

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

**SALA DE DECISIÓN NO. 3 DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA DE LA BOLSA
NACIONAL AGROPECUARIA S.A.**

RESOLUCIÓN No. 066
ABRIL 29 DE 2009

POR MEDIO DE LA CUAL SE DECIDE UNA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

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

I. ANTECEDENTES

El Área de Seguimiento de la Bolsa Nacional Agropecuaria, remitió a la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.4.3.7 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA, el documento que contiene el pliego de cargos elevado contra la sociedad comisionista de bolsa **MERCANCIAS Y VALORES S.A.** El anterior pliego de cargos fue radicado en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria el día 1° de Diciembre de 2008.

La Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.3.2.1 del Reglamento de de Funcionamiento y Operación de la BNA y en desarrollo de la metodología aprobada por la Sala Plena en sesión 007 del 29 de octubre de 2008, procedió a conformar la Sala Tercera de Decisión, la cual, conoció el respectivo proceso disciplinario hasta su culminación.

En sesión No. 037 del 5 de diciembre de 2008, la Sala Tercera de Decisión encontró que se cumplieron los requisitos establecidos en el Reglamento de de Funcionamiento y Operación de la BNA para la formulación del pliego de cargos y por tanto, mediante Resolución 042 de 2008 admitió el pliego de cargos presentado por el Jefe del Área de Seguimiento y ordenó el correspondiente traslado, el cual fue notificado personalmente el 12 de diciembre de 2008 a la representante legal suplente Dra. Ana Maria Ospina Rodriguez. Dentro del término establecido reglamentariamente presentó los correspondientes descargos el día 6 de enero de 2009.

En sesión 047 del 26 de enero de 2009, la Sala de Decisión estudió los hechos que dan lugar a los cargos elevados por el Área de Seguimiento, así como los descargos de la sociedad comisionista investigada viendo la necesidad de realizar algunos estudios preliminares, previos al decreto de pruebas. En sesión 051 de febrero 13 de 2009, la Sala decretó de oficio pruebas documentales y testimoniales, para esclarecer algunos hechos investigados, en Resolución 058 de 2009. Las mismas se encuentran incorporadas al expediente. En sesión 056 del 6 de Marzo de 2009, la Sala de Decisión practicó las pruebas testimoniales decretadas, cuyas transcripciones se encuentran en el expediente.

En sesiones 061 del 20 de Marzo de 2009 y 064 del 17 de abril de 2009, se estudió el caso, aprobando la Resolución de Fallo.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

De la Competencia de la Cámara Disciplinaria

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

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

Siendo competente la Sala, procede a estudiar de fondo el caso objeto de investigación.

Sin embargo, tratándose de conductas tan diferentes, se estudiará de manera separada los distintos incumplimientos endilgados, atendiendo a la presentación de las mismas en el pliego de cargos y las respuestas dadas por la sociedad investigada en los descargos; los incumplimientos en el pago de operaciones celebradas en la BNA, se estudiarán así: (i) Incumplimiento en el pago de operaciones en los horarios establecidos en las normas aplicables, (ii) incumplimiento en el pago de la operación No. 6093633, (iii) incumplimiento parcial en el pago de la operación 7405764 y (iv) incumplimiento en el pago del producto mediante el sistema de compensación y liquidación de la BNA. Por su parte, se estudiará y resolverá el incumplimiento en la constitución de garantías de la operación No. 7308457. Por lo anterior, la decisión de la Sala será adoptada respecto de cada una de las conductas de forma separada e independiente.

III. INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE OPERACIONES CELEBRADAS EN LA BNA.

3.1. Incumplimiento en el pago de operaciones en los horarios establecidos en las normas aplicables.

3.1.1. Hechos:

- a) La sociedad comisionista **MERCANCIAS Y VALORES S.A.**, en condición de comisionista comprador, celebró en el mercado abierto de la BNA, 13 operaciones cuyo cumplimiento en el pago estaba previsto para el día 3 de junio de 2008¹. Asimismo, celebró en la misma calidad, 90 operaciones cuyo cumplimiento en el pago estaba previsto para el día 2 de agosto de 2007².

¹ Operaciones Nos. 6708644, 6715958, 6715961, 6732425, 7111552, 7111633, 7112054, 7127257, 7127265, 7151274, 7151275, 7151276, y 7174972

² Operaciones Nos. 5972842, 5896759, 5987341, 5904464, 5970362, 5970390, 5972694, 5901089, 5913868, 5970375, 5970380, 5980989, 5972840, 5995428, 5995433, 5901086, 5976128, 5987102, 5972700, 5995435, 5972841, 5972696, 5901084, 5970771, 5987331, 6028449, 6019309, 6013786, 5901130, 5904147, 5987095, 5990489, 5972784, 5972785, 5987099, 5904145, 5970751, 6013816, 5901090, 5901098, 5972765, 5995434, 5901129, 5901099, 5970765, 5975953, 5970401, 5970373, 5906478, 5906480, 5987103, 5987340, 5901095, 5970366, 5980988, 5901088, 5970363, 5970768, 5975956, 5970392, 5987451, 5904146, 5970408, 5901235, 5972753, 5972762, 5970419, 5987096, 5972690, 5901232, 5972764, 5987097, 5901094, 5970502, 5990275, 6022182, 5913888, 6022150, 5970407, 5972699, 5904355, 5972754, 6019572, 5972838, 5913889, 5970388, 5978285, 5896761, 5970402, y 5972688.

- b) Una vez efectuado el cierre de la compensación a las 3:30 p.m. de los días previstos para las fechas de pago anotadas, la Cámara de Compensación de la BNA informó al Departamento de Operaciones de esta entidad, que la sociedad **MERCANCIAS Y VALORES S.A.** no cumplió con la obligación de pago.
- c) La administración de la BNA, según comunicación PSD-189 del 4 de julio de 2008 certificó el incumplimiento en el pago de las operaciones cuyo cumplimiento estaba pactado para el día 3 junio de 2008, por un valor de \$469.420.501. Esta declaratoria de incumplimiento tiene un error debido a que se menciona dos veces la operación No. 6715958, por lo tanto, el valor total incumplido corresponde a la suma de \$457.880.501 y no a la declarada como incumplida. Asimismo, mediante PSD-237 del 6 de agosto de 2007, certifica el incumplimiento en el pago de las operaciones que debían cumplirse el día 2 de agosto de 2007, por un valor de \$2.497.885.256.

3.1.2. Pruebas

- a) Declaratoria de incumplimiento PSD-237 del 6 de agosto de 2007³. Declaratoria de incumplimiento PSD-189 del 4 de junio de 2008⁴
- b) Comprobantes de negociación de todas operaciones bajo investigación.⁵
- c) Transcripción de la declaración rendida por la representante legal de la sociedad comisionista **MERCANCIAS Y VALORES S.A.**, llevada a cabo el 4 de octubre de 2007 en la indagación preliminar adelantada por el Comité de Vigilancia⁶
- d) Impresión del detalle de las operaciones declaradas incumplidas mediante PSD-237 del 6 de agosto de 2007 en el sistema de compensación⁷
- e) Impresión del detalle de las operaciones declaradas incumplidas mediante PSD-237 del 6 de agosto de 2007 del Sistema de Información Bursátil SIB⁸
- f) Copia de “*Formato de pago de productos – Punta vendedor*”, en el que se detalla el pago de las operaciones declaradas incumplidas mediante PSD-237 del 6 de agosto de 2007⁹
- g) Copia del comprobante de pago No. 1447 expedido por la Agencia Logística de las Fuerzas Militares por un valor de \$2.584.540.833.¹⁰
- h) Copia del comprobante de pago No. 1507 expedido por la Agencia Logística de las Fuerzas Militares por un valor de \$101.062.500¹¹
- i) Copia de formato “*archivos en confección*” del Banco BBVA e informe de transmisión¹²
- j) Copia de la constancia de abono en cuenta expedida por el Banco de Bogotá de la transacción automática recibida por ACH¹³
- k) Copia del extracto de la cuenta corriente compensada del Banco de Bogotá de los días 1, 2 y 3 de agosto de 2007¹⁴
- l) Copia física del correo electrónico en el que la CRCBNA remite al área de seguimiento soporte enviado por el Banco de Bogotá sobre la transferencia

³ Folio 001 Cuaderno No. 1 Expediente.

⁴ Folio 038 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁵ Folios 004 a 092 Cuaderno No. 1 Expediente. Y Folios 466 a 478 Cuaderno No. 2 Expediente.

⁶ Folios 094 y 095 Cuaderno No. 1 Expediente.

⁷ Folios 217 a 306 Cuaderno No. 1 Expediente.

⁸ Folios 307 a 426 Cuaderno No. 1 Expediente.

⁹ Folios 072 a 075 del Cuaderno No. 1 de Pruebas

¹⁰ Folio 111 Cuaderno No. 1 Expediente.

¹¹ Folio 112 Cuaderno No. 1 Expediente.

¹² Folios 070 y 071 del Cuaderno No. 1 de Pruebas

¹³ Folios 068 y 069 del Cuaderno No. 1 de Pruebas

¹⁴ Folios 066 Cuaderno No. 1 de Pruebas

ACH del día 3 de junio de 2008¹⁵, así como copia de la constancia de abono en cuenta expedida por el Banco de Bogotá de la transacción automática recibida por ACH¹⁶

- m) Copia del comprobante de pago No. 638 expedido por la Agencia Logística de las Fuerzas Militares por un valor de \$483.629.782¹⁷
- n) Copia del informe de transmisión del Banco BBVA¹⁸

3.1.3. Solicitud formal de explicaciones institucionales:

El Área de Seguimiento, con fundamento en el artículo 2.4.3.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, solicitó explicaciones institucionales mediante comunicación ASI-014 del 5 de agosto de 2008 por los hechos expuestos en la misma. Estas explicaciones fueron presentadas por la sociedad comisionista investigada, en término, mediante escrito de septiembre 8 de 2008.

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

Frente a los presuntos incumplimientos en el pago en la fecha pactada considera que los hechos acaecidos podrían señalar la ocurrencia de posibles infracciones por parte de la sociedad investigada. De esta forma, considera que la conducta desplegada por la sociedad comisionista podría ser violatoria de las siguientes disposiciones: artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; numerales 1, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del mismo Reglamento y Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 emanado de la CRCBNA.

3.1.4. Explicaciones presentadas por la sociedad comisionista

La sociedad comisionista investigada, a través de su representante legal, mediante comunicación radicada el 8 de septiembre de 2008¹⁹, se refiere a las explicaciones solicitadas en comunicación ASI-014 del 5 de agosto de 2008 suscrita por el Jefe del Área de Seguimiento, y respecto del incumplimiento decretado según PSD- 237 de 2007 establece:

“Mercancías y Valores S.A., tal como se evidencia en el comprobante de TRANSACCION pago (sic) su obligación el dos (2) de agosto de 2007 en la fecha y hora establecida para el mismo y, cabe aclarar que en ese momento se constituyó el pago de la obligación, pues la misma, ni siquiera, podría pretenderse que se encuentra pendiente de resolución.

El hecho que la misma se efectúe a través de un sistema de “Automatic Clearing House” debería ser el eje de un beneficio para el mercado teniendo en cuenta esa automaticidad referida que puede dar no solo movilidad al mercado sino transparencia y solidez, pero el hecho de que la CRCBNA no cuente con determinada cuenta en algún banco y, por lo tanto el trámite interno de la cuentas (sic) ACH tome un día para reflejarse en su sistema no es un hecho que se le pueda atribuir a la firma comisionista que, actuando de buena fe a (sic) cumplido con sus obligaciones”

¹⁵ Folios 035 y 036 Cuaderno No. 1 de Pruebas

¹⁶ Folio 034 Cuaderno No. 1 de Pruebas

¹⁷ Folio 033 Cuaderno No. 1 de Pruebas

¹⁸ Folio 032 Cuaderno No. 1 de Pruebas

¹⁹ Folios 554 a 568 Cuaderno No. 2 Expediente.

Adicionalmente la sociedad comisionista investigada frente al pago a través de ACH afirma: *“ni siquiera podría considerarse que el mismo es un pago bajo condición resolutoria pues no es un pago con un título valor, es un hecho realizado que extingue una obligación en ese mismo momento, situación diferente es que las condiciones técnicas de las partes (CRCBNA) y el trámite interno de la entidad (Banco) no permite reflejar en el sistema del escenario de negociación el pago que la firma comisionista realizó.”* Se afirma que actuó con diligencia y dentro de los parámetros establecidos en el marco legal y reglamentario.

De otra parte entiende la firma comisionista que no es posible exigir que las entidades del Estado cumplan anticipadamente sus obligaciones, ya que esto genera un costo a la entidad estatal.

Resalta que en el mercado de compras públicas, la entidad pública cumple sus obligaciones pagando directamente a la Cámara sin la intermediación de la sociedad comisionista.

Anota adicionalmente, lo siguiente: *“En cuanto hace al Boletín Instructivo No. 9 de febrero 19 de 2007 dictado por la CRCBNA y la presunta infracción del numeral 3.11.1 se tiene como de acuerdo a lo expuesto que ya que la transferencia se hizo en el plazo establecido no se da el evento condición de la imputación y por el contrario se apega, notoriamente, al numeral 3.10.2 dado que el cumplimiento final de la operación se ajusta a la fecha en la cual se debían girar los recursos.”*

Frente al incumplimiento de las demás operaciones declaradas incumplidas mediante PSD-189 de 2007, manifiesta que se deben tener en cuenta todos los argumentos esgrimidos anteriormente y adicionalmente menciona que: *“En este caso, la transacción se efectuó en la fecha y hora correcta tal y como se puede evidenciar en el comprobante de transacción, situación diferente es el procedimiento interno del ACH y la posibilidad para que a través de bancos diferentes a los de la CRCBNA S.A., puedan observar la fecha real de la transacción y no del pretendido ingreso que son dos momentos diferenciados, puesto que la firma comisionista no puede responder por el trámite interno de las entidades bancarias, sin embargo, el pago se realizó de la manera estipulada, por lo (sic) medios establecidos y en la fecha y hora correcta”.*

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

El Área de Seguimiento considera que: *“En consecuencia, como la sociedad comisionista opera o despliega su actividad en un mercado organizado, transparente y seguro debe asegurarse no solo de que los dineros entren en las arcas de la CRCBNA sino que su cumplimiento se realice dentro de los términos fijados para el efecto, es decir, que efectivamente los recursos se acrediten en la cuenta compensada de la Cámara antes de las 3:30 p.m. del día del cumplimiento de la operación de conformidad con el procedimiento e instrucción impartida mediante boletín No. 9 de febrero 19 de 2007”*

Considera que no son de recibo los argumentos del investigado en cuanto en el caso bajo estudio no se trata de la aplicación o no de una condición resolutoria, sino *“de la acreditación del pago el día de cumplimiento de la operación conforme lo prevén las reglas de compensación y liquidación, y como quiera que dicho pago se acreditó ese día pero a las ocho de la noche, no puede entenderse que se haya realizado conforme a dichas previsiones...”*. Adicionalmente señala que el pago no se realizó a través de título valor, por lo cual, no puede entenderse sujeto a la condición resolutoria tácita derivada de la forma de pago. De esta forma aclara que el pago debía hacerse conforme a las reglas establecidas por la Bolsa para el efecto.

Frente al argumento del investigado según el cual, el pago fue realizado directamente por el mandante a la entidad, realiza las siguientes precisiones: i) a la fecha de los

hechos no existía disposición que permitiera que el comitente girara directamente los dineros a la CRCBNA, ii) Quien se obliga ante el sistema de compensación y liquidación es la sociedad comisionista y no el mandante, iii) la liquidación de la operación conlleva el cumplimiento de las obligaciones provenientes de la misma con la entrega de los negociado y la transferencia de fondos, iv) el hecho de que el pago directo por parte del mandante a la CRCBNA sea una práctica común, no enerva la obligación de la sociedad comisionista ni implica que pueda inobservar sus obligaciones de diligencia y profesionalismo.

Menciona que se presenta una falta de diligencia por parte del intermediario para exigir de su comitente el giro de los recursos dentro del término pactado.

Aclara que si bien el pago fue efectuado el día previsto para el mismo, no así a la hora que debía hacerse y al respecto considera que *“no basta la orden de transferencia de los recursos para entender efectuado el pago, sino que es necesario, para tales efectos, que efectivamente quede acreditado en cuenta el día del cumplimiento de la operación”*

3.1.6. Descargos presentados por MERCANCIAS Y VALORES S.A.

Reitera lo expuesto en la solicitud de explicaciones formales en cuanto a la aplicación de una condición resolutoria, su actuación diligente y dentro de los parámetros establecidos en el marco legal y en cuanto a la necesidad de replantear las condiciones establecidas en el Mercado de Compras Públicas.

Agrega que: *“En estos casos, las transacciones se efectuaron en la fecha y hora correcta tal y como se puede evidenciar en el comprobante de transacción, situación diferente es el procedimiento interno del ACH y la posibilidad para que a través de bancos diferentes a los de la CRCBNA S.A., puedan observar la fecha real de la transacción y no del pretendido ingreso que son momentos diferenciados, puesto que la firma comisionista no puede responder por el trámite interno de las entidades bancarias, sin embargo, los pagos se realizaron de la manera estipulada, por lo (sic) medios establecido y en las fechas y horas correctas”*

Resalta la necesidad de que los sistemas de transferencia de fondos tengan la automaticidad para que los recursos se acrediten de forma inmediata y anota además que *“los responsables del cumplimiento de las obligaciones en virtud de los contratos celebrados en el mercado bursátil, a la luz del artículo 58 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., son las partes contratantes, y que para el caso en comento; Mercancías y Valores S.A. y la entidad estatal, cumplieron con su obligación en el pago que debe hacerse por las operaciones, en este punto de compra, es decir en punta compradora, celebradas en la Bolsa, en los términos fijados y que no es su responsabilidad la ineficacia del sistema de transferencia de recursos”*

Reitera su posición frente al cargo de violación del numeral 3.11.1 del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 y frente al cargo de violación del Decreto 1511 de 2006 señala que: *“no se presenta violación a la norma, toda vez que Mercancías y Valores no está alegando falta de provisión y mucho menos se demuestra que su actuar en la conducción de sus negocios, este en contravía a los principios de lealtad, claridad, diligencia, precisión, buena fe y responsabilidad.”*

3.1.7. Consideraciones de la Sala

3.1.7.1. Consideraciones generales

Previamente al análisis concreto de las operaciones bajo estudio, la Sala debe resaltar que el incumplimiento en el pago de la operación en el tiempo y términos previstos por la Bolsa Nacional Agropecuaria y la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la BNA, de una parte impide el normal desarrollo del Sistema de Compensación de la

BNA, y de otra, implica una transgresión a los deberes consagrados en el artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA, teniendo en cuenta que es el comisionista, el obligado directo de la operación por la calidad en que actúa en los contratos celebrados en la BNA.

