

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

**SALA DE DECISIÓN No. 7 DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA DE LA BOLSA
NACIONAL AGROPECUARIA S.A.**

**RESOLUCIÓN No. 095
(30 DE NOVIEMBRE DE 2009)**

POR MEDIO DE LA CUAL SE DECIDE UNA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

La Sala de Decisión No. 7 de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley, los Estatutos y el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., decide la investigación disciplinaria iniciada por el Área de Seguimiento, teniendo en cuenta, los siguientes:

I. ANTECEDENTES

El Área de Seguimiento de la Bolsa Nacional Agropecuaria, el día 16 de junio de 2009, radicó en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.4.3.7 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA, el pliego de cargos elevado contra la sociedad comisionista de bolsa **AGROPAR S.A.**

La Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.3.2.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA y en desarrollo de la metodología establecida en el Reglamento Interno de la Cámara Disciplinaria, procedió a conformar la Sala de Decisión No. 7. Habida cuenta del impedimento tramitado por el Doctor Jaime Gaitán Restrepo, la Sala Plena en sesión 018 del 18 de junio de 2009, designó como miembro Ad-Hoc no independiente para conformar la Sala de Decisión No. 7, a la Doctora Clara Inés Sarmiento de Helo.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 2.3.2.9 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria y teniendo en cuenta que el Doctor Luis Fernando Diago Ramírez se encontraba fuera del país, la Secretaría de la Cámara Disciplinaria procedió a realizar sorteo para la designación de un miembro Ad-Hoc independiente de la lista de miembros ad-hoc designada por la Asamblea General de Accionistas de la BNA, sorteo mediante el cual quedó designado el Doctor Álvaro Arango Gutiérrez como miembro Ad-Hoc independiente de la Cámara Disciplinaria para conformar la Sala de Decisión No. 7. De esta forma, esta Sala quedó integrada por los doctores Juan Carlos Cardozo Cruz, Álvaro Arango Gutiérrez y Clara Inés Sarmiento de Helo, quienes conocerán del respectivo proceso disciplinario hasta su culminación.

En sesión No. 072 del 25 de junio de 2009, la Sala de Decisión No. 7 encontró que se cumplieron los requisitos establecidos en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA para la formulación del pliego de cargos y por tanto, mediante Resolución 070 de 2009 admitió el pliego de cargos presentado por el Jefe del Área de Seguimiento y ordenó el correspondiente traslado.

El representante legal de la sociedad comisionista investigada no presentó los correspondientes descargos en término, así como tampoco se pronunció en forma alguna sobre la investigación adelantada en su contra.

En sesiones 078 y 079 del 30 y 31 de julio de 2009, la Sala de Decisión No. 7 decretó de oficio pruebas documentales y testimoniales mediante Resolución 075 de 2009, las cuales, reposan en el expediente. En sesión 86 del 28 de agosto de 2009, la Sala de Decisión No. 7 practica las pruebas decretadas y en sesión 087 y 090 del 1 y 18 de septiembre de 2009 respectivamente, estudia las pruebas practicadas y los demás documentos que obran en el expediente. En sesiones 93, 97, 110 y 111 del 25 de septiembre, 8 de octubre, 12 de noviembre y 19 de noviembre de 2009 respectivamente, la Sala realiza el estudio del caso para fallo y finalmente en sesión 116 del 27 de noviembre de 2009 se aprueba el presente fallo.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

2.1. De la Competencia de la Cámara Disciplinaria

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1.2.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa 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 Séptima de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa Nacional Agropecuaria procede a pronunciarse sobre el caso objeto de la presente investigación.

Siendo competente la Sala, procede a estudiar de fondo el caso objeto de investigación. Sin embargo, para efectos metodológicos, se estudiarán de manera separada las distintas conductas endilgadas, atendiendo a la presentación de las mismas en el pliego de cargos y las respuestas dadas por la sociedad investigada en los descargos, así: i) Incumplimiento en la entrega del producto en las operaciones forward Nos. 6117018 y 6626044; ii) Incumplimiento en la entregas en operaciones de físico Nos. 7576306, 7765298, 7874126, 7659045 y 7450157; iii) incumplimiento en el pago de operaciones forward MCP al cierre de la compensación; iv) incumplimiento en la recompra de la operación financiera No.6362135 y en el pago de la operación disponible No. 7308434 v) incumplimientos en obligaciones referidas a contratos a término, vi) incumplimiento en la constitución de garantías adicionales de llamado al margen en las operaciones Nos. 7874021, 7450157, 7576306 y vii) informe de la visita específica de control interno

2.2. De las pruebas que obran en el expediente

La Sala de Decisión para efectos de la valoración de las conductas sobre las cuales se admitieron cargos mediante Resolución de Admisión 070 de 2009, estudió las pruebas obrantes en el expediente original remitido por el Área de Seguimiento en dos cuadernos de 505 y 135 folios.

Así mismo, fueron valoradas las pruebas aportadas por el investigado al Área de Seguimiento el 16 de junio de 2009, después de radicado el pliego de cargos en la

Secretaría de la Cámara Disciplinaria y trasladadas a este órgano mediante comunicación AS-143-09 del 19 de junio de 2009¹.

Adicionalmente la Sala de Decisión No. 7 decretó mediante Resolución 075 de 2009 pruebas de oficio las cuales se relacionan a continuación:

- a) Comunicación PC-0408 del 28 de agosto de 2009, mediante la cual la CRCBNA remite lo siguiente: i) informes de visitas de seguimiento realizadas a los mandantes de las operaciones CAT 6274776, 6269668, 6254562 y de la operación CPT No. 6087761; ii) relación de garantías (garantía FAG, pagarés en blanco y carta de instrucciones de la SCB y su mandante, certificado de garantía FAG, certificados de existencia y representación de cada mandante); iii) mandatos; iv) contrato de depósito; v) comunicación GC-1046 del 7 de octubre de 2008, mediante la cual la CRCBNA solicita la constitución inmediata de garantías adicionales para las operaciones Nos. 7874021, 7450157 y 7576306; vi) comunicación GC-119 del 21 de octubre de 2008, mediante la cual la CRCBNA solicita la constitución inmediata de garantías adicionales para las operaciones Nos. 7874021 y 7450157.²
- b) Comunicación 1430 del 28 de agosto de 2009, mediante la cual AGROPAR S.A. envía los formatos de pago de producto por comprador correspondientes a las operaciones MCP que se estudian por incumplimiento en el pago al cierre de la compensación.³
- c) Comunicación de Fiducoldex del 28 de agosto de 2009, mediante la cual envía extractos de las actas que hacen mención a la situación de fuerza mayor presentada en las operaciones forward Nos. 6117018 y 6626044. Así mismo, comunicaciones de los mandantes a las sociedades comisionistas informando sobre el acuerdo de transacción celebrado.⁴
- d) Comunicación de la AGLEM del 1 de septiembre de 2009, mediante la cual certifica las fechas de pago de las operaciones en estudio por incumplimiento en el pago y remite órdenes de pago y extractos bancarios de algunas de las operaciones investigadas por incumplimiento este incumplimiento.⁵
- e) Comunicación OC-477 de la CRCBNA con fecha del 4 de octubre de 2009, mediante la cual remite la siguiente documentación (operación repo sobre CDM no. 6362135 y pago de la operación No. 7308434):⁶
 - a. Certificado de Garantía FAG de la operación No. 6362135.
 - b. Actas del comité de riesgos en donde se discute la situación del subyacente tabaco.
 - c. Comunicación CC-3831 del 15 de mayo de 2008, en donde el Director de Gestión y Desarrollo de la CRCBNA solicita a la sociedad comisionista Reyca S.A. la modificación de la operación No. 7308434.

¹ Cuaderno No. 4 Folios 055-197.

² Cuaderno No. 5 Folios 001-299.

³ Cuaderno No. 6 Folios 001-044.

⁴ Cuaderno No. 6 Folios 045-057.

⁵ Cuaderno No. 6 Folios 058-079.

⁶ Cuaderno No. 6 Folios 089-123.

- d. Reportes del SIB de la operación 7308434 antes y después de la modificación.
- e. Comunicación CC-3817 del 12 de mayo de 2008, mediante la cual el Director de Gestión y Desarrollo de la CRCBNA solicita el incumplimiento en el pago de la operación No. 7308434.
- f. Comunicación PSD-158 del 12 de mayo de 2008 que declara el incumplimiento en el pago de la operación No. 7308434.
- g. Correos electrónicos cruzados entre el departamento de tecnología de la BNA y el departamento de operaciones de la CRCBNA, relacionados con el inconveniente en la compensación de la operación No. 7308434.
- h. Extractos bancarios de los días 7 y 15 de mayo de 2008, en donde se evidencian los pagos de \$42.867.802 y \$573.795.000 respectivamente, con los cuales se cumplió finalmente la operación Repo No. 6362135.
- i. Copia del comprobante de negociación de la operación No. 7308434.

Así mismo, el día 28 de agosto de 2009, en sesión No. 086, la Sala de Decisión practicó las audiencias del doctor Jaime Gaitán Restrepo en su calidad de representante legal de la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.**, de la doctora María Andrea López en sus calidad de Jefe de Garantías de la CRCBNA y de la doctora Paola Soto Rojas en su calidad de Jefe de Operaciones de la CRCBNA según lo decretado en la Resolución de pruebas y cuya grabación obra en el expediente.⁷

III. INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DEL PRODUCTO

3.1. Operaciones Forward simple MCP Nos. 6117018 y 6626044:

3.1.1. Hechos:

3.1.1.1. La sociedad comisionista **AGROPAR S.A.**, en condición de comisionista vendedor, celebró los días 31 de julio de 2007 y 15 de enero de 2008 las operaciones Forward Nos. 6117018 y 6626044 con la sociedad comisionista Mercado y Bolsa S.A. en calidad de comisionista comprador, por un valor de negociación de \$1.305.546 y \$1.056.296, respectivamente. Las operaciones fueron pactadas con entregas parciales, las cuales debían realizarse dentro de los primeros 15 días de cada mes, durante 12 meses.

3.1.1.2. Mediante comunicación MB-243 del 1 de julio de 2009, el representante legal de Mercado y Bolsa S.A. solicitó a la Vicepresidencia de Gestión de la BNA, la declaratoria de incumplimiento para la entrega del mes de junio.

3.1.1.3. El Representante Legal de la Bolsa Nacional Agropecuaria mediante comunicación PSD-239 del 18 de julio de 2008, declaró el incumplimiento en la entrega parcial de las operaciones No. 6117018 y 6626044 correspondiente a las entregas del mes de junio de 2008.

3.1.1.4. El Departamento Técnico de la BNA, realiza visita a las plantaciones de palma africana de la empresa Astorga S.A. ubicada en el municipio de Tumaco, los días 22 y 23 de julio de 2008 e informa mediante comunicación DT-540 del 29 de julio de 2008, al Departamento de

⁷ Las transcripciones de dichas audiencias obran en el Cuaderno No. 4 del expediente a folios 231-243.

Operaciones de la BNA, las conclusiones sobre la visita practicada indicando que los cultivos se encuentran afectados por la enfermedad Síndrome de Pudrición de Cogollo, lo que disminuyó la producción.

3.1.2. 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-041 del 23 de febrero de 2009 por los hechos expuestos en la misma. Estas explicaciones fueron presentadas por la sociedad comisionista investigada, en término, mediante escrito de marzo 24 de 2009.

En la solicitud formal de explicaciones institucionales, el Área de Seguimiento realiza un resumen sobre los hechos que dan lugar a la misma en relación con operaciones de físicos numeral 1.1., operaciones en las cuales la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.**, actuó en calidad de comisionista vendedor.

Frente a los presuntos incumplimientos en la entrega de aceite crudo de palma, 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, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA; numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del mismo Reglamento y artículo 3.11.1. Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 emanado de la CRCBNA.

3.1.3. Explicaciones formales

Se pronuncia el representante legal de la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.**, en relación con las operaciones de físicos citadas en el numeral 1.1. de la Solicitud de Explicaciones Formales, indicando que es cierto el hecho de que la sociedad celebró las operaciones. Por otra parte manifiesta, que la firma comisionista no incumplió las negociaciones celebradas a través de la BNA y señala:

"(...) No es posible que se inicie averiguación alguna en relación con las operaciones citadas en dicho numeral, toda vez que fue decretada la fuerza mayor por parte de la misma BNA, eximente universal de obligaciones (...)"

Finalmente, indica que las decisiones de la BNA tienen carácter vinculante para todas las áreas y que no existió el incumplimiento endilgado por el Área de Seguimiento.

Por otra parte, en audiencia realizada en la etapa de investigación por parte del Área de Seguimiento menciona frente a la posibilidad de salir a adquirir el producto en otras zonas del país, que esto no era posible y adicionalmente que *"en el momento en que decretan fuerza mayor no es obligación salir a conseguir el producto precisamente porque ya hay fuerza mayor las cuales casi nunca se decretan aquí en la Bolsa. Así mismo el comprador nunca solicitó la entrega del producto precisamente para la no afectación de las garantías (...)".*

3.1.4. De la evaluación de las explicaciones por parte del Área de Seguimiento y pliego de cargos.

En primer lugar se refiere al Acta de Arreglo Directo No. 16 de noviembre de 2008, en la cual, se relatan antecedentes de las operaciones y manifiesta que: *"De la información*

presentada por el Departamento Técnico, aflora palmaria la presencia de un evento constitutivo de fuerza mayor frente a la producción del cultivo en cuestión, observándose que la enfermedad que atacó a la planta impidió la producción de aceite estimada en dicha plantación".

No obstante lo anterior, resalta que la obligación de cumplimiento se encuentra en cabeza de la sociedad comisionista y por tanto *"ante la situación evidenciada en los cultivos de su mandante, y teniendo en cuenta la diligencia y especial responsabilidad que debe desplegar en el cumplimiento de las operaciones celebradas, se concluye que Agropar debió efectuar las gestiones necesarias tendientes a dar cumplimiento a la operación en Bolsa, con la consecución y entrega del producto –aceite crudo de palma- a la contraparte".*

De esta forma procede a realizar un análisis sobre los elementos constitutivos de la fuerza mayor, aclarando que el mismo debe efectuarse frente a la sociedad comisionista y no al mandante, ya que en cabeza de aquélla radica la obligación de cumplimiento. De esta manera considera que en lo que se refiere al elemento de imprevisibilidad, éste debe examinarse frente a las previsiones normales que un profesional de este mercado debe tener y *"esta previsión debe comprender por tanto la evaluación sobre las posibles alternativas de acción cuando el subyacente negociado a nombre propio sufra una merma considerable o bien, su desaparición por las circunstancias mismas que rodean la producción, tales como fenómenos naturales, climatológicos sanitarios, los cuales en sí, como se enunció anteriormente, son ajenos a la voluntad del comisionista, pero sin embargo no están exentos de acaecer".*

Por lo anterior, considera que no se configura el elemento imprevisibilidad constitutivo de fuerza mayor y en cuanto a la irresistibilidad menciona:

"En cuanto se refiere a la irresistibilidad, esto es, si debiendo prever el hecho la sociedad comisionista adoptó medidas adecuadas y a pesar de esto fue imposible evitar que se presentara, no obra en el expediente prueba alguna de tales medidas tendientes a procurar el cumplimiento de la operación con anterioridad a que el plazo para dar cumplimiento a la misma se venciera, al contrario, como se señaló en el aparte de la declaración transcrito, el representante legal afirma que se amparó bajo la fuerza mayor certificada frente al cultivo, sin desplegar actividad adicional para procurar en tiempo la entrega del producto vendido. El comportamiento de la firma comisionista de bolsa permite evidenciar que no hubo análisis de riesgos, verificación (sic) de cultivos en otras regiones que permitieran prever la existencia del aceite crudo de palma, en las cantidades y de las mismas características y/o condiciones debidas por el comisionista vendedor, gestiones todas ellas indispensables y necesarias que deben ser desplegadas por los profesionales del mercado tendientes a evitar el incumplimiento en la entrega, en este caso, del aceite crudo de palma negociado en la bolsa. Dicha situación evidencia que la firma comisionista de bolsa no desplegó su actividad para buscar en el mercado el producto negociado, escudado en la falta de solicitud del mandante comprador, aspecto que no puede ser de recibo para este despacho por las consideraciones ya anotadas". (Negrillas pertenecen al texto original)

A lo anterior agrega que el producto objeto de negociación es un bien de género y por tanto su pérdida no extingue la obligación. Así las cosas, considera que la conducta de la firma comisionista es violatoria de las normas legales y reglamentarias que como miembro de la BNA le atañen.

3.1.5. Consideraciones de la Sala

3.1.5.1. De la situación presentada

Los contratos forward objeto de investigación se encuentran celebrados en el marco de un proceso de titularización de aceite crudo de palma iniciado en el año 2001 como un proyecto para permitir la financiación de los palmicultores. La estructura de la titularización se encuentra señalada en el prospecto de colocación del P.A. Titupalma⁸, mandante vendedor en las operaciones bajo estudio y se explica a continuación:

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

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

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

De acuerdo a lo anterior, tenemos que en el caso bajo estudio se encuentra probado que la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.** celebró en calidad de comisionista vendedor, las operaciones Forward simple Nos 6117018 y 6626044 sobre el subyacente aceite crudo de palma los días 31 de julio de 2007 y 15 de enero de 2008 respectivamente⁹.

De la misma forma tenemos que acorde al mandato celebrado entre la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.** y su mandante P.A. TITUPALMA¹⁰, "el aceite crudo de palma que se venda en desarrollo del presente mandato se entregará dentro de los primeros quince (15) días de cada mes durante doce (12) meses, contados a partir del mes calendario siguiente a la fecha en que se registre el CONTRATO FORWARD en la BNA". De esta forma, en el caso de la operación No. 6117018, la sociedad comisionista investigada debía entregar todos los meses dentro de los primeros 15 días el producto, desde el 1 de agosto de 2007 hasta el 31 de julio de 2008, y en el caso de la operación No. 6626044 las entregas se debían realizarse mensualmente desde el 1 de enero de 2008 hasta el 2 de enero de 2009. Por su parte, acorde con el comprobante de negociación de las operaciones, los pagos debían realizarse durante los 10 días siguientes a la entrega.

Ahora bien, el día 2 de julio de 2008 el mandante vendedor de las operaciones solicitó a la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.**¹¹ "una visita por parte del Departamento

⁸ Publicado en la Superintendencia Financiera de Colombia. (www.superfinanciera.gov.co).

⁹ Impresión del detalle de las operaciones en el Sistema de Información Bursátil de la BNA Reporte SIB y en el Sistema de Compensación y Liquidación. (Cuaderno No. 1 Folios 152,153, 161,162) y Comprobantes de negociación de las operaciones (Cuaderno No. 1 Folios 154,155).

¹⁰ Cuaderno No. 4 Folios 164-172.

¹¹ Cuaderno No. 2 Folio 343.

Técnico de la BNA a las plantaciones titularizadas ubicadas en (...) con el fin de verificar la producción de dichas plantaciones y certificar la situación que argumenta el palmero¹². En efecto, acorde con dicha comunicación, Astorga S.A., había manifestado que por fuerza mayor no emitían certificación de producción del mes de junio. Así mismo, obra en el expediente comunicación de la sociedad Astorga S.A. del día 4 de julio de 2008¹³, en la cual solicita lo siguiente:

"(...) nuestra situación sanitaria como consecuencia de la Pudrición de cogollo "PC" nos ha colocado en causal de fuerza mayor, circunstancia que ya fue reconocida por ustedes. Solicitamos que por su conducto se informe a la BOLSA NACIONAL AGROPECUARIA "BNA", ente que interviene en la negociación del aceite crudo de palma, para que intervenga en este proceso, para efectos de verificar nuestra situación de fuerza mayor, constatar el avance de la enfermedad, las proyecciones de producción, y las proyecciones financieras de la empresa para finales de año"

De esta forma, la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.** mediante comunicación 4918 del 4 de julio de 2008¹⁴, solicitó al departamento técnico de la BNA que intervenga y constate la situación alegada de fuerza mayor. Así mismo solicita que se realice una visita de asistencia técnica y posterior concepto de este órgano.

Ahora bien, el día 8 de julio de 2008, la sociedad comisionista Mercado y Bolsa mediante comunicación MB-236¹⁵, solicita también al departamento técnico de la BNA¹⁶, su intervención *"con el fin de corroborar el estado de la plantación del mandante vendedor con el fin de verificar las condiciones y analizar si aplica la Fuerza Mayor"*.

