD-628, la administración de la Bolsa declara el incumplimiento en la entrega de los requisitos establecidos en la ficha técnica de negociación⁷⁷, por lo cual **VALORAGRO S.A.** solicita reunión al Presidente de la Bolsa, y con la participación del Ministerio y las sociedades comisionistas para aclarar los términos y condiciones de la negociación⁷⁸ y adicionalmente remite una comunicación el 2 de agosto de 2010, explicando lo ocurrido con la operación, en los siguientes términos⁷⁹:

“1. La calidad de productor nacional de Distrihogar S.A., es un hecho notorio, toda vez que tal circunstancia hace parte de la página WEB del Ministerio de Desarrollo, Comercio y

⁷⁴ Cuaderno No. 1 folios 153 y 154

⁷⁵ Cuaderno No. 1 folios 151 a 161

⁷⁶ Cuaderno No. 1 folios 163 y 164

⁷⁷ Cuaderno No. 1 folios 164 y 165

⁷⁸ Cuaderno No. 1 folio 166

⁷⁹ Cuaderno No. 1 folios 167 a 173

Turismo, que puede ser consultada por cualquier persona, y que está al servicio del público en general:

2. Que el registro que el lleva el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo encuentra fundamento en una declaración juramentada de cada interesado;

3. Que oportunamente la Sociedad Comisionista Compradora y la vendedora misma, sabían, conocían, por consulta directa que hicieron de la pagina WEB del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que nuestro comitente tenía la calidad de productor nacional.

4. Que no existe tarifa legal de prueba para el presente caso, y la finalidad inobjetable de la ficha técnica de negociación lo constituye que el proveedor este calificado como productor nacional, circunstancia debidamente probada para esta operación.

(...)“

Sobre el particular, los miembros de la Cámara aclaran que la exigencia de la ficha técnica, es el registro, y no la afirmación del mandante o un documento diferente ya que dicha exigencia proviene de un requerimiento legal que específicamente se refiere al *Registro de Productor Nacional*, el cual implica un confrontación que realiza el Ministerio de Comercio Industria y Turismo para certificar la existencia de la producción dentro del territorio nacional y la comprobación de que ésta se lleva a cabo en términos de competencia abierta, como lo exige la ley. Dicho registro difiere entonces de la declaración jurada de registro o de cualquier otra acreditación que se presente, tal como lo aclaró el mandante en la revisión posterior de los requisitos del proveedor.

Adicionalmente, de los correos electrónicos que remite **VALORAGRO S.A.** con la comunicación citada, se evidencia que no sólo el documento presentado no cumplía con el requerimiento de la ficha técnica sino que adicionalmente, no contaba con la totalidad de las partidas arancelarias solicitadas.

De hecho, un mes antes de celebrar la operación, cuando se informó al mercado las condiciones en que se adquiriría el producto, **VALORAGRO S.A.**, mediante correo electrónico del 10 de mayo de 2010, presenta a Agrored S.A. las siguientes inquietudes de su mandante: (i) Respecto de la negociación de toallas, el mandante se encuentra registrado con las subpartidas arancelarias 6302600000 y 6302910000 que son las mismas que aparecen en la ficha técnica de negociación. Quieren saber si con estos registros nuevos y viejos que les adjuntamos no tendrían ningún inconveniente para participar en la negociación, (ii) respecto de juego de cama está registrado con las subpartidas 6302320000 y 6302210000 que son las mismas de la ficha técnica de negociación. Pero no se encuentra registrado con las subpartidas 6302390000 y 630231000. (el subrayado es nuestro). A lo anterior, el 11 de mayo de 10 Agrored S.A. le responde a **VALORAGRO S.A.** que revise, ya que las partidas si aparecen en la ficha técnica de negociación⁸⁰. Es decir que no aprueba la interpretación de la sociedad comisionista y se limita a remitir al texto de la ficha técnica de negociación.

⁸⁰ Adicionalmente obran en el expediente los siguientes correos electrónicos: (i) del 28 de abril de 2010 de **VALORAGRO S.A.** para Distrihogar en donde adjunta fichas técnicas, (ii) el 10 de mayo de 2010 de Distrihogar adjunta criterios de las referencias solicitadas, (iii) el 15 de julio de 2010 Distrihogar remite a

Ahora bien, **VALORAGRO S.A.** continúa con las gestiones para solucionar los inconvenientes presentados y dar cumplimiento a la operación. De esta manera el 2 de agosto de 2010 solicita la intervención de la Cámara Arbitral⁸¹, el 4 de agosto de 2010 reitera a la Bolsa que su mandante está en capacidad de cumplir⁸² y el 12 de agosto 2010 solicita a la Bolsa revoque la declaratoria de incumplimiento, porque se ha demostrado que se ha cumplido con la ficha de negociación⁸³.

El 24 de agosto de 2010 se reúnen las partes a instancias de la Cámara Arbitral de la Bolsa, para dirimir el conflicto suscitado con ocasión de la declaratoria de incumplimiento en los requisitos habilitantes. En dicha reunión **VALORAGRO S.A.** además de explicar que su mandante cuenta con los dos registros de productor nacional y de producción nacional, pone de presente inconvenientes en la consecución de la materia prima, en los siguientes términos *“adiciona que ha surtido reuniones con la industria nacional sin llegar a ningún acuerdo para la consecución de la tela origen colombiano, solicita suspensión de la reunión para poder contar con una última oportunidad y poder contar con tela nacional de los fabricantes nacionales una vez se tiene claridad de que el Ministerio también se encuentra en ánimo conciliatorio, lo que permite mejorar las condiciones de la negociación”* y continúa diciendo *“De no haber acuerdo con la industria nacional solicita al Ministerio se permita la entrega de juegos de cama con el 58.6% de agregado nacional conforme a lo declarado en la (sic) REGISTROS DE PRODUCTOR NACIONAL expedido por Mincomercio”*.

Reanudada la reunión, las partes llegan al siguiente acuerdo⁸⁴:

- El comisionista vendedor entregará las cantidades a él adjudicadas.
- Los costos serán asumidos por él y su mandante.
- Deben cumplir los requisitos de la ficha técnica de negociación y ficha técnica de los elementos.
- La entrega debe hacerse dentro de los 90 días siguientes a la firma del acta. Pueden hacerse entregas parciales de acuerdo con las necesidades de incorporación.
- A título de indemnización entregará 668 juegos de cama adicionales.

VALORAGRO S.A. “certificado productor nacional sabana 50/50”, (iv) el 28 de julio de 2010 **VALORAGRO S.A.** remite a Distrihogar el comunicado de la Bolsa en donde solicita el registro de productor nacional, (v) el 29 de julio de 2010 **VALORAGRO S.A.** remite a la Bolsa la documentación enviada por el mandante del certificado de productor nacional subpartida 6302320000 y el certificado aprobado por el Ministerio de Comercio.

⁸¹ Cuaderno No. 1 folios 174 y 175

⁸² Cuaderno No. 1 folio 176

⁸³ Cuaderno No. 1 folio 178

⁸⁴ Arreglo directo No. 15 del comité arbitral de la Bolsa inicia el 24 de agosto de 2010, se suspende y se reanuda la reunión el 26 de agosto de 2010 (Cuaderno No. 1 folios 190 a 194). Obra adicionalmente comunicación de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares de 26 de agosto de 2010, en donde da instrucciones para que Agrored S.A. continúe con el arreglo directo en el comité arbitral (Cuaderno No. 3 folios 066 a 070).

Si bien, a partir de este acuerdo es claro que la operación se sigue ejecutando con las modificaciones mencionadas, como se estudiará más adelante en la imputación sobre el incumplimiento en la entrega, encuentra la Sala, que en efecto se presentó un incumplimiento por parte de la sociedad comisionista investigada del requisito establecido en la ficha técnica sobre el registro de productor nacional del proveedor ya que el documento que acreditaba dichas condiciones se encontraba debidamente señalado la ficha técnica y no era, el que remitió el mandante de **VALORAGRO S.A.** antes de la celebración de la operación.