Para el análisis del presente caso debe acudirse en primer término al concepto mismo de compensación, definida como *“(...) el proceso mediante el cual se establecen las obligaciones de entrega y transferencia de fondos de los participantes de un sistema de compensación y liquidación, derivadas de operaciones celebradas en el mercado abierto de la BNA, determinando el valor neto de dichas obligaciones en lo que respecta a los fondos”*²⁰. Siendo esto así, es claro para la Sala de Decisión que la efectividad del Sistema de Compensación y Liquidación depende del cumplimiento estricto de los instructivos por parte de los miembros, en la forma y condiciones establecidas.

En este sentido se entiende también que el incumplimiento en el pago de la operación de físico disponible o forward, es el *“[E]evento presentado cuando en la fecha de pago pactada no se realiza o acredita el pago mediante la transferencia de fondos o entrega de cheque (...)”*²¹.

Ahora, teniendo en cuenta que en el caso de este grupo de incumplimientos el problema jurídico versa sobre la oportunidad de los pagos realizados a través del sistema de compensación y liquidación, entrará la Sala a realizar un análisis sobre las normas que regulan el mismo para efectos de tener claridad sobre las obligaciones y deberes que tienen los miembros de la Bolsa en el cumplimiento de las operaciones mediante el sistema.

El Boletín Instructivo No. 09 de febrero del 19 de febrero de 2007 establece los lineamientos para la utilización del mecanismo de compensación y liquidación en la CRCBNA y los deberes y obligaciones de las sociedades comisionistas miembros de la BNA frente al mismo. De esta forma, en el artículo 3.12 de esta disposición, se establece un cronograma para el manejo de las negociaciones y cumplimiento de las mismas a través del sistema; definiendo para el efecto, los horarios que deberán seguirse para cada uno de los movimientos que se deban realizar. Así, se determina que para efectos de acreditación de pagos que es el *“momento en el cual las firmas comisionistas realizan el pago de las obligaciones derivadas de las operaciones de mercado abierto, a favor de la cuenta de compensación de la CCBNA”*, cuando ésta se realice mediante transferencia electrónica el horario será hasta las 3:30 p.m. y cuando se realice mediante entrega de cheques se deberá realizar antes de las 2:30 p.m.

De esta forma, si las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa tienen perfecta claridad sobre la utilización de los mecanismos de pago, podrán asimismo prestar una debida asesoría a sus clientes para la realización de los pagos en el tiempo debido. Lo anterior, teniendo en cuenta que la anticipación que se pregonaba es simplemente de horas y no implica realizar un pago anticipado, sino hacerlo en el horario establecido para que los recursos puedan transferirse a la cuenta compensada de la CRCBNA el mismo día.

3.1.7.2. Del caso concreto

Se encuentra suficientemente probado que las operaciones bajo estudio debían pagarse los días 3 de junio de 2008 y 2 agosto de 2007 según consta en los

²⁰ Boletín Instructivo # 132 del 2 de noviembre de 2006.

²¹ Boletín Instructivo # 09 del 12 de febrero de 2007.

comprobantes de negociación que obran en el expediente y en el Sistema de Información Bursátil.

Frente a las operaciones que debían pagarse el día 3 de junio de 2008 por un valor total de \$457.880.501, tenemos que efectivamente estos pagos se realizaron en la fecha pactada para los mismos. En efecto, obra en el expediente copia de la constancia de abono en cuenta del Banco de Bogotá en la cuenta de la CRCBNA el día 3 de junio de 2008, por un valor de \$483.629.782, realizado por la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, mandante comprador en la operación²². Asimismo, se encuentra un comprobante de pago de la ALFM por las operaciones investigadas por un valor igual al abonado en la cuenta de la CRCBNA²³. Finalmente, encontramos el documento “Generador de pagos” del banco BBVA en donde se presenta un pago por el mismo valor a la CRCBNA por concepto de mandato con **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, con fecha del 3 de junio de 2008²⁴.

No obstante lo anterior, frente a este grupo de operaciones menciona el Área de Seguimiento que: *“El Banco de Bogotá remitió a la CRCBNA información acreditando que el dinero ingresó a la cuenta compensada el día 3 de junio a las 8:12 p.m. es decir que para efectos de la compensación la consignación de los dineros quedan registrados en esta cuenta al día siguiente, esto es el día 04 de junio, lo cual significa que el pago se acreditó por fuera del término establecido en el boletín instructivo 09 del 19 de febrero de 2007.”* Estas afirmaciones se encuentran sustentadas en el análisis realizado por esta área del archivo excel enviado por el Banco de Bogotá a la CRCBNA, el cual, en la celda correspondiente a “HORA” establece la hora 20:12, es decir, 8:12 p.m. Al respecto se debe mencionar que en el mismo documento aparece una celda correspondiente a “HORA_ORIGEN” en el cual se encuentra una información mencionando la hora correspondiente a las 11:42 a.m.

Así, para efectos de esclarecer estos hechos, la Sala No. 3 mediante comunicación CD-111 del 30 de marzo de 2008 ordenó que por conducto de la CRCBNA se solicitara al Banco de Bogotá *“explique, a que se refieren los siguientes datos: “FEC_REAL” “HORA” “FEC_CONTAB” “FEC_POBLADO” y “HORA_ORIGEN”, en el pago de la compensación del día 3 de junio de 2008”*. A lo anterior, respondió la CRCBNA mediante comunicación PC-0153 del 16 de abril de 2009²⁵, informando que el Banco de Bogotá remitió la siguiente información:

“FEC_REAL” = FECHA TRANSACCION

“HORA” = HORA DE PROCESO CONTABLE

“FEC_CONTAB” = FECHA DE PROCESO CONTABLE

*“FEC_POBLADO” = FECHA INGRESO DE INFORMACION A TABLAS DE ODS**

“HORA_ORIGEN” = HORA DE LA TRANSACCION

De esta forma, considera la Sala que queda suficientemente probado que la hora en que el comprador realizó efectivamente la transacción es la correspondiente a HORA ORIGEN, la cual corresponde a las 11:42 a.m., que a su vez se encuentra dentro de los horarios establecidos para el pago en el Boletín Instructivo No. 09 del 19 de febrero de 2007²⁶, aunque no se haya acreditado en la cuenta compensada de la CRCBNA ese mismo día.

²² Folio 034 del Cuaderno No. 1 de Pruebas

²³ Folio 033 del Cuaderno No. 1 de Pruebas

²⁴ Folio 032 del Cuaderno No. 1 de Pruebas

²⁵ Cuaderno Exp.005-2008. Folio 167

²⁶ En efecto en el artículo 3.12 de este Boletín en donde se establece el cronograma de la compensación y liquidación de las operaciones, se determina que la acreditación de pagos que es el *“momento en el cual las firmas comisionistas realizan el pago de las obligaciones derivadas de las operaciones de*

Por esta razón, considera la Sala que el punto sobre el cual debe versar el análisis es el momento en el cual se realizó la transferencia de los recursos para el pago de las operaciones, que en el caso concreto, tal como quedó probado con las pruebas obrantes en el expediente, se realizó en término. En efecto, disciplinariamente, la obligación del comisionista consiste en el cumplimiento de la operación que en el caso concreto consistía en el pago de la misma y por tanto, probado que el mismo se realizó en término y que el problema entonces fue del mismo sistema, no podrá imputársele responsabilidad disciplinaria a la sociedad comisionista por el incumplimiento en el pago de estas operaciones, sin perjuicio de las demás sanciones a las que haya lugar. Así las cosas, considera la Sala que frente a este grupo de operaciones la sociedad comisionista investigada cumplió con su obligación de pagar en la fecha establecida en los comprobantes de negociación, y en los horarios fijados por la CRCBNA.

Por otro lado, respecto del grupo de operaciones que debían cumplirse el día 2 de agosto de 2007 por un valor total de \$2.497.885.256 mediante las pruebas obrantes en el expediente se logra acreditar que las mismas efectivamente se pagaron ese día pero no se reflejaron en la cuenta compensada de la CRCBNA en los horarios establecidos. Al respecto, obra en el expediente la transcripción de la audiencia realizada por el entonces Comité de Vigilancia a la doctora Ana María Ospina, en donde menciona que: *“Eran \$2.584 millones de pesos que debían ser cancelados en esa fecha, y así se hizo por ACH, y apareció hasta las 8:00 p.m.”* De lo anterior, se deduce que acorde a esta declaración el pago se realizó en término pero no se vio reflejado en el momento adecuado.

Asimismo de los documentos obrantes en el expediente, se puede inferir que efectivamente hubo pago el día 2 de agosto de 2007. Para el efecto se encuentra copia de la constancia de abono en cuenta expedida por el Banco de Bogotá en donde se refleja que el día 2 de agosto de 2007 fueron abonados a la cuenta corriente de la CRCBNA las sumas de \$101.062.500 y \$2.584.540.833²⁷, las cuales se acompasan perfectamente con las órdenes de pago Nos. 1447²⁸ y 1507²⁹ expedidas por la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, mandante comprador de las operaciones. De la misma forma, en el extracto de cuenta corriente del Banco de Bogotá se acredita que el día 2 de agosto de 2007 se encontraban estos pagos en la cuenta compensada de la CRCBNA³⁰. Adicionalmente, encontramos que en el Formato de Pago de Productos-Punta Comprador³¹ diligenciado por la sociedad comisionista investigada, la misma acredita el pago de las operaciones este mismo día, así como el documento “archivos en confección” que muestra como fecha del proceso el día 2 de agosto de 2007³².

Ahora, frente a la hora específica en la cual se realizó el giro de los dineros menciona el Área de Seguimiento que: *“obra en el expediente copia del extracto bancario del Banco de Bogotá del 2 de agosto de 2007, en el cual evidencia que la hora en que los dineros mencionados ingresaron a la cuenta compensada de la CRCBNA fue a las 19:43 es decir a las 7:43 p.m. lo cual implica que los recursos de las operaciones mencionadas se acreditaron en la mencionada cuenta por fuera del término establecido en el boletín instructivo 09 del 19 de febrero de 2007”*. Este archivo que reposa en el expediente, es similar al analizado en

mercado abierto, a favor de la cuenta de compensación de la CCBNA”, deberá realizarse: *“Transferencia electrónica: **Hasta las 03:30 p.m.** Entrega de cheques: **Hasta las 02:30 p.m.**”*

²⁷ Folios 068 y 069 del Cuaderno No. 1 de Pruebas.

²⁸ Folio 111 Cuaderno No. 1 Expediente.

²⁹ Folio 112 Cuaderno No. 1 Expediente.

³⁰ Folio 066 del Cuaderno No. 1 de Pruebas.

³¹ Folio 074 del Cuaderno No. 1 de Pruebas.

³² Folio 110 del Cuaderno No. 1 de Pruebas.

las operaciones estudiadas en precedencia, por lo cual, encuentra la Sala que es necesario obtener todos los datos pertinentes, sobretodo el relativo a HORA ORIGEN que como se pudo comprobar, es el que demuestra la hora específica en que el comprador realizó la transacción para el pago de las operaciones. Así, para efectos del esclarecimiento de los hechos, la Sala solicitó en comunicación CD-111 del 30 de marzo de 2009, *“se allegue el documento completo que muestre el detalle de la transacción realizada por la Agencia Logística de las Fuerzas Militares para el pago de estas operaciones”*.

No obstante lo anterior, la CRCBNA, mediante comunicación PC-0153 del 16 de abril de 2009, informo que *“(...) en cuanto a la “Hora de origen” del pago del 2 agosto, el Banco de Bogotá, a la fecha no ha enviado respuesta (...)”*, sin que dicha respuesta fuera aportada al expediente. De esta forma, procederá la Sala a fallar mediante las pruebas obrantes en el expediente toda vez que las mismas, son suficientes para el análisis de la responsabilidad disciplinaria en el caso concreto.

Encuentra la Sala que la sociedad comisionista investigada, realizó el pago de las operaciones el día 2 de agosto de 2007, ya que tal y como se mencionó anteriormente, diversas pruebas en el expediente lo demuestran, sobretodo la constancia de abono en cuenta expedida por el Banco de Bogotá en donde se refleja que el día 2 de agosto de 2007 fueron abonados a la cuenta corriente de la CRCBNA las sumas de \$101.062.500 y \$2.584.540.833. Así, teniendo en cuenta que la compensación de este día correspondía al pago de la suma de \$2.497.885.256, tenemos que en efecto se realizó el pago de las operaciones bajo investigación en la fecha de pago pactada en el momento de la celebración de las mismas en la Rueda de negocios de la BNA.

Ahora bien, frente a lo afirmado por el Jefe del Área de Seguimiento en cuanto a la hora en que los dineros mencionados ingresaron a la cuenta compensada de la CRCBNA, tenemos que tal y como se demuestra en la comunicación PC-0153 varias veces mencionada, la hora citada en el pliego de cargos corresponde a la hora de contabilidad de los dineros. Así, teniendo en cuenta que estos datos se refieren a procesos internos del Banco, tenemos que necesariamente la Hora de origen o la hora en la cual se realizó la transacción por parte del comprador fue anterior a la hora de contabilidad.

Así las cosas, considera la Sala que probado como está que la sociedad comisionista pagó el día establecido para el pago, no reviste de materialidad la conducta para efectos disciplinarios ya que en efecto se cumplió la operación el día del pago y no se logra probar que el hecho de que la operación no se reflejara en los horarios establecidos en la compensación pueda ser imputable a la investigada, máxime cuando acorde al indicio de las anteriores operaciones analizadas se tiene que en efecto, por inconvenientes propios del sistema, los pagos pueden quedar reflejados de forma posterior aún cuando la transacción se realice en los horarios establecidos.

Por las razones expuestas, considera la Sala que respecto de estas operaciones que debían pagarse los días 3 de junio de 2008 y 2 agosto de 2007 no existe mérito suficiente para sancionar, toda vez que la sociedad comisionista cumplió con su obligación de pago en término, cumpliendo así con las disposiciones reglamentarias y legales aplicables.

3.2. Incumplimiento en el pago de la operación forward No. 6093633

3.2.1. Hechos:

- a) La sociedad comisionista **MERCANCIAS Y VALORES S.A.**, en condición de comisionista comprador, celebró el día 23 de julio de 2007, la Operación

Forward MCP leche en polvo entera nacional No. 6093633, por un valor de \$507.837.950 con fecha de entrega el día 12 de octubre de 2007 y fecha de pago final el día 6 de noviembre de 2007.

- b) Acorde al Sistema de Información Bursátil, se realizaron dos pagos parciales los días 21 de agosto y 21 de septiembre de 2007, quedando así un saldo por pagar de \$161.260.320, el cual debía consignarse el día 6 de noviembre de 2007.
- c) Mediante comunicación CC-06540 del 9 de noviembre de 2007³³, la CRCBNA informa que el cheque No. Q4879356 por valor de \$161.260.320 girado por **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, el día 6 de noviembre del año en curso y consignado en la cuenta corriente de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte del Banco de Bogotá, fue devuelto el 7 de noviembre por la causal de fondos insuficientes. Anexa para el efecto el extracto de la cuenta corriente compensada.
- d) La administración de la BNA, según comunicación PSD-395 del 14 de noviembre de 2007, certifica el incumplimiento en el pago de las operaciones mencionadas, por un valor de \$161.260.320.
- e) El pago de la operación objeto de investigación fue realizado por UNIPAZ, mandante comprador en esta operación, el día 15 de noviembre de 2007 acorde a comprobante de consignación de este día por un valor de \$161.260.329.

3.2.2. Pruebas

- a) Comprobante de negociación de la operación No. 6093633³⁴
- b) Declaratoria de incumplimiento PSD-395 del 14 de noviembre de 2007³⁵
- c) Comunicación de la CRCBNA del 21 de noviembre de 2008, en la que remite al área de seguimiento, copia del cheque No. Q4879356 devuelto a esta entidad³⁶ y copia de la comunicación enviada por la CRCBNA a la BNA solicitando la declaratoria de incumplimiento de la operación.³⁷ Dicha prueba fue aportada previo auto de pruebas ASI-024 del Área de Seguimiento.
- d) Comunicación de Reyca S.A. dirigida a **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.** del 12 de octubre de 2007, en donde solicita una prórroga en la entrega de la operación No. 6093633, hasta el 22 de octubre de 2007.³⁸
- e) Comunicación de **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.** en donde comunica la imposibilidad de aceptar la solicitud de prórroga.³⁹
- f) Copia de consignación en efectivo efectuada por Unipaz a la CRCBNA por valor de \$161.260.329 el día 15 de noviembre de 2007.⁴⁰
- g) Comunicación de **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.** a su mandante (Unipaz) en donde informa su incumplimiento en el pago de la operación No. 6093633.⁴¹
- h) Copia extracto de la cuenta corriente compensada de los días 6 y 15 de noviembre de 2008.⁴²

3.2.3. Solicitud formal de explicaciones institucionales:

³³ Folio 012 Cuaderno No. 1 de Pruebas

³⁴ Folio 427 Cuaderno No. 2 Expediente

³⁵ Folio 428 Cuaderno No. 2 Expediente

³⁶ Folio 092 Cuaderno No. 1 de Pruebas

³⁷ Folio 093 Cuaderno No. 1 de Pruebas

³⁸ Folio 016 Cuaderno No. 1 de Pruebas

³⁹ Folio 015 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁴⁰ Folio 014 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁴¹ Folio 013 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁴² Folio 010 y 011 Cuaderno No. 1 de Pruebas

El Área de Seguimiento, con fundamento en el artículo 2.4.3.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, solicitó explicaciones institucionales mediante comunicación ASI-014 del 5 de agosto de 2008 por los hechos expuestos en la misma. Estas explicaciones fueron presentadas por la sociedad comisionista investigada, en término, mediante escrito de septiembre 8 de 2008.