No obstante lo anterior, la sociedad comisionista Mercado y Bolsa S.A., mediante comunicación MB-243 del 11 de julio¹⁷, solicitó a la BNA la declaratoria de incumplimiento parcial de las operaciones bajo estudio, toda vez que se había incumplido en la entrega de 75.000 kg de producto para la operación No. 6117018 y 50.330 kg para la operación No. 6626044 en las entregas correspondientes al mes junio. De esta forma, la administración de la BNA, mediante PSD-239 del 18 de julio de 2008 declaró el incumplimiento en la entrega parcial de las operaciones por las cantidades mencionadas¹⁸.

El departamento técnico de la BNA, mediante comunicación DT-503 del 14 de julio de 2008¹⁹, solicita el acompañamiento del ICA para la realización de las visitas programadas para las operaciones. De esta manera, las visitas se llevaron a cabo los días 22 y 23 de julio de 2008, y el departamento técnico informa al departamento de operaciones de la BNA, mediante DT-540 del día 29 de julio de 2008²⁰, las conclusiones de dichas visitas, en los siguientes términos:

- "1. A Julio de 2008 la enfermedad de pudrición de cogollo ha afectado letalmente el 77% de la población de individuos de palma africana.*
- 2. De una densidad de 128 palmas/ha, hoy la densidad de plantas vivas se encuentra en aproximadamente 15 plantas vivas/ha.*

¹² Cuaderno No. 2 Folio 343.

¹³ Cuaderno No. 2 Folio 344.

¹⁴ Cuaderno No. 2 Folio 345.

¹⁵ Cuaderno No. 2 Folio 346.

¹⁶ Cuaderno No. 2 Folio 346.

¹⁷ Cuaderno No. 1 Folio 151.

¹⁸ Cuaderno No. 1 Folio 156.

¹⁹ Cuaderno No. 2 Folio 341.

²⁰ Cuaderno No. 2 Folio 342.

3. Se puede inferir que en función del avance agresivo y exponencial de la enfermedad en noviembre de 2008, la incidencia puede alcanzar el 96% de la población de palmas.
4. La producción promedio estimada en Tumaco en 26 toneladas de racimo fresco/ha se ha reducido pasando de 3,3 ton de racimo fresco/ha, igualmente la extracción de aceite se ha reducido pasando de 5,5 ton de aceite/ha a aproximadamente 0,5 ton de aceite/ha, esto por los daños causados por la enfermedad sobre las palmas aun productivas y por la reducción poblacional".

De esta forma, este órgano de la BNA manifiesta que "se evidencia que la enfermedad del síndrome de pudrición de cogollo ha disminuido la producción de manera notable en la plantación de palma visitada".

Ahora bien, obra en el expediente que la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.** continuó realizando gestiones para intentar dar una solución a los inconvenientes presentados. En efecto, se encuentra comunicación del 17 de octubre de 2008²¹, mediante la cual, la investigada solicita a la Directora de la Cámara Arbitral que se convoque una reunión para dirimir los conflictos derivados de la negociación. Así mismo, obra en el expediente comunicación del 25 de noviembre de 2008²², mediante la cual la investigada solicita se le informe y se le incluya en todas las diligencias que se adelanten para llegar a algún acuerdo entre las puntas ya que se realizó reunión entre los mandantes y la sociedad comisionista contraparte, sin la participación de **AGROPAR S.A.**

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta la situación presentada, las partes acuden al organismo arbitral los días 14 y 24 de noviembre de 2008²³, actuación que consta en Acta de Arreglo Directo No. 016 de 2008²⁴, sin embargo no se logra llegar a ningún acuerdo. Por lo anterior, el día 28 de noviembre de 2008²⁵, **AGROPAR S.A.** solicita la instalación de un Tribunal de Arbitramento para dirimir el conflicto derivado del "incumplimiento en el pago de las (sic) operación forward 6626044 (...)"

Así las cosas, una vez analizada la situación presentada en las negociaciones bajo estudio entrará la Sala a analizar de fondo las circunstancias en las cuales se presentó esta situación, ya que se encuentra suficientemente probado que en efecto no se entregó la totalidad del producto pactado en las operaciones Nos. 6117018 y 6626044.

3.1.5.2. De los efectos de la Transacción realizada por las partes.

Mediante comunicación del 28 de agosto de 2009 el Consorcio Fiducoldex-Fiduciaria Corficolombiana informó a la Sala de Decisión sobre el finiquito de la negociación en los siguientes términos: "(...) los mandantes vendedor (P.A. Titupalma) y comprador (Astorga S.A.) suscribieron un contrato de transacción el 28 de julio de 2009 en que dispusieron la cancelación de cualquier instrumento que se encontrare vigente y se obligaron a impartir instrucción a las sociedades comisionistas mandatarias con el objeto de dar por terminados los contratos de mandato sin representación suscritos el 30 de mayo y 12 de diciembre de 2006, así como las operaciones forward vigentes que acceden a los contratos mencionados declarándose a paz y salvo entre sí".²⁶

²¹ Cuaderno No. 4 Folio 125.

²² Cuaderno No. 4 Folios 136-137.

²³ Es importante anotar que obra en el expediente comunicación 4988 del 24 de julio de 2008, mediante la cual **AGROPAR S.A.**, informa a la Fiduciaria Corficolombiana sobre la posibilidad de acudir al organismo arbitral y solicita le informe si acudirá.

²⁴ Cuaderno No. 1 Folio 159.

²⁵ Cuaderno No. 1 Folio 138.

²⁶ Cuaderno No. 6 Folio 057.

En efecto, obran en el expediente comunicaciones del 28 de agosto mediante las cuales los mandantes de las operaciones bajo estudio informan sobre el contrato de transacción logrado. Así, en correo electrónico enviado por Astorga S.A. a la sociedad comisionista Mercado y Bolsa, el mandante informa que se da por terminada cualquier relación contractual existente entre las partes en virtud de la transacción y por tanto solicita que *"dada su calidad de comisionista comprador del aceite bajo el CONTRTO (sic) FORWARD por cuenta de Astorga S.A., cesen todo proceso disciplinario y den por terminado el mandato tal como lo dice la minuta del contrato de transacción mencionado"*²⁷. De la misma forma, el Consorcio Fiducoldex-Fiduciaria Corficolombiana informó a **AGROPAR S.A.** sobre la suscripción del acuerdo en los mismos términos del correo electrónico citado²⁸.

En este punto es importante aclarar, que si bien la transacción suscrita por las partes dimensiona el estado actual de la situación de los mandantes que a través de las sociedades comisionistas utilizaron este mercado para satisfacer sus necesidades, dicha transacción no resta efectos a la acción disciplinaria que a través de este proceso se adelanta.

En efecto, la transacción lograda por las partes no puede ser tenida como una causal eximente de responsabilidad toda vez que el proceso disciplinario tiene como finalidad determinar la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista investigada por la conducta asumida en el marco de la negociación en Bolsa, la cual no se subsana con la realización de una transacción posterior. Es así como el acuerdo logrado entre las partes, si bien puede menguar las consecuencias económico-patrimoniales del incumplimiento, no logra enervar la responsabilidad disciplinaria por la conducta desplegada.

Entendiendo que la responsabilidad disciplinaria se mantiene indemne, es necesario entrar a analizar el resto de argumentos presentados tanto por el Jefe del área de seguimiento como por el investigado, para determinar si existe en el caso concreto eximente de responsabilidad por la conducta asumida.

3.1.5.3. De la fuerza mayor

La situación de fuerza mayor presentada en las plantaciones de palma del mandante vendedor fue decretada por el departamento técnico de la BNA tal y como se deduce de la comunicación que este organismo envió al departamento de operaciones de la BNA el día 29 de julio de 2008²⁹ y que fue citada previamente. Esta situación es así mismo aceptada por el Jefe del Área de Seguimiento en el pliego de cargos en los siguientes términos: *"De la información presentada por el Departamento Técnico, aflora palmaria la presencia de un evento constitutivo de fuerza mayor frente a la producción del cultivo en cuestión, observándose que la enfermedad que atacó a la planta impidió la producción de aceite estimada en dicha plantación."*

Adicionalmente encuentra la Sala que esta información fue publicada como información relevante en la página web de la Superintendencia Financiera de Colombia³⁰ en donde se encuentra el concepto del Ingeniero Agrónomo Oscar Dario

²⁷ Cuaderno No. 6 Folio 046.

²⁸ Cuaderno No. 6 Folio 045.

²⁹ Cuaderno No. 2 Folio 342.

³⁰ www.superfinanciera.gov.co.

Jimenez Ochoa denominado "Incidencia de la Enfermedad Pudrición de Cogollo en la región de Tumaco, en especial en la plantación Astorga S.A." En dicho informe se lee en las conclusiones sobre Astorga S.A.: "Por la alta incidencia de la P.C. (48%) y la rápida evolución de la afección que en dos años pasó de 2.5% a 48.0% es de suponer que como va la tendencia, para finales de 2008 la plantación haya pasado el umbral de 60%, con gran perjuicio económico para Astorga, por la baja producción.". Así mismo menciona sobre el área titularizada que: "Con una presencia actual de la P.C. de 43%, correrá la misma suerte que el resto de la plantación".

Por otra parte obran en el expediente los extractos de actas del comité fiduciario del P.A. Titupalma que hacen mención a la situación presentada. Así, en acta del 30 de mayo de 2008³¹ se lee:

"Wilfredo Salazar informa a los miembros del Comité Fiduciario sobre el Estado Fitosanitario de la plantación de Astorga S.A. y sobre la petición de redención anticipada elevada a consulta del Comité, mediante comunicación AST-146 del 13 de mayo de 2008, en el cual manifiesta que ha presentado incumplimiento en sus obligaciones debido a razones de fuerza mayor, por las cuales solicita ser excusado en el pago de la prima por redención anticipada de títulos".

Por su parte en Acta No. 37 del 26 de junio de 2008 se manifiesta³²:

"El Consorcio informó al Comité que Astorga S.A. adujo que su situación fitosanitaria constituía una causal constitutiva de fuerza mayor, por la cual, solicitaba ser exonerada de cumplir, y reiteró su solicitud de redención anticipada sin más pago que el valor de capital (sin prima y VPN de los gastos fijos)".

Así las cosas, no sólo acorde el departamento técnico de la BNA, se presenta una situación sanitaria en donde la enfermedad del síndrome de pudrición de cogollo disminuyó la producción de manera notable en la plantación de palma objeto de negociación, lo cual, a todas luces representa una situación no imputable a la acción y/o omisión de la sociedad comisionista y su mandante, imprevisible e irresistible, sino que dicho fenómeno fue reconocido por las partes en la negociación.

Configurándose el hecho constitutivo de fuerza mayor y estando probado el mismo, entrará la Sala a analizar si en el caso bajo estudio, el mismo exime de responsabilidad a la sociedad comisionista.

Para efectos de análisis concuerda la Sala de Decisión con el Jefe del Área de Seguimiento en cuanto "el estudio sobre los elementos integrantes de la fuerza mayor, por las consideraciones ya expuestas, no debe efectuarse en relación con el mandante vendedor, sino frente a la firma comisionista, puesto que es la persona obligada en bolsa a cumplir con la operación, en el presente caso Agropar S.A. como comisionista vendedor, quien en su condición de tal es quien celebra el contrato de compraventa en bolsa, obligándose a nombre propio y por cuenta de su comitente, sobre quien al no encontrarse representado por éste, no recaen directamente los efectos jurídicos del negocio, afectando en primer lugar la órbita patrimonial del comisionista, quien es el obligado frente al mercado y en tal virtud debe dar cumplimiento a la operación." Por lo anterior, se entrarán a analizar los elementos constitutivos de fuerza mayor de cara a la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista investigada.

³¹ Cuaderno No. 6 Folio 050-053.

³² Cuaderno No. 6 Folio 047-049.

Al respecto, ha encontrado la Sala de Decisión que la posición de la Corte Suprema de Justicia, sobre los elementos que deben examinarse en situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, pueden recapitularse en la sentencia 6461 de julio 4 de 2002, la cual afirma:

"Siendo ese el quid de la acusación, conviene recordar que para que un hecho pueda considerarse constitutivo del fenómeno en mención debe estar revestido de dos características esenciales como son la imprevisibilidad y la irresistibilidad. Tiene lugar la primera cuando se trate de un acontecimiento "súbito, sorpresivo, excepcional o de rara ocurrencia", mientras que la segunda se tipifica cuando tal acontecer sea "inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias"³³.

Ahora bien, el Jefe del Área de Seguimiento se refiere a la inimputabilidad como un elemento constitutivo de la fuerza mayor y considera que *"debe concluirse que la afectación del cultivo de su mandante encaja en los supuestos del primer elemento, por cuanto la conducta del investigado en modo alguno tiene la virtualidad de modificar la afectación de cultivo por la enfermedad de pudrición de cogollo, reseñada por el Departamento de Convenios Control Calidad."* En efecto, este elemento implica que si un evento resulta imprevisible e irresistible para efectos de eximir de responsabilidad, no debe ser imputable al deudor o a la persona cuya responsabilidad se examina de cara al fenómeno de fuerza mayor, es decir, que no haya culpa de esa persona, lo cual en el caso concreto ocurre toda vez que el comisionista no tiene relación alguna con el hecho de que las plantaciones se hayan afectado con la enfermedad pudrición de cogollo, no es el resultado de su acción y/o omisión el generador de la citada enfermedad³⁴.

En lo que respecta a la imprevisibilidad considera el Jefe del Área de Seguimiento que *"(...) es procedente analizar cuáles deben ser las previsiones normales, para un profesional de este mercado, quien en su calidad de tal debe evaluar las circunstancias que en razón de los productos que se negocian, pueden influir en el cumplimiento de una operación, particularmente cuando éste se refiere a la entrega física de un producto de origen o destinación agropecuaria; esta previsión debe comprender por tanto la evaluación sobre las posibles alternativas de acción cuando el subyacente negociado a nombre propio sufra una merma considerable o bien, su desaparición por las circunstancias mismas que rodean la producción, tales como fenómenos naturales, climatológicos sanitarios, los cuales en sí, como se enunció anteriormente, son ajenos a la voluntad del comisionista, pero sin embargo no están exentos de acaecer"*.

Al respecto, si bien considera la Sala que le asiste razón al Área de Seguimiento en cuanto es una obligación de manera general de las sociedades comisionistas miembros de la BNA la de analizar las circunstancias que puedan influir en el cumplimiento de la operación y evaluar alternativas de cumplimiento, es de anotar que la fuerza mayor debe analizarse en el caso concreto y frente al fenómeno presentado de forma particular pues tal y como lo ha señalado la jurisprudencia en variadas

³³ Sent. de Cas. Civ. de 26 de enero de 1982.

³⁴ La Corte se ha referido a inimputabilidad en los siguientes términos: *"(...) porque "cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho sino indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inexecutada, los siguientes caracteres: a) No ser imputable al deudor, b) No haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al cumplimiento contractual; c) Ser irresistible, en el sentido que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor -dominado por el acontecimiento- en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación; d) Haber sido imprevisible, es decir que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimiento, una posibilidad vaga de realización"*. (Cas. Civ. de 5 de julio de 1935").

ocasiones "Dichas características deben examinarse discrecionalmente de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto, pues como lo tiene dicho la jurisprudencia, resulta imposible hacer una relación taxativa de los sucesos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito liberatorios de responsabilidad por el incumplimiento o el cumplimiento tardío o defectuoso de una determinada obligación contractual (...)"³⁵. Lo anterior tiene además su razón de ser en que el fenómeno de la imprevisibilidad en abstracto, conlleva a que todo sea previsible y por tanto desnaturaliza como tal la figura de fuerza mayor³⁶. En efecto si se establece que un comisionista siempre debe prever un posible incumplimiento sin importar la razón por la cual ocurre el mismo, significaría que la figura de fuerza mayor en ningún caso sería aplicable en el marco de la responsabilidad disciplinaria de las sociedades comisionistas miembros de la BNA, lo cual implicaría una situación más compleja que la misma responsabilidad objetiva, en la cual de todas formas se aplica la exoneración por causa extraña³⁷.

De esta manera tenemos que la imprevisibilidad ha sido estudiada ampliamente por la jurisprudencia llegando a la siguiente conclusión: "sin perjuicio de algunas matizaciones o combinaciones efectuadas por la Corte en el pasado (Sentencia del 26 de enero de 1.982, entre otras), tres criterios sustantivos han sido esbozados por ella, en orden a establecer cuando un hecho, in concreto, puede considerarse imprevisible, en la medida en que es indispensable, como lo ha recordado la Corte una y otra vez, examinar cada situación de manera específica y, por contera, individual, a fin de obviar todo tipo de generalización: 1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo"³⁸.

Siguiendo esta línea tenemos que la situación presentada de pudrición de cogollo no era ajena al mercado ni era primera vez que se presentaba. En efecto, en informe

³⁵ Sent. de Cas. Civ. de 4 de julio de 2002. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

³⁶ En efecto, en sentencia de 23 de junio de 2000, la Corte mencionó: "[l]a imprevisibilidad, rectamente entendida, no puede ser desentrañada -en lo que atañe a su concepto, perfiles y alcance- con arreglo a su significado meramente semántico, según el cual, imprevisible es aquello 'Que no se puede prever', y prever, a su turno, es 'Ver con anticipación' (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), por manera que aplicando este criterio sería menester afirmar que es imprevisible, ciertamente, el acontecimiento que no sea viable contemplar de antemano, o sea previamente a su gestación material (contemplación ex ante)... Si se aplicase literalmente la dicción en referencia, se podría llegar a extremos irritantes, a fuer que injurídicos, habida cuenta de que una interpretación tan restrictiva haría nugatoria la posibilidad real de que un deudor, según el caso, se liberara de responsabilidad en virtud del surgimiento de una causa a él extraña, particularmente de un caso fortuito o fuerza mayor(...)"

³⁷ En efecto, resulta claro que en el contrato forward celebrado en el marco de la BNA es aplicable la fuerza mayor como figura jurídica eximente de responsabilidad no sólo porque un órgano de la Bolsa es quien la declara sino que adicionalmente los contratos de mandato celebrados por las partes determinan en la cláusula novena lo siguiente:

"JUSTIFICACIÓN POR FUERZA MAYOR: Cuando durante la vigencia del CONTRATO FORWARD celebrado en desarrollo del presente mandato, se presenten fenómenos naturales, climatológicos o sanitarios que impidan la entrega del producto, éstos serán admitidos por la BNA y LA CÁMARA DE COMPENSACIÓN³⁷ como justificación del incumplimiento en la entrega del producto objeto del mencionado contrato, siempre que la ocurrencia de los mismos pueda ser verificada y su impacto pueda ser cuantificado por la BNA y LA CÁMARA DE COMPENSACIÓN en forma directa o a través de terceros escogidos por ellas.

"EL MANDANTE VENDEDOR deberá notificar a la CAMARA DE COMPENSACION o a la BNA sobre el hecho que constituya fuerza mayor durante las setenta y dos (72) horas siguientes a su ocurrencia. "Si se demuestra que la pérdida es total por los fenómenos descritos en esta cláusula, el MANDANTE VENDEDOR quedará eximido de responsabilidad por la no entrega del producto objeto del CONTRATO FORWARD celebrado. Si las pérdidas son parciales el MANDANTE VENDEDOR estará obligado a cumplir la negociación en la cantidad de producto no afectada por los fenómenos antes descritos y el MANDANTE COMPRADOR a pagar el precio el precio en los términos pactados, respecto de la cantidad entregada" (Cuaderno No. 4 Folios 147-180).

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 23 de junio de 2000. M.P.

publicado en la página web de la Superintendencia Financiera de Colombia ya citado previamente se menciona:

"Según registros estadísticos suministrados por Astorga, la plantación contaba en el año de 1987 con 350.806 palmas plantadas (2.453 hectáreas) con materiales genéticos mejorados de diferente origen. En 1988 se registraron los 3 primeros casos de P.C. y de allí en adelante el porcentaje de palmas enfermas se incrementó mes por mes en forma lineal hasta el año 2005, con un porcentaje de incidencia acumulada para el total de la plantación de 2,5%. Entre enero de 2006 y marzo de 2008, el porcentaje de incidencia acumulada pasó bruscamente de 2,6% a 40.0%. (...)"

Lo anterior implica que esta enfermedad se constituye en un riesgo normal de la planta de palma que al presentarse, trae consigo la posibilidad de merma del fruto, sin embargo, lo que es imprevisible, es que la enfermedad ataque la plantación de forma exponencial. Esto lleva consigo que un análisis juicioso de riesgos por parte de la firma y una previsión prudente frente a la merma del producto, podrían si acaso haber determinado que se presentarían deficiencias en las entregas al presentarse la enfermedad y que entonces haría falta producto, pero en ningún caso que no se podría entregar la totalidad del mismo. Es por esto que en el caso concreto se cumplen los requisitos de la imprevisibilidad toda vez que una merma del 77% a julio de 2008 tenía poca probabilidad de ocurrencia y tal como se mencionó la característica de imprevisibilidad en el caso en estudio, no estaba orientada a que el comisionista llegara a considerar el riesgo de incumplimiento porque de hecho lo consideró, sino a la situación específica de la enfermedad presentada.