De hecho como quedó acreditado, el registro de productor nacional fue remitido de manera posterior por la punta vendedora y el mismo cuenta con fecha de vigencia desde el 27 de julio de 2010, esto es, posterior a la celebración de la operación cuando se trataba de un requisito que debía cumplirse para poder participar en la rueda de negociación. Obsérvese cómo en el punto 7 del acuerdo de arreglo directo antes mencionado, las partes reconocen *“que con la suscripción del acta de arreglo directo, no queda convalidado en momento alguno la declaratoria de incumplimiento de la operación forward No. 11487577, por el contrario se deberán continuar las investigaciones ante el organismo arbitral, ante el área de seguimiento y ante la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la Bolsa Mercantil de Colombia, para que efectúen dentro de su ámbito de competencia los trámites correspondientes”*.

Por último, se debe anotar con posterioridad a la celebración de esta operación y puede ser que con ocasión a las interpretaciones hechas por las partes en ésta y otras operaciones, el Ministerio de Defensa expide la Circular No. CIR11-45 del 7 de febrero de 2011, en la que se señalan los lineamientos para efectuar la solicitud certificación exigida en la Ley 1089 de 2006 y su decreto reglamentario especificando, entre otros puntos, cuál es el documento idóneo para certificarse como Productor Nacional en procesos de contratación pública. En efecto señala: *“En atención a que en diferentes procesos de contratación de las Unidades Ejecutoras, los oferentes han presentado **DOCUMENTOS NO IDÓNEOS** para acreditar el cumplimiento del registro de producción nacional, se realizan las siguientes precisiones (...)”*. Luego de señalar el procedimiento que se debe seguir para la obtención del registro aclara: *“(...) el formulario **DECLARACIÓN JURADA DE REGISTRO**, no es revisado por los funcionarios del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, debido a que es un trámite que hace la empresa directamente en la página del Mincomercio a efectos de obtener la auto calificación de la (sic) normas de origen, y poder demostrar la producción nacional de un producto. (...) El cumplimiento de estas normas asegura el aprovechamiento de los beneficios arancelarios y procedentes de los países participantes del acuerdo o beneficiarios del esquema comercial. (...) Erradamente las Unidades Ejecutoras le están dando la misma validez a estos documentos que si bien son emitidos por el Mincomercio, hacen relación a dos materias totalmente diferentes, una demuestra la producción nacional, y la otra determina los beneficios arancelarios al momento de efectuar exportaciones de un bien o servicio”*.

Si bien lo anterior puede llevar a pensar que en su actuación no está presente la mala fe, no lo exime de su deber de desplegar la diligencia predicable a un profesional de

este mercado, para efectos de cumplir a cabalidad y en los términos legales, los requisitos para poder participar en el mercado.

En la audiencia practicada por la Sala de Decisión a la doctora Diana Torres Muñoz, abogada de Distrihogar S.A., mandante en esta operación, explica que el error en la presentación del documento idóneo para certificar el requisito establecido se debió a circunstancias particulares presentes al momento de la celebración, que generaron la confusión, en los siguientes términos:

“Ahí vimos y de hecho si participé personalmente en tal vez tres reuniones no, no tengo el número exacto de reuniones donde llegamos primero a una negociación y se nos condenó a un número de sábanas adicionales por el aparente incumplimiento y donde pues digamos que se avaló que si teníamos el certificado de productor nacional digamos que eso fue completamente claro que el documento aportado en la operación aparentemente era nuestro certificado de origen porque el Ministerio de Comercio había cambiado para esa época, para junio-julio de 2010 el procedimiento.

Antes, ellos en un solo certificado le expedían certificado de origen y productor nacional y para esa época los dividió en dos; entonces digamos que quedó completamente avalado o subsanado, pienso yo, el inconveniente de si el documento acreditado para la operación en Bolsa era o no prueba suficiente y que efectivamente Distrihogar tenía el certificado de productor nacional y de ahí viene de hecho, me imagino yo, que se pacta el acuerdo porque de lo contrario pensaría que no podrían haber llegado a ningún tipo de acuerdo.

Lo que hacía el Ministerio es que le expedía en un solo trámite los dos certificados, no que uno valía por los dos sino que en un solo procedimiento usted acreditaba certificado de origen, certificado de productor nacional. Evidentemente cada uno es distinto si?, pero usted hacía todo en un solo procedimiento, aclaro el punto”.

Siendo esto así, si bien no exime de responsabilidad a la sociedad comisionista compradora por participar en la negociación, sin contar con tal requisito, y aun más certificar ante la Bolsa su cumplimiento, las anteriores circunstancias se tendrán en cuenta para efectos de determinar la sanción y su graduación.

Por último, en relación con el requisito habilitante, en sus descargos la sociedad comisionista pone en entre dicho la legitimidad para su exigencia, señalando:

“(…) nos encontramos ante un cargo que se edifica sobre circunstancias censurables, cuestionables, que advierten un tratamiento injusto, inequitativo que no habla bien del Órgano Autorregulador. Adicionalmente, el mecanismo, al que alude el escrito de cargos, y que viene practicándose, para el mercado de compras públicas, desnaturaliza la operación de Bolsa y genera grave riesgo para el mercado. En qué consiste este mecanismo: A la rueda de negocios, solo pueden concurrir aquellas sociedades comisionistas que actúen por cuenta de “proveedores” que previamente deban ser conocidos y revisados por la entidad estatal interesada, llenando los requisitos y condiciones exigidos por la entidad estatal de turno (ciertos requisitos habilitantes del proveedor), lo cual niega la existencia de un mercado

público, y lo que es más preocupante, posibilita el direccionamiento de las operaciones celebradas en Bolsa, por parte de las entidades estatales, lo que pone en peligro este mercado”.

No obstante su observación, debe señalarse sobre el particular que el requisito de la ficha técnica no es caprichoso sino que responde a un requerimiento legal. Por lo tanto dichas apreciaciones no pueden aceptarse cuando la misma ley obliga a que la adquisición de bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional, sean de producción nacional, estableciendo adicionalmente que será el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, quien certificará la existencia de su producción, dentro del territorio nacional y la comprobación de que ésta se lleva a cabo en términos de competencia abierta.

Así las cosas más allá de que los requisitos de la ficha técnica, que son conocidos por la punta vendedora, deben cumplirse a cabalidad, en el caso concreto se trataba adicionalmente de un requerimiento fundamental para que la entidad pública pudiese adquirir el producto.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que existe un incumplimiento de los requisitos establecidos en la ficha técnica y en este sentido, se debe anotar que la sociedad comisionista debió verificar con mayor diligencia que los documentos remitidos por su mandante se acompasaran con aquellos exigidos por la ficha técnica. En efecto, el decir de su mandante, no podía darle la certeza a la sociedad comisionista que se cumplía con el requerimiento sino que debió verificar que efectivamente se trataba del documento solicitado.

8.4.2. De la afectación a la libre competencia.

Considera el área de seguimiento que la sociedad comisionista investigada transgredió los preceptos que rigen un mercado bursátil debidamente organizado toda vez que:

- i) “Transgredió principios del mercado administrado por la Bolsa,*
- ii) No llenó los requisitos previstos para poder participar en la rueda de negociación y,*
- iii) Faltó a la lealtad con su mandante, con su contraparte y con el mercado en general al no haber obrado de manera diligente”.*

Señala al respecto que si la sociedad comisionista hubiese realizado un estudio diligente de las fichas técnicas de negociación, podría haber evitado gran parte de los inconvenientes presentados señalando que: *“(…) su obligación radicaba en buscar en el mercado el o los proveedores de la materia prima que le permitiera satisfacer en tiempo no solo la producción del bien negociado, sino la entrega en el plazo establecido, a fin de evitar lo que finalmente ocurrió, esto es, la entrega tardía en más de cinco (5) meses de los 234.098 juegos de cama por un valor que asciende a la suma de \$5.793.581.173, lo cual finalmente obligó a la entrega de 1.262 unidades adicionales correspondientes a título de indemnización como resarcimiento de los perjuicios causados por el retraso en la entrega, valoradas en*

“\$31.232.644, todo lo cual evidencia palmariamente que Valoragro S.A. incumplió con una de las principales obligaciones en el contrato de compraventa bursátil: entregar el bien negociado en los términos pactados”.