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

Frente a los presuntos incumplimientos en el pago en la fecha pactada considera que los hechos acaecidos podrían señalar la ocurrencia de posibles infracciones por parte de la sociedad investigada. De esta forma, considera que la conducta desplegada por la sociedad comisionista podría ser violatoria de las siguientes disposiciones: artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; numerales 1, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del mismo Reglamento y Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 emanado de la CRCBNA.

3.2.4. Explicaciones presentadas por la sociedad comisionista

Respecto de la devolución del cheque la investigada manifiesta que: *“sobre el particular habrá de tenerse en cuenta que el cheque no se dejó de pagar por una insuficiencia de fondos, sino por una orden de NO pago y en este sentido solicito que se tenga como prueba el cheque devuelto a la CRCBNA S.A., y la causal de su devolución expuesta por la entidad bancaria.”* (El resaltado corresponde al texto original). De esta manera, afirma que debido a que el mandante no puso a la sociedad comisionista en condiciones de cumplir, la consignación del valor a pagar hubiese traído consecuencias gravosas para la sociedad por lo cual, se dio la orden de no pago.

Menciona la necesidad de analizar el mercado de compras públicas y reevaluar las condiciones del mercado, toda vez que *“en este caso particular, es el mandante, UNIPAZ, quien siendo una entidad estatal, no pudo hacer el pago con anterioridad y es de esta manera que es el mandante quien incumplió su voluntario apego a la normatividad del escenario de negociación y todo el Marco legal y Reglamentario vigente al respecto.”* De esta manera, insiste en que el incumplimiento se dio por parte del mandante y que no resulta lógico que la sociedad comisionista deba fondear a la entidad estatal que además posee más recursos que la misma sociedad. Finalmente, manifiesta que se debería estudiar la manera adecuada para el manejo de los cumplimientos por parte de entidades estatales, pues tienen procesos muy diferentes a las entidades privadas.

Agrega que siempre actuó con diligencia y constantemente instó a la entidad pública para que se efectuara un cabal cumplimiento de las obligaciones contraídas. Expresa que lo anterior se demuestra mediante las comunicaciones cruzadas entre la sociedad comisionista investigada tanto con su mandante como con la contraparte. Frente a lo anterior, afirma que no aceptó la prórroga solicitada por la contraparte con el objetivo de dar cabal cumplimiento al Reglamento de la BNA y que posteriormente *“se contactó con la entidad mandante con el fin de verificar la entrega conforme del producto, encontrando que la misma estuvo conforme con la entrega, que aceptó recibir el producto por fuera de la fecha pactada y manifestó que no tendría inconvenientes en realizar el pago en la fecha establecida, lo cual evidentemente no fue cierto”*.

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

Menciona que no son de recibo los argumentos del investigado en donde afirma que el incumplimiento fue culpa del mandante y al respecto aclara que: *“las obligaciones de la firma comisionista frente a la Bolsa no se enervan por el incumplimiento del mandante toda vez que el responsable del cumplimiento de las operaciones celebradas en bolsa es la firma comisionista y no su comitente”*.

Agrega que el hecho de desplegar la debida diligencia para obtener el cumplimiento por parte del mandante, no puede ser tenido como causal de exoneración. Asimismo, expresa que no es propio de un miembro de la Bolsa incumplir las operaciones celebradas *“y mucho menos girar o entregar cheques sin fondos y posteriormente dar órdenes de no pago sin justificación alguna pues ello desentona con el carácter profesional del agente, con los compromisos asumidos de cumplir las normas legales pertinentes y los reglamentos de la bolsa, amén de que se constituye en una conducta contraria a la lealtad, claridad, precisión, responsabilidad y buena fe con la que deben estos operadores del mercado conducir todos sus negocios.”*

Asimismo, considera el Área de Seguimiento que la conducta asumida por la sociedad investigada vulnera las siguientes disposiciones legales y reglamentarias: *“Artículo 29, numerales 6, 8, y 11 del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria y el numeral 13 de artículo 2.2.2.1. del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, y el Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 emanado de la CRCBNA (...)”*

3.2.6. Descargos

Reitera lo expuesto en las explicaciones formales en cuanto a la orden de no pago, al incumplimiento deliberado por parte del mandante de los Reglamentos de la Bolsa, la imposibilidad de la sociedad de fondear a la entidad estatal, el desempeño profesional diligente y transparente de la sociedad que se refleja en las comunicaciones cruzadas ya referidas y la necesidad de evaluar a fondo la forma de exigir el cumplimiento por parte del mandante en el Mercado de Compras Públicas.

3.2.7. Consideraciones de la Sala de Decisión

3.2.7.1. Del incumplimiento de la operación

Se encuentra probado dentro del expediente que la sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, celebró en el marco de la BNA la operación Forward MCP No. 6093633, pactando como fecha de pago final el día 6 de noviembre de 2007. El día del cumplimiento de la operación según código de transacción 0091, la sociedad comisionista abona el valor correspondiente a la suma pendiente de la operación a través de un cheque, sin embargo mediante comunicación CC-06540 del día 9 de noviembre del mismo año, la CRCBNA informa a la BNA que el cheque girado por la sociedad comisionista el 6 de noviembre, fue devuelto el día 7 de noviembre de 2007.

Asimismo, se logra probar mediante la copia de consignación obrante en el expediente⁴³, que Unipaz –mandante comprador en esta operación- depositó en la cuenta corriente de la CRCBNA el valor correspondiente a la suma de \$161.260.329 el día 15 de noviembre de 2007. Teniendo en cuenta que esta suma es igual a la suma declarada incumplida en PSD-395 del 14 de noviembre de 2007, se logra inferir que el pago total de la operación se realizó el día 15 de noviembre de 2007, es decir, 7 días hábiles después de la fecha pactada para el pago. Asimismo, el extracto de cuenta

⁴³ Folio 014 Cuaderno No. 1 de Pruebas

corriente de la cuenta compensada de la CRCBNA del día 15 de noviembre de 2007, demuestra el giro realizado por el mismo valor anotado previamente.

Así, no habiendo duda sobre el retraso en el pago de la operación objeto de investigación, entrará la Sala entonces a analizar los argumentos esgrimidos por la investigada para justificar el no pago de la operación.

3.2.7.2. De los inconvenientes presentados con el mandante

Considera la investigada que *“para este caso en particular, el mandante, UNIPAZ quien siendo una entidad estatal, no pudo hacer el pago con anterioridad y es de esta manera que es el mandante quien incumplió su voluntario apego a la normatividad del escenario y todo el Marco legal y Reglamentario vigente al respecto”*.

Al respecto, encuentra pertinente esta Sala resaltar que existía para el efecto un contrato de comisión, el cual es una especie de mandato no representativo celebrado con un cliente plenamente conocido por ellos y para el cual decidieron hacer los negocios correspondientes. De la esencia del contrato de comisión es entonces, la circunstancia en virtud de la cual el comisionista obra en nombre propio, es decir, la firma comisionista, es la que realiza el negocio y soporta plenamente los efectos del mismo, para luego desplazarlos a su mandante o cliente.

En ese sentido, es claro que, lo anterior es consecuente con la definición de contrato de comisión señalada en el artículo 1287 del Código de Comercio, en donde se establece que este contrato *“es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio y por cuenta ajena”*.

Frente a lo anterior, es indudable que del cumplimiento de las obligaciones acordadas por los miembros de la Bolsa, sólo son responsables dichos miembros, y en ese sentido la operación bursátil por ellos desarrollada, debe sujetarse a los términos pactados y comunicados a la BNA, por esto, la Sala entiende que la sociedad comisionista debe cumplir no sólo con las obligaciones trabadas frente a su mandante sino aquellas que contrae con la contraparte, la Bolsa y frente al mercado en general, para lo cual, no podrá en ningún caso alegar la falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado. Así, en el caso concreto, resulta bastante claro que precisamente el argumento de la investigada se encuentra encaminado a alegar que el mandante fue quien incumplió la obligación, lo cual, tal y como se ha mencionado, no es posible en el marco de un contrato de comisión celebrado en el escenario de la BNA, por la regulación específica que existe para este mercado y para el mismo contrato de comisión.

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

De hecho, por las razones expuestas, el artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA establece en sus numerales 1 y 7 que todos los miembros de la Bolsa están obligados a:

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

“7 Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. En ningún caso será admisible al momento del cumplimiento la excepción de falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado”.⁴⁴

Por lo mismo no son aceptables los motivos expresados por la sociedad comisionista como eximentes de responsabilidad y de ninguna manera justifican el incumplimiento declarado.

3.2.7.3. Del cheque entregado por la Sociedad comisionista para el pago

Si bien es cierto que la CRCBNA informa que el cheque entregado por la sociedad comisionista fue devuelto por falta de provisión de fondos, no es menos cierto que la investigada refuta esta comunicación enfatizando que el no pago del cheque se produjo por una orden de no pago dada por la misma sociedad comisionista.

Al respecto esta Sala debe mencionar en primer lugar que, tal y como se mencionó anteriormente, es obligación de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa el cumplimiento de las operaciones celebradas en el marco de la misma, y en este sentido, una orden de no pago de un cheque girado por la sociedad comisionista, representaría un incumplimiento deliberado por parte de la investigada, que implicaría que consciente y voluntariamente decidió incumplir con los deberes y obligaciones que le atañen como miembro de la BNA, lo cual, lejos de llegar a ser una causal eximente de responsabilidad constituiría un agravante de la conducta.

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

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

⁴⁴ Disposiciones que se encuentran plasmadas igualmente en el artículo 29 del Decreto 1511 de 2006, de la siguiente forma: *“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.”* *“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.”*

de una sociedad comisionista miembro de la BNA, que pone en peligro la institucionalidad del mercado de compras públicas de esta entidad.

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

Por las razones expuestas anteriormente, es claro para la Sala de Decisión que existió una conducta reprochable por parte de la investigada, toda vez que es obligación de ella el cumplimiento de las operaciones celebradas en el marco de la BNA y por tanto, el incumplimiento de la mismas conlleva a la vulneración de las normas legales y reglamentarias que regulan su actividad, tal y como se explicará a continuación.

3.2.7.4. Normas vulneradas por la conducta de MERCANCÍAS Y VALORES S.A.

El incumplimiento en el pago de la operación corresponde a un incumplimiento final de la misma acorde a lo establecido en el Boletín Instructivo No. 09 del 19 de febrero de 2006. En efecto esta disposición establece que frente a las operaciones forward el incumplimiento en el pago de la operación es el *“Evento presentado cuando en la fecha de pago pactada, no se realiza o acredita el pago mediante la transferencia de fondos o entrega de cheque.”* Todo lo cual, como ha quedado probado en el expediente, ocurrió en el caso concreto. Lo anterior conlleva además al incumplimiento de lo establecido en el numeral 6 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006 que establece la obligación para las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa 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”*. Disposición de la cual se desprende nuevamente de forma clara, que la obligación de pago se encuentra en cabeza de las sociedades comisionistas y no de sus mandantes como pretende la investigada.

Por su parte, el incumplimiento final de la operación implica además la vulneración de los numerales 1, y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, que establecen que los miembros de la BNA se encuentran obligados a:

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

“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”.

Así, con fundamento en estas disposiciones se consigna que es la sociedad comisionista investigada, en este caso **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, quien debe

responder por el cumplimiento de las operaciones convenidas, en este caso las propias del comisionista comprador: pagar el producto objeto de la negociación.

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

Pues bien, las razones expuestas no desvirtúan el incumplimiento de la operación y en todo caso lo confirman y, por consiguiente, es claro que en el presente caso se infringió el artículo 1.6.5.1, numerales 1, y 7 en concordancia con el numeral 11 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006⁴⁵, pues la operación no se cumplió en la fecha convenida, como lo demuestran las pruebas allegadas y lo acepta **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**

Adicionalmente, la conducta desplegada por la sociedad comisionista investigada, se encuentra vulnerando la disposición establecida en el numeral 6 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento que establece que los miembros de la BNA, estarán obligados a: “6. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 29 numeral 8 del Decreto 1511 de 2006.⁴⁶

Frente a esta disposición, se debe mencionar que si bien la sociedad comisionista argumenta que “es de suma importancia que se analice el desempeño profesional, diligente y transparente que le dio Mercancías y Valores S.A., al desarrollo de la operación y que se puede ver evidenciado en las comunicaciones que se cruzaron con la firma comisionista que represento a la otra punta así como la que se envió al Instituto Universitario de la Paz – UNIPAZ. Una vez que el mismo no colocho (sic) a Mercancías y Valores S.A., en condiciones de cumplir las obligaciones emanadas (...)”, encuentra la Sala que la diligencia desplegada por la sociedad comisionista no fue suficiente para evitar el incumplimiento de la operación, de hecho, en ningún momento durante el proceso se vislumbra que el comisionista haya realizado todas las gestiones tendientes al cumplimiento de la obligación, sino al contrario, en sus descargos afirma que de forma deliberada decidió dar una orden de no pago al cheque con el cual se cumpliría la obligación de pago.

Lo anterior demuestra una falta de diligencia, claridad y responsabilidad que no puede ser predicable de un miembro de la Bolsa Nacional Agropecuaria. En efecto, a quienes se consideran como profesionales expertos y prudentes del mercado se les exige un mayor grado de responsabilidad, que implica que se deben adoptar todas las medidas tendientes a dar cumplimiento a sus deberes legales y estatutarios, lo cual, en el caso bajo estudio no sólo no ocurrió, sino que se incumplió con el objetivo de hacerlo. Así, tal y como se mencionó anteriormente, es tan clara la falta de responsabilidad y diligencia de la sociedad comisionista que la misma decidió incumplir su obligación de pago de forma voluntaria y con la plena intención de no pagar, lo cual implica una de

⁴⁵ Decreto 1511 de 2006. “Artículo 29 Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones (...) 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”.

⁴⁶ Decreto 1511 de 2006. “Artículo 29 Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones (...) 8. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, y precisión, procurando la satisfacción de los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia, lo cual implica el sometimiento de su conducta a las diversas normas que reglamentan su actividad profesional, ya provengan del Estado, de las mismas bolsas o constituyan parte de los sanos usos y prácticas del comercio o del mercado público de valores”.

dos situaciones; la primera es que la sociedad comisionista no tiene claridad sobre sus obligaciones en el marco de este mercado, en especial su obligación de cumplir las operaciones celebradas tal y como fueron pactadas, lo que claramente sería una conducta reprochable pues resultaría insólito que un profesional que se desenvuelve en este mercado no sepa cuáles son obligaciones frente al mismo y de cara al contrato de comisión suscrito con su cliente y la segunda situación sería entonces que la sociedad comisionista, si bien tenía claridad sobre sus obligaciones reglamentarias y legales en el desarrollo de la negociación, decidió deliberadamente hacer caso omiso de las mismas e incumplir con sus deberes como sociedad comisionista miembro de la BNA, lo cual, claramente también constituye una conducta sumamente reprochable que haría dudar de la conveniencia de que operara en este mercado por las implicaciones negativas que este tipo de conductas conlleva para la transparencia y seguridad del mismo.

En mérito de lo expuesto, la Sala encuentra que para estos hechos existe una conducta objeto de reproche disciplinario, y por tanto procederá a imponer una sanción disciplinaria por la misma. Sin embargo, en el acápite V_ "*De la responsabilidad disciplinaria por las conductas estudiadas y de la graduación de la sanción*", se estudiará la graduación de la sanción, mediante el análisis de los aspectos agravantes de la conducta, así como la sanción a imponer.

3.3. Incumplimiento parcial en el pago de la operación No. 7405164

3.3.1. Hechos

- a) La sociedad comisionista **MERCANCIAS Y VALORES S.A.**, en condición de comisionista comprador, celebró el día 28 de mayo de 2008 la operación de disponible MCP No. 7405164, sobre 20.000 kilos de azúcar blanco granulada en bolsa natural por un valor total de \$24.400.000. La fecha de pago final correspondía al día 1 de agosto de 2008 con forma de pago a plazo 45 días después de entregado el producto.
- b) Una vez efectuado el cierre de la compensación a las 3:30 p.m. del día previsto para la fecha de pago, la Cámara de Compensación de la BNA informó al Departamento de Operaciones de esta entidad, que la sociedad **MERCANCIAS Y VALORES S.A.**, no cumplió con la obligación de pago.
- c) La administración de la BNA, según comunicación PSD-253 del 4 de agosto de 2008, certifica el incumplimiento en el pago de la operación mencionada, por un valor de \$24.400.000

3.3.2. Pruebas

- a) Declaratoria de incumplimiento PSD-253 del 4 de agosto de 2008 respecto a la operación 7405164⁴⁷
- b) Comprobante de negociación de la operación No. 7405164⁴⁸
- c) Anexo al contrato de comisión No. 001 ALFFMM 2008.⁴⁹
- d) Impresión del detalle de la operación No. 7405164 en el Sistema de Información Bursátil.⁵⁰
- e) Formato Pago de Productos Punta Comprador del 1 de agosto del 2008, en donde se refleja el pago de la operación No. 7405164 por un valor de \$13.386.450⁵¹

⁴⁷ Folio 029 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁴⁸ Folio 529 Cuaderno No. 2 Expediente.

⁴⁹ Folio 528 Cuaderno No. 2 Expediente.

⁵⁰ Folio 521 Cuaderno No. 2 Expediente

⁵¹ Folio 524 Cuaderno No. 2 Expediente.