Ahora bien, en lo que se refiere al requisito de irresistibilidad considera el Área de Seguimiento que frente a la sociedad comisionista no se presenta este elemento en cuanto el mismo consiste en que *"debiendo prever el hecho la sociedad comisionista adoptó medidas adecuadas y a pesar de esto fue imposible evitar que se presentara"*. Así, afirma que la sociedad comisionista no realizó gestiones encaminadas al cumplimiento de la operación, lo cual *"permite evidenciar que no hubo análisis de riesgos, verificación (sic) de cultivos en otras regiones que permitieran prever la existencia del aceite crudo de palma, en las cantidades y de las mismas características y/o condiciones debidas por el comisionista vendedor, gestiones todas ellas indispensables y necesarias que deben ser desplegadas por los profesionales del mercado tendientes a evitar el incumplimiento en la entrega, en este caso, del aceite crudo de palma negociado en la bolsa"*.

Al respecto aclara la Sala que es necesario estudiar este incumplimiento de manera conjunta dentro del esquema de la titularización realizada, para definir las posibilidades que tenía la sociedad comisionista de realizar las gestiones necesarias para conseguir el producto en otras zonas del país o de parte de otro mandante, es decir, si tenía la posibilidad de actuar de otra manera.

El anexo 1 del prospecto de colocación del P.A. Titupalma es el contrato de fiducia mercantil y de constitución del P.A. Titupalma, en el cual se determinan los aspectos fundamentales del proceso de titularización tales como los contratos de promesa de compraventa del usufructo de plantas de aceite de palma celebrados entre Propalma y los palmicultores y los contratos forward a través de la BNA para la compra de aceite de palma por parte de las sociedades extractoras, los cuales le permitirían asegurar el suministro del producto durante un lapso de tiempo.

Tal y como se mencionó anteriormente, el prospecto de la titularización³⁹ señala en cuanto a los contratos forward celebrados dentro de la estructura de la titularización lo siguiente: "El aceite crudo de palma que se extraiga de los frutos de las PLANTACIONES, será comercializado a través de CONTRATOS FORWARD suscritos con las sociedades que comercializan aceite crudo de palma, debidamente seleccionadas. Los CONTRATOS FORWARD se celebrarán por conducto de la Bolsa Nacional Agropecuaria, BNA, y se asentarán en la Cámara de Compensación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, con lo cual quedará cubierto el riesgo de volatilidad de precio del aceite crudo de palma"

Como se puede ver, la estructura de la titularización restringe la posibilidad para el comisionista de dar cumplimiento a la obligación de entrega del producto a través de terceras sociedades no vinculadas dentro de la estructura del proceso de titularización. En efecto, obsérvese que en el caso en estudio, el mandante vendedor es el patrimonio autónomo, quien ha desarrollado una estructura contractual entre palmicultores y sociedades extractoras, para vender el producto a través del contrato Forward en la BNA, que es aceite crudo de palma. En este sentido, no solo los palmicultores están previamente seleccionados, sino también las sociedades extractoras.

En efecto, en la cláusula sexta del contrato de fiducia mercantil se señala:

CLÁUSULA SEXTA.- MANDATO DE VENTA. Una vez se suscriban los CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE USUFRUCTO y los contratos de extracción como consecuencia de la aceptación a la oferta mercantil de extracción del aceite crudo de palma de LOS FRUTOS, la FIDUCIARIA deberá celebrar contratos de mandato para la venta del ACEITE CRUDO DE PALMA a través de CONTRATOS FORWARD.

Los CONTRATOS FORWARD se podrán celebrar únicamente con las sociedades relacionadas en el Anexo 3 del presente contrato y con aquellas otras que autorice el COMITÉ FIDUCIARIO, las cuales deberán cumplir con los criterios de selección y permanencia previstos en el Anexo 4 de este contrato.

Parágrafo.- Los contratos de mandato a que se refiere la presente cláusula deberán celebrarse con firmas comisionistas-miembros de la BNA, en los mismos términos del modelo de mandato contenido en el Anexo 5 de este contrato".

De lo anterior se deduce que la sociedad comisionista investigada no tenía posibilidades de cumplir la negociación con cualquier otra sociedad que le pudiese suministrar el producto y que dentro del marco de la titularización, no se encontraba el comisionista obligado a salir a buscar el producto ya que dentro de la estructura explicada anteriormente, eran sociedades determinadas quienes debían suministrarlo.

En cuanto a la diligencia desplegada por la sociedad comisionista frente al desarrollo de la operación y una vez presentado el incumplimiento, obra en el expediente las comunicaciones en donde la investigada solicita verificar la situación de fuerza mayor⁴⁰ y una vez verificada realiza varias gestiones tendientes a solucionar el conflicto. En efecto, envía comunicación a su mandante para que acuda al organismo arbitral⁴¹, solicita al organismo arbitral de la BNA convocar una reunión para dirimir el conflicto⁴², solicita la instalación de un arbitramento luego de la inexistencia de acuerdo en el

³⁹ Disponible en la página web <http://www.superfinanciera.gov.co>.

⁴⁰ Comunicación 4918 del 2 de julio de 2008. (Cuaderno No. 2 Folio 346).

⁴¹ Comunicación del 24 de julio de 2008. (Cuaderno No. 4 folio 118).

⁴² Comunicación 5406 del 17 de octubre de 2008 (Cuaderno No. 4 Folio 125).

arreglo directo⁴³, solicita a su mandante involucrarlo en cualquier acuerdo que se encuentre en desarrollo con la punta compradora⁴⁴ y finalmente solicita ejecución de las garantías constituidas en la CRCBNA⁴⁵ para luego enviar nuevamente comunicación a esta entidad solicitando se le informe el estado de dicha solicitud⁴⁶.

De hecho en comunicación enviada a su mandante el 25 de noviembre de 2008 menciona: *"Si bien es cierto que para AGROPAR S.A. resulta totalmente plausible el que se desarrollen gestiones tendientes a celebrar un acuerdo que finalice de la mejor manera posible, y por la mera voluntad de las partes, el hecho que motivó la convocatoria a este arreglo; también lo es que, en mi calidad de mandatario vendedor, resulta de la mayor importancia que se informe de manera previa a AGROPAR S.A. tales esfuerzos a efectos de que, en la calidad indicada, pueda precisar la naturaleza de tales arreglos, sus alcances y, a partir de esto, clarificar la responsabilidad que como comisionista le asiste ante la BNA, ante la CRCBNA y ante la Superintendencia Financiera de Colombia"*. Lo anterior demuestra un seguimiento a su mandante en el marco de la negociación y después de ocurrida la situación de fuerza mayor. Adicionalmente, demuestra una voluntad de cumplimiento por parte de la sociedad comisionista investigada, ya que una vez decretada la fuerza mayor, se eximía de la responsabilidad de entregar el producto objeto de negociación, por lo cual, realizó las gestiones tendientes a efectuar un arreglo entre las partes y así mitigar las consecuencias económico patrimoniales generadas.

De acuerdo con lo anterior, si bien las operaciones celebradas en la BNA deben cumplirse de acuerdo a lo pactado, lo cierto es que en el caso concreto, existió una fuerza mayor y la misma tiene impacto en la responsabilidad disciplinaria que le asiste al comisionista.

3.2. INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA EN LAS OPERACIONES DE FÍSICO Nos. 7576306, 7765298, 7874126, 7659045 Y 7450157

3.2.1. Hechos:

3.2.1.1. La sociedad comisionista AGROPAR S.A. en condición de comisionista vendedor celebró las operaciones de maíz blanco y amarillo nacional que se detallan a continuación, con la sociedad comisionista Torres Cortes S.A. en calidad de comisionista comprador:

No. Op.	Fecha Op.	Producto	Cantidad (kg)	Valor	Entregas	Cantidad parcial	Declaratoria de incumplimiento
7576306	1-jul-08	Maíz Blanco Nacional	2,000,000	\$ 1,300,000,000	1 al 31 Ago-08	300	PSD-304 (29-Sep-08)
					1 al 30 Sep-08	550	PSD-313 (07-Oct-08)
					1 al 31 Oct-08	450	
					1 al 30 Nov-08	700	
7765298	4-ago-08	Maíz Amarillo Nacional	2,500,000	\$ 1,500,000,000	15 al 30 Ago-08	500,000	
					1 al 30 Sep-08	1,250,000	PSD 313 (07-Oct-08)
					1 al 15 Oct-08	750,000	PSD-327

⁴³ Comunicación del 28 de noviembre de 2008 (Cuaderno No. Folio 138).

⁴⁴ Comunicación del 25 de noviembre de 2008 (Cuaderno No. 4 Folios 136-137).

⁴⁵ Comunicación 5658 del 1 de diciembre de 2008 (Cuaderno Nos. 4 Folio 129).

⁴⁶ Comunicación del 4 de febrero de 2009 (Cuaderno Nos. 4 Folio 128).

							(24-Oct-08)
7874126	26-ago-08	Maíz Amarillo Nacional	2,000,000	\$ 1,200,000,000	1 al 30 Sep-08	700,000	PSD 313 (07-Oct-08)
					1 al 31 Oct-08	1,000,000	
					1 al 15 Nov-08	300,000	
7659045	16-jul-08	Maíz Blanco Nacional	250,000	\$ 162,500,000	25-Ago al 30- Sep-08	250,000	PSD 313 (07-Oct-08)
7450157	5-jun-08	Maíz Blanco Nacional	1,000,000	\$ 650,000,000	1 al 31 Oct-08	600,000	PSD-351 (24-Nov-08)
					1 al 30 Nov-08	400,000	PSD-462 (16-Dic-08)

3.2.1.2. Las operaciones referidas fueron declaradas incumplidas en las entregas parciales que se exponen en el cuadro y de acuerdo a las declaratorias de incumplimiento citadas.

3.2.2. Solicitud de explicaciones formales

En la solicitud formal de explicaciones institucionales, el Área de Seguimiento realiza un resumen sobre los hechos que dan lugar a la misma en relación con operaciones de físicos numeral 1.1., operaciones en las cuales la sociedad comisionista AGROPAR S.A., actuó en calidad de comisionista vendedor.

Frente a los presuntos incumplimientos en la entrega de maíz, 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, 2, 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 artículo 3.11.1. Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 emanado de la CRCBNA.

3.2.3. Explicaciones formales

Se pronuncia el representante legal de la sociedad comisionista AGROPAR S.A., en relación con las operaciones de físicos citadas en el numeral 1.1. de la Solicitud de Explicaciones Formales, indicando que es cierto el hecho de que la sociedad celebró las operaciones. Por otra parte manifiesta, que la firma comisionista no incumplió las negociaciones celebradas a través de la BNA y señala:

- 1.1.1. "En realidad no hubo incumplimiento alguno, toda vez que el vendedor hizo entrega real del grano, con las mismas calidades de entregas previas, sólo que el comprador lo rechazó como resultado de análisis propios. Sólo por ese hecho, el asunto fue objeto de arreglo directo ante la Cámara Arbitral de la BNA, razón por la cual no puede hablarse de incumplimiento alguno. Ruego remitirse a las actas que dan constancia de lo dicho.
- 1.1.2. "Es el mismo caso del numeral anterior, por lo que reitero que no hubo incumplimiento alguno. Solicito que se tenga en cuenta el arreglo directo celebrado ante la Cámara Arbitral de la BNA, pues de lo contrario no tiene razón alguna (sic) de ser la previsión estatutaria que establece esta posibilidad de arreglo. No puede hablarse de incumplimiento alguno, máxime que está en pleno desarrollo el arreglo celebrado. Ruego remitirse a las actas de la Cámara Arbitral que dan constancia de lo dicho.
- 1.1.3. "Es el mismo caso del numeral 1.1.3. por lo que reitero que no hubo incumplimiento alguno. Solicito que se tenga en cuenta el arreglo directo celebrado ante la Cámara

Arbitral de la BNA, pues de lo contrario no tiene razón alguna (sic) de ser la previsión estatutaria que establece esta posibilidad de arreglo. No puede hablarse de incumplimiento alguno, máxime que está en pleno desarrollo el arreglo celebrado. Ruego remitirse a las actas de la Cámara Arbitral que dan constancia de lo dicho.

Se refiere adicionalmente a estas operaciones en audiencia realizada por el Área de Seguimiento en la etapa de investigación.

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

Se refiere en primer lugar a la operaciones Nos. 7576306 y 7450157 analizando todas las circunstancias ocurridas alrededor de las mismas, las explicaciones presentadas por la sociedad comisionista y las pruebas obrantes en el expediente decidiendo archivar *"respecto de las imputaciones sobre el presunto incumplimiento en la entrega del producto en la operación No. 7576306 en el periodo comprendido del 1 al 31 de agosto de 2008, este despacho considera que no hay mérito para continuar con la investigación disciplinaria, pues, en este caso, la no entrega no puede ser imputada a la sociedad comisionista investigada, razón por la cual se ordena el archivo de la investigación"*.

Así mismo, concluye sobre estas operaciones que *"con excepción de lo manifestado anteriormente sobre la entrega correspondiente al mes de agosto, por un total de 300.000 kilos de los 2.000.000 las declaraciones consignadas en el Acta a que se ha hecho mención, acreditan que la sociedad comisionista (sic) de bolsa investigada incumplió con la entrega del producto a que se ha hecho referencia. Cabe precisar que la sociedad intermediaria en su escrito de explicaciones no aporta prueba de las gestiones adelantadas para el cumplimiento de su obligación de entrega, no obstante que en el Acta de Arreglo en cuestión se refiere a problemas climáticos, de secamiento y de genética, y a que "hicieron su mejor esfuerzo tratando de buscar maíz en la zona pero fue imposible". Acreditado entonces el incumplimiento en la entrega para los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2008, por parte de la sociedad investigada el Área de Seguimiento considera procedente elevar cargos por la conducta observada"*.

~~Se refiere en primer lugar a la operaciones Nos. 7576306 y 7450157 analizando todas las circunstancias ocurridas alrededor de las mismas, las explicaciones presentadas por la sociedad comisionista y las pruebas obrantes en el expediente decidiendo archivar *"respecto de las imputaciones sobre el presunto incumplimiento en la entrega del producto en la operación No. 7576306 en el periodo comprendido del 1 al 31 de agosto de 2008, este despacho considera que no hay mérito para continuar con la investigación disciplinaria, pues, en este caso, la no entrega no puede ser imputada a la sociedad comisionista investigada, razón por la cual se ordena el archivo de la investigación"*.~~

Concluye frente a la operación No. 7576306 que: *"con excepción de lo manifestado anteriormente sobre la entrega correspondiente al mes de agosto, por un total de 300.000 kilos de los 2.000.000 las declaraciones consignadas en el Acta a que se ha hecho mención, acreditan que la sociedad comisionista (sic) de bolsa investigada incumplió con la entrega del producto a que se ha hecho referencia. Cabe precisar que la sociedad intermediaria en su escrito de explicaciones no aporta prueba de las gestiones adelantadas para el cumplimiento de su obligación de entrega, no obstante que en el Acta de Arreglo en cuestión se refiere a problemas climáticos, de secamiento y de genética, y a que "hicieron su mejor esfuerzo tratando de buscar maíz en la zona pero fue imposible". Acreditado entonces el incumplimiento en la entrega para los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2008, por parte de la sociedad investigada el Área de Seguimiento considera procedente elevar cargos por la conducta observada"*.

En lo que se refiere a la operación 7450157 concluye que: *"no puede ser de recibo la afirmación de la sociedad comisionista investigada en el sentido de, que no hubo incumplimiento alguno, pues de ello no hay evidencia, pero lo que sí está acreditado es el arreglo directo celebrado ante la Cámara Arbitral por el incumplimiento de la mencionada operación, y sobre el cual se solicita tenerlo en cuenta como prueba del "cumplimiento" el cual, se repite, no tiene la virtualidad de enervar el incumplimiento presentado en la entrega de 748 toneladas del producto negociado. Sin embargo, sí constituye objeto de investigación por parte del Área de Seguimiento la actuación desplegada por la firma comisionista en aras de dar cumplimiento a tal acuerdo en razón de la información que sobre el particular obra en el expediente"*.

Considera el Área de Seguimiento que la sociedad comisionista con la conducta asumida en las operaciones Nos. 7576306 y 7450157, vulneró las siguientes disposiciones: *"Artículo 29 numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006, en concordancia con los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, lo que configura la conducta objeto de investigación y sanción contemplada en el numeral 13 del artículo 2.2.2.1. del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA., así como la contenida en el numeral 3.11.1 del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la CRCBNA en lo que se refiere al incumplimiento final de la operación en cuanto a entrega del producto"*.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con las operaciones Nos. 7765298, 7874126 y 7659045, después de analizar las circunstancias alrededor de las mismas, las explicaciones presentadas por la sociedad comisionista y las pruebas obrantes en el expediente concluye: *"Se tiene entonces que frente a las operaciones objeto de investigación Nos. 7765298, 7874126 y 7659045, se encuentra debidamente acreditado en el expediente el incumplimiento por parte de la sociedad comisionista de sus deberes contractuales asumidos en bolsa, situación que comporta la vulneración de las obligaciones a su cargo, que en síntesis prevén que las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, en desarrollo del principio de la buena fe contractual, deben conducir los negocios con lealtad, claridad, y precisión, procurando la satisfacción de los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia; 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, por lo que en ningún caso es admisible al momento del cumplimiento de la operación que la sociedad comisionista de bolsa pueda oponer a la bolsa o a su contraparte la inexistencia del producto, la falta de provisión de los mismos o el incumplimiento de su cliente"*.

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

3.2.5. Consideraciones de la Sala.

3.2.5.1. Del presunto incumplimiento en los acuerdos de arreglo directo.

Se debe precisar que la Sala de Decisión No. 7 no avocó el conocimiento del presunto incumplimiento en los arreglos directos ya que tal y como se decidió mediante Resolución de Admisión No. 070 de 2009, fue devuelta la investigación al Jefe del

Área de Seguimiento en lo que se refiere a los cargos imputados por el incumplimiento a los Acuerdos Directos No. 017 y 020 suscritos el 9 de octubre de 2008 y el 17 de diciembre de 2008 respectivamente, con el fin de que se adelante la correspondiente investigación en los términos Reglamentarios. Lo anterior, debido a que sobre dicho incumplimiento no fueron solicitadas las explicaciones formales de conformidad con el artículo 2.4.3.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA para efectos de iniciar debidamente el proceso disciplinario.

De acuerdo a lo anterior la Sala sólo se pronunciará sobre los incumplimientos en la entrega de las operaciones Nos. 7576306, 765298, 7874126, 7659045 y 7450157.

3.2.5.2. De los hechos objeto de investigación.

• Operación No. 7576306:

Acorde con la información establecida en el Sistema de Información Bursátil de la BNA y el comprobante de negociación⁴⁷, la operación forward No. 7576306 fue celebrada por la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.** en calidad de comisionista vendedor el día 1 de julio de 2008 sobre 2.000.000 kilogramos de maíz blanco nacional por un valor total de negociación de \$1.300.000.000. Acorde con el contrato de mandato⁴⁸, esta operación contaba con cuatro entregas parciales durante los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre del 2008 por unas cantidades de 300, 550, 450 y 700 toneladas respectivamente.

En lo que se refiere a la entrega correspondiente al mes de agosto, el Jefe del Área de Seguimiento en el pliego de cargos manifiesta que "(...) en el presente caso según la información que reposa en el expediente, no se siguió el procedimiento debido frente a la reposición del producto en aras de determinar la conformidad o no en cuanto a la calidad del mismo. Así mismo, la certificación de incumplimiento se refiere a la entrega del producto y a este respecto, encuentra este despacho que el producto fue puesto a disposición del mandante comprador por parte de Agropar S.A. como se evidencia en la referida comunicación TC-2011 y como se desprende del Acta de Arreglo Directo No. 017 de octubre 9 de 2008, por lo que respecto de las imputaciones sobre el presunto incumplimiento en la entrega del producto en la operación No. 7576306 en el periodo comprendido del 1 al 31 de agosto de 2008, este despacho considera que no hay mérito para continuar con la investigación disciplinaria, pues, en este caso, la no entrega no puede ser imputada a la sociedad comisionista investigada, razón por la cual se ordena el archivo de la investigación". Por lo anterior, la Sala se abstendrá de pronunciarse frente a dicha entrega, sin embargo será estudiada dentro de la traza de la operación.