Concluye señalando que: *“Lo anteriormente descrito sumado al hecho de haber celebrado la operación con pleno conocimiento de la imposibilidad de cumplir con la condición de productor nacional de su cliente y con la entrega dentro del plazo pactado, resumen una conducta contraria a los principios de transparencia y seguridad del mercado, como ya se ha señalado, razón por la cual considera procedente elevar cargos contra la sociedad encartada por el no cumplimiento de la totalidad de requisitos para participar en la rueda de negociación y en la entrega oportuna de los 234.098 juegos de cama negociados en la Operación Forward MCP No. 11487577”.*

Si bien en el pliego de cargos se nomina la conducta como *“afectación a la libre competencia”*, en realidad se refiere a que los incumplimientos en los requisitos habilitantes para la celebración de la operación y el incumplimiento en la entrega traen consigo la transgresión de los principios del mercado administrado por la Bolsa.

No obstante lo anterior, el acápite de normas vulneradas el área de seguimiento enmarca el cargo señalando:

*“Así mismo, VALORAGRO S.A., al haber dado fe de que su mandante vendedor contaba con los requisitos exigidos en la ficha técnica de negociación, sin que tal afirmación obedeciera a una verificación exacta de las condiciones de su cliente frente a los mismos, implica de suyo un hecho capaz de desorientar al mercado o causar un error al mercado, a su contraparte y al público en general, pues se habría ejecutado la operación bajo el convencimiento errado de que quien participaba en el mercado se encontraba debidamente habilitado para participar en la negociación, cuando lo cierto es que, de acuerdo con la investigación adelantada, el proveedor o cliente de la firma comisionista de bolsa, para la fecha de celebración de la operación, no acreditaba la calidad de productor nacional, con lo que se transgrede la disposición contemplada en el **numeral 19, literal h del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006** recogido hoy en el artículo 2.11.1.8.1. del Decreto 2555 de 2010, pues en tal sentido la firma comisionista (sic) ha debido abstenerse de participar en la operación para evitar estar incurso en el supuesto de hecho mencionado. En el mismo sentido, la encartada transgredió lo dispuesto en varias normas del Código de Conducta del **Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia**, como las contenidas en los artículos **5.1.2.1.** y **5.1.3.2.**, pues quedó demostrado que con su proceder no solo no cumplió con los más altos niveles de disciplina, profesionalismo y seriedad por cuanto prefirió sus intereses particulares que los del mercado en general y sin más celebró la operación a sabiendas de que su mandante no cumplía las condiciones exigidas en la ficha técnica de negociación”.* (negrillas pertenecen al texto original)

Y más adelante señala:

En el mismo sentido, desconoció lo ordenado en los artículos 5.1.3.4. y 5.2.1.4. por cuanto suministró información que no correspondía a la realidad de su mandante, con lo cual, por una parte, faltó a la lealtad que le es exigible y por otra, se evidencia un actuar indiferente

frente a los principios que gobiernan su actividad, pues con ello afectó la libre y leal competencia en el mercado, por cuanto tal como lo dispone el artículo 11 de la Ley 526 de 1996 (sic)⁸⁵: “Se presume desleal (...) cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”. En tal sentido, el obrar de la investigada encaja en las conductas objeto de investigación y sanción establecidas en los numerales 9 y 11 del artículo 2.2.2.1. del Reglamento de la Bolsa, por cuanto certificó, sin cerciorarse debidamente que la información no correspondía a la realidad al momento de celebrarse la operación, pues su cliente para esa fecha no ostentaba la calidad de productor nacional, como quedó demostrado.

Obsérvese que en el pliego, el cargo denominado *de la afectación a la libre competencia*, se erige sobre la base de que suministró información falsa o engañosa de su mandante⁸⁶, lo que le lleva a concluir, sin análisis adicional, que con ello afectó la libre y leal competencia a las voces de la disposición general consagrada en el código de conducta. Considera esta Sala que una imputación por afectación a la libre y leal competencia debe partir de la afectación al bien jurídico tutelado, cual es la libertad de acceso y no simplemente derivarse del probado incumplimiento de otras conductas. En efecto, no basta para esta imputación con la transcripción del artículo 11 de la ley 256 de 1996, por la cual se dictan normas de competencia desleal.

Adicional a lo anterior, no concuerda la Sala con la apreciación del área de seguimiento en cuanto la sociedad comisionista incumplió con su deber de “(...) abstenerse de dar información ficticia, incompleta o inexacta”, pues la información suministrada o el documento entregado simplemente no era el idóneo para acreditar la calidad del mandante, y es por ello que se declara el incumplimiento; pero no era falso, ni ficticio ni consignaba información con dichas condiciones, por el contrario, el mandante pudo finalmente entregar el producto porque acreditó, aunque tardíamente, el registro de productor nacional. Si bien con la entrega de un documento que no era idóneo, fue posible que participara en la rueda de negocios y salió adjudicatario de la operación, el mismo no consignaba como lo sostiene el área de seguimiento información falsa o ficticia. Es así como la información consignada en el documento *declaración jurada de registro* si correspondía a la realidad de su mandante, sin embargo, no era el requisito exigido no sólo por la ficha técnica sino por la ley.

En este sentido, no encuentra la Sala que se haya elevado el cargo debidamente probando que con la conducta desplegada por la sociedad comisionista se haya concretado una afectación a la libre y leal competencia en el mercado, ni que el inconveniente presentado con el documento para acreditar la condición de productor nacional haya tenido por objeto o como efecto la restricción de la competencia.

⁸⁵ Entiéndase “Ley 256 de 1996”

⁸⁶ De hecho entiende enmarcada la conducta en el numeral 9 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que la Sala no esté de acuerdo con el área de seguimiento en que la conducta de certificar el cumplimiento a cabalidad de lo exigido en la ficha técnica de negociación, por parte del representante legal en los términos que ya se anotaron, sin cerciorarse del efectivo cumplimiento, no sea una conducta reprochable. Sin embargo las implicaciones de dicho incumplimiento se estudiaron en el acápite correspondiente.

Ahora bien, revisada la solicitud formal de explicaciones que obra a folios 282 a 299 del cuaderno No. 1 del expediente, el área de seguimiento señala que con la certificación del cumplimiento del requisito habilitante presumiblemente *“habría impedido que otros oferentes participaran libremente en este escenario”*. Si bien sobre tal premisa se debía basar la investigación, encuentra la sala que ello no fue debidamente acreditado en el presente proceso.⁸⁷

8.4.3. Del incumplimiento referido al conocimiento del cliente, sobre su capacidad de cumplir la negociación.

Como consecuencia del incumplimiento en los requisitos habilitantes, adicionalmente imputa el presunto incumplimiento, de lo que denominó *“conocimiento del mandante vendedor, específicamente, sobre su capacidad de cumplir la negociación”*.

Indica el área de seguimiento la importancia que reviste para el mercado el conocimiento del cliente señalando que el mismo no se limita a conocer sus datos básicos sino *“(…) su capacidad instalada, su situación financiera y su experiencia en el mercado, entre otros aspectos, que resulten fundamentales para el efectivo y seguro cumplimiento de la operación”*.

Así mismo, señala que la actuación de la sociedad comisionista implica que: *“(…) verifique con absoluto cuidado y diligencia que el producto cumpla ampliamente con las condiciones indicadas en la ficha técnica y que llene la totalidad de requerimientos generales de la negociación, incluidos la(s) fecha(s) de entrega y los horarios, los sitios de entrega y la forma y fecha de pago de la operación, en la medida en que dicho documento contiene las condiciones de la negociación, tales como los bienes, productos y/o servicios a ser negociados, cantidad, calidad, y características de los mismos, las condiciones, descripción del procedimiento y sitios de entrega, forma y fecha de pago de las operaciones, condiciones y*

⁸⁷ La Sala de Decisión ordenó en su auto de pruebas *“Oficiar al Departamento de Operaciones de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A., para que allegue con destino a la Sala, la grabación de la Rueda llevada a cabo el día 19 de julio de 2010, en la cual se celebró la operación forward MCP No. 11487577”*, ello con el fin de verificar la puja en la operación celebrada, encontrando que en la grabación de la rueda 133, se evidencia que no hubo puja, dándose el conforme por parte de la sociedad comisionista investigada ante la primera oferta del comprador. La operación se celebra en el minuto 01:05:23 de la Rueda No. 133 del 19 de Julio de 2010. La grabación de la Rueda fue remitida por el departamento de operaciones de la Bolsa, mediante comunicación DO-886 del 26 de julio de 2012 obrante a folio 211 del Cuaderno No. 4.

obligaciones del vendedor y/o comprador, condiciones jurídicas de la operación, así como las condiciones y obligaciones del comitente vendedor (numeral 8 art. 3.6.1.2.). En este sentido, la sociedad comisionista ha debido no solo verificar sino acreditar que su cliente cumplía con la condición de Productor Nacional, aportando el correspondiente certificado que lo acreditaba como tal en las cuatro (4) subpartidas arancelarias indicadas como requisito para poder participar en la rueda de negociación, condiciones que no cumplía su cliente si se repara en el hecho de que éste no estaba certificado en las cuatro subpartidas, pues en dos de ellas adoptó tal calidad hasta el 29 de julio de 2010, es decir, de manera posterior a cantar la operación”.