- f) Comunicación de Agrogestiones del 20 de noviembre en donde anexa copia de: i) comunicación del 2 de julio de 2008 dirigida a su mandante en donde solicita enviar los soportes de entrega del producto, ii) comunicación de su mandante Agrico S.A. del 4 de julio de 2008, en donde da cuenta de un error en el despacho, y solicita se gestione un plazo de entrega de 5 días hábiles, iii) remisiones de entregas⁵²
- g) Copia de la comunicación del 8 de septiembre de 2008 de Agrogestiones S.A. a **MERCANCIAS Y VALORES** S.A., respecto del cumplimiento de la operación 7405164⁵³
- h) Comunicación de la CRCBNA del 5 de agosto de 2008 en la que informa la entrega de (i) copia de los formatos radicados por la sociedad comisionista para el pago⁵⁴ (ii) Copia del correo electrónico enviado por **MERCANCIAS Y VALORES** S.A. a la CRCBNA informando el incumplimiento de la operación⁵⁵ (iii) Copia del extracto bancario donde se relacionan los pagos realizados⁵⁶

3.3.3. Solicitud formal de explicaciones institucionales:

El Área de Seguimiento, con fundamento en el artículo 2.4.3.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, solicitó explicaciones institucionales mediante comunicación ASI-014 del 5 de agosto de 2008 por los hechos expuestos en la misma. Estas explicaciones fueron presentadas por la sociedad comisionista investigada, en término, mediante escrito de septiembre 08 de 2008.

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

Frente a los presuntos incumplimientos en el pago en la fecha pactada considera que los hechos acaecidos podrían señalar la ocurrencia de posibles infracciones por parte de la sociedad investigada. De esta forma, considera que la conducta desplegada por la sociedad comisionista podría ser violatoria de las siguientes disposiciones: artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; numerales 1,6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del mismo Reglamento y Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 emanado de la CRCBNA.

3.3.4. Explicaciones presentadas por la sociedad comisionista

Explica lo ocurrido en la operación investigada en los siguientes términos:

“A la fecha de cumplimiento de entrega del producto, el 13 de junio de 2008, correspondiente a la operación incumplida, el mandante vendedor tenía la obligación de entregar 20.000 kilos de azúcar blanco paca x 12.5 kilos x 500 gramos de los cuales solo entregó 9.975 kilos. Lo anterior se debió a un error cometido por el mandante proveedor al confundirse en la cantidad a entregar dentro de la negociación realizada.

Esta situación se conoció solo hasta finales del mes de junio cuando el encargado de la bodega de la regional de Cartagena realizó el inventario y se percató que la entrega había sido incompleta.

⁵² Folio 091 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁵³ Folio 031 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁵⁴ Folios 018 a 025 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁵⁵ Folio 026 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁵⁶ Folio 512 a 516 Cuaderno No. 2 Expediente.

Una vez conocida la cantidad real entregada, la Agencia Logística de las Fuerzas Militares en conversación con Mercancías y Valores S.A. solicitó gestionar ante la Firma Comisionista Vendedora para conocer que había pasado con la entrega del producto.

Después de realizar las averiguaciones pertinentes, en conversación entre la firma comisionista vendedora y Mercancías y Valores S.A., la primera aceptó que su mandante había cometido un error al entregar una cantidad que no correspondía a la pactada en la negociación. Una vez aclarado esto, el mandante Vendedor se comprometió a entregar inmediatamente la cantidad faltante, con lo cual estuvo de acuerdo la Agencia Logística de las Fuerzas Militares.”

Agrega que para el mandante vendedor no existió perjuicio alguno ya que fue aceptada la entrega inmediata del producto, la cual, se realizó casi un mes después del 11 de julio de 2008. Al respecto se debe mencionar que la fecha pactada para la entrega final era el día 13 de junio de 2008. De esta forma, explica que su mandante incumplió en el pago parcial de la operación debido a que no podía pagar un producto que no había recibido en su totalidad.

De esta forma afirma que: *“lo que se tiene acá es la declaración errónea de un incumplimiento puesto que la otra punta fue quien incumplió primero y en esa medida no se puede pretender el pago de la obligación primaria incumplida, siendo así que el incumplimiento no refleja con veracidad los hechos sucedido y se debe llegar al acto primero que genero la situación que hoy discutimos”*

Aclara que sólo hasta el 1° de agosto tuvo conocimiento de que su mandante pagaría sólo la cantidad efectivamente entregada y que la cantidad entregada por fuera del término pactado, se pagaría de todas formas con plazo de 45 días después de entregado el producto.

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

Considera que: *“...para este despacho es claro que entre las partes contratantes se modificaron aspectos propios de la negociación como o es cantidad a entregar y la fecha de entrega. Nótese como no solo se recibió una cantidad de producto en proporción inferior al 50% de la cantidad contratada sin que el comisionista comprador o su comitente hayan verificado las cantidades recibidas, sino que la propia firma comisionista, según se encuentra acreditado en el expediente, procedió a ingresar al sistema de información bursátil el conforme de recibo de la totalidad del producto negociado. A lo anterior se agrega que la información sobre el recibido de la totalidad del producto fue ingresada el 19 de junio de 2008, según figura en el sistema de información bursátil, y no el día 13 de junio fecha en que debía hacerse la entrega conforme a lo pactado y con muchísima antelación al saldo no entregado, según la investigada, el cual se realiza el día 11 de julio de 2008, todo ello por fuera de los términos plasmados en el comprobante de negociación.”*

Continúa expresando que la modificación de las operaciones debe someterse a los reglamentos ya que se trata de una operación de Bolsa totalmente reglada. Adicionalmente, se refiere a la aplicación del artículo 75 del Reglamento de la BNA.

3.3.6. Descargos

Reitera lo expresado en las explicaciones formales en el sentido de que el incumplimiento se dio en primer lugar por parte de la punta vendedora, expresando que *“es importante resaltar que la situación es clara en la medida que existe una aceptación expresa de la culpa y del incumplimiento, que es fundamento para exonerar sin demoras a Mercancías y valores S.A. de la investigación en curso.”*

Agrega que: “Mercancías y Valores S.A., no acepta que el incumplimiento sea por falta de provisión de fondos, ni que sea una modificación de las operaciones celebradas en Bolsa, como consta en las consideraciones del despacho en el pliego de cargos, porque lo que se demostró con la prueba de la comunicación del ocho (8) de septiembre de 2008, de Agrogestiones S.A., es la culpabilidad del comitente vendedor por un error de información.”

3.3.7. Consideraciones de la Sala

3.3.7.1. Del incumplimiento de la operación.

Se encuentra probado dentro del expediente que la sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, realizó en el marco de la BNA el 28 de mayo de 2008 la operación No. 7405164 sobre 20.000 kilos de azúcar blanco granulada en bolsa natural. Para el cumplimiento de la operación se pactó como fecha de entrega inicial el día 28 de mayo de 2008 y como fecha de entrega final el día 13 de junio del mismo año. Asimismo, se pactó con forma de pago a plazo 45 días después de entregado el producto con pago final el día 1 de agosto de 2008.

El día 2 de julio de 2008, la sociedad comisionista Agrogestiones S.A., contraparte de la investigada en la operación bajo estudio envía comunicación a su mandante⁵⁷ para que envíe soportes de entrega del producto toda vez que la sociedad comisionista compradora le había informado que la cantidad entregada no había sido la pactada. A lo anterior, el mandante vendedor responde mediante comunicación del 4 de julio que⁵⁸: “efectivamente se presentó un error en nuestro despacho de la mercancía de acuerdo a las condiciones de la operación No. 7405164, puesto que se despacharon 800 paquetes de 12.5 Kilos de Azúcar, cuando en realidad debían ser 800 paquetes de 25 Kilos; por tal razón le solicitamos nos gestione un plazo de entrega de 5 días hábiles para la entrega de los 800 paquetes restantes y así no causarles mayores inconvenientes”.

Ahora, tenemos que el día 1° de agosto de 2008, ingresó un pago parcial de la operación bajo investigación según se puede inferir de los documentos obrantes en el expediente. En efecto, la sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, certificó en el Formato Pago de Producto – Punta Compradora que su mandante Agencia Logística de las Fuerzas Militares había pagado por concepto de la operación No. 7405164 el día 1 de agosto de 2008, la suma de \$13.386.450⁵⁹. Por lo tanto, teniendo en cuenta que el valor total de la operación ascendía a \$24.400.000, se encuentra que no se pagó el valor total de la misma. De hecho, el mismo día del cumplimiento de la operación, vía correo electrónico, la sociedad comisionista investigada informa a la CRCBNA que “la operación de 7405164 sera (sic) incumplida debido a que el pago de la misma no fue realizado en su totalidad de acuerdo a que algunas entregas fueron realizadas por fuera de los plazos”⁶⁰.

Adicionalmente se debe mencionar que acorde al Sistema de Compensación y Liquidación, la operación fue finalmente cumplida el día 1 de septiembre de 2008, ya que en esta fecha se encuentra registrado un pago por el valor restante correspondiente a la suma de \$11.940.750 sin contar el IVA.

De lo anterior, se logra probar que efectivamente hubo un incumplimiento en el pago parcial debido a que no había sido entregada la totalidad del producto al mandante comprador, por lo cual, éste pagó únicamente aquello que había recibido.

⁵⁷ Folio 090. Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁵⁸ Folio 089. Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁵⁹ Folio 524. Cuaderno No. 2 Expediente.

⁶⁰ Folio 026. Cuaderno No. 1 de Pruebas

3.3.7.2. ***Del incumplimiento en las entregas del producto objeto de negociación.***

La sociedad comisionista investigada argumenta como defensa del incumplimiento que *“lo que se tiene acá es la declaración errónea de un incumplimiento puesto que la otra punta fue quien incumplió primero y en esa medida no se puede pretender el pago de la obligación primaria incumplida, siendo así que el incumplimiento no refleja con veracidad los hechos sucedido y se debe llegar al acto primero que genero la situación que hoy discutimos”*

Ante estas afirmaciones, la Sala debe aclarar que el incumplimiento de la punta compradora alegado por la sociedad comisionista investigada únicamente sería objeto del presente proceso y sería por lo tanto analizado por la Sala, si el mismo tuviese la facultad de mutar la responsabilidad disciplinaria del investigado. Para que lo anterior suceda, se debería entender que el incumplimiento por parte de una de las puntas de determinada operación justifica el correlativo incumplimiento por parte de la otra punta.

Al respecto se debe precisar que en el mercado administrado por la Bolsa Nacional Agropecuaria, no se aplica bajo ninguna circunstancia la condición resolutoria tácita establecida en el artículo 1546 del Código Civil. Así las cosas, las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa no pueden justificar su propia infracción mediante el argumento del incumplimiento de la contraparte pues precisamente para estas situaciones se encuentran establecidos mecanismos específicos dentro de los reglamentos de la BNA y la CRCBNA. Ahora, si la sociedad comisionista no comunica aspectos como el incumplimiento de la contraparte a la Bolsa, entonces deberá cumplir acorde a lo negociado en el momento de la celebración de la operación pues es claro el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA al establecer la obligación de las sociedades comisionistas de cumplir los contratos celebrados en el marco de la BNA con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza.

Así, en este caso era deber de la sociedad comisionista investigada informar a la Bolsa sobre el incumplimiento del vendedor para que se tomaran las medidas pertinentes al respecto y no pretender que la operación se encontraba cumplida tal y como lo establece el artículo 79 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA en los siguientes términos: *“Los Miembros de la Bolsa Nacional Agropecuaria deben informarle a ésta por escrito, el cumplimiento de cada negociación, dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento de los términos convenidos para su cumplimiento. Si no lo hicieren, la Bolsa presumirá que éstas han sido cumplidas y procederá a liquidarlas de acuerdo con los términos pactados. No se aceptarán reclamaciones de incumplimiento una vez vencidos los términos señalados en este artículo”*. (subrayado fuera del texto). Lo anterior, implica que no es potestativo de las sociedades comisionistas informar la situación real de cada operación sino que es una obligación que deben cumplir a calidad los miembros de la Bolsa como profesionales del mercado. Así, informar una situación que no es cierta, como la entrega de un producto que realmente no ha sido realizada, implica inducir en error al mercado, lo cual, atenta contra la seguridad y transparencia del mismo. En efecto, la sociedad comisionista investigada introdujo en el Sistema de Información Bursátil que el día 19 de junio de 2008 mediante certificado de recibo CR7622C se había recibido la totalidad de la cantidad pactada, esto es, 20.000 kilogramos de azúcar blanco granulada en bolsa, lo cual, no se encontraba acorde con la realidad.

Es por esto, que no se puede tener como causal eximente de responsabilidad que el comprador no haya entregado la totalidad del producto toda vez que era obligación de **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, como sociedad comisionista vendedora, declarar el incumplimiento de la operación teniendo en cuenta, que acorde a las pruebas obrantes en el expediente, la investigada pudo comprobar la situación de las entregas erradas

el día 4 de julio de 2008 cuando el mandante vendedor informa que en efecto se habían realizado entregas por una cantidad menor a la negociada. De hecho, la sociedad comisionista en sus descargos menciona que: *“Esta situación se conoció solo hasta finales del mes de junio cuando el encargado de la bodega de la regional de Cartagena realizó el inventario y se percató que la entrega había sido incompleta”*. Así, se puede comprobar que la sociedad comisionista investigada tuvo más de un mes para informar la situación a la Bolsa tal y como lo establece el Reglamento y no pretender realizar acuerdos por fuera del sistema para subsanar el error cometido y por lo tanto, aparentar erróneamente que la operación se encontraba cumplida. Lo anterior teniendo en cuenta, la importancia que reviste para el sistema de compensación y liquidación de la BNA, que la información que se remita al mismo sea completa y veraz toda vez que de esto depende la eficacia y transparencia de este sistema.

Asimismo, es preciso aclarar que tal y como lo menciona el Área de Seguimiento, en este mercado administrado por la BNA, la autonomía de la voluntad privada se encuentra limitada toda vez que ciertos procedimientos se encuentran expresamente regulados en los Reglamentos de la Bolsa y las normas legales, y los mismos deben cumplirse de forma rigurosa ya que tal y como lo ha mencionado reiteradamente la Corte Constitucional, nos encontramos frente a una actividad de interés público en donde se debe *“velar porque quienes participan en él desarrollen su actividad en condiciones de igualdad, transparencia y no se ponga en peligro ni se lesione el interés público y específicamente el interés de los inversionistas”*⁶¹ Por estas razones, concuerda la Sala con lo afirmado por el Jefe del Área de Seguimiento en cuanto *“en materia de negociación bursátil, las sociedades comisionistas miembros de la BNA, deben realizar las operaciones que celebren en desarrollo de su objeto social a través de los sistemas de negociación establecidos por la Bolsa y dentro de los horarios dispuestos para el efecto. Ello significa que el cumplimiento, modificación, compensación y liquidación de los contratos de compraventa que allí se celebran deben someterse a los reglamentos de funcionamiento y operación de ese especial mercado, por cuanto, como ya se señaló, la operación de bolsa, es eminentemente reglada y es bajo esas condiciones y parámetros en que deben ejecutarse y desarrollarse dichos contratos”*. Lo anterior, implica que la sociedad comisionista investigada no podía aceptar el cambio en las condiciones de la negociación sin seguir el procedimiento reglamentario establecido para el efecto, so pena de entenderse que debía cumplir entonces de acuerdo a las condiciones establecidas en el momento de la celebración de la operación e informadas de esa forma a la Bolsa.

Por las razones expuestas, considera la Sala que la sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, con su conducta vulneró las disposiciones reglamentarias y legales que regulan su actividad en este mercado tal y como se explicará a continuación.

3.3.7.3. Normas vulneradas por la conducta de MERCANCÍAS Y VALORES S.A.

Considera el Área de Seguimiento que la conducta asumida por la sociedad comisionista investigada vulnera las siguientes disposiciones: *“Artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria y el numeral 13 del artículo 2.2.2.1. del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, y el Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 emanado de la CRCBNA (...)”*.

Por su parte, la Sala considera que en efecto se vulnera lo establecido en el numeral 6 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006 que establece la obligación para las

⁶¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-692 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

sociedades comisionistas miembros de la Bolsa 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”, ya que en el caso bajo estudio, tal y como se probó precedentemente hubo un incumplimiento parcial en el pago de la operación que acorde a lo establecido en el Boletín Instructivo No. 09 del 19 de febrero de 2007, constituye un incumplimiento final de la operación⁶².

De la misma forma, este incumplimiento final de la operación conlleva a la vulneración de las disposiciones reglamentarias establecidas en los numerales 1 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa⁶³, que propenden por el cumplimiento oportuno e íntegro de las negociaciones celebradas en la BNA, así como el incumplimiento del numeral 11 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006 que establece la obligatoriedad para los miembros de la Bolsa de “cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva.”

Ahora, tal y como se expuso anteriormente, las razones expuestas no desvirtúan el incumplimiento de la operación ya que la sociedad comisionista investigada no podía modificar a su arbitrio una operación válidamente celebrada en Bolsa y por tanto, debía cumplir acorde a las condiciones establecidas en el momento de la negociación, lo cual en el caso concreto no ocurrió, ya que el día establecido para el pago únicamente se comprobó un pago parcial de la misma por un valor de \$13.386.450, cuando debía consignarse la suma total correspondiente a \$24.400.000, la cual sólo fue pagada el día 1 de septiembre de 2008, es decir, casi un mes después de la fecha pactada.