El día 4 de septiembre de 2008, el mandante vendedor de la operación -Coagrince S.A.- envió comunicación⁴⁹ a **AGROPAR S.A.** manifestando que en dos ocasiones había intentado entregar el producto negociado al mandante comprador Alimentos Polar S.A. pero no había sido posible, ya que éste último argumentó que el producto no cumple con la calidad pactada. Por lo anterior, solicita se haga un análisis de calidad del producto a través de la BNA. De esta forma, **AGROPAR S.A.** mediante comunicación 5166 recibida el día 5 de septiembre en la BNA,⁵⁰ solicita al departamento Convenios y Control de Calidad de la Bolsa que se constate e

⁴⁷ Cuaderno No. 1. Folios 175-176.

⁴⁸ Cuaderno No. 1 Folio 181.

⁴⁹ Cuaderno No. 1 Folio 202.

⁵⁰ Cuaderno No. 1 Folio 203.

intervenga para verificar las condiciones del producto negociado mediante una visita técnica de dicho órgano.

El departamento de Convenios y Control de Calidad de la BNA, mediante comunicación DT-699 del 9 de septiembre de 2008⁵¹, le informa a **AGROPAR S.A.** que el maíz blanco puesto a disposición del mandante comprador no cumple con las condiciones de calidad establecidas en el mandato y mediante alcance del 11 de septiembre de 2008 –DT-703-⁵² aclara que la cantidad muestreada son mil toneladas de maíz blanco y explica que el producto “se encuentra fuera de los parámetros de calidad establecidos, por grano cristalizado; el límite máximo en la negociación es del 15%” y anexa resultados de laboratorio⁵³.

Teniendo en cuenta lo anterior, el departamento de operaciones de la BNA mediante comunicación DO-891 del 10 de septiembre de 2008⁵⁴, solicita a la sociedad comisionista investigada sustituir el producto dentro de la calidad negociada y de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de la BNA. Así mismo, comunica que para la fecha de sustitución se debe tener en cuenta la fecha del comunicado DT-699 del departamento Convenios y Control de Calidad. Lo anterior es reiterado mediante comunicación DO-896 del 11 de septiembre de 2008⁵⁵, la cual tiene en cuenta la comunicación DT-703 del departamento Convenios y Control de Calidad.

Así las cosas y teniendo en cuenta que el artículo 78 del Reglamento de la BNA establece que después del análisis técnico de la BNA “(...) Si el producto no es de recibo, el miembro vendedor tendrá que sustituirlo dentro de los ocho (8) días hábiles, contados a partir de la fecha del dictamen, asumiendo los costos derivados del rechazo e incluyendo los del Organismo Arbitral. Si el producto es de recibo, el miembro comprador queda obligado a recibirlo dentro de los términos pactados”, tenemos que **AGROPAR S.A.** debía sustituir el producto el día 18 de septiembre de 2008.⁵⁶

Ahora bien, el día 17 de septiembre, Alimentos Polar S.A. envía comunicación APC-015, a su comisionista Torres Cortés S.A. informando que se inspeccionaron en las bodegas del vendedor 350 toneladas y las mismas no fueron aceptadas por inconvenientes de calidad⁵⁷. De esta manera, Torres Cortés S.A. mediante comunicación TC-1952 del 18 de septiembre de 2008, informa a la directora de la Cámara Arbitral de la BNA que el producto entregado por el mandante Coagrince como “respuesta a una devolución previa de producto por calidad que ya había sido de su conocimiento, no cumple con las condiciones pactadas en el mandato de acuerdo al reporte de calidad que anexamos”⁵⁸. Por lo anterior, mediante TC-2011 del 24 de septiembre de 2008, Torres Cortés solicita a la BNA “sea declarado el incumplimiento de la operación de la referencia, debido a que el maíz blanco puesto a disposición de nuestro mandante Alimentos Polar Colombia en las bodegas 5 y 6 del mandante vendedor, como reposición a la entrega

⁵¹ Cuaderno No. 1 Folio 199.

⁵² Cuaderno No. 1 Folio 197.

⁵³ El resultado de análisis de laboratorio con fecha de análisis del 10 de septiembre de 2008 en efecto determina que el producto analizado tiene un 24,50% de grano cristalizado. (Cuaderno No. 1 Folio 190).

⁵⁴ Cuaderno No. 1 Folio 198.

⁵⁵ Cuaderno No. 1 Folio 196.

⁵⁶ Así mismo, obra en el expediente comunicación del 15 de septiembre de 2008 de Alimentos Polar S.A. –mandante comprador- en la cual, informa a Coagrince que acorde al análisis técnico realizado, el producto no cumple con las especificaciones, anexa para el efecto los resultados del análisis (Cuaderno No. 1 Folio 193).

⁵⁷ Cuaderno No. 1 Folio 194.

⁵⁸ Cuaderno No. 1 Folio 195.

inicial que fue rechazada por calidad, presentó nuevamente el mismo inconveniente (...)”⁵⁹ Por lo anterior, la administración de la Bolsa mediante PSD-304 del 29 de septiembre de 2008 declaró el incumplimiento en la entrega parcial de la operación No. 7576306 de 300.000 kilos⁶⁰.

Ahora, en cuanto a la entrega del mes de septiembre que nos interesa por cuanto la imputación del Jefe del Área de Seguimiento se encuentra referida a ella, tenemos que Alimentos Polar S.A. mediante comunicación del 1 de octubre de 2008, informa a Torres Cortés S.A. que no recibió producto alguno por parte del punta vendedora, quedando un faltante de 550 toneladas. De esta forma, manifiesta que la vendedora le ha incumplido tanto en la entrega de agosto, como la del mes de septiembre. Por lo anterior, la administración de la Bolsa mediante PSD-313 del 7 de octubre de 2008, declaró el incumplimiento en la entrega parcial de 550.000 kilos de maíz blanco en la operación 7576306. Así mismo, obran en el expediente las comunicaciones enviadas por la CRCBNA a la sociedad comisionista compradora, mediante las cuales solicita les sea informado si se requiere el cumplimiento por parte de la punta compradora⁶¹. Sin embargo, mediante comunicación CC-106 del 14 de octubre de 2008, esta entidad informa que no le fue posible adquirir el producto en la Rueda de la BNA⁶².

De esta manera encuentra la Sala que se encuentra suficientemente probado que en la operación bajo estudio no se realizaron las entregas pactadas en la negociación. De hecho, en Acta de Arreglo Directo No. 017 del 9 de octubre de 2008⁶³ se menciona que *“la operación fue realizada por 2.000 toneladas, de las cuales no se presentó ninguna entrega. La BNA emitió comunicaciones de incumplimiento para las dos primeras entregas correspondientes a los meses de agosto y septiembre por un total de 850 toneladas (...)”*. Ante esta situación, la sociedad comisionista investigada menciona que se han presentado problemas con el producto y que *“de igual manera no es viable cumplir con la operación en los tiempos pactados, la cosecha ya salió no hay disponibilidad de producto”*. Así, encuentra la Sala que se presenta un incumplimiento de la operación, ya que durante la vigencia de la operación no se presentó entrega de producto alguno en ninguna de las fechas pactadas en la negociación.

Ahora bien, manifiesta la investigada en sus explicaciones formales que *“en realidad no hubo incumplimiento alguno, toda vez que el vendedor hizo entrega real del grano, con las mismas calidades de entregas previas, sólo que el comprador lo rechazó como resultado de análisis propios”*. Es claro en este punto que dicho argumento no puede ser tenido en cuenta para la entrega bajo investigación, toda vez que en la misma se trata de no entrega del producto y no de conflictos de calidad. En efecto, tal y como quedó probado, la sociedad comisionista no entregó el producto correspondiente al mes de septiembre y las razones de este incumplimiento pueden verse plasmadas en el Acta del Arreglo Directo citada, en donde la investigada menciona que: *“(...) su mandante Coagrinco ha tenido siempre la intención de cumplimiento; que el producto puesto a disposición corresponde a los socios de la agremiación; mencionó que se presentaron problemas de secamiento, y finalmente lo más grave es la genética de los materiales que ha generado*

⁵⁹ Así mismo, mediante correo electrónico del 29 de septiembre de 2008, la sociedad comisionista Torres Cortés S.A. informa al departamento técnico de la BNA que las cantidades incumplidas en la operaciones corresponden a 300 toneladas de maíz blanco y adicionalmente menciona que la punta vendedora no cumplió con un llamado al margen realizado por la CRCBNA.

⁶⁰ Cuaderno No. 1 Folio 194.

⁶¹ Comunicaciones CC-088 del 2 de octubre de 2008 y CC-097 del 14 de octubre de 2008 (Cuaderno No. 2 Folio 428 y 133).

⁶² Cuaderno No. 2 Folio 435.

⁶³ Cuaderno No. 3 Folio 463.

*problemas de calidad que no pueden ser controlados por la cooperativa, adiciona que realizaron labores internas para mejorar los procesos de secamiento, sin embargo que finalmente el producto no cumplió con la calidad, que hicieron su mejor esfuerzo tratando de buscar maíz en la zona pero fue imposible (...)*⁶⁴

Frente al argumento esgrimido por el investigado aclara la Sala 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 probar que el mandante fue quien incumplió la obligación, lo cual 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"*⁶⁵

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.

⁶⁴ Cuaderno No. 3 Folio 463.

⁶⁵ 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."

Por otra parte y del análisis del acuerdo de arreglo directo celebrado por las partes es preciso aclarar que si bien en Acta 017 del 9 de octubre de 2008 se menciona que las 2000 toneladas pactadas inicialmente se entregarán en los meses de marzo y abril de 2009, este acuerdo tienen una naturaleza indemnizatoria y por tanto no tiene la facultad de modificar operaciones válidamente celebradas en Bolsa, ni puede revivir o aplazar los términos de las mismas. De esta manera, no encuentra la Sala que este acuerdo pueda subsanar el incumplimiento en la entrega y por tanto, en efecto existe una conducta contraria a las normas legales y reglamentarias que propenden por el cumplimiento oportuno e integral de las operaciones celebradas en Bolsa.

No obstante lo anterior, se debe mencionar que si bien la operación contaba con cuatro entregas de las cuales el presunto incumplimiento de la primera es archivado, no encuentra la Sala que sea claro el incumplimiento de las entregas pactadas para los meses de octubre y noviembre de forma posterior al acuerdo celebrado. En efecto, más allá de la validez del acuerdo de arreglo directo, en cuanto a los términos en que se pacta, el mismo podría estar modificando operaciones válidamente celebradas en Bolsa por fuera de los parámetros establecidos en el Reglamento (Art. 75), encuentra la Sala que en el caso concreto las partes válidamente entienden que las entregas fueron prorrogadas para el año siguiente. De hecho la BNA no declara incumplimiento por los meses de octubre y noviembre.

De acuerdo con lo anterior, en sentir de la Sala el incumplimiento se debe predicar únicamente de la entrega del mes de septiembre la cual fue incumplida antes de la celebración del acuerdo de arreglo directo ya que tal y como quedó redactado y establecido el mismo, se podía prestar para confusión de las partes en cuanto a una prórroga otorgada o dicho de otra forma, el investigado a partir del acuerdo podría tener la convicción de que válidamente no debía entregar el producto en los meses de octubre y noviembre.

Así mismo, probado como está el incumplimiento en la entrega, será tenido en cuenta el arreglo directo logrado por las partes para efectos del análisis de la responsabilidad disciplinaria.

• **Operación No. 7765298:**

Acorde con el comprobante de negociación⁶⁶ y al Sistema de Información Bursátil de la BNA⁶⁷ la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.**, celebró en calidad de comisionista vendedor la operación 7765298 el día 4 de agosto de 2008, sobre 2.500.000 kilos de maíz amarillo nacional por un valor total de negociación de \$1.500.000.000. Acorde al contrato de mandato⁶⁸, esta operación contaba con tres entregas parciales durante los meses de agosto, septiembre y octubre por cantidades parciales de 500.000, 1.250.000 y 750.000 kilos respectivamente.

Sin embargo, mediante comunicación del 1 de octubre de 2008, el mandante comprador Alimentos Polar, informa que una vez finalizada la segunda entrega correspondiente al mes de septiembre se recibieron únicamente 403.430 kilos

⁶⁶ Cuaderno No. 1 Folio 227.

⁶⁷ Cuaderno No. 1 Folio 228.

⁶⁸ Cuaderno No. 2 Folio 255.

quedando un faltante de 846.570 kilos⁶⁹. Lo anterior es informado por Torres Cortés a la BNA mediante comunicación TC-2061 del mismo día, solicitando la declaratoria de incumplimiento por la entrega del mes de septiembre.⁷⁰ La administración de la Bolsa declaró el incumplimiento en la entrega parcial mediante comunicación PSD-313 del 7 de octubre de 2008⁷¹ sobre los 846.570 kilos que no fueron entregados por el vendedor.

De la misma manera, para la entrega del mes de octubre, se encuentra la comunicación APC-029 del 22 de octubre de 2008 de Alimentos Polar, en la cual, informa que de los 750.000 que debían entregarse, únicamente fueron entregados 174.240 kilos⁷². Lo anterior es informado por Torres Cortes a la Bolsa, mediante comunicación TC-2263 del 22 de octubre de 2008, en donde solicita la declaratoria de incumplimiento correspondiente⁷³. De esta manera, la administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-327 del 24 de octubre de 2008, declaró el incumplimiento en la entrega parcial de 575.760 kilos⁷⁴.

Ahora bien, en audiencia rendida por el representante legal ante el Área de Seguimiento en la etapa de investigación, menciona frente a la declaratoria de incumplimiento PSD-313 correspondiente al mes de septiembre que hay un problema del sistema cuando como vendedor acredita las entregas y que *"generaron un incumplimiento que nunca se había presentado"*. De esta manera aclara que *"hay creo que es la primera entrega que se entrega en las fechas de la segunda hay una demora y ahí se genera el incumplimiento (...) ahí es la demora en la entrega y después lo que se hace es en el siguiente mes se entrega casi todo o sea se entrega anticipado de la tercera entrega"*. De esta manera la sala encuentra que en efecto en acta de arreglo directo No. 018 del 29 de octubre de 2009⁷⁵ se menciona respecto de la operación No. 7765298 que *"para la mencionada operación han sido recibidas aproximadamente 1.991 toneladas"*, corroborando entonces lo dicho por el representante legal en audiencia. No obstante lo anterior, queda claro para la Sala que en efecto, hubo un incumplimiento en la entrega del producto en las cantidades pactadas en la negociación aunque ésta sea en una menor dimensión a las declaradas incumplidas.

De esta manera, es claro que se presentó una conducta contraria a los deberes reglamentarios y legales de la sociedad comisionista investigada, la cual no se subsana con la realización de un arreglo directo, aunque esta situación será analizada frente a la responsabilidad disciplinaria.

• **Operación No. 7874126:**

Acorde al comprobante de negociación de la operación⁷⁶ y la información que reposa en el Sistema de Información Bursátil de la Bolsa⁷⁷, la operación No. 7874126 fue celebrada por la sociedad comisionista AGROPAR S.A. el día 26 de agosto de 2008, sobre 2.000.000 kilos de maíz amarillo nacional por un valor total de negociación de

⁶⁹ Cuaderno No. 1 Folio 226.

⁷⁰ Cuaderno No. 1 Folio 237.

⁷¹ Cuaderno No. 1 Folio 239.

⁷² Cuaderno No. 2 Folio 257.

⁷³ Cuaderno No. 2 Folio 258.

⁷⁴ Cuaderno No. 2 Folio 259.

⁷⁵ Cuaderno No. 4 Folio 109-111.

⁷⁶ Cuaderno No. 1 Folio 219.

⁷⁷ Cuaderno No. 1 Folio 220.

\$1.200.000.000. Acorde al contrato de mandato⁷⁸, esta operación fue pactada con 3 entregas parciales para los meses de septiembre, octubre y noviembre por unas cantidades de 700.000, 1.000.000 y 300.000 kilos respectivamente.

El mandante comprador Alimentos Polar, informa mediante comunicación del 1 de octubre de 2008, que la primera entrega de la operación correspondiente al mes de septiembre no fue cumplida, quedando así un faltante por entregar de 700.000 kilos. De esta manera mediante comunicación TC-2061 del mismo día, la sociedad comisionista Torres Cortés informa a la Bolsa el incumplimiento en esta entrega⁷⁹, la cual es declarada por la administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-313 del 7 de octubre de 2008.

Ahora bien, en lo que respecta a las entregas subsiguientes correspondientes a los meses de octubre y noviembre se desprende del acta de arreglo directo No. 018 del 29 de octubre de 2008⁸⁰, celebrada entre las partes, que éstas fueron cumplidas y adicionalmente también fue entregada de forma extemporánea el producto correspondiente a la primera entrega. En efecto, en este acuerdo se determina *"OPERACIÓN No. 7874126, pactada por 2.000 toneladas de maíz amarillo con entregas hasta el 15 de noviembre, haciendo uso del 10% menos por lo que esta (sic) a la fecha se encuentra cumplida"*.

De esta forma, encuentra la Sala que en efecto se presentó un incumplimiento en la entrega en la fecha pactada, respecto de la primera entrega del mes de septiembre. Ahora bien, según lo acordado en arreglo directo, esta operación fue finalmente cumplida, lo cual será tenido en cuenta en el análisis de la responsabilidad disciplinaria.

• **Operación No. 7659045:**

De acuerdo al comprobante de negociación⁸¹ y el Sistema de Información Bursátil de la BNA⁸², la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.** celebró en calidad de comisionista vendedor la operación No. 7659045 el día 16 de julio de 2008 sobre 250.000 kilos de maíz blanco nacional por un valor total de la negociación de \$162.500.000. Esta operación no fue pactada con entregas parciales, sin embargo, se pactó con fecha de entrega inicial el día 25 de agosto de 2008 y fecha de entrega final el 30 de septiembre de 2008.

Obran en el expediente diversas comunicaciones en donde mandante vendedor y su comisionista se refieren a la operación y que son vitales para entender lo ocurrido en el caso concreto.

Así tenemos que el 21 de julio de 2008 **AGROPAR S.A.** envía comunicación a su mandante Inversiones Barguil Cubillos Ltda., solicitando que le informe como se encuentra el desarrollo de los cultivos del producto negociado en la operación No. 7649045.⁸³ Posteriormente, el 8 de septiembre de 2008 **AGROPAR S.A.** informa a su mandante, que el mandante comprador -Alimentos Polar Colombia S.A.- se encuentra

⁷⁸ Cuaderno No. 1 Folio 224.

⁷⁹ Cuaderno No. 1 Folio 237.

⁸⁰ Cuaderno No. 4 Folio 109-111.

⁸¹ Cuaderno No. 1 Folio 235.

⁸² Cuaderno No. 1 Folio 236.

⁸³ Cuaderno No. 4 Folio 097.

efectuando análisis de calidad en las instalaciones de Almagrario-Montería detectando cristalizaciones en el grano en el proceso de secado.⁸⁴

Como respuesta a lo anterior, el día 12 de septiembre de 2008 Inversiones Barguil Cubillos Ltda informa que el producto se encuentra en las bodegas y que las observaciones realizadas por la compradora no se encuentran contempladas en el contrato⁸⁵. Así mismo, obra comunicación de Inversiones Barguil Cubillos Ltda en donde solicita el incumplimiento de la operación por no recibo del producto por parte de Alimentos Polar e informa que no constituirá garantías adicionales debido a que la operación se ha incumplido.⁸⁶

Siguiendo esta línea tenemos que el 25 de septiembre de 2008 AGROPAR S.A. solicita a Inversiones Barguil Cubillos Ltda. que le informe sobre el desarrollo de las entregas en el producto negociado en la operación.⁸⁷

Ahora bien, es en este momento en donde comienzan comunicaciones cruzadas que demuestran la inconformidad de ambas partes con la negociación. En efecto obra comunicación TC-2044 del 29 de septiembre de 2009⁸⁸, mediante la cual la sociedad comisionista Torres Cortés informó al departamento técnico de la BNA que el producto objeto de la operación No. 7659045 no cumple con las especificaciones de calidad pactadas para la negociación y menciona que *"prueba de ello se evidencia en los análisis de calidad realizadas por nuestro mandante Alimentos Polar Colombia en las bodegas del vendedor (...)".* De esta forma solicita la intervención de este departamento para resolver dichas diferencias.