No obstante lo anterior en el acápite de normas vulneradas no encuentra la Sala cuáles de las normas imputadas se refieren a esta conducta específica señalada por el área de seguimiento, como una conducta autónoma. Por lo tanto, esta imputación será estudiada de cara a la diligencia que debió desplegar a firma comisionista en desarrollo de la operación, a la luz de las obligaciones contempladas en los artículos 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación numeral 6° y el artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010 en el numeral 8°.

Es pertinente señalar que en sus descargos, la sociedad comisionista investigada explica los antecedentes de la operación, señalando que la misma se celebra como consecuencia del incumplimiento de una operación previa, sobre el mismo producto. Al respecto afirma que la operación anterior, que fue celebrada por otra sociedad comisionista, tuvo un incremento del 25% de producto frente a la oferta planteada por la contraparte compradora, más aún si se tiene en cuenta la situación nacional del mercado del algodón. Afirma que: *“De acuerdo con los precios de la tela nacional requerida para la elaboración de las 234.098 juegos de cama venderlos por la suma de dinero ofrecida por el Ministerio de Defensa, esto es, \$5.793.581.173, generaba pérdida, por ello se incumplió. La negociación solo era viable con otra opción”.* (negrillas pertenecen al texto original)

Continúa explicando que finalmente se cerró la operación No. 11487577, para dar cumplimiento a la entrega del producto requerido por el Ministerio de Defensa, con la misma sociedad comisionista compradora, por el mismo precio y cantidad de producto y menciona: *“En todo caso, la segunda comitente vendedora (proveedor), Distrihogar S.A., aceptó cumplir con los términos establecidos, circunstancia que favoreció a la Bolsa, la Cámara, la compradora y al mismo mercado. En síntesis, simplemente se sustituyó el comitente vendedor (proveedor), y la sociedad comisionista vendedora.”*

Lo anterior de ninguna manera atenúa su responsabilidad frente al incumplimiento, pero pone en contexto las circunstancias particulares en las que se celebró la operación.

8.4.4. Del incumplimiento de la entrega en las fechas pactadas en la operación.

Como se señaló previamente, la operación forward MCP 11487577 fue celebrada el 19 de julio de 2010, sobre el producto juegos de cama, pactándose entregas hasta el 19 de octubre de 2010.

Ahora bien, teniendo en cuenta los inconvenientes presentados ante el incumplimiento de los requerimientos de la ficha técnica, como se estudió en precedencia, las partes según consta en arreglo directo No. 15 del comité arbitral de la Bolsa del 24 de agosto de 2010, ya mencionado, llegaron a diferentes acuerdos, que modifican las fechas de entrega de la operación.

En efecto, lo que se refiere a las entregas del producto acuerdan⁸⁸: *“(i) La sociedad Comisionista Vendedora entregará las cantidades a él adjudicadas, es decir **234.098 Juegos de Cama**, a las Unidades ejecutoras y de Policía Nacional, (ii) Que los Juegos de Cama adjudicados y adicionales, deberán ser entregados dentro de los 90 días siguientes a la firma del acta de arreglo directo. En dicho plazo podrán efectuarse entregas parciales a cada una de las Unidades Ejecutoras y de Policía Nacional, de acuerdo a las necesidades existentes para cubrir los planes de incorporación. El comitente comprador y su sociedad comisionista se comprometen a analizar las solicitudes de prórroga formuladas por el vendedor debidamente justificadas y habiendo cumplido con la calidad del producto pudiendo considerarlas y darles viabilidad dentro del marco del reglamento de la Bolsa, (iii) que el comitente vendedor entregará a título de indemnización de perjuicios ocasionados a cada Unidad Ejecutora y de Policía Nacional, la cantidad de **668 juegos de cama adicionales a los adjudicados, los cuales serán distribuidos de la siguiente manera (...)**”.*

El acta se suscribe el día 26 de agosto de 2010, por lo que se entiende que la entrega debía efectuarse el 26 de noviembre de ese año, de acuerdo con lo pactado a instancias de la Cámara Arbitral.

El 18 de noviembre 2010 las sociedades comisionistas Agrored S.A. y **VALORAGRO S.A.** informan al Departamento de Operaciones de la Bolsa que en virtud del acta de arreglo directo No. 15 del 26 de agosto de 2010, el producto objeto de la operación, previa solicitud del comisionista vendedor y autorización de los mandantes, será entregado de acuerdo con el siguiente cronograma⁸⁹:

Unidades Ejecutoras	Ejercito	Policía	Armada	FAC	Totales
Entrega Octubre 21 de 2010	20,223	2,247	920		23,390
Entrega Noviembre 4 de 2010	35,300	3,720	7,800		46,820
Entrega Noviembre 23 de 2010	26,000	6,000	8,000	6,000	46,000
Entrega Diciembre 20 de 2010	26,000	3,161	11,276	5,778	46,215
Indemnización Acta de Arreglo		40		34	74
Entrega Enero 30 de 2011	25,000		11,000		36,000
Entrega Febrero 15 de 2011	24,466		11,207		35,673
Indemnización Acta de Arreglo	450		144		594

⁸⁸ Op. Cit. Cuaderno No. 1 folios 190 a 194.

⁸⁹ Cuaderno No. 1 folio 212

Sin embargo, en dicha comunicación, las entregas se vuelven a prorrogar, por acuerdo de las partes. La Bolsa remite tal documentación al Director de Garantías de la Cámara de Compensación el 24 de noviembre de 2010 solicitando *“requerir a los comisionistas, la ampliación de garantías correspondientes con la nueva fecha de vencimiento en la entrega y en el pago; así mismo informar a este Departamento la actualización de las garantías por parte de las sociedades comisionistas”*.⁹⁰

No obstante lo anterior, el cronograma anterior tampoco se cumple ya que tal como obra en el expediente, el 10 de febrero de 2011, se realiza un *Informe de Supervisión* suscrito por el director de Abastecimiento de la Armada Nacional como supervisor del contrato de comisión en el que se hace el resumen de las entregas pactadas y realizadas, señalando finalmente que el mandante vendedor solicita ampliar el plazo de entrega por 45 días calendario hasta el 30 de marzo de 2011 y estableciendo el cronograma⁹¹.

La razón de tal solicitud consta en comunicación del 14 de febrero de 2011 en la que Distrihogar informa a Agrored S.A. que *“debido a la escasez mundial de algodón y a las alzas de los precios que alcanzan casi 1.660 dólares por libra, nos hemos visto imposibilitados a cumplir con el total de las entregas de juegos de cama de la operación de mercado abierto numero 11487577 acordadas para los meses de enero y febrero de 2011. El suministro de la tela que estuvo alrededor de 40.000 mts quincenales se ha visto disminuido casi a 23.000 mts, motivo por el cual no hemos alcanzado la producción esperada y por ende la entrega en las cantidades acordadas el pasado mes de noviembre. A pesar de los inconvenientes que aquejan un mercado como el textil que depende en gran parte del suministro del algodón y teniendo en cuenta que el panorama no es alentador para los próximos meses, nuestra empresa sigue comprometida con el pronto cierre y cumplimiento total del contrato a mas tardar el 22 de marzo de 2011”*⁹². En la misma fecha, **VALORAGRO S.A.** solicita prórroga para la entrega del saldo del producto y ofrece una indemnización de 450 unidades para el ejército y 144 para la armada⁹³.

El día 15 de febrero de 2011 Distrihogar informa a Valoragro que⁹⁴:

- Tienen para entrega inmediata 9.400 juegos (7.250 para la armada y 2.150 para el ejército). Necesitan instrucciones para definir si la inspección se hace en Medellín o Bogotá.
- El 25 de febrero de 2011 tienen entre 5.000 y 8.000
- En marzo tendrían 2 entregas parciales una el día 11 y otra el día 23.