Adicionalmente, encuentra la Sala que la conducta asumida por la sociedad comisionista investigada vulneró la disposición contenida en el numeral 6 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento, que establece que los miembros de la BNA, estarán obligados a: “6. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad” en concordancia con lo dispuesto en el artículo 29, numeral 8 del Decreto 1511 de 2006.⁶⁴ Lo anterior, debido a que se comprueba en el presente caso que no hubo un control y seguimiento adecuado de la operación por parte de la investigada toda vez que únicamente se enteró del error cometido en el momento en que su mandante le informa la insuficiencia en la entrega, esto es a finales del mes de junio de 2008. Ahora, teniendo en cuenta que la última entrega debía realizarse el día 13 de junio de 2008 tal y como consta en el Sistema de Información Bursátil⁶⁵ y en los anexos al contrato de mandato obrantes en el

⁶² Boletín Instructivo No. 09 del 19 de febrero de 2007.” 3.11.1 OPERACIONES DE FÍSICO DISPONIBLE Y FORWARD (...) Incumplimiento en el Pago de la Operación: “Evento presentado cuando en la fecha de pago pactada, no se realiza o acredita el pago mediante la transferencia de fondos o entrega de cheque.”

⁶³ 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”. “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”.

⁶⁴ Decreto 1511 de 2006. “Artículo 29 Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones (...) 8. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, y precisión, procurando la satisfacción de los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia, lo cual implica el sometimiento de su conducta a las diversas normas que reglamentan su actividad profesional, ya provengan del Estado, de las mismas bolsas o constituyan parte de los sanos usos y prácticas del comercio o del mercado público de valores”.

⁶⁵ Folio 521 Cuaderno No. 2 Expediente.

expediente⁶⁶, es claro que no hubo seguimiento alguno del cumplimiento de la operación ya que sólo un mes después y por solicitud de su mandante la sociedad comisionista logra enterarse de la situación acontecida. Lo anterior implica claramente una falta de diligencia por parte de la sociedad comisionista que no puede ser predicable de quienes se consideran como profesionales expertos y prudentes del mercado.

De la misma forma, es claro que el hecho de informar una situación irreal al mercado, como lo fue en este caso el supuesto cumplimiento de la operación en cuanto a las entregas constituye una conducta totalmente contraria a los deberes de diligencia, claridad, transparencia y especial responsabilidad ya que esta situación conlleva a inducir en error al mercado lo cual, claramente atenta contra la transparencia y seguridad del mismo.

Por las razones expuestas, considera la Sala que existe mérito suficiente para sancionar respecto del incumplimiento en el pago de la operación No. 7405164 toda vez que la sociedad comisionista **MERCANCIAS Y VALORES S.A.** no cumplió con sus obligaciones propias como compradora afectando así la confiabilidad y transparencia del mercado administrado por la BNA.

Los aspectos atenuantes y agravantes de la conducta así como la sanción a imponer serán evaluados en el acápite V “De la responsabilidad disciplinaria por las conductas estudiadas y de la graduación de la sanción”.

3.4. Incumplimiento en el pago del producto mediante el sistema de compensación y liquidación de la BNA.

3.4.1. Hechos

- a) La sociedad comisionista **MERCANCIAS Y VALORES S.A.**, en condición de comisionista comprador, celebró las operaciones Forward Simple Nos 6696786 y 6877439, con las siguientes condiciones:

No. Operación	Fecha celebración	Valor	Cantidad	Fecha entrega	Fecha de pago
6696786	15-Ene-08	\$1.036.000.000	800.000 kg. frijol soya nacional	28-Feb-08	10-Mar-08
6877439	15-Feb-08	\$1.283.103.600	2.010.000 kg. maíz amarillo nacional	31-Mar-08	14-Abr-08

- b) Una vez efectuado el cierre de la compensación a las 3:30 p.m. del día previsto para la fecha de pago, la Cámara de Compensación de la BNA informó al Departamento de Operaciones de esta entidad, que la sociedad **MERCANCIAS Y VALORES S.A.**, no cumplió con la obligación de pago.
- c) La administración de la BNA, según las comunicaciones PSD-076 del 11 de marzo de 2008 y PSD-121 del 15 de abril de 2008, certifica el incumplimiento en el pago de dichas operaciones.

3.4.2. Pruebas

⁶⁶ Folio 528 Cuaderno No. 2 Expediente.

- a) Comprobante de negociación de la operación 6877439⁶⁷ y 6696786⁶⁸
- b) Impresión del detalle de la operación 6877439⁶⁹ y 6696786⁷⁰ en el sistema de compensación.
- c) Mandato para la compra de productos con entrega y pagos futuros Forward celebrado entre Pollos el Bucanero y **MERCANCIAS Y VALORES S.A.**⁷¹
- d) Declaratoria de incumplimiento PSD-076 del 11 de marzo de 2008 respecto a la operación 6696786⁷² y PSD-121 del 15 de abril de 2008 respecto a la operación 6877439⁷³
- e) Copia comunicación del 16 de abril de 2008⁷⁴ de Agrogestiones dirigida a Mercancías y Valores en donde le informa que respecto de la operación No. 6877439 su mandante confirma los pagos realizados y anexa comunicación del mandante⁷⁵.
- f) Copia de la comunicación de Agrogestiones S.A. de septiembre de 2008 dirigida a **MERCANCIAS Y VALORES S.A.** en la que explica que el pago se hará directamente al vendedor⁷⁶.
- g) Comunicación GC-397 del 4 de agosto de 2008 de la CRCBNA dirigida a **MERCANCIAS Y VALORES S.A.** en la que se informa la liberación de las garantías de las operaciones 6696786 y 6877439⁷⁷
- h) Grabación y transcripción de la rueda No. 9 del 15 de enero de 2008 y de la rueda No. 32 del 15 de febrero de 2008 en las cuales constan las condiciones de la negociación que fueron cantadas para las operaciones 6696786 y 6877439. Estas grabaciones fueron solicitadas mediante Auto de pruebas ASI-024 al Departamento de Operaciones de la BNA.⁷⁸

La Sala de Decisión Tercera mediante Resolución 058 de 2009 decretó pruebas adicionales a las obrantes en el expediente para efectos de esclarecer los hechos bajo estudio, las cuales fueron aportadas tanto por la sociedad comisionista investigada como por la sociedad comisionista Agrogestiones S.A que actuó como contraparte en las operaciones bajo investigación. Las pruebas aportadas se relacionan a continuación.

- i) Relación de pagos emitida por la sociedad Pollos El Bucanero, mandante comprador en las operaciones bajo estudio y allegada por la sociedad comisionista investigada.
- j) Facturas de venta IA12 aportadas por la sociedad comisionista investigada. Se anexan las siguientes facturas: factura No. 4849 del 21 de enero, factura No.4992 del 19 de febrero, factura No.5023 del 25 de febrero, factura No.5017 del 27 de febrero, factura No. 5028 del 28 de febrero, factura No. 5029 del 28 de febrero, factura No. 5030 del 28 de febrero, factura No. 5031 del 28 de febrero, factura No. 5033 del 28 de febrero, factura No. 5052 del 4 de marzo, factura No. 5053 del 4 de marzo, factura No. 5055 del 5 de marzo, factura No. 5056 del 5 de marzo, factura No. 5076 del 11 de marzo, factura No. 5087 del 14 de marzo, factura No.5098 del 15 de marzo, factura No. 5099 del 25 de marzo, factura No. 5110 del 31 de marzo; todas del año 2008.

⁶⁷ Folio 063 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁶⁸ Folio 059 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁶⁹ Folio 064 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁷⁰ Folio 056 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁷¹ Folio 047 a 055 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁷² Folio 060 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁷³ Folio 046 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁷⁴ Folio 044 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁷⁵ Folio 043 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁷⁶ Folio 062 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁷⁷ Folio 061 Cuaderno No. 1 de Pruebas

⁷⁸ Folio 081. Cuaderno No. 1 de Pruebas.

- k) Copias de las facturas del producto entregado aportadas por Agrogestiones S.A. Remite las mismas facturas allegadas por la investigada y adicionalmente las que faltaban respecto de la operación No. 6696786 que se relacionan a continuación: factura No. 4834 del 10 de enero, factura No. 4845 del 15 de enero, factura No. 4854 del 22 de enero, factura No. 4859 del 23 de enero, factura No. 4861 del 25 de enero, factura No. 4863 del 28 de enero, factura No. 4866 del 28 de enero, factura No. 4872 del 31 de enero, factura No. 4874 del 31 de enero, factura No. 4964 del 11 de febrero, factura No. 4904 del 4 de febrero.
- l) Certificación de entregas y pagos realizados en las operaciones Nos. 6696786 y 6877439 expedida por el Representante Legal de Agrogestiones S.A.
- m) Transcripción y grabación del testimonio del doctor Ramiro José Villaquirán Villalba, representante legal de la sociedad comisionista Agrogestiones S.A., contraparte de la sociedad investigada en las operaciones Forward Nos. 6696786 y 6877439
- n) Transcripción y grabación de la audiencia de descargos realizada al representante legal de la sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**

3.4.3. Solicitud formal de explicaciones institucionales.

El Área de Seguimiento, con fundamento en el artículo 2.4.3.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, solicitó explicaciones institucionales mediante comunicación ASI-014 del 5 de agosto de 2008 por los hechos expuestos en la misma. Estas explicaciones fueron presentadas por la sociedad comisionista investigada, en término, mediante escrito de septiembre 08 de 2008.

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

Frente a los presuntos incumplimientos en el pago en la fecha pactada considera que los hechos acaecidos podrían señalar la ocurrencia de posibles infracciones por parte de la sociedad investigada. De esta forma, considera que la conducta desplegada por la sociedad comisionista podría ser violatoria de las siguientes disposiciones: artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; numerales 1,6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del mismo reglamento y Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 emanado de la CRCBNA.

3.4.4. Explicaciones presentadas por la sociedad comisionista.

Explica lo ocurrido en el caso de estas operaciones en los siguientes términos:

“Sobre los casos del asunto en comento vale la pena tener en cuenta varias situaciones tales como el momento en que estas operaciones forward se llevaron a cabo, momento en el que existía, por lo menos, confusión respecto a la operatividad que se debía seguir, situación esta que decanto en el aparente incumplimiento de obligaciones que se le endilga a Mercancías y Valores S.A., la situación se evidencia en el hecho de que la Firma Comisionista, en el momento de cantar la operación advirtió que el pago, como se ha argumentado telefónicamente se haría, directamente por los mandantes.

Y, efectivamente ese ha sido el devenir de los hechos, es decir, las operaciones se cantaron de esta manera y la Bolsa Nacional Agropecuaria, como escenario de negociación aceptó la situación enunciada por la Firma Comisionista la cual fue el pago entre los mandantes; así

las cosas no se podría decir, con exactitud, que Mercancías y Valores S.A., incumplió la operación en los términos en que la canto puesto que los mismos fueron públicamente mencionados en rueda tal y como debe constar en las sesiones de rueda y a las cuales, respetuosamente, solicitamos se tengan como prueba de lo expresado”

Agrega que el error se debió a que se ingresó en el sistema de compensación y liquidación operaciones que se cantaron bajo la premisa del pago directo.

Afirma que cumplió lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto 1511 al cumplir con lo que se obligó en la Rueda y menciona que *“no se puede perder de vista que la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., como escenario de negociación en el cual se realizaron las operaciones en comento asumió, permitió y avaló el desarrollo de las mismas de acuerdo con la manifestación de voluntad expresada en las ruedas referidas.”*

Anota que se realizó efectivamente el pago de las operaciones y por tanto *“...es imposible pagar lo que ya está pago o extinguir una obligación a la que efectivamente ya se dio cumplimiento; la discusión radicará en cual era la manera adecuada para que esto sucediera pero no se puede pretender que el hecho no se dio y que, en consecuencia la obligación no se cumplió; porque, de argumentarse en contra se estaría poniendo en posición de falta de motivación alguno de los pagos, ya sea el efectivamente realizado o el pretendido.”*

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

Después de realizar un análisis sobre la naturaleza del contrato de comisión y las obligaciones que del mismo emanan, señala que los comisionistas de bolsa, en ejercicio de la función desarrollada en la BNA, *“... al ejecutar un mandato no representativo, amén de que no pueden obligar a sus comitentes entre si, en tanto que no tienen capacidad legal ni contractual para hacerlo, como sujetos del interés contractual son los responsables del cumplimiento de las obligaciones que dimanen de los contratos celebrados en el recinto de la Bolsa.”*

Menciona que las operaciones realizadas en el recinto de la Bolsa son regladas y por tanto se deben acatar íntegramente los mecanismos bursátiles establecidos para su realización. De esta forma, afirma que el argumento del investigado en cuanto la operación fue cantada con pago directamente al vendedor no obedece a la realidad tal y como se evidencia en la grabación de la Rueda No 9 del 15 de enero de 2008 y de la Rueda No. 32 de 15 de febrero de 2008. Para efectos de comprobar lo anterior, cita la transcripción de la Rueda referida.

De esta forma, considera que: *“En este orden de ideas, es necesario advertir que el pago efectuado directamente entre las partes contratantes, como sucedió en el presente caso, no se realizó con apego a lo que se obligó en la rueda la firma comisionista como lo afirma el pendolista y mucho menos que haya podido ser aceptado por la Bolsa como así lo afirma, al contrario, este proceder, atenta contra la garantía de la puntual y exacta compensación y liquidación de las operaciones celebradas en la BNA (...).”*

3.4.6. Descargos

Menciona que: *“Es de vital importancia para los presentes descargos, establecer con relación a las presuntas normas violadas y las siguientes afirmaciones, el rechazo total y pleno a la imputación realizada, toda vez que el argumento de Mercancías y Valores se encamina al hecho de no tener que o “deber pagar” tal suma:”* Para el efecto cita las declaratorias de incumplimiento efectuadas por la administración de la Bolsa, en donde se establece que la sociedad comisionista investigada *“ha debido pagar la suma de (...).”*

Posteriormente, reitera lo expresado en las explicaciones formales en cuanto al momento confuso en el cual se llevaron a cabo las operaciones, el mecanismo de

pago directo que se cantó en el recinto de la Bolsa y el cumplimiento cabal de lo pactado en la Rueda.

Considera que el Área de Seguimiento se encuentra *“desconociendo los principios de buena fe de las firmas comisionistas, en este caso de Mercancías y Valores S.A., que propende, por cumplimiento efectivo de las operaciones celebradas y un mercado seguro, transparente, organizado”* y continúa *“Con relación al principio de buena fe presunta, es elección de las partes contratantes, el pago directamente al vendedor o el uso de los sistemas de compensación y liquidación, pero a la luz del cumplimiento de la obligación, tal como se dio en los casos en mención.”*

Reitera que las operaciones fueron honradas en su totalidad y que no era posible pagar lo que ya se encontraba pagado. Asimismo, menciona que la sociedad comisionista Agrogestiones S.A. expresó que efectivamente se realizó un pago directo al vendedor y por tanto, no existe ninguna solicitud de incumplimiento por parte de la punta vendedora ni perjuicio alguno.

Finalmente agrega: *“Es importante para los descargos tener en cuenta que para las dos firmas comisionistas fue claro el hecho de haber cantado la operación con **pago directo al vendedor**, que el pago, bajo este presupuesto, se llevo a cabo, que no se consideró, en este sentido, incumplimiento alguno de las obligaciones contraídas y por lo tanto que no hubo causación de perjuicios”*

3.4.7. Consideraciones de la Sala

3.4.7.1. Consideraciones generales

Teniendo en cuenta que el incumplimiento endilgado se relaciona con la utilización de los mecanismos de liquidación y compensación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, entrará la Sala a realizar algunas precisiones sobre los mismos.

En primer lugar, se debe resaltar que el cumplimiento oportuno de los mecanismos establecidos en el sistema de compensación y liquidación de la Bolsa, constituye un presupuesto básico de un mercado bursátil seguro y confiable. Es por esto, que el no cumplimiento de las obligaciones propias de este sistema, además de contrariar los Reglamentos de la Bolsa y la normatividad aplicable, afecta gravemente la seguridad y transparencia del mercado administrado por la BNA. Ahora, en cuanto a la puesta en marcha de este sistema, se debe mencionar lo siguiente.

El sistema de compensación y liquidación entró en funcionamiento con las operaciones financieras, el 1 de junio de 2006 y posteriormente, el 23 de Octubre de 2006 para las operaciones forward. En efecto, mediante Boletín No. 121 de Octubre 23 de 2006, se informa a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa que: *“En cumplimiento a lo establecido por la Ley 964 de 2005 y el decreto 1511 de 2006, en aras de garantizar al mercado un escenario transparente y seguro en el cual las negociaciones se cumplan según las condiciones pactadas, y continuando con el tema de la capacitación realizada el pasado **miércoles 18 de octubre de 2006**, sobre la compensación y liquidación de operaciones forward, adjunto a este boletín encontrarán el procedimiento para realizar dicha compensación.”* (Resaltado pertenece al texto original). Posteriormente, mediante Boletín 132 de Noviembre 20 de 2006, se da un alcance al Boletín citado anteriormente para efectos de modificar uno de los pasos del procedimiento de compensación y liquidación.

De esta forma, como se puede vislumbrar, durante la implementación del sistema se expidieron Boletines Instructivos con el objetivo de interiorizar el mismo, en los integrantes del mercado y así evitar la comisión de errores. Posteriormente, mediante

Boletín Instructivo No. 02 de Enero 5 de 2007, se estableció que el procedimiento de compensación y liquidación de operaciones entraría a regir a partir del día 10 de Enero de 2007, para las operaciones de Físicos Disponibles. Asimismo, tal y como se había realizado en los Boletines previos, se adjuntó al mismo, el procedimiento para desarrollar las actividades tendientes a desarrollar el proceso de Compensación y Liquidación de las operaciones celebradas en el mercado abierto de la BNA.

Finalmente, mediante Boletín Instructivo No. 09 de febrero de 2007, se establece el sistema de forma vinculante para todas las operaciones que se celebren en el marco de la BNA. En efecto, en este procedimiento que tal y como se mencionó fue remitido en varias ocasiones a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, se establece claramente que el alcance del procedimiento de Compensación y Liquidación es para *“todas las operaciones que se realicen en el Mercado Abierto de la BNA, y que estén asentadas en la Cámara de Compensación de la BNA”*. (Subrayado fuera del texto)

De esta forma, entiende la Sala que los integrantes del mercado de la BNA, debían conocer los mecanismos de compensación y liquidación desde el año 2006, para luego poder cumplir a cabalidad con el mismo en el momento en que éste se vuelve obligatorio para todas las operaciones, es decir, en los meses de enero y febrero del año 2007.