Así mismo obra comunicación del 1 de octubre de 2008 mediante la cual AGROPAR S.A. informa a Torres Cortés S.A. que su mandante ha solicitado el incumplimiento total en el recibo del producto en la operación No. 7659045.⁸⁹

La solicitud de la sociedad comisionista compradora Torres Cortés es respondida por el departamento técnico de la BNA mediante comunicación de la directora del Departamento Técnico DT-773 del 3 de octubre de 2008 en la cual menciona: *"de acuerdo a información aportada por el mandante vendedor, el maíz que había sido puesto a disposición de Promasa y rechazado por la misma entidad, fue negociado por lo que no se encontró producto en las bodegas".*

Esta operación fue declarada incumplida mediante PSD-313 del 7 de octubre de 2008, por la cantidad total negociada, toda vez que en comunicación APC-023 del mandante comprador de la operación con fecha del 1 de octubre de 2008⁹⁰ este informó *"una vez finalizada la entrega de la operación Forward de la referencia con fecha de entrega inicial*

⁸⁴ Cuaderno No. 4 Folio 096.

⁸⁵ Cuaderno No. 4 Folio 095.

⁸⁶ Cuaderno No. 4 Folio 094.

⁸⁷ Cuaderno No. 4 Folio 085.

⁸⁸ Cuaderno No. 2 Folio 418.

⁸⁹ Cuaderno No. 2 Folio 093.

⁹⁰ Cuaderno No. 1 Folio 234.

el 25 de agosto y fecha de entrega final, 30 de septiembre nuestra empresa recibió al día del vencimiento Cero Kilos quedando un faltante de 250 kilos (sic)⁹¹.

El área de seguimiento en el caso concreto estima que se presentó un incumplimiento por parte de la sociedad comisionista investigada que va más allá de la no entrega del producto negociado, toda vez que la conducta asumida de hacer caso omiso de los procedimientos establecidos por la BNA para la solución de conflictos de calidad, resulta contraria a los deberes de profesionalismo y especial responsabilidad que deben primar en el actuar de las sociedades comisionistas miembros de la BNA. En efecto, señala: "(...) no obedece a una conducta diligente, y que rompe los principios de la buena fe y lealtad contractual, que la sociedad comisionista disponga del producto no obstante estar pendiente el análisis de calidad que debía efectuar el Departamento Técnico de la Bolsa, pues de ello dependía el recibo por parte del comprador del producto negociado en los términos y condiciones de calidad pactadas. En consecuencia, si bien, obra en el expediente constancia de la puesta a disposición del mismo a órdenes del comprador, en las bodegas del vendedor, también es cierto que el proceder del vendedor, impidió realizar la prueba de calidad, razón por la cual no puede considerarse, aceptarse o tenerse como válida la puesta a disposición del comprador el producto negociado, amén de que dicho proceder implica una falta a los deberes que como sociedad comisionista debe observar, entre ellos permitir la realización de las pruebas que fueren necesarias en relación con la calidad del producto puesta a disposición de su contraparte."

Sin embargo, obran más comunicaciones en el expediente que logran demostrar el seguimiento y cercanía que pudo tener la investigada con su cliente. En efecto, mediante comunicación del 6 de octubre AGROPAR S.A. invita a Inversiones Barguil Cubillos Ltda. a que cumpla la operación No. 7659045,⁹² sin embargo mediante comunicación del 8 de octubre, Inversiones Barguil Cubillos Ltda. reitera la solicitud de declarar el incumplimiento en el recibo del producto por parte del comprador.⁹³

El día 15 de octubre de 2008, AGROPAR S.A., informa al departamento de operaciones de la BNA sobre la solicitud de incumplimiento en el recibo del producto solicitada por su mandante⁹⁴ y mediante comunicación de este mismo día, Inversiones Barguil Cubillos Ltda informa a AGROPAR S.A. que siempre ha estado presta a cumplir la negociación pero que la misma se encuentra incumplida en el recibo. Menciona que no constituirá garantías adicionales y solicita nuevamente la declaratoria de incumplimiento en el recibo.⁹⁵

El día 20 de octubre de 2008 AGROPAR S.A. solicita nuevamente la declaratoria de incumplimiento de la operación⁹⁶ y al parecer este incumplimiento es declarado en un principio, ya que obra en el expediente comunicación del 16 de diciembre de 2008 de la BNA dirigida a Torres Cortés, en la cual da alcance a PSD-325 del 22 de octubre de 2008 mediante el cual se declaró incumplida la operación No. 7659045 en el recibo del producto, informando que no resulta procedente la declaratoria de incumplimiento

⁹¹ Así mismo obra comunicación TC-2061 del 1 de octubre de 2008, mediante la cual, la sociedad comisionista Torres Cortés informa el incumplimiento de la operación. (Cuaderno No. 1 Folio 237).

⁹² Cuaderno No. 4 Folio 092.

⁹³ Cuaderno No. 4 Folio 086.

⁹⁴ Cuaderno No. 4 Folio 090.

⁹⁵ Cuaderno No. 4 Folio 087.

⁹⁶ Cuaderno No. 4 Folio 089.

citada toda vez que AGROPAR S.A. no permitió la inspección del producto cuya calidad fue rechazada por el comprador.⁹⁷

De esta forma encuentra la Sala que de las pruebas que obran en el expediente enviadas por el investigado, con posterioridad a la imputación de cargos por parte del área de seguimiento no puede concluirse que la actitud asumida por la SCB haya sido de total desinterés como parece entenderlo el ente investigador, sino que por el contrario, de las pruebas existentes y analizadas se demuestra que la sociedad comisionista realizó seguimiento y demostró diligencia y preocupación, hechos que deben ser tenidos en cuenta en el análisis de la responsabilidad disciplinaria.

De acuerdo a lo anterior, si bien es cierto que la responsabilidad la asume el comisionista, por la no entrega, por las obligaciones derivadas del contrato de comisión, teniendo en cuenta que la falta de provisión de fondos o producto no es excusa de un incumplimiento no es menos cierto que se debe analizar la conducta desplegada por AGROPAR S.A. en desarrollo de estas operaciones.

- **Operación No. 7450157:**

De acuerdo al comprobante de negociación de la operación⁹⁸ y al Sistema de Información Bursátil⁹⁹, la operación 7450157 fue celebrada el día 5 de junio de 2008 por la sociedad comisionista AGROPAR S.A. en calidad de comisionista vendedor sobre 1.000.000 kilos de maíz blanco nacional por un valor total de negociación de \$650.000.000. Acorde al contrato de mandato de la negociación¹⁰⁰, esta operación contaba con 2 entregas parciales que debían realizarse del 1 al 31 de octubre de 2008 por una cantidad de 600.000 kilos y del 1 al 30 de noviembre de 2008 por una cantidad 400.000 kilos.

No obstante lo anterior, obra en el expediente comunicación 5425 de AGROPAR S.A. con fecha del 21 de octubre de 2008, mediante la cual solicita una prórroga en la primera entrega de la operación hasta el 15 de noviembre de 2008 debido a *"las condiciones climáticas que se han presentado en la región, lo cual hace imposible la efectiva realización de las entregas de acuerdo a lo convenido"*.¹⁰¹ Esta prórroga es aceptada por el mandante comprador Alimentos Polar mediante comunicación APC-033 del 30 de octubre de 2008¹⁰² y es informada a la Bolsa mediante comunicación TC-2328 de la sociedad comisionista Torres Cortés con fecha del 30 de octubre¹⁰³. Así mismo, obra en el expediente la comunicación DO-1100 del 7 de noviembre de 2008¹⁰⁴, mediante la cual, el departamento de operaciones de la BNA informa que la solicitud de prórroga es aceptada.

De esta forma, queda claro que la sociedad comisionista AGROPAR S.A., contaba con un plazo para realizar las entregas hasta el día 15 de noviembre de 2008. Sin embargo, mediante comunicación APC-048 de Alimentos Polar con fecha de 21 de

⁹⁷ Cuaderno No. 4 Folio 088.

⁹⁸ Cuaderno No. 2 Folio 273.

⁹⁹ Cuaderno No. 2 Folio 267.

¹⁰⁰ Cuaderno No. 2 Folio 274-278.

¹⁰¹ Cuaderno No. 2 folio 271.

¹⁰² Cuaderno No. 2 folio 269.

¹⁰³ Cuaderno No. 2 folio 270.

¹⁰⁴ Cuaderno No. 2 folio 268.

noviembre¹⁰⁵, el mandante informa que una vez cumplida la prórroga otorgada, se recibió al día del vencimiento únicamente 70.040 kilos de producto, quedando un faltante de 529.960 kilos. Esta situación es informada a la Bolsa por la sociedad comisionista Torres Cortés mediante comunicado TC-2499 del 21 de noviembre de 2008 y mediante comunicación PSD-351 del 24 de noviembre, la administración de la Bolsa declara el incumplimiento parcial en la entrega por una cantidad de 529.960 kilos.

Ahora bien, en lo que atañe a la segunda entrega pactada, obra en el expediente comunicación TC-2683 del 15 de diciembre de 2008¹⁰⁶ en la cual manifiesta que únicamente fueron entregados 181.890 kilos quedando un faltante de 218.110 kilos¹⁰⁷. De esta manera, la administración de la Bolsa, mediante PSD-462 del 16 de diciembre de 2008, declaró el incumplimiento parcial de la operación por 218.110 kilos.

Lo anterior se puede comprobar así mismo en el acta de acuerdo de arreglo directo No. 020 con fecha del 17 de diciembre de 2008, celebrada entre AGROPAR S.A. y Torres Cortés S.A. para propiciar arreglo de carácter indemnizatorio por los perjuicios ocasionados por los conflictos derivados de la operación 7450157. En efecto, en dicha acta se determina que *"la negociación se realizó por 1000 toneladas de maíz blanco, de las que fueron entregadas y aceptadas en la calidad contratada 251.93"*.

Para el acuerdo se aplica el 10% de tolerancia y la cantidad de producto faltante debe ser entregada en los meses de diciembre, enero y abril de 2009.

De esta manera queda claro para la Sala, que no se efectuaron las entregas de producto en las condiciones pactadas en la negociación y por tanto es claro el incumplimiento de la sociedad comisionista de las normas reglamentarias y legales que establecen el cumplimiento oportuno e íntegro de las operaciones celebradas en Bolsa. No obstante lo anterior, la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista será analizada en el siguiente acápite.

3.2.5.3. De la responsabilidad disciplinaria por la conducta asumida por la sociedad comisionista AGROPAR S.A.

Probado como está que la sociedad comisionista AGROPAR S.A. no efectuó las entregas pactadas acorde a la negociación en las operaciones bajo estudio, entrará la Sala a analizar los argumentos esgrimidos por la investigada para justificar dicha situación y analizar si existen factores que la puedan eximir de responsabilidad por los incumplimientos endilgados.

En las explicaciones formales presentadas ante el Área de Seguimiento manifiesta la sociedad comisionista, como principal argumento que: *"(...) se tenga en cuenta el arreglo directo celebrado ante la Cámara Arbitral de la BNA, pues de lo contrario no tiene razón alguna (sic) de ser la previsión estatutaria que establece esta posibilidad de arreglo"*.

¹⁰⁵ Cuaderno No. 2 Folio 279.

¹⁰⁶ Cuaderno No. 2 Folio 288.

¹⁰⁷ Realmente la sociedad comisionista Torres Cortés S.A. informó a la Bolsa sobre el incumplimiento en la segunda entrega mediante comunicación TC-2580 del 2 de diciembre de 2008. Sin embargo, el departamento de operaciones de la BNA solicitó mediante comunicación DO-1204 del 3 de diciembre de 2008, se aclarara dicha solicitud en cuanto a la cantidad incumplida. De esta manera, es mediante comunicación TC-2683 que se informa la cantidad real incumplida.

Al respecto, evidencia la Sala que se realizaron dichos acuerdos como consecuencia de los incumplimientos en las entregas de las operaciones 7576306, 7874126, 7765298 y 7450157.

En efecto, obran en el expediente los acuerdos de arreglo directo celebrados a instancias de la Cámara Arbitral de la BNA que constan en las siguientes actas: Acta No. 017 del 9 de octubre de 2008 referida a la operación No. 7576306, Acta No. 018 del 29 de octubre de 2008 referida a las operaciones Nos. 7765298, 7874126 y 7541135 y Acta No. 020 del 17 de diciembre de 2008 referida a la operación No. 7450157.

Ahora bien, como primer punto aclara la Sala que los acuerdos de arreglo directo celebrados a instancias de la Cámara Arbitral de la BNA tienen un carácter indemnizatorio, es decir, buscan mitigar las consecuencias económico-patrimoniales que genera el incumplimiento de una operación celebrada en Bolsa. Lo anterior, implica que esta figura en ningún caso podría modificar o aplazar el cumplimiento de una operación válidamente celebrada en bolsa, toda vez que por su misma naturaleza indemnizatoria parte de la base de que se haya presentado un incumplimiento. En efecto, al incumplirse una operación celebrada en Bolsa se ponen en marcha todos los mecanismos establecidos en la BNA para mitigar los perjuicios que el mismo puede provocar. Es así, como la CRCBNA y la BNA cada una con sus órganos competentes deben desarrollar diversas actividades que se ponen en movimiento sólo a partir de dicho incumplimiento; y es precisamente dentro de estas actividades que se encuentra el mecanismo de arreglo directo en Cámara Arbitral, el cual, propende por un acuerdo indemnizatorio conciliado entre las partes y no tiene facultades ni de subsanar la operación incumplida ni de enervar la responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento, toda vez que el mismo procede únicamente cuando ya se ha presentado la conducta reprochable.

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

Ahora bien, en lo que se refiere a la operación No. 7659045, no obra dentro del expediente ninguna prueba que demuestre que se haya efectuado un acuerdo de arreglo directo de carácter indemnizatorio por el incumplimiento en la entrega. Sin embargo, se encuentra probado el incumplimiento. Adicionalmente, es de mencionar que el producto objeto de negociación, no fue entregado ni aun extemporáneamente. Tampoco se intentó subsanar dicha situación por parte de la sociedad comisionista investigada.

Ahora bien, existe un argumento tangencial que expone la firma en audiencia realizada ante el Jefe del Área de Seguimiento cual es "por cuestiones de mercado se realiza un

forward a precio fijo donde el mercado en el momento de la entrega estaba un 32 por ciento por encima del precio negociado, en este momento se generan por diferentes motivos la no entrega del producto".

Al respecto considera la Sala, que esta justificación no puede ser tenida como causal eximente de responsabilidad ni atenuante de la conducta, toda vez que es obligación de la sociedad comisionista realizar un análisis previo de mercado para evaluar los riesgos de la operación que se celebra en Bolsa. En efecto, las variaciones en los precios del producto es un riesgo inherente de la operación en bolsa y por tanto, la sociedad comisionista en cumplimiento de sus deberes profesionales de prudencia, diligencia y especial responsabilidad, debió realizar un examen minucioso de la situación teniendo en cuenta además su deber de asesoramiento hacia su cliente.

Así las cosas, no puede la investigada escudarse en eventos de mercado cuando era su obligación analizarlos e informarlos a su cliente para que este decidiera de una forma informada si era factible o no realizar la operación. Por lo anterior, concuerda la Sala de Decisión con el Jefe del Área de Seguimiento en cuanto:

"En síntesis, la evidencia incorporada en el expediente demuestra que la conducta asumida por la sociedad comisionista desde un principio no fue precavida (no se encuentran documentos que prueben la existencia de estudios previos sobre la cantidad de producción y sobre los riesgos que podrían afectar la misma o los planes de contingencia para poder cumplir con las entregas por parte del comité de riesgos de la firma); ni diligente frente a la situación de incumplimiento que se venía presentando (no hay prueba en el expediente de las gestiones realizadas por la firma para honrar los compromisos asumidos, ni las medidas tomadas por esta para aminorar o enervar los incumplimientos). No puede soslayarse que la estructura y utilización de procedimientos de control y manejo prudente del riesgo ofrece beneficios significativos frente a los niveles de riesgos a los que se está dispuesto a asumir, los cuales se traducen en una política efectiva de riesgos".

Por las razones expuestas, la Sala constata que de las pruebas aportadas y los descargos presentados por la investigada, no se establece causal justa tendiente a enervar el incumplimiento de las obligaciones asumidas, respecto de las operaciones Nos. 7576306, 7765298, 7874126, 7659045 y 7450157 establecidas en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA.

3.2.5.4. Normas vulneradas por la conducta de AGROPAR S.A., y concepto de la violación.

El incumplimiento en la entrega del producto corresponde a un incumplimiento final de la operación, tal y como se encuentra definido en el numeral 3.11.1 del Instructivo Operativo 09 de 2006 de la CRCBNA. Ahora, el numeral 1 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación en concordancia con el numeral 11 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006¹⁰⁸, establece como obligación de los miembros de la BNA *"Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación"*. En el caso en estudio, no se atendió con esta disposición al incumplir con la obligación de entrega acorde a las

¹⁰⁸ 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."

condiciones pactadas al momento de la celebración de la operación. Adicionalmente, entiende esta Sala que con el incumplimiento final de la operación, desatiende lo previsto en el numeral 7° del mismo artículo que prevé dentro del catálogo de las obligaciones de los miembros *"Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. En ningún caso será admisible al momento del cumplimiento la excepción de falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado"* y el numeral 2 de esta disposición que determina que los miembros deberán *"Cumplir permanentemente y en su integridad la ley, los estatutos y reglamentos de la Bolsa y las determinaciones de sus áreas u órganos de dirección, administración, operación, supervisión, disciplina y de solución de conflictos, sin que sirva de excusa o defensa la ignorancia de dichos reglamentos, circulares, instructivos operativos, acuerdos y laudos."*

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

"Artículo 29. Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones (...):

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

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

Adicionalmente, considera la Sala que la conducta desplegada por la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.**, vulneró la disposición contenida en el numeral 6° del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en concordancia con el numeral 8° del artículo 29 del Decreto 1511¹⁰⁹. En efecto esta disposición reglamentaria establece que será obligación de los miembros de la BNA: *"Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad"*.

En efecto, el nivel de profesionalidad que se le exige al comisionista implica que debe llevar sus negociaciones con la mayor claridad y precisión posibles. Así, al realizar una actividad dentro del mercado público, es claro que deben actuar con una especial diligencia, no únicamente de un buen padre de familia sino que se le exige un grado mayor, esto es, el buen hombre de negocios, es la diligencia propia de un profesional que actúa en el mercado bursátil, toda vez que se encuentra en

¹⁰⁹ *"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"*

juego la confianza y credibilidad depositada por el público. En el caso concreto, el no efectuar un análisis de riesgos preciso frente a la situación de mercado y los riesgos de la operación, refleja una clara falta de diligencia de la sociedad comisionista investigada pues debió prever los inconvenientes para asesorar de forma debida a su mandante.

Adicionalmente, se evidencia que en el caso bajo estudio la conducta se produjo de manera reiterada toda vez que ninguna de estas operaciones investigadas fue cumplida de forma cabal. Es así como esta conducta representa mayor gravedad al dejar a un mandante de la bolsa desprovisto del producto negociado.

Siendo esto así, considera la Sala que es clara la violación de las disposiciones reglamentarias y legales citadas por las razones ya expuestas, pues la no entrega del producto conlleva además una falta de diligencia por parte de la sociedad comisionista, en cuanto debía realizar todas las gestiones necesarias para el cumplimiento de la operación, lo cual a su vez atenta contra la seguridad y transparencia del mercado.

3.2.5.5. Graduación de la sanción

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

En lo que se refiere a la operación No. 7576306 tenemos que para el mes de septiembre no se entregó el producto, lo cual implica una conducta grave por las implicaciones que esta no entrega conlleva para la contraparte y para el mercado en general, sin embargo, será tenido como atenuante de la conducta el acuerdo de arreglo directo logrado, ya que el mismo demuestra una intención de cumplimiento de la sociedad comisionista e intención de minimizar el daño causado con la conducta. Todo esto incide en la responsabilidad disciplinaria al evidenciarse buena fe por parte de la investigada frente a su contraparte al intentar disminuir los efectos nocivos y el impacto económico derivado del incumplimiento analizado.

En lo que se refiere a la operación 7874126 se trata de un incumplimiento parcial en la entrega del mes septiembre por una cantidad de 700.000 kilos en una negociación de 2.000.000 kilos de maíz amarillo. En este caso este faltante fue finalmente entregado antes de la celebración del acuerdo de arreglo directo No. 018 del 29 de octubre de 2008, ya que en esta acta se determina que la operación se encuentra cumplida. De esta forma, encuentra la Sala que en este caso si bien existe un incumplimiento por entrega extemporánea del producto la conducta reviste de menor gravedad toda vez que la operación fue finalmente cumplida antes del vencimiento de la misma.