⁹⁰ Cuaderno No. 1 folio 213

⁹¹ Cuaderno No. 3 folios 062 a 065. Dicha comunicación se remite a la Directora de Contratación Estatal del Ministerio de Defensa

⁹² Cuaderno No. 1 folio 196. Así mismo informa los inconvenientes al Ministerio de Defensa mediante correo electrónico del 14 de febrero de 2011 (Cuaderno No. 1 folio 197). Es de anotar que de acuerdo con el correo electrónico que obra a folio 199 del Cuaderno No. 1, la sociedad comisionista vendedora solicita a su mandante que todo lo relacionado con la operación debe tramitarse a través suyo

⁹³ Cuaderno No. 1 folio 198

⁹⁴ Cuaderno No. 1 folio 200

- Reiteran posición de indemnizarlos con 450 juegos de cama.

Este mismo día **VALORAGRO S.A.** presenta la propuesta de las entregas informadas por su mandante a la sociedad comisionista Agrored S.A.⁹⁵. Sin embargo, la dirección de abastecimiento solicita a la oficina de contratación estatal que declare el incumplimiento de la operación⁹⁶. Esta última así lo solicita a Agrored S.A. anotando que no se concede la prórroga solicitada⁹⁷. De acuerdo con lo anterior, la sociedad comisionista Agrored S.A. solicita a la Bolsa la declaratoria de incumplimiento.⁹⁸

Siguiendo el trámite de la declaratoria de incumplimiento, el 16 de febrero de 2011 el Departamento de Operaciones de la Bolsa solicita a **VALORAGRO S.A.** informe detallado de las entregas de la operación de la referencia⁹⁹. La sociedad comisionista remite la información solicitada el 18 de febrero de 2011 y señala que *“queremos dejar constancia que mi mandante DISTRIHOGAR S.A., tiene dos camiones el día de hoy en la ciudad de Bogotá uno con 2.280 unidades de juegos de cama para ser entregado en el ejército y otro con 7.56 unidades para ser entregadas en la armada nacional”* pero el mandante vendedor no quiere recibir¹⁰⁰.

El incumplimiento de la operación es certificado por la Bolsa el 18 de febrero de 2011 mediante comunicación PSD-109.¹⁰¹

Mediante comunicación del 18 de febrero de 2011 (recibida el 21 de febrero), **VALORAGRO S.A.** informa al Departamento de Operaciones de la Bolsa las entregas a esa fecha de los juegos de cama¹⁰² y el 22 de febrero, solicita la revocatoria de la declaratoria de incumplimiento, por considerarla injusta, no ajustada a derecho, y porque no consulta con las circunstancias reales en que se desarrolló la operación y la fuerza mayor presentada. Señala los antecedentes, fundamento jurídico de la petición y solicitud¹⁰³. Al respecto debe señalarse que si bien de manera posterior al incumplimiento se alega la ocurrencia de hechos constitutivos de fuerza mayor, los mismos no fueron puestos en conocimiento de la Bolsa de manera previa, para que de ser procedente, esta entidad certificara dicha situación.

⁹⁵ Cuaderno No. 1 folios 201 a 203

⁹⁶ Cuaderno No. 1 folio 214.

⁹⁷ Cuaderno No. 1 folio 215

⁹⁸ Cuaderno No. 1 folio 216

⁹⁹ Cuaderno No. 3 folio 025

¹⁰⁰ Cuaderno No. 1 folio 217

¹⁰¹ Cuaderno No. 1 folios 218 a 220. Obra así mismo comunicación en el expediente de la CC Mercantil dirigida a Agrored S.A., solicitando informar si se requiere la actuación de dicha entidad teniendo en cuenta el incumplimiento certificado. (Cuaderno No. 1 folio 221).

¹⁰² Cuaderno No. 3 folios 027 y 028 (adicionalmente existe un mail con lo que dice el cliente en relación con las entregas)

¹⁰³ Cuaderno No. 1 folios 222 a 232

Las partes acuden nuevamente a la Cámara Arbitral de la Bolsa según consta en acta de arreglo directo No. 010 de la Cámara Arbitral de la Bolsa del 22 de febrero de 2011. Se señala en el acuerdo logrado en primer lugar y de acuerdo con las instrucciones dadas por el mandante comprador que: *“El trámite de arreglo directo, no tiene como objetivo, ni alcance el de subsanar la o las situaciones que dieron lugar a la declaratoria de incumplimiento de la operación, ni menos aún el de convalidar la ausencia de requisitos exigidos para la celebración de la misma, por el contrario, este mecanismo de autocomposición se llega como consecuencia del incumplimiento de una o más obligaciones a cargos de una de las puntas de la operación, su objeto es el de restablecer la seguridad del mercado afectada por dicho incumplimiento y evitar que el daño causado a la parte incumplida se extienda (...)”*.

Con la anterior aclaración, se acuerda que la comisionista vendedora deberá entregar los 50.750 juegos de cama que se encuentran pendientes, incluidas las cantidades pactadas como indemnización en el arreglo directo realizado el 26 de agosto de 2010. Las fechas de entrega, de acuerdo con cada unidad ejecutora se pactan para los días 28 de febrero, 14 y 31 de marzo del año 2011. De otra parte se señala que se deberá reconocer a título de indemnización, la cantidad de 594 juegos de cama adicionales a los adjudicados.

Los anteriores acuerdos fueron cumplidos según las pruebas obrantes en el expediente. En efecto, obran las siguientes facturas de juego de cama¹⁰⁴:

No. Factura	Fecha de factura	Cantidad	Valor
152590	19/10/2010	920	\$22.768.647
152592	19/10/2010	18280	\$452.403.110
152691	20/10/2010	1943	\$48.086.392
152720	21/10/2010	2247	\$55.609.947
153204	02/11/2010	3720	\$92.064.528
153271	03/11/2010	7800	\$193.038.534
153373	04/11/2010	22800	\$564.266.461
153607	08/11/2010	12450	\$308.861.642
154365	25/11/2010	20	\$494.970
8199	02/12/2010	34600	\$856.299.103
8190	02/12/2010	5960	\$147.501.233
9149	19/12/2010	240	\$5.939.647
8191	20/12/2010	3276	\$81.076.184
9192	20/12/2010	277	\$6.855.343
9154	20/12/2010	5818	\$143.986.942
9251	21/12/2010	9161	\$266.721.274

¹⁰⁴ Cuaderno No. 3 folios 156 a 176.

9993	17/01/2011	2960	\$73.255.649
9997	17/01/2011	14000	\$346.479.406
10429	29/01/2011	2000	\$49.497.058
11292	17/02/2011	7560	\$187.098.887
11291	17/02/2011	2280	\$56.426.646
9148	19/02/2011	9240	\$228.676.408
11521	25/02/2011	3040	\$75.235.531
11523	25/02/2011	4370	\$10.615.1071
12054	12/03/2011	5600	\$163.340.298
12074	12/03/2011	3000	\$74.245.587
12305	15/03/2011	1760	\$43.557.413
12834	30/03/2011	9440	\$233.62612
12827	30/03/2011	7240	\$179.179.350
12844	31/03/2011	4330	\$107.161.135
10445	31/02/2011	26200	\$648.411.459
12843	31/02/2011	538	\$13.265.212

Adicionalmente, obra en el expediente la siguiente documentación de acreditación de entregas: (i) Acta de Recibo material FCC 8190 con fecha del 2 de diciembre de 2010, cantidad 5960, valor total \$147.501.233, señala que se reciben y queda pendiente el acta de recibo a satisfacción¹⁰⁵ y acta de recibo material FCC 9154 con fecha del 20 de diciembre de 2010, cantidad 5818 y valor total \$143.986.9412¹⁰⁶, (ii) Acta No. 050 del 01 de abril de 2011 que señala “en la fecha se realiza la entrega de 594 juegos de cama sencillos objeto de indemnización de la operación de bolsa No. 11487577”¹⁰⁷, (iii) Remisión del 30 de marzo de 2011 de 594 juegos de cama por valor de \$14.700.626¹⁰⁸ y constancia de recibo armada nacional¹⁰⁹, (iv) Formato de pago de producto con fecha del 24 de septiembre de 2010 por valor de 2.758.538 (recibida en la Bolsa el 27 de septiembre de 2011)¹¹⁰, (v) Formato de pago de producto con fecha del 30 de marzo de 2011 por valor de 169.063.142¹¹¹, (vi) Formato de pago de producto con fecha del 8 de abril de 2011 por valor de 30.274.834 (recibida en la Bolsa el 11-abr-11)¹¹², (vii) Formato de pago de producto con fecha del 8 de abril de 2011 por valor de 256.035.398 (recibida en la Bolsa el 12-abr-11), (viii) Formato de pago de producto con fecha del 25 de abril de 2011 por valor de 2.614.083.414 (recibida en la Bolsa el