3.4.7.2. Del incumplimiento de la operación

Se encuentra probado dentro del expediente que la sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, celebró en el marco de la Bolsa, las operaciones de Forward Simple Nos 6696786 y 6877439, el 15 de enero de 2008 y el 15 de Febrero del mismo año, respectivamente. La operación No. 6696786 fue pactada por un valor total de la negociación de \$1.036.000 y el valor de la negociación pactada para la operación No. 6877439 ascendía a la suma de \$1.283.103.

Asimismo, se tiene que para la fecha de pago, que para la operación No. 6696786 correspondía al día 10 de marzo de 2008 y para la operación No. 6877439 al día 14 de abril de mismo año, la sociedad comisionista investigada no realizó el mismo a través del sistema de compensación y liquidación de la Bolsa tal y como lo acepta la misma investigada y se logra probar mediante las pruebas obrantes en el expediente. En efecto, mediante comunicación del 8 de septiembre de 2008, la sociedad comisionista Agrogestiones S.A., comisionista vendedora en ambas operaciones, informa que: *“(...) al momento de realizar las operaciones forward, dichas operaciones se cantaron con forma de pago “pago directamente al vendedor” razón por la cual a mi mandante le efectuaron el pago de las entregas de manera directa por cuenta del mandante comprador (...)”*. Lo anterior implica que no se encuentra en duda el hecho de no haber utilizado el sistema de compensación y liquidación de la BNA como es su obligación acorde a los reglamentos de la misma, toda vez que tal y como se explicó anteriormente todas las operaciones que se celebren en la rueda de negocios de la Bolsa deberán cumplirse a través de los mecanismos establecidos para el efecto, lo cual, tiene como objetivo propender por la transparencia y seguridad del mercado.

3.4.7.3. De los pagos efectivamente realizados:

Considera la Sala que es necesario saber con exactitud si la operación fue efectivamente cumplida por fuera de los mecanismos de la Bolsa, pues de lo contrario el no pago efectivo de la operación se constituiría en otra conducta sancionable o al menos en un agravante de la conducta bajo investigación.

Al respecto, argumenta la investigada que se debe tener en cuenta que “(...) para la dos firmas comisionistas fue claro el hecho de haber cantado la operación con **pago directo al vendedor**, que el pago, bajo este presupuesto, se llevó a cabo, que no se consideró, en este sentido, incumplimiento alguno de las obligaciones contraídas y por lo tanto que no hubo causación de perjuicios” Asimismo, obra en el expediente la copia de la comunicación de Agrogestiones S.A., en donde confirma los pagos de la operación según comunicación de su mandante que se encuentra anexada, y la cual menciona respecto de la operación No. 6877439 que “de la operación de referencia hemos tenidos (sic) pagos cumplidos por parte de Pollos El Bucanero hasta la fecha, existen otras facturas pendientes las cuales nos harán efectivo el pago el día de la fecha de vencimiento”

Ahora para efectos de probar de forma contundente las entregas y pagos realizados más allá de las comunicaciones de las partes en donde certifican el cumplimiento de las operaciones; la Sala de Decisión Tercera solicitó a las sociedades comisionistas partes en la negociación, mediante Resolución de Pruebas 058 de 2009, allegar los documentos que tuvieran la facultad de probar los mencionados cumplimientos por fuera de los mecanismos de la Bolsa. Así, tal y como se mencionó en los literales i), j), k), l), m) y n) del acápite 3.4.2 de Pruebas, las partes allegaron los documentos solicitados a la Secretaría de la Cámara Disciplinaria.

Después de analizar los documentos aportados por las partes como prueba del cumplimiento de la operación, considera la Sala que se logra demostrar que efectivamente hubo pagos y entregas que corresponden a lo pactado al momento de la celebración de la operación tal y como se explicará a continuación.

En la relación de pagos emitida por el mandante comprador Pollos el Bucanero S.A.,⁷⁹ se evidencia que respecto de la operación No. 6696786 hubo entregas por un total de 888.930 kilos y un pago total de \$1.329.594.824. Asimismo, respecto de la operación No. 6877439 se demuestra una total de entregas de 1.836.300 kilos para un pago total \$1.143.593.734. Lo anterior se equipara a las cantidades y valores establecidos en los comprobantes de negociación teniendo en cuenta que en la operación No. 6696786 hubo una mayor cantidad de producto entregado y por tanto la suma pagada es también superior a la pactada; asimismo, en la operación No. 6877439 se entregó menos producto del pactado y por tanto el valor pagado es inferior al pactado en el momento de la celebración de la operación, teniendo en cuenta que en ambos casos las variaciones se encuentran dentro del margen de tolerancia. De la misma forma, se tiene que el representante legal de Agrogestiones S.A., sociedad comisionista vendedora en ambas operaciones, certificó que frente a la operación No. 6696786 se entregó una cantidad total de 888.930 kilos para un pago total de \$1.329.594.824, asimismo, frente a la operación No. 6877439 se certifica una entrega total de 1.836.300 kilos de producto para un pago total de \$1.143.593.134, lo cual, se ajusta exactamente a las cantidades y valores certificados por el mandante comprador de la operación.

Adicionalmente, la información anterior puede ser comprobada mediante las facturas aportadas, tanto por la sociedad comisionista investigada como por Agrogestiones S.A., como contraparte en las operaciones, las cuales se acompasan de forma precisa con las cantidades y valores mencionados anteriormente y que fueron certificados por la punta vendedora.

Así, tenemos que la operación efectivamente se cumplió pero de forma directa entre los mandantes, lo cual si bien no exime de responsabilidad disciplinaria por la conducta asumida, si podrá ser tenido en cuenta como un atenuante para efectos de la graduación de la sanción, en caso que haya lugar a la misma.

⁷⁹ Exp.005-2008. Folio 150

3.4.7.4. De la forma de pago pactada en la celebración de la operación.

La Sala aclara, en primer lugar, que no puede ser de recibo el argumento de la sociedad investigada en cuanto *“Sobre los casos del asunto en comento vale la pena tener en cuenta varias situaciones tales como el momento en que estas operaciones forward se llevaron a cabo, momento en el que existía, por lo menos, confusión respecto a la operatividad que se debía seguir”*, en cuanto tal y como quedó expuesto en las consideraciones generales, al momento de celebración de la operación, ya había pasado un año desde la puesta en vigencia del sistema y aún más tiempo desde que el mismo comenzó a funcionar. Así, no entiende la Sala cómo podría existir confusión frente a un sistema que llevaba tanto tiempo en funcionamiento y en el cual se había aclarado reiteradamente que todas las operaciones realizadas en el marco de la BNA debían necesariamente compensarse y liquidarse a través de la Cámara de Compensación de esta entidad. Por la misma razón, no es cierta la afirmación de la investigada en cuanto *“Con relación al principio de buena fe presunta, es elección de las partes contratantes, el pago directamente al vendedor o el uso de los sistemas de compensación y liquidación, pero a la luz del cumplimiento de la obligación, tal como se dio en los casos en mención.”*, pues tal y como se ha explicado para efectos de la realización de negociaciones a través de este mercado la utilización del sistema es obligatoria y por tanto, las partes no pueden optar por el pago directo. De hecho, la consecuencia de no utilizar el mecanismo de compensación y liquidación es precisamente que en términos bursátiles se considera que no hubo pago. Es por esto además, que el pago directo obviando los mecanismos establecidos, pone en grave riesgo el mercado toda vez que atenta contra la seguridad del mismo.

Ahora, la Sala entrará a pronunciarse sobre el argumento de la sociedad investigada en cuanto las operaciones fueron cantadas con pago directo al comprador. Teniendo en cuenta que para el momento de la celebración de la operación, tal y como se expuso, esta forma de pago no era factible dentro del marco de las negociaciones en la BNA, de todas formas se analizaron las pruebas obrantes en el expediente con la finalidad de vislumbrar si alguna de ellas podía demostrar lo dicho por el investigado.

Así, analizado el acerbo probatorio, se tiene que tal aseveración no tiene asidero alguno. En efecto, ni las grabaciones de las Ruedas en las cuales se celebraron las operaciones ni los mandatos de las mismas, ni los comprobantes de negociación, plasman en ningún momento esta condición en la negociación que arguye el investigado, tal y como se demostrará a continuación.

Por su parte en cuanto a las Ruedas de las operaciones celebradas, tal y como lo menciona el Jefe del Área de Seguimiento, de las grabaciones que fueron nuevamente escuchadas por la Sala, se infiere que en ningún momento se establece que las operaciones fueran cantadas con pago directo. En efecto, la grabación de la Rueda 09 del 15 de enero de 2008 en la cual se celebró la operación No. 6696786 evidencia las condiciones de la negociación de la siguiente manera: *“11 compra en operación forward para demostración de absorción de cosecha nacional 800 toneladas de frijol soya de producción nacional. Aclaramos 800.000 kilos. Entregas semanales hasta el 28 de febrero. Para ser entregadas en Cavasa y/o Buga. Entregas a partir del 15 hasta el 28 de febrero. Forma de pago 8 días después de cada corte semanal. Operación sin garantía de crédito en Cámara – Financiación privada. 11 los compra a un precio de 1295 pesos por kilo. Conforme 22”*. Asimismo, la grabación de la Rueda 32 del 15 de febrero de 2008 en la cual se celebró la operación No. 6877439, demuestra que las condiciones de la negociación fueron las siguientes: *“11 compra en operación forward 2.010 toneladas o 2.010.000 kilos de maíz amarillo producción nacional. Condiciones de la (...) del producto se deben nombrar dentro del mandato. Operación sin garantía de crédito en Cámara-Financiación Privada. Forma*

pago 8 días después del corte semanal que se efectuará en los días sábados. El precio se tomara el precio del lunes, que regirá la semana del lunes a sábado. Con entregas en bodegas del comprador Buga y/o Cavasa. Precio de referencia para la negociación 639.358 por tonelada. Conforme 22.” Así, resulta claro que lo único que se puede inferir de estas transcripciones es que estas operaciones estaban dirigidas a la absorción de cosechas por la obligación contraída en subastas públicas en el mercado abierto de la BNA S.A, y adicionalmente se demuestra que en ambos casos las operaciones se cantaron con forma de pago 8 días después del corte semanal, lo cual implica que al cantar este genérico de forma de pago la sociedad comisionista asume las obligaciones que tiene frente a la Bolsa y CRCBNA acorde a lo establecido en sus reglamentos.

Ahora, revisados los mandatos de la negociación otorgados a la sociedad **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.** se evidencia que los mismos tampoco establecen que el pago deberá realizarse directamente al mandante. De hecho, la cláusula sexta de ambos mandatos establece que: *“FORMA DE PAGO: El pago del producto del contrato Forward que se celebre en cumplimiento del presente mandato, lo hará EL COMISIONISTA COMPRADOR, (...)”* (subrayado fuera del texto). De la misma manera se tiene que los comprobantes de negociación no evidencian en ningún lugar, alguna observación que establezca el pago directo alegado.

Así las cosas, es claro para la Sala que la Bolsa en ningún momento *“(...) como escenario de negociación en el cual se realizaron las operaciones en comento asumió, permitió y avaló el desarrollo de las mismas de acuerdo con la manifestación de voluntad expresada en las ruedas referidas.”*, como lo afirma la investigada. De hecho, se evidencia que la entidad no podía permitir la realización de una negociación que a las luces de la regulación vigente para el momento de su realización, se encontraba prohibida.

Adicionalmente se debe mencionar que en audiencia de descargos practicada por la Sala de Decisión Tercera al Representante Legal de **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, se le consultó sobre su afirmación de la celebración de las operaciones con pago directo, mostrándole para el efecto las transcripciones de las ruedas, cuyas grabaciones obran en el expediente. Al respecto, menciona que quien cantó la operación fue otra comisionista y que creyeron que efectivamente se había cantado con pago directo, y aclara que se trata de un error y una confusión de la firma y que no hubo mala fe en ningún momento.

Así las cosas, queda claro para la Sala que efectivamente hubo una conducta reprochable por parte de la investigada, por cuanto además de vulnerar disposiciones específicas del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, se pone en grave riesgo el mercado al obviar el sistema de compensación y liquidación que se encuentra establecido para mantener la transparencia, seguridad y confiabilidad del mismo. Lo anterior, interesa a todos los integrantes de este mercado incluyendo a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa como artífices y partícipes del mismo. Asimismo, con la conducta asumida, la sociedad comisionista incumplió el mandato celebrado con su cliente, el cual, tal y como se demostró, establecía que el pago debía realizarse al comisionista y no de forma directa al mandante. Por lo tanto, la Sala considera que efectivamente la conducta asumida por la sociedad comisionista investigada resulta violatoria de los Reglamentos de la Bolsa, tal y como se expone a continuación.

3.4.7.5. Normas vulneradas por la conducta de MERCANCÍAS Y VALORES S.A.

Menciona el investigado que: *“Es de vital importancia para los presentes descargos, establecer con relación a las presuntas normas violadas y las siguientes afirmaciones, el rechazo total y pleno a la imputación realizada, toda vez que el argumento de Mercancías y*

Valores se encamina al hecho de no tener que o “deber pagar” tal suma:” y cita las declaratorias de incumplimiento de la siguiente forma:

*“Una vez efectuado el cierre de la compensación del 10 de marzo de 2008, a las 3:30 p.m., y teniendo en cuenta el procedimiento e instrucción impartida mediante boletín instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007, la firma comisionista Mercancías y Valores S.A. **ha debido pagar la suma de \$1.036.000.000**”*

*“Una vez efectuado el cierre de la compensación del 15 de abril de 2008, a las 3:30 p.m., y teniendo en cuenta el procedimiento e instrucción impartida mediante boletín instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007, la firma comisionista Mercancías y Valores S.A. **ha debido pagar la suma de \$1.283.103.600**”*

Al respecto se debe mencionar que las consecuencias de la no utilización de los sistemas de compensación y liquidación de la Bolsa, es precisamente que desde el punto de vista bursátil no hay pago. En efecto, es este mecanismo el que permite dentro del escenario bursátil la acreditación del cumplimiento de las operaciones. Es por esto, que las imputaciones realizadas, tal y como lo menciona el Jefe del Área de seguimiento, se refieren a las siguientes disposiciones: “Artículo 29, numerales 6,8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1,6 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria y el numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, y el Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 emanado de la CRCBNA, (...)”

Así, tenemos que el Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la CRCBNA en su numeral 3.11.1 establece:

“3.11.1 OPERACIONES DE FÍSICO DISPONIBLE Y FORWARD (...)
Incumplimiento final de la operación (...)

Incumplimiento en el Pago de la Operación: Evento presentado cuando en la fecha de pago pactada, no se realiza o acredita el pago mediante la transferencia de fondos o entrega de cheque. El Representante Legal de la BNA, es el encargado de declarar el incumplimiento de la operación. Para los eventos no consagrados en el presente instructivo se atenderá lo dispuesto en los reglamentos de la BNA y/o CCBNA.” (subrayado fuera del texto)

Ahora, siguiendo la línea de esta norma, tenemos que el mismo Boletín en su artículo 3.4. determina que la cuenta de compensación es “la cuenta corriente bancaria autorizada para realizar la liquidación de las operaciones.”. Asimismo teniendo en cuenta que la misma disposición establece que el alcance del sistema de compensación y liquidación es para “Todas las operaciones que se realicen en el Mercado Abierto de la BNA, y que estén asentadas en la Cámara de Compensación de la BNA.”, tenemos que efectivamente la obligación que se impone y que vulnera el investigado es el pago de las operaciones a través de la cuenta de compensación de la CRCBNA, es decir, a través de sistema de liquidación y compensación de la Bolsa, el cual, es obligatorio para todas las negociaciones celebradas en el marco de la misma.

Así las cosas, queda claro que la imputación no se encuentra errada toda vez que efectivamente la sociedad comisionista investigada incumplió con la obligación plasmada en el Boletín Instructivo referido, tal y como se logró probar durante el proceso y lo acepta la misma sociedad en sus escritos de defensa.

Asimismo, al incumplir con esta obligación, la sociedad comisionista se encuentra violando los numerales 1 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, que establecen como obligaciones de los miembros de la BNA:

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

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

Lo cual implica igualmente la vulneración de los numerales 6 y 11 del Decreto 1511 de 2006, que establecen como obligaciones de los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios:

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

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

En efecto, se incumplieron las obligaciones contraídas con la Bolsa al no utilizar el mecanismo de compensación y liquidación establecido como obligatorio en sus reglamentos. Asimismo, no hubo cumplimiento cabal del contrato toda vez que en términos bursátiles no hubo pago y adicionalmente se incumplió con lo establecido en el mandato celebrado con su cliente.

Considera la Sala que las conductas ejecutadas por la sociedad investigada, adicionalmente son contrarias a los deberes de claridad, diligencia y precisión que deben caracterizar a quienes intermedian en estos mercados, violando así las disposiciones establecidas en el numeral 6 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria⁸⁰ y el numeral 8 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006⁸¹.

En efecto, el deber de diligencia que se le exige a las sociedades comisionistas de bolsa consiste en una especial aptitud profesional, la cual, implica actuar con el mayor grado de diligencia y cuidado; como un gestor profesional experto y prudente. Al respecto, encuentra la Sala que no hubo una adecuada asesoría ni suministro suficiente de información a su mandante para que éste no incurriera en el error de pagar directamente la obligación contraída en el marco de la Bolsa. De esta forma, es claro que las sociedades comisionistas miembros de la BNA, dado su carácter de profesionales especializados y mandatarios profesionales del mercado, están en la obligación legal de informar a sus mandantes acerca de las características y

⁸⁰ “Artículo 1.6.5.1.- Aprobado por Resolución No. 482 de 2007 de la Superintendencia Financiera de Colombia por el cual se modifica el Art. 20 aprobado por Resolución No. 330-1805 de 1998 de la Superintendencia de Sociedades. Obligaciones de los miembros. Son obligaciones de las sociedades miembros de la Bolsa las siguientes: (...) 6. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad;”

⁸¹ “Artículo 29. Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: 8. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, y precisión, procurando la satisfacción de los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia, lo cual implica el sometimiento de su conducta a las diversas normas que reglamentan su actividad profesional, ya provengan del Estado, de las mismas bolsas o constituyan parte de los sanos usos y prácticas del comercio o del mercado público de valores.”

condiciones de las negociaciones que se hagan en el marco de la BNA, lo cual, en el caso concreto no sucedió.