En tercer lugar, tenemos la operación No. 7659045 en la que no hubo entregas del producto en la época pactada para el efecto y en donde el departamento técnico de la BNA no pudo realizar el análisis de calidad del producto porque el mismo no se

encontraba a disposición cuando este órgano realizó la visita, todo lo cual implica que se trate de una conducta grave ya que el daño causado a la contraparte es mayor. No obstante lo anterior, la Sala encuentra que al realizar el análisis probatorio se evidencia que la diligencia desplegada por la sociedad comisionista debe ser tenida en cuenta como un atenuante de la responsabilidad disciplinaria ya que salta a la vista que realizó las gestiones tendientes al cumplimiento de la operación y a subsanar los inconvenientes surgidos en el desarrollo de la misma.

Para la operación 7765298 tenemos que hubo un cumplimiento parcial ya que se entregaron únicamente 1.991 toneladas aproximadamente de las 2.500 que se encontraban pactadas en la negociación. Se trata de un incumplimiento parcial sobre el cual se realizó un acuerdo de arreglo directo para las entregas del producto faltante. De esta manera, en este caso resulta un atenuante la conducta la realización de dicho acuerdo para subsanar los daños causados con el incumplimiento. En el caso de la operación No. 7450157 ocurre algo similar ya que se entregan 251.530 kilos de los 1.000.000 pactados como total de la negociación. Mediante arreglo directo se determina que la cantidad faltante será entregada en los meses de diciembre, enero y abril de 2009. De esta forma en este caso también existe un atenuante de la conducta al permitir que la contraparte aunque sea tardíamente pueda obtener el producto que vino a buscar en este escenario de negociación, de esta forma, intentar subsanar el daño causado demuestra una lealtad y buena fe de las partes en la negociación que es fundamental en este mercado.

Analizado lo anterior, es preciso mencionar que no obstante los factores atenuantes precisados, estamos ante una conducta grave ya que la no entrega del producto en el caso concreto en donde se trató de diferentes operaciones con el mismo mandante comprador, conlleva a que la confianza que este cliente en particular tiene en el mercado administrado por la BNA se disminuya, ya que se le presentaron varios incumplimientos que no permitieron que pudiera obtener el producto objeto de negociación. De esta forma es claro que es una conducta que afecta el mercado en general ya que la magnitud de los incumplimientos es alta y salta a la vista que los inconvenientes presentados no fueron pocos, todo lo cual afecta la transparencia y confiabilidad que los inversionistas depositan en este mercado.

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

Así las cosas, teniendo en cuenta que la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.**, incurrió en una infracción que vulneró disposiciones reglamentarias y en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos y las circunstancias específicas de la falta estudiada, por

unanimidad la Sala de Decisión No. 7 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de Multa de nueve (9) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

IV. INCUMPLIMIENTOS EN EL PAGO DE OPERACIONES AL CIERRE DE LA COMPENSACIÓN.

4.1. Hechos.

4.1.1. Operaciones Forward MCP Nos. 6994878 y 6995024 (compensación del 20 de mayo de 2008), operaciones forward Nos. 6978607, 6978608, 6994857, 6994859, 6994861, 6994866, 6994868, 6994869, 6994870, 7006460, 7006461, 7006463, 7006464, 7006727, 7024302, 7024303, 7055304, 7056026, 7056027, 7240643, 7240699, 7240704 y 7308432 (compensación del 30 de mayo de 2008) y operaciones de Físico Disponible Nos. 7546906, 7546908 y 7546912 (compensación del 1 de agosto de 2008).

4.1.1.1. La sociedad comisionista **AGROPAR S.A.**, celebró el día 5 de marzo de 2008, las operaciones Nos. 6994878 y 6995024 sobre mezcla de aceites vegetales, por un valor de \$123.120.000 y \$13.651.200 respectivamente. Estas operaciones se pactaron con fecha de pago final el día 27 de junio de 2008 y pagos parciales a plazo 15 días después de entregado el producto. La administración de la BNA, mediante declaratoria de incumplimiento PSD-177 del 21 de mayo de 2008¹¹⁰, declaró el incumplimiento de las operaciones, ya que el día 20 de mayo de 2008, la sociedad comisionista no realizó el pago de \$45.590.400 correspondiente a las operaciones Nos. 6994878 y 6995024.

4.1.1.2. Así mismo la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.**, en calidad de comisionista-comprador celebró el día 3 de marzo de 2008 las operaciones Nos. 6978607 y 6978608; el día 5 de marzo de 2008 las operaciones Nos. 6994857, 6994859, 6994861, 6994866, 6994868, 6994869 y 6994870; el día 7 de marzo de 2008 las operaciones Nos. 7006460, 7006461, 7006463, 7006464 y 7006727; el día 12 de marzo de 2008 las operaciones Nos. 7024302 y 7024303; el día 18 de marzo las operaciones Nos. 7055304, 7056026 y 7056027; el día 23 de abril de 2008 las operaciones Nos. 7240643, 7240699 y 7240704 y el día 8 de mayo de 2008 la operación No. 7308432. Todas estas operaciones contaban con diferentes entregas y pagos parciales, dentro de los cuales se encontraba un pago parcial que debía efectuarse el día 3 de junio de 2008.

Mediante declaratoria de incumplimiento PSD-186 del 3 de junio de 2008¹¹¹, la administración de la Bolsa declaró el incumplimiento en el pago de las operaciones por las siguientes sumas parciales incumplidas:

Operación	Valor total negociación	Valor declarado incumplido
-----------	-------------------------	----------------------------

¹¹⁰ Cuaderno No. 1 Folio 099.

¹¹¹ Cuaderno No. 1 Folio 140.

6978607	\$ 1,497,600	\$ 748,800
6978608	\$ 2,246,400	\$ 748,800
6994857	\$ 137,689,200	\$ 45,896,400
6994859	\$ 75,103,200	\$ 25,034,400
6994861	\$ 375,516,000	\$ 125,172,000
6994866	\$ 125,172,000	\$ 41,724,000
6994868	\$ 75,103,200	\$ 25,034,400
6994869	\$ 200,275,200	\$ 66,758,400
6994870	\$ 250,344,000	\$ 83,448,000
7006460	\$ 253,908,000	\$ 84,636,000
7006461	\$ 28,212,000	\$ 14,106,000
7006463	\$ 42,318,000	\$ 21,159,000
7006464	\$ 197,484,000	\$ 98,742,000
7006727	\$ 84,834,000	\$ 28,278,000
7024302	\$ 216,964,800	\$ 54,241,200
7024303	\$ 24,184,800	\$ 6,046,200
7055304	\$ 84,636,000	\$ 42,318,000
7056026	\$ 89,460,000	\$ 29,820,000
7056027	\$ 5,751,000	\$ 1,917,000
7240643	\$ 84,636,000	\$ 28,212,000
7240699	\$ 71,982,000	\$ 71,982,000
7240704	\$ 29,312,000	\$ 29,312,000
7308432	\$ 12,568,000	\$ 12,568,000
Total		\$ 980,220,600

4.1.1.3. Por otra parte, la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.**, en calidad de comisionista comprador celebró el día 25 de junio de 2008 las operaciones Nos. 7546906, 7546908 y 7546912 por un valor total de negociación de \$34,875,000 las dos primeras y \$1,776,000 la operación No. 7546912. Todas estas operaciones fueron pactadas con fecha de pago final el día 1 de agosto de 2008.

Mediante declaratoria de incumplimiento PSD-252 del 4 de agosto de 2008¹¹², la administración de la Bolsa declaró el incumplimiento total en el pago de las operaciones ya que el mismo no se efectuó al cierre de la compensación el día 1 de agosto de 2008.

4.1.2. Operaciones de físicos Nos. 6933994, 6933997, 6934413, 7151154, 7151470, 7167491, 7168217, 6934427 (compensación del 15 de mayo), 7520896 (compensación del 1 de agosto), 8178323 y 7998209 (compensación del 18 de noviembre)

¹¹² Cuaderno No. 1 Folio 173.

4.1.2.1. La sociedad comisionista **AGROPAR S.A.** celebró en la Rueda de la BNA, en calidad de comisionista comprador las operaciones Nos. 6933994, 6933997, 6934413 y 6934427 el día 27 de febrero de 2008; las operaciones Nos. 7151154 y 7151470 el día 7 de abril de 2008 y las operaciones Nos. 7167491 y 7168217 el día 9 de abril de 2008. Las operaciones Nos. 6933994, 6933997, 6934413 y 6934427 fueron pactadas con fecha de pago final el día 15 de mayo de 2008 mientras que las operaciones Nos. 7151154, 7151470, 7167491 y 7168217 se pactaron con fecha de pago el día final para el día 19 de junio de 2008. No obstante lo anterior, acorde al Sistema de Información Bursátil de la BNA, sobre estas operaciones que tenían como fecha de pago el día 19 de junio de 2008, debían efectuarse un pago parcial el día 15 de mayo de 2008.

La administración de la Bolsa mediante declaratoria de incumplimiento PSD-167 del 16 de mayo de 2008¹¹³, decretó el incumplimiento de las operaciones en mención ya que al cierre de la compensación no se había efectuado el pago de las mismas. La declaratoria de incumplimiento se realizó por los siguientes valores parciales:

Operación	Valor total negociación	Valor incumplido
6933994	\$ 5.244.200	\$ 1.649.700
6933997	\$ 57.521.000	\$ 7.442.539
6934413	\$ 62.022.000	\$ 26.504.342
6934413	\$ 62.022.000	\$ 3.060.654
7151154	\$ 9.477.000	\$ 5.032.209
7151470	\$ 50.417.000	\$ 5.211.912
7167491	\$ 4.303.510	\$ 806.180
7168217	\$ 15.617.750	\$ 3.938.000
6934427	\$ 22.298.000	\$ 9.710.025
Total	\$ 288.922.460	\$ 63.355.561

4.1.2.2. Así mismo, la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.**, en calidad de comisionista comprador celebró el día 19 de junio de 2008 la operación No. 7520896 por un valor total de negociación de \$ 9,192,000 y pactó como fecha de pago final el día 1 de agosto de 2008.

Mediante declaratoria de incumplimiento PSD-252 del 4 de agosto de 2008¹¹⁴, la administración de la Bolsa declaró el incumplimiento total en el pago de la operación ya que el mismo no se efectuó al cierre de la compensación el día 1 de agosto de 2008.

4.1.2.3. La sociedad comisionista **AGROPAR S.A.**, en calidad de comisionista comprador celebró el día 17 de octubre de 2008, la operación No. 8178323 sobre Caldo Concentrado de Gallina en sobre, pactando 3 pagos parciales los cuales se debían efectuar el 15 de noviembre de 2008, el 15 de diciembre de 2008 y el 15 de enero de 2009.

¹¹³ Cuaderno No. 1 Folio 080-095.

¹¹⁴ Cuaderno No. 1 Folio 173.

Mediante declaratoria de incumplimiento PSD-350 del 19 de noviembre de 2008¹¹⁵, la administración de la Bolsa declaró el incumplimiento en el pago de la operación ya que el mismo no se efectuó al cierre de la compensación el día 18 de noviembre de 2008.

- 4.1.2.4. La sociedad comisionista **AGROPAR S.A.**, en calidad de comisionista comprador celebró el día 12 de septiembre de 2008 la operación No. 7998209 sobre papa por lotes. La operación fue pactada con fecha de pago final el día 29 de noviembre de 2008.

Mediante declaratoria de incumplimiento PSD-459 del 2 de diciembre de 2008¹¹⁶, la administración de la Bolsa declaró el incumplimiento en el pago de \$617.400 de la operación ya que el mismo no se efectuó al cierre de la compensación.

4.2. Solicitud de explicaciones formales

En la solicitud formal de explicaciones institucionales, el Área de Seguimiento realiza un resumen sobre los hechos que dan lugar a la misma en relación con operaciones de físicos numeral 1.2., en las cuales la sociedad comisionista AGROPAR S.A., actuó en calidad de comisionista comprador.

De esta forma considera que el presunto incumplimiento en el pago de estas operaciones podría dar lugar a la vulneración del "artículo 29, numerales 6, 8, y 11 del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; configurando la conducta prevista en el numeral 13 del artículo 2.2.2.1. del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; y, adicionalmente la causal de incumplimiento prevista en el numeral 3.11.1 del Instructivo Operativo 09 de 2007 de la CRCBNA, al no efectuar o acreditar los pagos mediante la transferencia de fondos o entrega de cheque dentro del procedimiento de compensación y liquidación y dentro de los términos establecidos para el efecto".

Se refiere también a estas operaciones en audiencia realizada por el Área de Seguimiento en la etapa de investigación.

4.3. Explicaciones formales

Manifiesta en primer lugar que acepta los hechos descritos por el Área de Seguimiento en cuanto a las operaciones más no así la imputación hecha ya que considera que "la sociedad no incumplió las operaciones en referencia". De esta forma, expresa que:

"Ahora bien, en lo que hace a lo dicho en la parte inicial de la página siete del comunicado, no acepto que la manifestación de AGROPAR S.A. se tome como confesión de incumplimiento en el pago. No es correcto que se cambie de forma grosera el contexto de dicha comunicación, pues de forma clara e inequívoca se acredita que el pago fue efectivamente hecho en la fecha de vencimiento. Se ha dicho por parte de esta sociedad, en pluralidad de ocasiones, que no es de su responsabilidad el hecho de que la BNA haya decidió (sic) de formas (sic) inconsulta con los comisionistas, abrir sólo una cuenta bancaria para la compensación de operaciones, máxime que tiene la posibilidad de abrirlas en todas las entidades bancarias autorizadas en Colombia. Quedó demostrado que la transferencia

¹¹⁵ Cuaderno No. 2 Folio 303.

¹¹⁶ Cuaderno No. 2 Folio 309.

se hizo el día del vencimiento y que es un asunto absolutamente ajeno a AGROPAR S.A. las demoras que se presenten en la transferencia de los fondos, máxime si a la entidad que la adelanta le retiran los fondos de cuenta en forma inmediata. No se entiende cómo ni bajo qué bases jurídicas se le traslada a una entidad como AGROPAR S.A. la responsabilidad por un asunto completamente ajeno a su control.

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

Manifiesta en primer lugar frente a los argumentos de la investigada según el cual las operaciones se cumplieron que en las "explicaciones no se aportan las pruebas que sustenten su decir ni precisar las razones o circunstancias de tiempo, modo o lugar que permitan corroborar su afirmación, por lo que este Despacho efectuará las consideraciones pertinentes con base en la documentación que reposa en el expediente".

A continuación realiza un análisis de las circunstancias ocurridas alrededor de cada una de las operaciones concluyendo que en los casos bajo análisis hubo un retardo en el pago. De esta forma considera que: *"En consecuencia la conducta de la sociedad comisionista no se avino a las disposiciones que regulan la compensación y liquidación de operaciones las cuales deben ser rigurosamente observadas por las partes contratantes en la medida en que "la liquidación de la operación no constituye un mero acto formal y contable sino que es su cumplimiento mismo de lo cual debe dar fe la Bolsa"¹¹⁷ y están orientadas a velar y asegurar el cumplimiento efectivo de las operaciones celebradas, propio de un mercado seguro, transparente y organizado. En consecuencia, al celebrarse una operación en Bolsa deben emplearse debida y oportunamente los mecanismos de compensación y liquidación conforme lo establecen los reglamentos de negociación dispuestos para el efecto".*

4.5. Consideraciones de la Sala

4.5.1. 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"¹¹⁸. 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]vento presentado cuando en la fecha de pago

¹¹⁷ Res. 345 del 04-06-90 Superintendencia de Valores, Doctrinas y Conceptos 1.995. Pág. 88.

¹¹⁸ Boletín Instructivo # 132 del 2 de noviembre de 2006.

*pactada no se realiza o acredita el pago mediante la transferencia de fondos o entrega de cheque (...)*¹¹⁹.

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"*.

De esta forma, si las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa tienen perfecta claridad sobre la utilización de los mecanismos de pago, podrán consecuentemente prestar una debida asesoría a sus clientes para la realización de los pagos en el tiempo debido.

4.5.2. Del caso concreto.

4.5.2.1. Operaciones Forward MCP Nos. 6994878 y 6995024 (compensación del 20 de mayo de 2008), operaciones forward Nos. 6978607, 6978608, 6994857, 6994859, 6994861, 6994866, 6994868, 6994869, 6994870, 7006460, 7006461, 7006463, 7006464, 7006727, 7024302, 7024303, 7055304, 7056026, 7056027, 7240643, 7240699, 7240704 y 7308432 (compensación del 30 de mayo de 2008) y operaciones de Físico Disponible Nos. 7546906, 7546908 y 7546912 (compensación del 1 de agosto de 2008).

Las operaciones Nos. 6994878 y 6995024, acorde a las pruebas obrantes en el expediente¹²⁰ fueron celebradas el día 5 de marzo de 2008, sobre mezcla de aceites vegetales por un valor de \$123.120.000 y \$13.651.200 respectivamente y con fecha de pago final el día 27 de junio de 2008. Ahora bien, teniendo en cuenta que la administración de la BNA declaró el incumplimiento de las operaciones por no acreditarse el pago de las mismas del día 20 de mayo, la Sala entrará a analizar lo ocurrido en este pago parcial que correspondía a la entregas del mes de abril.

El día 18 de abril de 2008, la AGLFM mediante comunicación 595¹²¹ solicita a AGROPAR S.A. gestionar ante la BNA el muestreo y análisis microbiológico, físico

¹¹⁹ Boletín Instructivo # 09 del 12 de febrero de 2007.

¹²⁰ Comprobantes de negociación (Cuaderno No. 1 Folios 096 y 097); Detalle impreso de las operaciones en el Sistema de Información Bursátil (Cuaderno No. 1 Folio 100); Ficha técnica de Negociación de las operaciones (Cuaderno No. 2 Folios 352-355).

¹²¹ Cuaderno No. 2 Folio 348.

químico del producto relativo a la operación No. 6995024 Regional Tolomaida, para efectos de verificar que cumpla con todos los requisitos establecidos en la ficha técnica. De esta manera, **AGROPAR S.A.** el día 18 de abril realiza la solicitud de análisis de laboratorio al departamento técnico de la BNA¹²².

Teniendo en cuenta lo anterior, la AGLFM, mediante comunicación 609 del 22 de abril¹²³, informa a **AGROPAR S.A.** que las operaciones no serán compensadas el día 30 abril *"debido que se encuentran en estudio de laboratorio; adicionalmente se fija nueva fecha de entrega y pago"*. De esta manera, informa que se prorrogó la entrega para el día 25 de abril de 2008 en ambas operaciones¹²⁴.

El día 30 de abril, el laboratorio de toxicología de la facultad de medicina veterinaria y de zootecnia de la Universidad Nacional de Colombia remite a la BNA el resultado de análisis realizado.¹²⁵ De acuerdo a esto, el departamento técnico de la BNA mediante DT-364 del 5 de mayo de 2008¹²⁶ informa a **AGROPAR S.A.**, lo siguiente:

"De acuerdo a su comunicación No. 4607 del 18 de abril, atentamente le informo que el producto muestreado en ciudad de Tolomaida, Mezcla de aceites Vegetales por 1000 centímetros y 3000 centímetros y entregado en cumplimiento de las operaciones de la referencia, se encuentran dentro de las especificaciones de la ficha técnica del producto en lo referente a: Contenido de aceite de soya y Oleína de palma".

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, tenemos que la fecha de pago debía contarse desde la fecha en que se determina que el producto se encuentra acorde con la calidad, es decir, desde el 5 de mayo de 2008. Esto implica que la fecha de pago establecida para estas entregas quedó para el día 20 de mayo de 2008.

Siguiendo esta línea, tenemos que acorde a la declaratoria de incumplimiento PSD-177 del 21 de mayo de 2008¹²⁷, el día 20 de mayo de 2008 al cierre de la compensación, la sociedad comisionista no pagó el valor correspondiente. Sin embargo, teniendo en cuenta que la investigada alega haber pagado en término, la Sala de Decisión mediante Resolución 075 de 2009 solicitó al mandante comprador y a la sociedad comisionista investigada que certificara la fecha exacta en que se realizó efectivamente el pago de las operaciones y para el efecto fueran anexados los soportes correspondientes.

De esta forma, obra en el expediente orden de pago No. 853¹²⁸ con fecha del 16 de mayo de 2008, en la cual se detalla el pago de las operaciones por un valor de \$52.884.864. Así mismo, obra en el expediente el documento "archivos en confección" del 19 de mayo de 2008 por el mismo valor de \$52.884.864. Ahora bien, este valor corresponde exactamente con el pago que se debía efectuar de las operaciones teniendo en cuenta que el mismo incluye el IVA que corresponde a \$6.566.400 para la operación No. 6994878 y a \$5.278.464 para la operación 6995024.