¹⁰⁵ Cuaderno No. 3 folio 156 reverso

¹⁰⁶ Cuaderno No. 3 folio 155 reverso

¹⁰⁷ Cuaderno No. 3 folio 153

¹⁰⁸ Cuaderno No. 3 folio 152

¹⁰⁹ Cuaderno No. 3 folio 151

¹¹⁰ Cuaderno No. 3 folio 051

¹¹¹ Cuaderno No. 3 folio 054

¹¹² Cuaderno No. 3 folio 057

27-abr-11) y (ix) Formato de pago de producto con fecha del 27 de abril de 2011 por valor de 832.520.041 (recibida en la Bolsa el 11-abr-11).

De acuerdo con todo lo anterior, es evidente que se presentó un incumplimiento en la entrega del producto toda vez que la misma se efectuó de manera extemporánea. No obstante lo anterior, se estudiarán cada una de las circunstancias presentadas, de cara con la imputación efectuada por el área de seguimiento y los argumentos de defensa presentados por la sociedad comisionista.

8.4.4.1. Del procedimiento para efectuar válidamente modificación a las operaciones celebradas en la Bolsa

Según se señala en el pliego de cargos, las modificaciones efectuadas, no se encontraban acorde con los términos reglamentarios y en consecuencia imputa el incumplimiento por parte de la sociedad comisionista, del procedimiento establecido en el artículo 75 del Reglamento. En efecto sustenta tal incumplimiento así: *“en materia de la posibilidad que otorga el Reglamento de modificar las condiciones del negocio celebrado en Bolsa contenido en el entonces artículo 75 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC EXCHANGE, el cual se encontraba vigente para la fecha de celebración de la operación (19 de julio de 2010), así como para el día en que se suscribió el Acta de Arreglo Directo No. 15 (26 de agosto de 2010); como se señaló en acápite anteriores la norma en mención establecía que las modificaciones de la negociación celebrada en rueda podían hacerse por una sola vez “(...) dentro de la semana siguiente a la fecha en que se realizó la negociación y antes del vencimiento de los plazos pactados (...)” y solamente sobre las condiciones relacionadas con la fecha límite de entrega y de recibo; sitio de entrega; fecha y forma de pago; presentación del producto; compensaciones acordadas y cantidad; así las cosas, en el caso que nos ocupa, cabe anotar que con el arreglo directo contenido en el Acta No. 15, las partes modificaron la fecha de entrega cambiándola del 19 de octubre de 2010 para el 26 de noviembre del mismo año, por fuera de los términos establecidos en dicha disposición”.*

No obstante lo anterior, se debe aclarar que el procedimiento aplicable para efectuar la modificación de las condiciones de entrega en las operaciones del mercado de compras públicas, para la época de los hechos, está previsto en el artículo 3.6.2.1.4.7. del Reglamento de Funcionamiento y Operación, por ser norma posterior y especial. En efecto, el Título Sexto del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa que regula el Mercado de Compras Públicas empezó a regir el 18 de enero de 2010, y la operación objeto de investigación se celebró el 19 de julio de 2010.

El artículo señalado establece lo siguiente:

Artículo 3.6.2.1.4.7.- Modificación a las condiciones de entrega. *Sólo podrá modificarse el sitio y fecha de entrega pactado en la negociación, en los siguientes casos:*

1. A solicitud de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa que actúe por cuenta de la entidad estatal, dentro de las tolerancias que en materia de distancia de entrega fije la

Bolsa mediante Circular, lo cual no supondrá una modificación a las condiciones de negociación;

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

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

Tratándose del evento regulado en los numerales 2 y 3, la modificación deberá ser informada conjuntamente por las partes intervinientes a la entidad a través de la cual se realice la compensación y liquidación y adicionalmente cumplir con los siguientes requisitos:

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

En tal caso, las partes podrán modificar fechas de entrega de las operaciones sin que sea posible modificar los bienes, productos y/o servicios objeto de la operación ni el precio o cantidades de la misma, sin perjuicio de poder establecer bonificaciones, castigos, descuentos o ajustes en razón de la modificación planteada, derivados de los mayores o menores costos de transporte, almacenamiento indicando claramente qué parte de la operación los asumirá, y demás que afecten el desarrollo inicialmente pactado para la operación. Tampoco se podrá modificar la fecha de pago, a menos de que ésta se haya pactado como un plazo máximo contado a partir de la fecha de entrega, caso en el cual la modificación de ésta última generará una modificación de la primera.

Toda entrega de bienes y/o productos o prestación de servicios dentro de los términos acordados por las partes según el procedimiento establecido en el presente artículo obligará al comprador a recibirla y a pagar el precio correspondiente a las unidades efectivamente entregadas.(...)¹¹³

¹¹³ Si bien la Circular No.23 de 2010, por medio de la cual se expide la Circular Única de la Bolsa, reglamentó en su artículo 3.2.1.6. las situaciones que admiten la solicitud de modificación a las condiciones de entrega; ésta entró a regir el 28 de octubre de 2010, de manera posterior a la fecha de celebración de la operación objeto de investigación por lo tanto no puede ser aplicable. Lo anterior no implica, que el artículo reglamentario que ya se encontraba vigente no fuera de obligatorio cumplimiento y por tanto aplicable a la situación presentada.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que la primera de las modificaciones realizadas en el acuerdo de arreglo directo No. 15 del 24 de agosto de 2010, se enmarca dentro de la situación regulada en el numeral tercero del artículo citado, ya que se efectuó ante el comité arbitral de la Bolsa, de manera previa a la fecha pactada para la entrega del producto. Así mismo, las prórrogas fueron aceptadas por las partes intervinientes. Debe anotarse que la génesis de dicho acuerdo corresponde al incumplimiento de los requisitos habilitantes del proveedor, y la declaratoria de dicho incumplimiento por parte de la administración de la Bolsa. Sin embargo, en este acuerdo se modifica la fecha de entrega ya que se ponen a consideración las circunstancias presentadas con la industria nacional para la adquisición de la materia prima.

Por su parte, la prórroga efectuada mediante acta del 18 de noviembre 2010 suscrita por las sociedades comisionistas partes de la operación, la cual se realizó de manera previa a la fecha final de entrega pactada en el acuerdo de arreglo directo No. 15, que correspondía al 26 de noviembre de ese año, se enmarcaría dentro del supuesto establecido en el numeral segundo del artículo 3.6.2.1.4.7, toda vez que se celebró un acuerdo entre las partes, que se hizo constar ante la Bolsa y fue aceptado por los clientes de cada una de las partes intervinientes en la negociación. En esta modificación, se vuelven a prorrogar las fechas de entrega, hasta el día 15 de febrero de 2011, identificando con claridad las cantidades que deben ser entregadas en cada una de las unidades ejecutoras, de acuerdo con el cronograma. Tal como se mencionó anteriormente en el acápite 8.4.4, la Bolsa remite tal documentación al Director de Garantías de la Cámara de Compensación el 24 de noviembre de 2010 solicitando *“requerir a los comisionistas, la ampliación de garantías correspondientes con la nueva fecha de vencimiento en la entrega y en el pago; así mismo informar a este Departamento la actualización de las garantías por parte de las sociedades comisionistas”*. Esta comunicación solo se explica en cumplimiento del último inciso del artículo 3.6.1.4.7 según el cual *De lo acordado la Bolsa dejará constancia en un acta y se informará a la entidad a través de la cual se realice la compensación y liquidación de las operaciones. Cuando las modificaciones a las operaciones generen a cargo de las partes intervinientes la obligación de ajuste de garantías según lo establezca la entidad a través de la cual se realice la compensación y liquidación de las operaciones, éstas deberán ser ajustadas en el término que se establezca para tal efecto”*.