De hecho, ni siquiera la misma sociedad comisionista tenía claridad sobre los procedimientos y mecanismos que se debían seguir, lo cual constituye un agravante de la conducta toda vez que no se puede permitir que un profesional del mercado se mueva en el mismo sin conocer las normas que le son aplicables y sus deberes de actuación. Así, se evidencia una falta de control operativo al permitir que sus comisionistas cometan dichos errores y se evidencia además un desconocimiento de las normas de la Bolsa, todo lo cual, constituye una clara falta de claridad, diligencia y precisión que no puede ser predicable de quienes se enmarcan como profesionales del mercado.

En mérito de lo expuesto, la Sala encuentra que para estos hechos existe una conducta objeto de reproche disciplinario, sin embargo, en el acápite V de la Responsabilidad Disciplinaria, se estudiará la graduación de la sanción, mediante el análisis de los aspectos atenuantes y agravantes de la conducta, así como la sanción a imponer.

IV. INCUMPLIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS

4.1. Hechos

- a) La sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, en condición de comisionista vendedor, celebró el día 8 de mayo de 2008 la operación financiera No. 7308457 Contrato Ganadero a Término –CGT- Machos para Ceba.
- b) Mediante comunicación CC-3772 con fecha del 9 de mayo de 2008, la CRCBNA informa a la BNA que, la operación No. 7308457, no cuenta con la documentación exigida a la luz de la Resolución No. 001 de 2008 la cual se debe allegar en la fecha en la que se celebre la operación. Asimismo, mediante comunicación CC-3805 con fecha del mismo día, la CRCBNA informa que debido a que las garantías de la operación en cita, no fueron constituidas en su totalidad durante el plazo permitido, ésta entidad no asentó dicha operación, por lo cual no será compensada ni liquidada.
- c) La Administración de la BNA, mediante comunicación PSD-155 fechada 9 de mayo de 2008 declara el incumplimiento de la operación No. 7308457 toda vez que la misma no cumple con las garantías exigidas a la luz de la Resolución No. 001 de 2008 en su artículo 1.

4.2. Pruebas

Sin perjuicio de la totalidad de pruebas allegadas al expediente para el análisis del presente caso es pertinente mencionar las siguientes:

- a) Declaratoria de incumplimiento PSD-115 del 9 de mayo de 2008⁸²
- b) Comprobante de negociación de la operación No. 7308457⁸³
- c) Impresión del detalle de la operación en el Sistema de Información Bursátil⁸⁴
- d) Comunicación de **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.** fechada el 30 de abril de 2008, en donde remite a la CRCBNA los documentos requeridos para la

⁸² Folio 451 del Cuaderno No. 2 Expediente

⁸³ Folio 446 del Cuaderno No. 2 Expediente

⁸⁴ Folio 447 del Cuaderno No. 2 Expediente

- valoración de los CGT del ganadero Jairo Ardila Ruiz, recibida por esta entidad el 2 de mayo de 2008⁸⁵.
- e) Comunicación de **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.** del 8 de mayo de 2008 en donde remite documentos de su mandante Jairo Ardila Ruiz⁸⁶
 - f) Carta de instrucciones para llenar espacios en blanco del pagaré a favor de la CRCBNA suscrito por el mandante y por la sociedad comisionista⁸⁷
 - g) Comunicación de la CRCBNA CC-3765 del 8 de mayo de 2008 dirigida a **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, en donde informa que los documentos Carta de instrucciones para llenar espacios en blanco pertenecientes a la sociedad comisionista y a su mandante no cumplen con los requisitos del modelo establecido por la CRCBNA. Solicita sean reemplazados.⁸⁸
 - h) Comunicación de **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, del 9 de mayo de 2008, en donde informa que los documentos faltantes por entregar referidos a las operaciones del mandante Jairo Ardila Ruiz, serán entregados el día 12 de mayo de 2008⁸⁹.
 - i) Comunicación de la CRCBNA CC-3772 del 9 de mayo de 2008.⁹⁰
 - j) Comunicación de la CRCBNA CC-3805 del 9 de mayo de 2008.⁹¹
 - k) Comunicación de la CRCBNA CC-3841 del 12 de mayo de 2008, en donde da alcance a la comunicación 3850 solicitando que la operación No. 7308457 se declare incumplida por falta de garantías⁹²
 - l) Comunicación de la CRCBNA GC-1518 del 18 de noviembre en respuesta a solicitud AS-180 del Área de Seguimiento⁹³
 - m) Comunicación PC-0093 de marzo 5 de 2009, enviada por la CRCBNA con destino a la Cámara Disciplinaria para efectos de certificar cuales eran las garantías exigibles tanto del mandante como del comisionista vendedor, para la realización de operaciones CGT en el mercado abierto de la BNA, vigentes el día 8 de mayo de 2008.

4.3. Solicitud de explicaciones formales.

El Área de Seguimiento, con fundamento en el artículo 2.4.3.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, solicitó explicaciones institucionales mediante comunicación ASI-014 del 5 de agosto de 2008 por los hechos expuestos en la misma. Estas explicaciones fueron presentadas por la sociedad comisionista investigada, en término, mediante escrito de septiembre 08 de 2008.

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

Frente a este grupo de operaciones que no contaban con las garantías suficientes considera que: *“No constituir las garantías requeridas, en la debida oportunidad podría dar lugar a la vulneración del artículo 29, numerales 11 y 12 del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1 ,6, 7 y 11 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; los numerales 12 y 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, y el numeral 3.11.2 del Boletín Instructivo No. 09 del febrero 19 de 2007”*

⁸⁵ Folio 007 del Cuaderno No. 1 de Pruebas No. 1

⁸⁶ Folio 006 del Cuaderno No. 1 de Pruebas No. 1

⁸⁷ Folio 001 y 003 del Cuaderno No. 1 de Pruebas No. 1

⁸⁸ Folio 002 del Cuaderno No. 1 de Pruebas No. 1

⁸⁹ Folio 004 y 005 del Cuaderno No. 2 Expediente

⁹⁰ Folio 448 del Cuaderno No. 2 Expediente

⁹¹ Folio 449 del Cuaderno No. 2 Expediente

⁹² Folio 450 del Cuaderno No. 2 Expediente

⁹³ Folio 086 del Cuaderno No. 1 de Pruebas No. 1

4.4. Explicaciones presentadas por MERCANCIAS Y VALORES S.A.

La investigada explica los hechos objeto de investigación de la siguiente manera:

“El dos (2) de mayo de 2008, se radicaron los documentos soporte correspondientes a las operaciones 7300267, 7308457 y 7344401, entre estos se encontraba el Pagaré y Carta de Instrucción de Mercancías & Valores S.A.

“El ocho (8) de mayo de 2008 siendo las 11:15 a.m. se radicaron los documentos faltantes de las operaciones anteriormente mencionadas, entre estos estaban el Pagaré y Carta de Instrucciones para llenar los espacios en blanco del Pagare del mandante Jairo Ardila, este día el Director de Garantías de la CRCBNA S.A. no acepto (sic) recibir la Carta de Instrucción, debido a que estaba realizada en una hoja de tamaño inferior a carta y por qué (sic) no se ajustaba al encabezado establecido por la CRCBNA S.A.”

A continuación señala los requisitos de los títulos valores contenidos en el artículo 621 del Código de Comercio así como los requisitos especiales del pagaré contenidos en el artículo 709 de la misma disposición. Frente a lo anterior menciona, que los requisitos exigidos por la CRCBNA no se encuentran incluidos en las normas citadas.

Asimismo, menciona que la CRCBNA mediante comunicación CC-3765, ya relacionada en el acápite de pruebas, asignó un plazo para presentar los documentos, sin embargo se declaró el incumplimiento de la operación. Ante esto afirma que: *“...debido a la ubicación del mandante, y las condiciones de mensajería y correspondencia manejadas en el Territorio Nacional, es difícil el cumplimiento en la entrega de un documento de este tipo en un plazo inferior a 2 días hábiles”*. Agrega que por esta razón solicitó plazo en la entrega de los documentos faltantes con el comunicado MV-082334.

Finalmente, menciona que: *“Mercancías y Valores S.A. con el fin de no generar traumatismos para la compensación de 08 de mayo, solicito aplazamiento de las operaciones 7308457 y 7308962, pero debido a que la parte compradora de la negociación registrada bajo el número de operación 7308457 no estaba disponible, esta no pudo ser aplazada para cumplimiento inicial el día 09 de mayo de 2008.”*

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

Señala que la constitución de garantías es un requisito indispensable para la realización de los negocios celebrados en la BNA y que la CRCBNA *“tiene la facultad de establecer requisitos sobre las garantías admisibles a través de sus boletines o instructivos que emite para el desarrollo de sus funciones, los cuales tienen carácter vinculante y se presumen conocidos por las sociedad comisionistas de la BNA”*

Menciona la comunicación de la CRCBNA, relacionada en el acápite de pruebas en donde explica lo ocurrido con la operación bajo investigación y concluye que *“...puede observarse que para la CRCBNA, en principio, los documentos aportados por la sociedad comisionista no eran suficiente garantía pues no cumplían con la totalidad de los requisitos exigidos por esa entidad como para sentirse cubierta ante cualquier eventualidad de incumplimiento de las operaciones garantizadas (...)”*

Agrega que *“el proceder de la sociedad comisionista de no acatar las instrucciones de la CRCBNA en relación con los documentos que le fueran remitidos para formalizar la entrega de las garantías exigidas evidencia una falta de diligencia y de profesionalismo que no se pueden obviar toda vez que inclusive se le dio a Mercancías y Valores S.A. un plazo más amplio para presentar en forma debida las mencionadas garantías, inclusive, la CRCBNA envió (sic) un modelo adjunto para efectos de cumplir con los requisitos facilitándole así el cumplimiento de*

Mercancías y Valores de los requisitos para la constitución de las garantías otorgadas.” Así, considera que si la investigada hubiese sido diligente habría realizado las gestiones para cumplir con el requerimiento formulado por la CRCBNA.

Todo lo anterior en concepto del Jefe del Área de Seguimiento presumiblemente vulnera lo preceptuado en el artículo 29, numerales 10, 11 y 12 del Decreto 1511 de 2006, numerales 1, 6, 7 y 11 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA, los numerales 3, 12 y 13 del artículo 2.2.1.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA, en consonancia con lo previsto en el numeral 3.11.2 del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007.

4.6. Descargos

Reitera todos y cada uno de los argumentos expuestos en las explicaciones formales presentadas y finalmente en sus descargos concluye que: *“De esta manera queda comprobado que Mercancías y valores, actuó de manera prudente y diligente, cumpliendo oportunamente y en las condiciones establecidas con sus compromisos, en este caso con las garantías, las cuales no fueron acogidas por CRCBNA”*

4.7. Consideraciones de la Sala

4.7.1. Consideraciones Generales.

De manera general, la constitución de garantías, es una obligación de las sociedades comisionistas de la BNA. En efecto, de acuerdo con el Decreto 1511 de 2006 en el listado de obligaciones de las sociedades comisionistas se prevé dentro de éstas, otorgar las garantías exigidas por el reglamento de la Bolsa de la cual sea miembro. De esta manera en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA, se consagra como una de las obligaciones de los miembros, constituir las garantías generales, especiales y las demás que exija el presente reglamento, en la oportunidad y condiciones establecidas.

La estructura de los Contratos Ganaderos a Término, en adelante CGT, requieren tal como se plasma en la Resolución 01 de 2008 expedida por la Junta Directiva de la CRCBNA, una documentación específica y de sus propias garantías. Así en el Boletín Instructivo No. 14 del 2 de mayo de 2008, la CRCBNA señala a las sociedades comisionistas de la BNA, el procedimiento detallado para la celebración de contratos a término, con el fin de establecer las condiciones requeridas por la CRCBNA para la celebración de este tipo de operaciones. En éste, se establece que las sociedades comisionistas deben *“Realizar el trámite de solicitud de garantía (FAG, o adicionales aprobadas por la CRCBNA) con la suficiente anterioridad, de tal manera que el día de celebración de la operación este debidamente expedida para ser entregada oportunamente a la CRCBNA, incluyendo en cualquier caso, la suscripción de pagaré del mandante y de la firma comisionista vendedora, con su respectivas cartas de instrucciones a favor del FAG ó CRCBNA según sea el caso”*.

Sin embargo, el mismo procedimiento prevé que después de celebrada la operación en la rueda, la sociedad comisionista vendedora debe *“Entregar a la CRCBNA en la fecha de pago inicial, todos los documentos y garantías de acuerdo con el Anexo No 4 y las resoluciones que regulan la celebración de operaciones”*. En dicho anexo, claramente se relacionan dentro de los documentos que deben aportarse el pagaré original suscrito por el mandante con carta de instrucciones así como el pagaré original suscrito por la firma comisionista con carta de instrucciones (a favor del FAG ó CRCBNA según sea el caso).

Los procedimientos señalados propenden por dar seguridad a las sociedades comisionistas de los requerimientos que deben cumplir para la realización de las operaciones en el mercado abierto de la Bolsa, ya que serán estos los que se exigirán una vez celebradas las operaciones, para su cabal cumplimiento. Bajo ese contexto, es clara la responsabilidad que corresponde a las sociedades comisionistas, en el cumplimiento estricto de los mismos una vez celebrada la operación.

De manera adicional es de mencionar que de acuerdo con el Boletín Instructivo No. 9 de 19 de febrero de 2007, la constitución de las garantías propias de una operación financiera, constituye un incumplimiento inicial de la operación, definido en los siguientes términos:

“Evento presentado cuando en la fecha donde la operación debería ser compensada y liquidada, de acuerdo con la definición de compensación y liquidación, no se efectúa el pago mediante la transferencia electrónica de recursos o entrega física de cheque en el Departamento de Operaciones de la Cámara de Compensación de la BNA y/o no se constituyen las garantías ante la Dirección de Garantías de la CCBNA y/o no se realiza la entrega de títulos y otros requisitos dentro de los horarios establecidos”. (El subrayado es nuestro).

4.7.2. Del caso concreto

La sociedad comisionista investigada, en curso de la presente investigación niega la comisión de las faltas objeto de estudio por parte de este órgano disciplinario señalando que el día en que se celebró la operación, esto es el 8 de mayo de 2008, radicó en la CRCBNA los documentos faltantes de las operaciones de CGT realizadas por cuenta del mandante vendedor (hace referencia a cuatro operaciones, de las cuales solo una de ellas resultó incumplida) y dentro de ellos se encontraba el pagaré en blanco y la carta de instrucciones. Sin embargo, menciona que el Director de Garantías de la CRCBNA no aceptó recibir la carta de instrucciones *“debido a que estaba realizada en una hoja de tamaño inferior a carta y por qué (sic) no se ajustaba al encabezado establecido por la CRCBNA”*.

En efecto, obra en el expediente, la comunicación CC-3765 del 8 de mayo de 2008, en la que la CRCBNA informa a la sociedad comisionista vendedora, obligada a la entrega de las garantías, que tanto la carta de instrucciones para llenar los espacios en blanco del pagaré suscrita por el mandante y por la sociedad comisionista, no cumplen con los requisitos del modelo y por lo tanto solicita que sean remplazadas, otorgando para el efecto un plazo.

De esta forma, la sociedad comisionista señala que se intentó realizar el aplazamiento de las operaciones que se realizarían con el mandante Jairo Ruiz, para efectos de cumplir con el plazo otorgado por la CRCBNA y entregar los documentos en término, sin que se pudiera lograr respecto de la operación incumplida, en los siguientes términos:

“Con el fin de no generar traumatismos para la compensación del 08 de mayo, solicito (sic) aplazamiento de las operaciones 7308457 y 7308962, pero debido a que la parte compradora de la negociación registrada bajo el número de operación 7308457 no estaba disponible, esta no pudo ser aplazada para el cumplimiento inicial el día 09 de mayo de 2008”.

En efecto, dentro de la regulación vigente sobre compensación, se prevé en el Boletín Instructivo No. 9 del 19 de febrero de 2007, que las operaciones financieras podrán ser objeto de aplazamiento en los siguientes términos:

“Por vía de excepción y bajo especiales circunstancias, la liquidación y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de una operación financiera podrán ser objeto de aplazamientos, previa solicitud de ambas partes y aprobación del Director de Operaciones de la BNA, siempre y cuando el término de cumplimiento no exceda cinco (5) días hábiles posteriores a la negociación. Este deberá ser informado a la Dirección de Operaciones de la BNA antes de las 13:00 horas del día del cumplimiento.

“Cuando la Dirección de Operaciones de la BNA aprueba un aplazamiento, se entiende aplazada la constitución y acreditación de garantías ante la Dirección de Garantías de la CCBNA y la entrega de documentos y requisitos en el Departamento de Operaciones de la CCBNA”. (Subrayado fuera del texto)

Ahora bien, respecto de las razones por las cuales no fue recibida la carta de instrucciones, la CRCBNA explica en la comunicación GC-1518 del 18 de noviembre de 2008, dirigida al Área de Seguimiento, que si bien la persona a cargo del Departamento de Garantías para el momento de la celebración de la operación no se encuentra actualmente laborando para la CRCBNA, la nueva Dirección realizó el análisis sobre los documentos mencionados y señala como causa de la devolución, los espacios en blanco de la carta de instrucciones suscrita por la firma comisionista⁹⁴. Sin embargo, nada menciona respecto de la carta de instrucciones suscrita por el mandante. Esta última, que obra a folio 002 del cuaderno No. 1 de pruebas, en efecto adolece de encabezado y fecha, sin embargo, no cuenta con espacios en blanco.