¹²² Cuaderno No. 2 Folio 349.

¹²³ Cuaderno No. 3 Folio 446.

¹²⁴ Por su parte, **AGROPAR S.A.**, informa al departamento de operaciones de la BNA la situación, mediante comunicación 4627 del 24 de abril de 2008 (Cuaderno No. 3 Folio 448).

¹²⁵ Cuaderno No. 2 Folio 350.

¹²⁶ Cuaderno No. 2 Folio 351.

¹²⁷ Cuaderno No. 1 Folio 099.

¹²⁸ Cuaderno No. 6 Folio 071.

Ahora bien, si bien es cierto que en el documento Formato Pago de Productos¹²⁹ de las operaciones Nos. 6994878 y 6995024, se expone como fecha de giro el día 22 de mayo de 2008, no es menos cierto que el documento "archivos en confección" prueba que se da una instrucción para la realización de un transacción, es decir, el pago ya se inició y esto sumado a la orden de pago mencionada, indica que en efecto hubo una orden de pago en tiempo aunque la misma no se hubiese acreditado en la cuenta compensada ese mismo día. Al respecto es preciso mencionar, que para la Sala es claro que en este caso no se presenta como tal un incumplimiento en el pago toda vez que el mismo se realiza en la fecha pactada, sin embargo, la no acreditación del mismo en la fecha pactada es lo que conlleva a la confusión de las instancias competentes.

Ahora bien, en lo que respecta a las operaciones forward MCP Nos. 6978607, 6978608, 6994857, 6994859, 6994861, 6994866, 6994868, 6994869, 6994870, 7006460, 7006461, 7006463, 7006464, 7006727, 7024302, 7024303, 7055304, 7056026, 7056027, 7240643¹³⁰, se encuentra probado que la sociedad comisionista investigada debía efectuar pagos parciales el día 30 de mayo de 2008 y en las operaciones disponible MCP Nos. 7240699, 7240704, 7308432, se encuentra que la sociedad comisionista debía efectuar la totalidad del pago en este día.¹³¹

Acorde al módulo de compensación de la BNA, este pago sólo se acreditó el día 4 de junio de 2008, y por tanto la administración de la Bolsa mediante declaratoria de incumplimiento PSD-186 del 3 de junio de 2008¹³² declaró el incumplimiento en el pago de las operaciones. Sin embargo, la sociedad comisionista alega que el mismo se llevó a cabo en la fecha pactada, por lo cual entrará la Sala a analizar las pruebas obrantes en el expediente.

Del Formato de Pago de Productos por Comprador aportado por la investigada¹³³, realizado el día 4 de junio de 2008, se indica que el giro se llevó a cabo el día 30 de mayo de 2008 por un valor total de \$1.084.017.336, este valor incluye el IVA de algunas de las operaciones cuyo subyacente se encuentra gravado.

Así mismo, obra en el expediente la certificación de la AGLEM según la cual las operaciones fueron pagadas el día 30 de mayo de 2008¹³⁴. Para sustentar tal certificación adjunta comprobante de pago No. 959 del 23 de mayo de 2008¹³⁵ por un valor de \$1.033.096.416¹³⁶ y el comprobante de pago No. 998 del 27 de mayo de 2008¹³⁷ por un valor de \$36.814.920.¹³⁸ La suma de estos comprobantes de pago da un total de \$1.069.911.336; teniendo en cuenta que faltaría relacionar la operación No. 7006461 sobre la cual debían pagarse \$14.106.000. Adicionalmente, adjunta

¹²⁹ Cuaderno No. 6 Folio 006.

¹³⁰ Estas fechas de pago se encuentran establecidas en el SIB y en las fichas técnicas de las operaciones. Cuaderno 1 Folios 396-405.

¹³¹ En efecto obran en el expediente los comprobantes de negociación de las operaciones (Cuaderno No. 1 Folios 108-130) y el reporte de incumplimiento del departamento de operaciones sobre operaciones de físicos del día 30 de mayo de 2008 de cada una de las operaciones. (Cuaderno No. 1 Folios 131-139)

¹³² Cuaderno No. 1 Folio 140.

¹³³ Cuaderno No. 6 Folio 010.

¹³⁴ Cuaderno No. 6 Folio 080-081.

¹³⁵ Cuaderno No. 6 Folio 075.

¹³⁶ En este comprobante de pago se relacionan las operaciones Nos. 6978607, 6978608, 6994857, 6994859, 6994861, 6994866, 6994868, 6994869, 6994870, 7006460, 7006463, 7006464, 7006727, 7024302, 7024303, 7055304, 7240643, 7240699, 7240704 y 7308432.

¹³⁷ Cuaderno No. 6 Folio 074.

¹³⁸ Este comprobante se refiere a las operaciones Nos. 7056027 y 7056026.

documento "archivos en confección" fechado el 30 de mayo de 2008, en el cual se encuentra un importe para la CRCBNA por un valor de \$1.033.096.416 y otro por un valor de \$36.814.920¹³⁹.

De esta manera encuentra la Sala que las pruebas obrantes en el expediente indican que el pago se realizó en la fecha pactada pero su acreditación en el sistema se realizó posteriormente al igual que en la situación estudiada previamente.

Por otra parte, en lo que se refiere a las operaciones de Físico Disponible Nos. 7546906, 7546908 y 7546912, tenemos que acorde a los comprobantes de negociación¹⁴⁰, se celebraron el día 25 de junio de 2008 con fecha de pago final el día 1 de agosto de 2008.

Ahora bien acorde al Jefe del Área de Seguimiento *"la información evidenciada en el módulo de compensación del SIB, (...) los pagos de las operaciones Nos. 7546906, 7546908 y 7546912, que ascienden a la suma de \$ 71.526.000, fueron efectuados el 5 de agosto de 2008. Lo anterior, da cuenta del incumplimiento en cuanto al pago de las operaciones objeto de investigación en los términos pactados, si bien su pago se efectuó con posterioridad"*.

De esta manera, entrará la Sala a analizar las demás pruebas obrantes en el expediente aportadas por la investigada y su mandante.

Tenemos que acorde al Formato Pago de Productos aportado por el investigado el giro de los dineros para efectuar el pago de las operaciones se realizó el día 1 de agosto de 2008 por un valor de \$1.776.000 para la operación No. 7546912 más un IVA de \$284.160 y de \$34.875.000 para las operaciones Nos. 7546906 y 7546908. Así mismo, obra en el expediente orden de pago de la AGLFM del día 31 de julio de 2008¹⁴¹ referida a las operaciones Nos. 7546906, 7546908 y 7546912 por un valor de \$71.810.160, el cual se acompasa exactamente con el valor total pagado acorde al Formato Pago de Productos.

De esta manera encuentra la Sala de Decisión que frente a las operaciones Forward MCP Nos. 6994878 y 6995024 (compensación del 20 de mayo de 2008), operaciones forward Nos. 6978607, 6978608, 6994857, 6994859, 6994861, 6994866, 6994868, 6994869, 6994870, 7006460, 7006461, 7006463, 7006464, 7006727, 7024302, 7024303, 7055304, 7056026, 7056027, 7240643, 7240699, 7240704 y 7308432 (compensación del 30 de mayo de 2008) y operaciones de Físico Disponible Nos. 7546906, 7546908 y 7546912 (compensación del 1 de agosto de 2008), no se encuentra en sentido estricto un incumplimiento en el pago toda vez que el giro y el procedimiento de pago se realizó en la fecha pactada no obstante acreditarse con posterioridad.

Frente a las circunstancias analizadas, la Sala de Decisión llama la atención de la firma comisionista para que obre con mayor diligencia y precisión para gestionar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el mercado de la BNA, toda vez que el debido funcionamiento del sistema de compensación y liquidación depende en gran medida de la precisión con que las sociedades comisionistas de la BNA actúen frente a las obligaciones que tienen con el mismo. En especial, en la acreditación en tiempo de las entregas y pagos de las operaciones celebradas en la Bolsa, toda vez que al no

¹³⁹ Cuaderno No. 6 Folio 017.

¹⁴⁰ Cuaderno No. 1 Folios 167-169.

¹⁴¹ Cuaderno No. 6 Folio 077.

realizar oportunamente este procedimiento, se activa todo el mecanismo de incumplimientos establecido en la Bolsa lo cual le resta eficiencia al sistema.

En efecto, es una obligación en cabeza de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa la de acreditar los pagos en las cantidades y fechas exactas en las cuales se realicen, lo cual en el caso concreto no sucedió, tal y como se desprende del documento Formato Pago de Productos en donde la fecha de realización del documento -acreditación ante la CRCBNA- no coincide con la fecha de giro.

Es por esto que la Sala resalta la importancia de la diligencia y profesionalismo en el actuar de la sociedades comisionistas no sólo *ex ante*, informando a su cliente todas las circunstancias pertinentes para lograr el cumplimiento de la operación de forma oportuna, sino también en el momento posterior al cumplimiento, acreditando el mismo oportunamente para que la CRCBNA pueda subir la información a la compensación y ésta corresponda a la realidad de los pagos o entregas realizadas. Lo anterior es fundamental para un correcto funcionamiento del sistema y es un deber de las sociedades comisionistas el actuar de la manera indicada.

No obstante las precisiones anteriores, la Sala de Decisión encuentra que el presunto incumplimiento en el pago de las operaciones mencionadas en el caso concreto no reviste materialidad suficiente para derivar responsabilidad disciplinaria de la conducta de la investigada, toda vez que no hubo un incumplimiento en el pago en el día pactado de forma exacta, sino que se trata de un tema de acreditación de los pagos en el sistema de compensación y liquidación de la BNA.

En este sentido es importante anotar que el Jefe del Área de Seguimiento en el pliego de cargos elevado, respecto de las operaciones 7250212 y 8491168 archiva la investigación. La consideración para proceder de tal manera, en especial en la operación No. 8491168 es que *"Con base en la información analizada respecto de la operación No. 8491168, particularmente el documento de 'archivo en confección' aportado por Agropar S.A., se tiene que se dio la instrucción para realizar la transacción aunque la misma no se hubiere acreditado ese mismo día. Si bien, el pago no aparece abonado en la cuenta compensada de la Cámara en la fecha y hora de cumplimiento de las obligaciones, este Despacho, en virtud de los pronunciamientos de la Cámara Disciplinaria sobre las transferencias por el sistema ACH, cuando ésta se realiza el día de cumplimiento de la operación, considera que en este caso, no hay lugar a formular cargos en relación con la operación citada en razón a que, de acuerdo con la evidencia que obra en el expediente, la transferencia se realizó el día 19 de enero de 2009 fecha de cumplimiento de la operación, en consecuencia, se ordena el archivo de la investigación en cuanto a este aspecto se refiere"*. (subrayado fuera del texto original)

Por lo tanto esta Sala encuentra que las operaciones objeto de estudio en el presente acápite, se sirven de esta misma consideración y por lo tanto, no hay lugar a imponer sanción. Sin embargo, recuerda la Sala que la reiteración de una conducta como la estudiada puede conllevar al incumplimiento de los deberes de diligencia, precisión y especial responsabilidad que recaen sobre las sociedades comisionistas miembros de la BNA.

4.5.2.2. Operaciones de físicos Nos. 6933994, 6933997, 6934413, 7151154, 7151470, 7167491, 7168217, 6934427 (compensación del 15 de mayo), 7520896 (compensación del 1 de agosto), 8178323 (compensación del 18 de noviembre) y 7998209 (compensación del 29 de noviembre)

En lo que se refiere a las operaciones Forward y Disponible MCP Nos. 6933994, 6933997, 6934413, 7151154, 7151470, 7167491, 7168217 y 6934427 tenemos que se encuentra probado dentro del expediente las fechas en las cuales las mismas fueron celebradas y las condiciones pactadas. Así mismo, se encuentra suficientemente probado que sobre las operaciones bajo estudio debía realizarse un pago el día 15 de mayo según consta en los comprobantes de negociación que obran en el expediente y en el Sistema de Información Bursátil¹⁴².

Ahora bien, acorde a la sociedad comisionista, estas operaciones fueron cumplidas en la fecha pactada. Sin embargo, el Área de Seguimiento manifiesta que por el contrario *“los pagos correspondientes no fueron realizados el 15 de mayo de 2008. En efecto, una vez consultada la información incorporada en el módulo de compensación de físicos del sistema de información bursátil de la BNA, se encuentra que los pagos, los cuales ascienden a la suma de \$ 63.355.561 fueron efectivamente acreditados en cada una de las operaciones objeto de investigación, el lunes 19 de mayo de 2008, esto es fuera del término establecido”*.

La Sala de Decisión para efectos de esclarecer los hechos objeto de investigación y acreditar la fecha exacta en la cual se cumplieron las operaciones, solicitó mediante Resolución 075 de 2009 al mandante comprador y a la sociedad comisionista investigada que certificaran la fecha exacta en que se realizó efectivamente el pago de las mismas y para el efecto fueran anexados los soportes correspondientes.

La sociedad comisionista investigada radicó en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria el día 31 de agosto de 2009, los soportes de pago de cada una de las operaciones bajo investigación¹⁴³. De esta forma tenemos que acorde al Formato de Pagos de Productos por Comprador de las operaciones,¹⁴⁴ con fecha del 19 de mayo de 2008, se realizó un giro el día 15 de mayo de 2008 por la suma de \$63.601.149, suma que se acompasa con el total declarado incumplido mediante declaratoria de incumplimiento PSD-167 del 16 de mayo de 2008.¹⁴⁵

No obstante lo anterior, el mandante comprador AGLEM radicó en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria el día 1 de septiembre de 2009, la certificación solicitada y los soportes de la misma¹⁴⁶. Así, obran en el expediente los comprobantes de pago allegados para el cumplimiento de estas operaciones, todos con fecha del 15 de mayo, que suman un total de \$63.637.149.¹⁴⁷ Lo anterior implica que al ser estas órdenes el inicio del procedimiento para efectuar el pago, las mismas deben tener una fecha anterior a aquella en se debe realizar el giro, por lo cual esta prueba indicaría que en efecto hubo una extemporaneidad en el cumplimiento.

¹⁴² Cuaderno No. 1 Folio 069-076 y Folios 080-095.

¹⁴³ Cuaderno No. 6 Folios 001-044.

¹⁴⁴ Cuaderno No. 6 Folio 028.

¹⁴⁵ La declaratoria de incumplimiento ascendía a la suma de \$ 63.355.561 (Cuaderno No. 1 Folio 079); la diferencia tiene lugar porque las operaciones Nos. 6933994 y 7167491 tenían un IVA de \$164.970 y \$80.618 respectivamente, cantidades que sumadas a la declarada incumplida daría un total de \$ 63.601.149 exactamente igual al consignado por la firma acorde a los formatos bajo estudio.

¹⁴⁶ Cuaderno No. 6 Folios 058-081.

¹⁴⁷ Orden No. 556 por un valor de \$29.564.997 (Cuaderno No. 6 F.064), orden No. 557 por un valor de \$12.654.451 (Cuaderno No. 6 F.063), orden No. 558 por un valor de \$2.701.468 (Cuaderno No. 6 F.062), orden No. 560 por un valor de \$5.032.208 (Cuaderno No. 6 F.061) y la orden No. 561 por un valor de \$13.704.793 (Cuaderno No. 6 F.060) todas con fecha del 15 de mayo de 2008. Sumadas estas órdenes de pago, tenemos un total de \$63.637.149.

A lo anterior se suma que acorde al extracto de cuenta corriente de la AGLFM perteneciente al BBVA¹⁴⁸, el día 16 de mayo de 2008 se realizaron seis cargos¹⁴⁹ por un total de \$63.601.149. Este valor se acompasa exactamente con el valor de las órdenes de pago allegadas por el mandante y la declaratoria de incumplimiento de las operaciones más el IVA.

De esta forma, encuentra la Sala que de las pruebas obrantes en el expediente se deduce que en efecto hubo un retraso en el pago toda vez que el giro de los recursos se realizó únicamente hasta el 16 de mayo de 2008 cuando debía realizarse el día 15 de ese mes y año. Adicionalmente, se debe agregar que tal y como lo resalta el Jefe del Área de Seguimiento, la acreditación del pago se llevó a cabo únicamente hasta el día 19 de mayo, lo cual implica una mayor falta de diligencia y precisión.

Ahora bien, tenemos por otra parte la operación de Físico Disponible No. 7520896, la cual acorde al comprobante de negociación obrante en el expediente,¹⁵⁰ se celebró el día 19 de junio de 2008 con fecha de pago final el día 1 de agosto de 2008. Sin embargo, acorde al Jefe del Área de Seguimiento *"la información evidenciada en el módulo de compensación del SIB, el pago de la operación No. 7520896, por un valor de \$9.192.000 fue efectuado el 11 de agosto de 2008 (...)"*

De esta manera, entrará la Sala a analizar las demás pruebas obrantes en el expediente aportadas por la investigada y su mandante.

Tenemos que acorde al Formato Pago de Productos aportado por el investigado¹⁵¹, el giro de los dineros para esta operación por un valor de \$9.192.000 más \$919.200 correspondiente al IVA, fue realizado el día 6 de agosto de 2008. Así mismo, tenemos que la orden de pago aportada por el mandante comprador¹⁵² tiene fecha del 5 de agosto de 2008, por lo cual, es claro que el pago no se pudo efectuar con anterioridad a aquella fecha. Por lo anterior, encuentra la Sala que frente a la operación No. 7520896 se encuentra suficientemente probado el incumplimiento en el pago de la operación el día pactado. Adicionalmente se presenta como en los casos anteriores, falta de diligencia de la sociedad comisionista investigada toda vez que no acreditó el pago frente a la CRCBNA sino hasta el día 11 de agosto de 2008 tal y como consta en el formato pago de producto y en el sistema de compensación y liquidación de la BNA.

En cuanto a la operación No. 8178323 celebrada por AGROPAR S.A. en calidad de comisionista comprador el día 17 de octubre por un valor de \$5.184.000, tenemos que acorde al Sistema de Información Bursátil de la BNA, la operación tenía pactados 3 pagos parciales los cuales se debían efectuar el 15 de noviembre de 2008, el 15 de diciembre de 2008 y el 15 de enero de 2009 por una suma de \$1.728.000 cada uno¹⁵³.

¹⁴⁸ Cuaderno No. 6 Folio 065.

¹⁴⁹ Los seis cargos corresponden a los siguientes valores: \$29.564.997, \$12.654.451, \$2.701.468, \$5.032.208 y \$13.648.025.

¹⁵⁰ Cuaderno No. 1 Folio 170.

¹⁵¹ Cuaderno No. 6 Folio 017.

¹⁵² Cuaderno No. 6 Folio 079.

¹⁵³ Comprobante de negociación de la operación (Cuaderno No. 2 Folio 302). Detalle impreso de la operación en el Sistema de Información Bursátil y en el Sistema de Compensación y Liquidación de la BNA. (Cuaderno No. 2 Folio 304).

Sin embargo, la declaratoria de incumplimiento se refiere al incumplimiento en el pago del día 18 de noviembre de 2008¹⁵⁴.

Lo anterior fue aclarado por el departamento de operaciones de la BNA en comunicación DO-120¹⁵⁵ expresando que: "el día 15 de noviembre de 2008 fue un día sábado, el 17 de noviembre de 2008 era un lunes festivo, por tal motivo el incumplimiento se declara el 18 de noviembre de 2008, primer día hábil siguiente, según las normas establecidas para este procedimiento".

Acorde al Sistema de Compensación y Liquidación de la BNA, el pago por un valor de \$1.728.000 fue acreditado el día 25 de noviembre de 2008. Teniendo en cuenta lo anterior entrará la Sala a analizar las pruebas aportadas.

Acorde al Formato Pago de Productos aportado por el investigado¹⁵⁶, tenemos que el día 21 de noviembre se efectuó un giro para la operación No. 8178323 por un valor total de \$2.004.480¹⁵⁷. Así mismo, obra en el expediente la orden de pago No. 2974¹⁵⁸ por el mismo valor y en la cual se relaciona esta operación, fechada el día 21 de noviembre de 2008, por lo cual se entiende que el pago allí consignado no podría haberse efectuado antes de esa fecha.

De esta forma, considera la Sala que respecto de la operación No. 8178323 se encuentra suficientemente probado que hubo un incumplimiento en el pago parcial de la operación el día pactado. Adicionalmente sólo acredita el pago hasta el 25 de noviembre de 2008, lo cual demuestra falta de diligencia y precisión por parte de la sociedad comisionista.