Observa la sala que el artículo 3.6.2.1.4.7, a diferencia de lo consagrado en el artículo 75 del reglamento, no señala un límite en el número de modificaciones.

De acuerdo con lo anterior, para las entregas efectuadas en virtud de los acuerdos señalados previamente, no encuentra la Sala que exista mérito para sancionar, toda vez que las modificaciones efectuadas por las partes, se realizaron cumpliendo la disposición reglamentaria que para el momento de los hechos se encontraba vigente.

No obstante lo anterior, es claro que se presentó para el saldo restante un incumplimiento en la entrega del producto, ya que la última fecha de entrega aceptada

por la punta compradora era el 15 de febrero de 2011, y el producto no fue entregado en su totalidad en dicha fecha por esa razón adicionalmente se declara el incumplimiento en la entrega tal como se vio en el numeral anterior.

8.4.4.2. Del incumplimiento en la entrega

Como se anotó, el último saldo de producto por entregar, esto es los 50.750 juegos de cama que no se habían entregado en la fecha límite establecida en el acta del 18 de noviembre 2010, esto es el 15 de febrero de 2011, representó un incumplimiento parcial en la entrega del producto.

En efecto, si bien, si se tienen como válidos los anteriores acuerdos logrados por las partes, para el saldo final no fue aceptado por la punta compradora una prórroga adicional y por tanto, no hubo modificación alguna ni acuerdo entre las partes.

Ahora bien, señala la sociedad comisionista al respecto que: *“circunstancias extraordinarias e imprevisibles que se dieron sobre el mercado nacional e internacional, de las telas necesarias para elaborar las unidades de juegos de cama, en donde se produjo escases (sic) de la tela, y un alza desmesurada de la materia prima para fabricar las mismas. De otro lado, Distrihogar no pudo llegar a ningún acuerdo con la industria nacional productora de la tela. Se hizo necesario, importar una parte importante del Perú, con fundamento en el Pacto Andino, aspecto permitido en la ficha técnica de negociación (...) este producto por su peso y la proximidad geográfica del país exportador, se importó por vía marítima, y a través del puerto de Buenaventura, teniendo que transportar tal producto por vía terrestre a Medellín, y luego de fabricados los juegos de cama, debían transportarse por la misma vía, a Bogotá. Esta situación, coincidió con los problemas climáticos del país, que aún persisten, y que conducen normalmente a cierres parciales y totales de nuestras carreteras, entre las que se encuentran Buenaventura Medellín y Medellín Bogotá. Toda esta situación, hizo necesario que las partes se pusieran de acuerdo, con el objeto de prorrogar los término de entrega”.*

Al respecto debe anotarse que no puede ser aceptado el argumento esgrimido por la sociedad comisionista, cuando se da aviso de las situaciones presentadas un día antes de la fecha límite pactada para la entrega. En efecto, únicamente el 14 de febrero **VALORAGRO S.A.** solicita prórroga del saldo de la operación¹¹⁴.

Aunque en comunicación del 22 de febrero, remitido por **VALORAGRO S.A.** a la Bolsa, se refiere a lo que denomina *hechos notorios* que se han suscitado y que han llevado al aumento del precio del algodón a nivel mundial, se evidencia que los mismos se presentan desde el mes de octubre del año 2010. De hecho la misma sociedad comisionista menciona en la comunicación señalada que: *“Durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2010 (siendo noviembre el mes del mayor valor), el costo del algodón a nivel mundial presentó el alza más grande de las últimas décadas. Siendo este el producto de la materia prima del 50% de las sabanas adjudicadas en las operación de bolsa precitada”.*

¹¹⁴ Cuaderno No. 1 folio 198

De esta manera no puede tenerse como imprevisible e irresistible un hecho que la sociedad comisionista conocía 5 meses antes de la fecha pactada para la última entrega. De hecho, para la modificación a las fechas de entrega efectuada el 18 de noviembre 2010, mediante acuerdo de las partes, ya se conocía la situación del algodón a nivel nacional, por lo cual se debieron prever los mecanismos para dar cumplimiento a las condiciones acordadas, teniendo en cuenta adicionalmente que era la segunda vez que se modificaba la fecha de entrega.

En efecto, siendo previsible el inconveniente ya que el precio del algodón venía decayendo desde octubre de 2010, la sociedad comisionista debió adoptar las medidas tendientes a procurar que se pudiese conseguir la materia prima del producto a entregar, para dar cumplimiento a la fecha de entrega acordada.

Por lo anterior, no puede tenerse el hecho alegado por la sociedad comisionista, como situación de fuerza mayor eximente de responsabilidad toda vez que no cumple con los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad.

De esta manera encuentra la Sala que se presentó un incumplimiento parcial en la entrega del producto, lo cual vulnera las normas legales y reglamentarias aplicables sin existir casual eximente de responsabilidad.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta que se trató de un incumplimiento parcial, que el producto fue finalmente entregado en su totalidad, y se indemnizó al mandante por el retraso en la entrega lo cual minimiza el impacto del daño causado.

Adicionalmente, se encuentran probadas las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista durante el desarrollo de la operación y de manera posterior al incumplimiento, realizando un seguimiento permanente a la negociación así como un acompañamiento constante a su mandante. En efecto, se evidencia una actitud proactiva por parte de la sociedad comisionista propendiendo en todo momento que se cumpliera con las condiciones pactadas y cuando esto no ocurrió, propendiendo por causar el menor impacto posible ante las circunstancias presentadas. Dichas gestiones coadyuvaron para que la operación aunque incumplida, pudiese llegar a términos conciliadores y aceptables para todas las partes involucradas.

Debe anotarse a favor de las gestiones realizadas por la sociedad comisionista en el desarrollo de dicha operación que obra en el expediente certificación expedida por la sociedad comisionista Agrored S.A. comisionista compradora en la operación, Conportuario Ltda. ente certificador de calidad de materias primas y producto terminado en esta operación, y Distrihogar en las que por solicitud del investigado informan que la operación fue cumplida y pagada a satisfacción y que VALORAGRO S.A. actuó con diligencia y cuidado en todos los aspectos que hacen relación con dicha operación.

8.4.5. Normas vulneradas por la conducta de la sociedad comisionista VALORAGRO S.A. y concepto de la violación.

El incumplimiento de uno de los requisitos establecidos en la ficha técnica de negociación, implica un desconocimiento de las obligaciones de la sociedad comisionista dentro de la operación celebrada más aún cuando antes de la negociación certificó que *“revisada la información de nuestro mandante declaramos que este cumple con los requisitos técnicos y jurídicos exigidos por el mandante comprador (...)”*¹¹⁵. En efecto, dicha verificación no se efectuó con la responsabilidad y diligencia propia de un profesional que participa en este mercado pues como tal, debió haber cotejado el documento exigido por el que su mandante acreditó y verificar que se cumplía estrictamente con el requisito solicitado. En este punto se debe anotar que de acuerdo con el Boletín Informativo del 15 de julio de 2010, mediante el cual se informa las compras que realizará la entidad estatal, las fichas técnicas de la operación fueron publicadas desde el 12 de mayo de 2010, en la página web de la Bolsa.

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

Por su parte el incumplimiento parcial en la entrega del producto conlleva a la vulneración por parte de la sociedad comisionista de su deber de *“Pagar el precio de compra o hacer la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión de los mismos”*, según se encuentra establecido en el numeral sexto del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, deber que se encuentra igualmente establecido en el artículo 5.2.2.2. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa¹¹⁶. En efecto, en el caso

¹¹⁵ Cuaderno No. 1 folio 139

¹¹⁶ Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa. Artículo 5.2.2.2. **“Cumplimiento de las operaciones.** Las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa deberán pagar el precio de compra o hacer o verificar la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia, de conformidad con el procedimiento establecido para tal efecto en el presente Reglamento, en las Circulares e Instructivos. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión.

concreto, independientemente de los criterios que se tengan en cuenta para la graduación de la sanción, lo cierto es que no se entregó el producto pactado en la fecha establecida para el efecto, sin que haya una causal que pueda eximir de responsabilidad por dicha conducta.