La sociedad comisionista en su escrito de descargos, remite a la legislación comercial listando los requisitos que deben cumplir los títulos valores, concluyendo que las características físicas del papel, no están contemplados dentro de ellos. Sin embargo la carta de instrucciones, no es el título valor, sino que se trata de las *“reglas o pautas dadas por el creador del documento para que su tenedor legítimo, complete los datos necesarios inherentes a los derechos incorporados en el documento, con base en la relación jurídica fundamental, existente entre el creador del título y el tomador o beneficiario”*⁹⁵.

Ahora, revisado el documento en mención, puede evidenciarse que la carta de instrucciones suscrita por el mandante y aportada por la sociedad comisionista a la CRCBNA, se encontraba cortada, lo cual es aceptado por el representante legal de la sociedad investigada en audiencia de descargos al explicar que: *“la causante devolución de la garantía era que, el cliente no nos manda el pagaré lo hizo en una hoja oficio y cortó la hoja para que quedara carta y quedó más chiquita que la hoja carta (...)”*. Y es realmente por esta razón que el Departamento de Garantías de la CRCBNA, solicitó su reemplazo. Lo anterior, no prueba que exista como tal una adulteración de la carta de instrucciones, por parte de la sociedad comisionista, teniendo en cuenta además que según lo dicho por el representante legal de la investigada en audiencia, el corte realizado en el documento fue efectuado por el propio mandante, explicando que no es la sociedad la que no cumple con los formatos y modelos establecidos por la CRCBNA sino los mismos mandantes son quienes envían los documentos de forma incorrecta.

Frente a lo anterior, se debe aclarar que respecto de las cartas de instrucciones, el tamaño del papel, no constituye, tal como lo precisa la sociedad comisionista, un vicio que invalide las instrucciones dadas por el mandante para el diligenciamiento del título valor en blanco, así como tampoco, la falta del encabezado y aún más, la ausencia de la fecha en el texto de las mismas, tal y como se demostrará a continuación.

⁹⁴ En efecto, a folio 001 del Cuaderno No. 1 de Pruebas, se encuentra la carta de instrucciones suscrita por el representante legal de la sociedad comisionista vendedora, con los espacios en blanco anotados en la comunicación de la CRCBNA.

⁹⁵ PEÑA NOSSA, Lisandro. CURSO DE TITULOS – VALORES. Sexta edición. 1998. Cámara de Comercio de Bogotá.

El artículo 622 del Código de Comercio establece la posibilidad de firmar títulos en blanco o incompletos, lo cuales posteriormente deberán ser llenados por el tenedor legítimo, de acuerdo con las instrucciones dadas por aquél. De esta forma esta disposición determina que:

“Si en el título se dejan espacios en blanco cualquier tenedor legítimo podrá llenarlos, conforme a las instrucciones del suscriptor que los haya dejado, antes de presentar el título para el ejercicio del derecho que en él se incorpora.

Una firma puesta sobre un papel en blanco, entregado por el firmante para convertirlo en un título-valor, dará al tenedor el derecho de llenarlo. Para que el título, una vez completado, pueda hacerse valer contra cualquiera de los que en él han intervenido antes de completarse, deberá ser llenado estrictamente de acuerdo con la autorización dada para ello.

Si un título de esta clase es negociado, después de llenado, a favor de un tenedor de buena fe exenta de culpa, será válido y efectivo para dicho tenedor y éste podrá hacerlo valer como si se hubiera llenado de acuerdo con las autorizaciones dadas.”

Así, como se puede deducir de la disposición citada, no se establecen mayores requisitos para las instrucciones que debe dar el creador del título. De hecho, éstas pueden ser de verbales o escritas y pueden constar en el mismo documento o en una carta de instrucciones ya que la ley no establece nada al respecto. Así, para efectos comerciales las instrucciones dadas por el creador del documento deberán únicamente ser *“reglas o pautas dadas por el creador del documento para que su tenedor legítimo, complete los datos necesarios inherentes a los derechos incorporados en el documento, con base en la relación jurídica fundamental, existente entre el creador del título y el tomador o beneficiario; datos que pueden ser: fecha del vencimiento, la cantidad por la que se debe llenar el título, el monto de los intereses moratorios objeto de cobro al momento de ejercitar el derecho, que en muchas ocasiones están de acuerdo o dependen de entidades gubernamentales; el lugar del pago, la autorización de que en caso de deber intereses en el plazo, éstos se adicionen al capital inicialmente prestado; en las deudas adquiridas en Upacs, la autorización para que el título-valor sea llenado por el capital teniendo en cuenta el valor vigente de dichas unidades.”*⁹⁶

Ahora, es cierto tal y como lo manifiesta la CRCBNA, en su comunicación GC-1518 del 18 de noviembre de 2008, que la Superintendencia Bancaria en la Circular Externa 007 de 1996 estableció ciertos requisitos específicos respecto de la carta de instrucciones a efectos de que los establecimientos de crédito efectúen una correcta utilización de los pagarés firmados en blanco por sus deudores. Así, esta disposición establece las siguientes condiciones para este documento:

“El artículo 622 del Estatuto Mercantil establece la posibilidad de crear títulos valores con espacios en blanco, pero al propio tiempo prevé que en las instrucciones dadas por el suscriptor no pueden existir vacíos, toda vez que el título sólo puede ser diligenciado de acuerdo con las instrucciones expresas de su creador y no a criterio del tenedor del mismo, en este caso de las instituciones financieras.

Nuestra Ley Mercantil otorga protección a quien entrega un título valor en blanco, al consagrar que el tenedor legítimo únicamente estará facultado para llenarlo si sigue estrictamente las instrucciones de quien lo entregó, las cuales no se podrán plasmar en el documento escrito en forma imprecisa o indeterminada y deberán contener los requisitos mínimos y las características propias del título valor de que se trate. En consecuencia, además de las que los clientes consideren necesario introducir, el escrito de instrucciones deberá contener:

- Clase de título valor;
- Identificación plena del título sobre el cual recaen las instrucciones;
- Elementos generales y particulares del título, que no consten en éste, y para el cual se dan las instrucciones;

⁹⁶ PEÑA NOSSA, Lisandro. Curso de Títulos Valores. Sexta Edición 1998. Pág. 78

*-Eventos y circunstancias que facultan al tenedor legítimo para llenar el título valor.
Copia de las instrucciones debe quedar en poder de quien las otorga.
En virtud de lo expuesto este Despacho considera, al tenor del literal a), numeral 5o. del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, como práctica insegura y no autorizada la inobservancia de las instrucciones impartidas anteriormente. Igualmente, se permite recordar a las entidades que el llenar el título contrariando las instrucciones contenidas en la ley puede dar lugar a responsabilidades tanto civiles como penales”.*

Estos requisitos que bien pueden ser exigidos por la CRCBNA para efectos de brindar mayor seguridad a los pagarés que se le otorgan como garantía, en ningún momento establecen alguna mención sobre el papel sobre el cual deben ir plasmadas las instrucciones. Así, considera la Sala, que aún los requisitos establecidos en la Circular en mención fueron cumplidos por la sociedad comisionista investigada en el documento entregado que conllevó posteriormente al incumplimiento de la operación. En efecto, analizada la carta de instrucciones que obra en el expediente se tiene que la misma no contiene espacios en blanco, se encuentra en un documento escrito sin imprecisiones o indeterminaciones y contiene los requisitos mínimos y características propias del pagaré que debía ser llenado con las mismas.

Así las cosas, si bien es cierto que la CRCBNA tiene total libertad y autonomía para establecer los requisitos necesarios para considerar una garantía como válida, no es menos cierto que en el caso concreto no se estaba incumpliendo ningún requisito establecido previamente en alguna disposición reglamentaria o legal. Es por esto, que considera esta Sala que el incumplimiento en la constitución de garantías de la operación no puede ser reprochable a la sociedad comisionista. En efecto, el incumplimiento se da por una inducción en error al comisionista sobre la documentación que debía presentar pues la carta de instrucciones entregada no presentaba vacíos y cumplía con los requisitos legales necesarios para considerarse como válida frente a la eventual situación en que el título valor que debía llenarse con estas instrucciones tuviese que hacerse efectivo.

Por lo anterior, es claro para la Sala que respecto de la operación No. 7308457, no existe mérito para sancionar toda vez que el incumplimiento de la operación tiene lugar por una inducción en error a la sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, lo cual implica que se presenta el hecho de un tercero que rompe el vínculo causal entre la conducta y el daño y por tanto, exime de responsabilidad. Por lo anterior, se abstendrá la Sala de sancionar por el incumplimiento en la constitución de las garantías correspondientes de la operación No. 7308457.

V. DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA POR LAS CONDUCTAS ESTUDIADAS Y DE LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

La Sala de Decisión No. 3 de la Cámara Disciplinaria, frente a las conductas desplegadas por la sociedad comisionista sobre las cuales se encontró mérito suficiente para sancionar, determina la sanción a imponer teniendo en cuenta que se trata de diferentes hechos, conductas y violaciones. Asimismo, para efectos de graduación de la sanción, la Sala considera la gravedad de los hechos y la infracción, las modalidades y circunstancias de la falta, los antecedentes del investigado, la dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa y las demás circunstancias que considere pertinentes.

Las conductas que son objeto de sanción por parte de la Sala de Decisión No. 3 de la Cámara Disciplinaria, se resumen a continuación:

- a) Incumplimiento en el pago de la operación No. 6093633, con las consideraciones anotadas en el acápite pertinente, vulneró las disposiciones contenidas en los numerales 1, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA y en los numerales 6, 8 y 11 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006, mediante un incumplimiento deliberado de sus deberes como miembro de la BNA, con la conciencia y voluntad de infringir las normas. Se tendrá como agravante entonces, que la sociedad comisionista haya cometido la conducta con una intención positiva de causarle daño al mercado toda vez que lo dejó totalmente desprotegido con la orden de no pago del cheque mencionado, teniendo la obligación legal y reglamentaria de pagar la operación, con lo cual, en efecto se causó daño en el mercado toda vez que se puso en peligro la institucionalidad del mercado de compras públicas de la BNA.

En razón de lo anterior, para la Sala merece el mayor reproche, el que un profesional del mercado de valores, no sólo incumpla una operación sino que lo haga de forma intencional, emitiendo un cheque para el pago de una obligación que reglamentariamente y contractualmente le corresponde, dando una orden de no pago, como sucedió en el incumplimiento de esta operación. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que analizados los antecedentes disciplinarios de la investigada se denota que es la primera vez que incurre en una conducta de esta dimensión, considera la Sala que amerita una sanción pecuniaria, advirtiendo que una conducta semejante no puede volver a presentarse en la actuación de la investigada en el mercado bursátil de la BNA.

- b) Incumplimiento parcial en el pago de la operación 7405764, con las consideraciones anotadas en el acápite pertinente, vulneró las disposiciones contenidas en los numerales 1, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA y en los numerales 6, 8 y 11 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006, ya que incumplió de forma parcial el pago de la operación y adicionalmente no cumplió con su obligación de informar el incumplimiento en la entrega del producto, al contrario, certificó ante la BNA que se había recibido la cantidad total negociada. Lo anterior, implica inducir al error al mercado pues se remite una información irreal que pone en peligro la transparencia y seguridad del mismo. Adicionalmente, se tiene que no hubo un seguimiento y control adecuado de la operación, toda vez que la sociedad comisionista no se enteró a tiempo sobre los inconvenientes en la entrega, lo cual, constituye una conducta que implica falta de diligencia y responsabilidad por parte de la investigada.

Así las cosas, considera la Sala que la presente conducta amerita una sanción pecuniaria toda vez que no sólo hubo incumplimiento de la operación investigada sino que adicionalmente se remitió a la Bolsa información no verídica, lo cual, afecta la transparencia y seguridad del mercado.

- c) Incumplimiento en el pago de producto mediante el sistema de compensación y liquidación de la BNA en las operaciones Nos. 6696786 y 6877439, con las consideraciones anotadas en el acápite pertinente, vulnera las disposiciones contenidas en los numerales 1, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA y en los numerales 6, 8 y 11 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006, teniendo en cuenta además que el pago directo entre los mandantes obviando el sistema de compensación y liquidación pone en grave riesgo al mercado toda vez que atenta contra seguridad del mismo. Asimismo, el incumplimiento en el pago de la operación mediante los mecanismos establecidos por la Bolsa, conlleva al incumplimiento

del contrato de comisión teniendo en cuenta que en términos bursátiles no hubo pago y al incumplimiento del mandato celebrado con su cliente que establecía el pago al comisionista y no al mandante. Adicionalmente, se tiene que no hubo una adecuada asesoría ni suministro suficiente de información a su mandante para que éste no incurriera en el error de pagar de forma directa, lo cual es consecuencia además de la falta de claridad por parte de la investigada de los procedimientos y mecanismos que se debían seguir y que para la época de los hechos eran obligatorios. Lo anterior, no puede ocurrir en un profesional del mercado que debe conocer a la perfección todos los mecanismos bursátiles de negociación y cumplimiento de las operaciones celebradas en el marco de la BNA.

De esta forma, la Sala considera que no es admisible que en operaciones celebradas después de un año del funcionamiento obligatorio del sistema de compensación y liquidación se cometan este tipo de errores. Sin embargo, teniendo en cuenta que las operaciones fueron cumplidas a cabalidad por fuera de los mecanismos bursátiles y por tanto no hubo daño, al menos, a la contraparte, se procederá únicamente a un llamado de atención a la sociedad comisionista para efectos de implementar los mecanismos necesarios para no reincidir en este tipo de errores para lo cual es fundamental que haya un adecuado manejo de los sistemas de compensación y liquidación de la Bolsa así como el conocimiento adecuado de todos los procedimientos de la entidad y la obligatoriedad de los mismos.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.** incurrió en diversas infracciones vulnerando así múltiples disposiciones reglamentarias y en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos y las circunstancias específicas en cada una de faltas estudiadas, por unanimidad la Sala de Decisión No. 3 de la Cámara Disciplinaria:

IV.- RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: EXONERAR a la sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, de los cargos señalados en el pliego de cargos respecto de las operaciones Nos. 6708644, 6715958, 6715961, 6732425, 7111552, 7111633, 7112054, 7127257, 7127265, 7151274, 7151275, 7151276, 7174972, 5972842, 5896759, 5987341, 5904464, 5970362, 5970390, 5972694, 5901089, 5913868, 5970375, 5970380, 5980989, 5972840, 5995428, 5995433, 5901086, 5976128, 5987102, 5972700, 5995435, 5972841, 5972696, 5901084, 5970771, 5987331, 6028449, 6019309, 6013786, 5901130, 5904147, 5987095, 5990489, 5972784, 5972785, 5987099, 5904145, 5970751, 6013816, 5901090, 5901098, 5972765, 5995434, 5901129, 5901099, 5970765, 5975953, 5970401, 5970373, 5906478, 5906480, 5987103, 5987340, 5901095, 5970366, 5980988, 5901088, 5970363, 5970768, 5975956, 5970392, 5987451, 5904146, 5970408, 5901235, 5972753, 5972762, 5970419, 5987096, 5972690, 5901232, 5972764, 5987097, 5901094, 5970502, 5990275, 6022182, 5913888, 6022150, 5970407, 5972699, 5904355, 5972754, 6019572, 5972838, 5913889, 5970388, 5978285, 5896761, 5970402, y 5972688.

ARTICULO SEGUNDO: Sancionar disciplinariamente al miembro comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, con MULTA DE CUATRO (4) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, por el

incumplimiento en el pago de la operación No. 6093633, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTICULO TERCERO: Sancionar disciplinariamente al miembro comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, con MULTA DE UN (1) SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE, por el incumplimiento parcial en el pago de la operación 7405764, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución,

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

ARTICULO QUINTO: Sancionar disciplinariamente al miembro comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, con AMONESTACIÓN PÚBLICA, por el incumplimiento en el pago de producto mediante el sistema de compensación y liquidación de la BNA en las operaciones Nos. 6696786 y 6877439 .

ARTICULO SEXTO: EXONERAR a la sociedad comisionista **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, de los cargos señalados en el pliego de cargos respecto de la operación financiera No. 7308457.

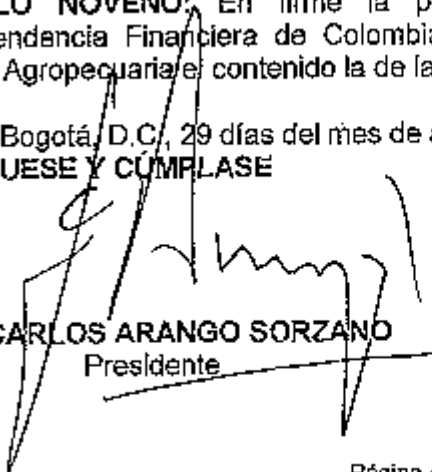
ARTICULO SÉPTIMO: Notificar a la sociedad, **MERCANCÍAS Y VALORES S.A.**, el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., advirtiendo que Contra la presente Resolución procede el recurso de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

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

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

Dada en Bogotá, D.C., 29 días del mes de abril de 2009

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS ARANGO SORZANO
Presidente


ISABELLA BERNAL MAZUERA
Secretaria

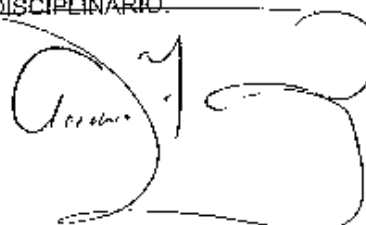
Página 46 de 47

EN LA FECHA 30 DE ABRIL DE 2009 NOTIFIQUÉ PERSONALMENTE AL DOCTOR GERMAN ROBERTO HERNANDEZ IDENTIFICADO CON CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 29.112.897 EXPEDIDA EN BOGOTÁ JEFE DEL ÁREA DE SEGUIMIENTO DE LA BOLSA NACIONAL AGROPECUARIA S.A. SOBRE EL CONTENIDO DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN.

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

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

NOTIFICADO



NOTIFICADOR