De igual manera, dicha vulneración implica el incumplimiento de los deberes generales que le son aplicables y que propenden por el cumplimiento estricto de las obligaciones que contraiga en este escenario de negociación según lo establecido en los numerales 1, 2 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa. En efecto, no cumplió con su obligación de entrega del producto en los términos pactados; obligación que sólo en su cabeza recae ya que se encontraba actuando en virtud de un contrato de comisión, a nombre propio, por cuenta ajena.

En efecto, acorde con la normatividad vigente, como se ha anotado reiteradamente en la presente Resolución, es claro que el comisionista tiene a su cargo la obligación de entrega ya que se encuentra actuando en virtud de un contrato de comisión, lo cual se encuentra plasmado en los artículos 3.1.1.6. y 4.2.1.10 del Reglamento de la Bolsa.

De otra parte entiende la Sala que con la conducta adoptada la sociedad comisionista vulneró así mismo la disposición contenida el numeral 6° del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en concordancia con el numeral 8° del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010¹¹⁷, que establece que será obligación de los miembros de la Bolsa: *“Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”*. En efecto, el nivel de profesionalidad que se le exige al comisionista implica que debe llevar sus negociaciones con la mayor claridad y precisión posibles.

Por lo anterior, resulta claro que denota falta de precisión, claridad y diligencia el no realizar una revisión profunda de las fichas técnicas de negociación y confrontar los documentos remitidos por su mandante frente a los requerimientos efectuados para verificar que en efecto se cumpla con los mismos. Esta imprecisión no puede ocurrirle a quienes deben tener un nivel de profesionalismo y experticia superior.

Igualmente, en cuanto al incumplimiento en la entrega parcial, no es aceptable que un día antes de la fecha final acordada para entregar el producto, se solicite una prórroga alegando adicionalmente hechos constitutivos de fuerza mayor que eran conocidos meses antes por las partes. Esta situación implica una falta de previsión por parte de la sociedad comisionista para determinar las posibilidades de cumplimiento en las condiciones pactadas.

En desarrollo de la presente previsión las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa deberán cumplir estrictamente las obligaciones que contraigan con la Bolsa, la CRCBNA y con los demás agentes del mercado”.

¹¹⁷ Antes en el artículo 29 del Decreto 1511 de 2006.

De acuerdo con lo anterior, y por la vulneración de diferentes normas reglamentarias y legales, la sociedad comisionista investigada incumplió la disposición establecida en el artículo 5.2.1.1. que se refiere al cumplimiento de normas en los siguientes términos: ***“Cumplimiento de las normas. Las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa y las personas naturales vinculadas a éstas deberán obrar en todo momento de buena fe, con lealtad y como expertos prudentes y diligentes. Así mismo, deberán asegurar que las obligaciones impuestas a éstas, por las normas legales, el reglamento de funcionamiento y operación de la Bolsa y el reglamento de la CRCBNA sean observadas, acatadas y cumplidas en todo momento.”*** (negrillas por fuera del texto original)

IX. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

De acuerdo con todo lo anterior, encuentra la Sala que existe una vulneración de las normas legales y reglamentarias aplicables por el incumplimiento en la entrega del producto en las operaciones No. 12389824, 12653023, 9761781 y 11487577, sin embargo para efectos de la graduación de la sanción frente a las conductas desplegadas por la sociedad comisionista, se determina la sanción a imponer teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y la infracción, las modalidades y circunstancias de la falta, los antecedentes del investigado, la dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa y las demás circunstancias que considere pertinentes.

En lo que se refiere a las operaciones de disponible MCP No. 12389824 y 12653023 se debe tener en cuenta que por los valores de las operaciones, es claro que el incumplimiento presentado no genera un grave daño en el mercado y no representa un incumplimiento de mayores magnitudes, máxime cuando en la operación No. 12389824 se entregó finalmente la totalidad del producto aunque de manera extemporánea. Adicionalmente en ambos casos se presentaron circunstancias que dificultaron la entrega, lo cual si bien no exime de responsabilidad debe tenerse en cuenta toda vez que el incumplimiento no se presenta por negligencia o despreocupación por parte de la vendedora. Así mismo, en ambos casos se evidenciaron gestiones por parte de la sociedad comisionista, para propender por mitigar las consecuencias del incumplimiento presentado.

En el caso de la operación No. 9761781 se evidenció un seguimiento y acompañamiento permanente a su mandante para efectos de dar solución a los inconvenientes presentados, lo cual atenúa la responsabilidad disciplinaria. Así mismo, se evidencia un adecuado análisis del cliente de manera previa a la celebración de la operación. Adicionalmente el producto finalmente se entregó en su totalidad a satisfacción de la comitente compradora, lo cual implica que las gestiones adelantadas por la sociedad comisionista permitieron mitigar el impacto del incumplimiento presentado.

En cuanto a la operación No. 11487577, se presentaron dos incumplimientos diferentes que trajeron consecuencias en el desarrollo de la operación. No es aceptable que no se efectúe una verificación profunda de las fichas técnicas para efectos de determinar si el cliente puede cumplir a cabalidad los requisitos exigidos. Posteriormente, se incumple con la entrega del producto, cuando ya era conocida la situación del mercado del algodón. Estos incumplimientos afectan la credibilidad y seguridad que se debe predicar de este mercado, al presentarse diferentes incumplimientos en el desarrollo de una misma operación.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta que se trató de un incumplimiento parcial, que el producto fue finalmente entregado en su totalidad, y se indemnizó al mandante por ambos incumplimientos lo cual minimiza el impacto del daño causado.

Adicionalmente se encuentran probadas las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista durante el desarrollo de la operación y de manera posterior al incumplimiento, realizando un seguimiento permanente a la negociación así como un acompañamiento constante a su mandante. De hecho en audiencia practicada por la Sala de Decisión al Capitán Andrés Noval, Funcionario de la Oficina de Normas Técnicas del Ministerio de Defensa, éste reiteró el interés y proactividad con que actuó la sociedad comisionista. En efecto en todos los casos estudiados se evidencia una actitud proactiva por parte de la sociedad comisionista, efectuando monitoreo y seguimiento tanto de la operación como de su mandante e informando en todos los casos, los pormenores de cada una de las operaciones.

No obstante lo anterior, debe señalar la Sala que la sociedad comisionista investigada fue objeto de investigación por el incumplimiento en la entrega de cuatro operaciones de físicos celebradas en los años 2007 y 2008. No obstante, haber encontrado una conducta reprochable, el área de seguimiento aplicó el principio de oportunidad, previo concepto favorable de la Sala Plena. Si bien es cierto, como consecuencia de lo anterior la investigación fue archivada, no es menos cierto que, en esa oportunidad se advirtió formalmente a la sociedad comisionista que *“no solo debe desplegar el máximo nivel de diligencia y profesionalismo de manera rigurosa en todas las operaciones y actividades desarrolladas en su función de comisionista de Bolsa para el cumplimiento de las operaciones, sino que como parte contratante, debe asegurarse y garantizar el cumplimiento estricto de los contratos que celebre en el mercado administrado por la BNA”*¹¹⁸

Así las cosas, considera la Sala que hay lugar a imponer una sanción a la sociedad comisionista en cuanto debe manejar con mayor precisión las negociaciones que celebra en este mercado, para efectos de evitar que se presente el incumplimiento de las mismas; precaviendo las situaciones adversas que pueden conllevar a que no se cumplan de manera estricta las obligaciones pactadas.

¹¹⁸ Auto expedido por el Jefe del área de seguimiento, ASI-157 del 16 de marzo de 2010.

De esta forma, ponderando los elementos de graduación de la sanción, teniendo en cuenta los antecedentes de la sociedad comisionista 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. 8 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de MULTA DE TRES (3) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES por el incumplimiento de las obligaciones en cabeza de la sociedad comisionista **VALORAGRO S.A.** en las operaciones celebradas.

X. RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Sancionar disciplinariamente al miembro comisionista de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. **VALORAGRO S.A.** con MULTA DE TRES (3) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES por el incumplimiento de las obligaciones en cabeza de la sociedad comisionista en las operaciones sobre físicos identificadas con los números 12389824, 12653023, 9761781 y 11487577, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

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

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

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



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

Dada en Bogotá, D.C., el treinta y uno (31) de agosto de 2012

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(original firmado)

LUIS CARLOS ARANGO SORZANO

Presidente

(original firmado)

ISABELLA BERNAL MAZUERA

Secretaria



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

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