Finalmente, frente a la operación No. 7998209, tenemos que se encuentra probado en el expediente que la misma fue celebrada el día 12 de septiembre de 2008 por un valor de \$ 21.000.000 pactando como fecha de pago final el día 29 de noviembre de 2008, todo lo cual, consta en el comprobante de negociación de la operación que obra en el expediente.¹⁵⁹

Ahora bien, según la información que reposa en el Sistema de Compensación y Liquidación,¹⁶⁰ la sociedad comisionista realizó dos pagos de la operación los días 4 y 20 de noviembre de 2008 por un valor de \$7.144.200 y \$13.671.000 respectivamente. De esta forma, tenemos que el saldo de la operación debía pagarse el día 29 de noviembre de 2008, sin embargo en este sistema se tiene que el mismo fue efectuado el día 9 de diciembre de 2008.

¹⁵⁴ Reporte de incumplimiento del departamento de operaciones sobre operaciones de físicos del día 30 de mayo de 2008, de cada una de las operaciones (Cuaderno No. 2 Folio 301). Declaratoria de incumplimiento PSD-186 del 3 de junio de 2008 Cuaderno No. 2 Folio 303).

¹⁵⁵ Cuaderno No. 3 Folio 451.

¹⁵⁶ Cuaderno No. 6 Folio 036.

¹⁵⁷ Este valor total corresponde a la suma de \$1.728.000 más un IVA correspondiente a la suma de \$276.480.

¹⁵⁸ Cuaderno No. 6 Folio 0069.

¹⁵⁹ Comprobante de negociación de la operación (Cuaderno No. 2 Folio 308). Detalle impreso de la operación en el Sistema de Información Bursátil y en el Sistema de Compensación y Liquidación de la BNA. (Cuaderno No. 2 Folio 310).

¹⁶⁰ Cuaderno No. 2 Folio 310.

Acorde a las pruebas aportadas, tenemos que el Formato Pago de Productos de la operación¹⁶¹ correspondiente al pago del saldo de la misma, tiene como fecha de giro el día 1 de diciembre de 2008. En efecto, en este documento se acredita que este día se giró una suma equivalente a \$617.400 correspondiente al faltante por pagar.

Por otra parte, tenemos que el mandante comprador únicamente allegó como prueba la orden de pago y extracto de cuenta corriente correspondiente al pago de la operación pactado para el 20 de noviembre de 2008 que se encuentra acreditado en el extracto del banco el día 19 de ese mes, sin embargo, este pago no se encuentra en discusión por lo tanto, no entrará la Sala a analizar dicha prueba.

De esta, forma de las pruebas obrantes en el expediente encuentra la Sala que se encuentra suficientemente probado que hubo un incumplimiento en el pago parcial de la operación, ya que el mismo se realizó con un día de retraso y adicionalmente se realizó tardíamente la acreditación del mismo en el sistema de compensación y liquidación.

Siendo esto así, es claro que en el caso concreto de los documentos que obran en el expediente y de los escritos de defensa de la investigada, se concluye que la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.**, incumplió con su obligación de pago en los términos y condiciones definidos en las operaciones de físicos Nos. 6933994, 6933997, 6934413, 7151154, 7151470, 7167491, 7168217, 6934427 (compensación del 15 de mayo), 7520896 (compensación del 1 de agosto), 8178323 y 7998209 (compensación del 18 de noviembre), en donde no se acredita un error operativo imputable al sistema de compensación y liquidación. Por lo anterior, no son de recibo los argumentos esgrimidos por la sociedad comisionista frente al incumplimiento y por tanto, no se establece causal justa tendiente a evitar la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones asumidas establecidas en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA, tal y como se expondrá a continuación.

4.5.3. Normas vulneradas por la conducta de AGROPAR S.A., y concepto de la violación.

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"*.

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:

¹⁶¹ Cuaderno No. 6 Fólío 042.

"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 **AGROPAR 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 las operaciones y 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 2006¹⁶², pues la operación no se cumplió en la fecha convenida, sino que hubo un pago extemporáneo de las obligaciones.

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 2006.¹⁶³

En efecto, 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 oportuno de la obligación. 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 ocurrió. A esto se debe sumar la falta de diligencia y precisión que implica el no

¹⁶² 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".

¹⁶³ 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".

acreditar de forma oportuna el pago de las operaciones ante la CRCBNA. En efecto, tal y como ya lo ha anotado la Sala esta imprecisión conlleva complicaciones para el sistema ya que no obtiene la información real sobre el cumplimiento de las mismas.

En mérito de lo expuesto, la Sala encuentra que para el caso concreto y en lo que se refiere a las operaciones Nos. 6933994, 6933997, 6934413, 7151154, 7151470, 7167491, 7168217, 6934427 (compensación del 15 de mayo), 7520896 (compensación del 1 de agosto), 8178323 y 7998209 (compensación del 18 de noviembre) existe una conducta objeto de reproche disciplinario, y por tanto procederá a imponer una sanción disciplinaria por la misma.

4.5.4. Graduación de la sanción

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

Es así como, el incumplimiento en el pago oportuno de las operaciones celebradas en el mercado abierto de la Bolsa Nacional Agropecuaria, en las condiciones pactadas, impide el normal desarrollo del Sistema de Compensación y Liquidación de la BNA lo cual afecta la seguridad y transparencia del mercado. Es por esto que considera la Sala necesario reiterar la importancia que reviste para el mercado bursátil administrado por la BNA, el cumplimiento estricto e íntegro de las negociaciones que en él se realizan, toda vez que sólo de esta forma se puede propender por mantener un mercado seguro y confiable, lo cual, es fundamental no sólo para los clientes que depositan su confianza en el mismo, sino también para las mismas sociedades comisionistas miembros de la Bolsa como artífices del mercado. Es por esto, que no pueden ser tomados de forma ligera este tipo de incumplimientos que cuando se vuelven reiterados y de magnitudes mayores, deterioran la confianza que existe en este mercado.

No obstante lo anterior, encuentra la Sala que en el caso concreto al tratarse de pagos extemporáneos, es decir, que finalmente se llevaron a cabo y la diferencia entre la fecha pactada para el pago y la fecha real en la cual se efectuó el mismo oscila entre 1 y 5 días en las diferentes operaciones, la dimensión del daño es menor toda vez que la contraparte obtuvo su contraprestación en un lapso corto de tiempo.

De esta manera considera la Sala que en el caso concreto y teniendo en cuenta la gravedad de la infracción y dimensión del daño es procedente un llamado de atención a la sociedad comisionista para que actúe con mayor diligencia y una especial responsabilidad en el momento de cumplir sus obligaciones en el mercado abierto de la BNA, toda vez que de esto depende el correcto funcionamiento del mismo. Por lo anterior, procederá la Sala a imponer una sanción de Amonestación Pública a la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.** por la conducta asumida.

**V. INCUMPLIMIENTO EN LA RECOMPRA DEL TÍTULO EN LA OPERACIÓN REPO
SOBRE CDM No. 6362135 Y EN EL PAGO DE LA OPERACIÓN DISPONIBLE
No. 7308434.**

5.1. Hechos:

- 5.1.1.** La sociedad comisionista **AGROPAR S.A.** celebró el día 2 de noviembre de 2008 en la Rueda de Negocios de la BNA, en calidad de comisionista vendedor, la operación Repo sobre CDM No. 6362135 con la sociedad comisionista Agrored S.A. como comisionista comprador, por un valor de \$573.795.000, pactando como fecha de recompra el día 7 de agosto de 2008.
- 5.1.2.** La sociedad comisionista **AGROPAR S.A.** mediante comunicación 4071c¹⁶⁴ del 14 de diciembre de 2007 solicita la recompra anticipada de la operación Repo sobre CDM No. 6362135 para el día 6 de mayo de 2008. Así mismo mediante comunicación 4652 del 6 de mayo de 2008¹⁶⁵, reitera que se solicita la recompra de la operación.
- 5.1.3.** La CRCBNA mediante comunicación CC-3696 del 7 de mayo de 2008¹⁶⁶ informa a la BNA que el cheque No. T8793515 con el cual la sociedad comisionista había cubierto la obligación de recompra de la operación No. 6362135 fue devuelto por el banco debido a que la sociedad comisionista dio orden de no pago. Así mismo informa que mediante transferencia electrónica la sociedad comisionista consignó el mismo 7 de mayo, la suma de \$42.867.802 quedando un saldo por pagar de \$573.795.000.
- 5.1.4.** La administración de la Bolsa, mediante comunicación PSD-151 del 7 de mayo de 2008¹⁶⁷ declaró el incumplimiento en la recompra de la operación No. 6362135 por un valor de \$573.795.000.
- 5.1.5.** Por otra parte, la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.** celebró el día 8 de mayo de 2008, en calidad de comisionista comprador la operación disponible No. 7308434 sobre 34.000 unidades de lámina de tabaco por un valor total de negociación de \$576.412.880, con la sociedad comisionista Reyca Corredores S.A. en calidad de comisionista vendedor. La operación fue pactada con fecha de pago el 9 de mayo de 2008.
- 5.1.6.** La CRCBNA mediante comunicación CC-3817 del 12 de mayo de 2008 informó a la BNA que la operación de físico disponible de tabaco no había sido cumplida en el pago.¹⁶⁸
- 5.1.7.** La administración de la Bolsa, mediante comunicación PSD-158 del 12 de mayo de 2008, declaró el incumplimiento en el pago de la operación por un valor de \$576.412.880.

5.2. Solicitud de explicaciones formales

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 la operación repo sobre CDM No. 6362135 considera que el presunto incumplimiento en el pago de la operación podría vulnerar las siguientes disposiciones: "artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1, 2, 6 y 7 del

¹⁶⁴ Cuaderno No. 3 Folio 475.

¹⁶⁵ Cuaderno No. 3 Folio 450.

¹⁶⁶ Cuaderno No. 1 Folio 062.

¹⁶⁷ Cuaderno No. 1 Folio 063.

¹⁶⁸ Cuaderno No. 1 Folio 066.

artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; el numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; así como el numeral 3.11.2 del Instructivo Operativo 09 de 2007 de la CRCBNA, relativo a operaciones financieras, al no efectuarse la recompra por \$573.795.000 mediante la transferencia de fondos o entrega de cheque”.

En lo que se refiere a la operación No. 7308434 considera que la sociedad comisionista podría haber vulnerado el “artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; configurando la conducta prevista en el numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; y, adicionalmente la causal de incumplimiento prevista en el numeral 3.11.1 del Instructivo Operativo 09 de 2007 de la CRCBNA, al no efectuar o acreditar los pagos mediante la transferencia de fondos o entrega de cheque dentro del procedimiento de compensación y liquidación y dentro de los términos establecidos para el efecto”.

5.3. Explicaciones formales

Manifiesta la sociedad comisionista que “el presunto incumplimiento por el que se solicitan explicaciones es responsabilidad de la BNA, pues dicha entidad sólo aceptó una nueva operación con el título tres días después de haber sido solicitada (...)”

Siguiendo esta línea explica que “al conocer la situación del mandante comprador, de forma inmediata procedió, con la antelación debida, a solicitar de la BNA su autorización para la celebración de una nueva operación sobre el título, con el fin principalísimo de honrar la operación bajo un mecanismo de común empleo por parte de las sociedades comisionistas, que permite, además de lo dicho, mantener el mercado en las condiciones de seguridad por las que debe velar esa entidad y sus comisionistas miembros”

Adicionalmente en audiencia practicada por el Jefe del Área de Seguimiento al representante legal de Agropar S.A éste manifiesta frente a la recompra anticipada del título que su mandante tuvo un problema con la monetización de unos dólares y le avisa tarde del inconveniente, de esta forma únicamente gira los intereses y manifiesta que ante el inconveniente se dirige a la bolsa y “conciliadamente entre bolsa y cámara se define dar orden de no pago”.

Posteriormente, se refiere al incumplimiento en la recompra del título y manifiesta que la situación que se presenta es la siguiente:

“no me dejan cantar otra vez el título para poder solucionar el tema inmediatamente, entonces me inducen en una segunda operación donde también se incumple porque sale más caro el remedio que la enfermedad, salía casi en 680 millones, se subía de 616 lo que yo le pase a la Cámara los intereses del valor inicial de la operación 576 por lo que esta negociación había que sumarle el 16 por ciento en el momento en que la Cámara facturara y quién iba a poner ese 16 por ciento de ese IVA?, ellos no tuvieron en cuenta ese pequeño detalle que una cosa es el producto financiero y otra cosa el producto físico y había que montarle 16 por ciento a los 573 millones por eso es que el vendedor no entrega el producto”

Finalmente agrega que no podía honrar la operación con sus recursos ya que esto implica posición propia y la misma se encuentra prohibida por la Superintendencia Financiera de Colombia.

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

En lo referente al argumento de la sociedad comisionista según el cual ante el incumplimiento solicitó una nueva operación, lo cual sustenta con la comunicación 4661 del 6 de mayo de 2008¹⁶⁹, manifiesta el Jefe del Área de Seguimiento que de la lectura de dicha comunicación no se logra deducir tal situación ya que no se precisa ningún detalle sobre la operación futura.

Frente a los inconvenientes del mandante de la investigada, explica que quien se encuentra obligada en la operación es la sociedad comisionista y no su mandante y por tanto, las circunstancias que rodean la actividad del mandante no pueden ser oponibles al cumplimiento de las operaciones ni puede ser eximente de responsabilidad.

Adicionalmente menciona que *"el hecho de que la misma sociedad haya dado orden de no pago del cheque girado 'conciliadamente' con la Cámara, no desvirtúa el incumplimiento, sino que por el contrario lo confirma y por ende la conducta deliberada de la firma comisionista de incumplir el compromiso asumido no puede ser admisible para el área de seguimiento como un comportamiento adecuado en el mercado en el que despliega su actividad comprando y vendiendo, pues desconoce abiertamente el deber que tiene de responder por las obligaciones contraídas en la Bolsa y para con la Bolsa"*.

Ahora bien frente al incumplimiento en el pago de la operación No. 7308434 manifiesta lo siguiente:

"Como se puede observar, Agropar S.A. celebró la operación de físico disponible No. 7308434 e incumplió en el pago de la misma, hecho que no refuta el representante legal. Ahora bien, independientemente de las razones que tenga una sociedad comisionista para celebrar una operación, lo cierto es que las dos operaciones han debido estar precedidas de las correspondientes órdenes de sus comitentes y cumplirse de acuerdo a las condiciones de celebración en bolsa. En consecuencia, los eventos alegados por éste son de su exclusivo resorte, en su condición de profesional del mercado, y, en manera alguna, constituyen un eximente de responsabilidad; de hecho, la celebración de una operación que a la postre resulta incumplida, no puede servir de excusa para el incumplimiento de otra, y menos para un experto conocedor del mercado y por ende el Área de Seguimiento considera que en el caso en estudio hay responsabilidad de la firma investigada frente al incumplimiento en el pago del día 9 de mayo de 2008 por valor de \$ 576.412.880 en la operación No. 7308434, pago que además nunca se realizó".

5.5. Consideraciones de la Sala.

5.5.1. De la traza de las operaciones.

Teniendo en cuenta la complejidad de la situación presentada frente al desarrollo de las operaciones bajo estudio, entrará la Sala a realizar la traza de las mismas para efectos de tener claridad sobre la situación presentada.

La sociedad comisionista **AGROPAR S.A.** celebró el día 2 de noviembre de 2008 en calidad de comisionista vendedor, la operación Repo sobre CDM No. 6362135 con la sociedad comisionista Agrored S.A. como comisionista comprador, por un valor de

¹⁶⁹ Cuaderno No: 3 Folio 603.

\$573.795.000, pactando como fecha de recompra el día 7 de agosto de 2008 a un valor futuro de \$ 631.905.188. Acorde con el comprobante de negociación obrante en el expediente¹⁷⁰ y el detalle de la operación en el Sistema de Información Bursátil¹⁷¹ esta operación fue pactada con garantía FAG.

Ahora bien, de conformidad con la declaración rendida por la Jefe de Operaciones de la CRCBNA¹⁷², la garantía FAG expedida por FINAGRO cubría la operación únicamente por 180 días y la operación celebrada fue negociada con un plazo de 240 días¹⁷³. De esta forma, **AGROPAR S.A.** el día 14 de diciembre de 2008 procedió a solicitar la recompra anticipada de la operación mediante comunicación 4071c¹⁷⁴, informando al departamento de operaciones que la operación sería recomprada el día 6 de mayo de 2008 a un valor futuro de \$616.662.802.

Así mismo, mediante correo electrónico enviado el día 29 de abril de 2008¹⁷⁵, **AGROPAR S.A.** recuerda al departamento de operaciones que "de la operación de la referencia el pago que se efectuará de ella, previo acuerdo con la contraparte -AGRORED- tal como se observa en el archivo adjunto, por valor de \$616.662.802 esto en virtud de la no garantía FAG para esta operación a partir del día 181". Posteriormente mediante comunicación 4652 del 6 de mayo de 2008¹⁷⁶ reitera que la operación será recomprada anticipadamente y aclara las condiciones de la misma.

El día del cumplimiento, esto es el 6 de mayo de 2008, **AGROPAR S.A.** mediante comunicación 4661 del 6 de mayo de 2008¹⁷⁷ informa que:

"(...) las(s) operación(es) en referencia REPO SOBRE CDM TABACO NEGRO VARIEDAD CUBITA ALISADO Y PROCESADO fue cumplida a satisfacción tanto en compra como en recompra por valor de \$616.662.802, por ello nos permitimos solicitar muy cordialmente se libere el título correspondiente, Certificado de Depósito de Mercancías No. 16399.

De la misma manera, solicitamos no sea desendosado, puesto que por orden de nuestro mandante se pretende realizar una nueva operación REPO SOBRE CDM TABACO NEGRO VARIEDAD CUBITA ALISADO Y PROCESADO para una vigencia de 90 días".

Sin embargo, el día 7 de mayo de 2008, la CRCBNA mediante comunicación CC-3696 informa a la Vicepresidencia de Gestión y Desarrollo de la BNA que:

"(...) el cheque No. T8793515 por valor de \$616.662.802.00 del Banco de Bogotá entregado por la firma comisionista Agropar S.A., con el fin de cubrir la obligación de recompra de la operación No. 6362135, fue devuelto por el banco, de acuerdo con información suministrada por el Departamento de Tesorería de la CRCBNA S.A. Sin embargo mediante transferencia electrónica del día de hoy la sociedad comisionista Agropar S.A. giró \$42.867.802, quedando un saldo pendiente de \$573.795.000".

¹⁷⁰ Cuaderno No. 1 Folio 061.

¹⁷¹ Cuaderno No. 1 Folio 059-060.

¹⁷² Cuya transcripción obra en el expediente (Cuaderno 4 Folios 236-243).

¹⁷³ Así mismo obra en el expediente el certificado de garantía FAG No. 902890 que respaldaba la operación No. 6362135 desde el 6 de noviembre de 2009 hasta el 7 de mayo de 2008. (Cuaderno No. 6 Folio 090).

¹⁷⁴ Cuaderno No. 3 Folio 475.

¹⁷⁵ Cuaderno No. 3 Folio 473.

¹⁷⁶ Cuaderno No. 3 Folio 450.

¹⁷⁷ Cuaderno No. 3 Folio 603.

En efecto el representante legal de **AGROPAR S.A.** acepta que el valor total de recompra no fue pagado ese día, tanto en audiencia realizada frente al Área de Seguimiento, como en audiencia realizada por la Sala de Decisión. Así, en un principio en la primera audiencia menciona respecto de su mandante: *"lastimosamente el tuvo un problema con la monetización de unos dólares, él es un exportador muy grande de tabaco, el noventa y cinco por ciento (95%) de su operación es la exportación de la misma hoja de tabaco, donde no le cumplieron con el compromiso, él me informa a mi tarde porque así yo mismo como yo monto la operación para la recompra anticipada yo mismo hubiera podido desmontarla; entonces el gira los intereses pero era un título bastante importante entonces el gira más o menos 42 millones de intereses (...)"* Ahora bien, en la audiencia realizada por la Sala menciona: *"Debido a que el FAG solamente aplicaba solamente a 180 días, se genera una recompra anticipada la cual iba a ser, Agropar es informado que el capital va a ser cancelado por uno de los accionistas mayoritarios en su momento de la BNA Mercapital, el cual incumple el pago de la operación, el mandante paga los intereses como claramente se denota en los extractos bancarios de la firma comisionista, 52 millones exactamente".*¹⁷⁸

De esta forma, se encuentra probado que el día previsto para la recompra, únicamente se acreditó el pago de los intereses de la operación por un valor de \$42.867.802, sin que la misma fuera totalmente cumplida.

Ahora bien, menciona la sociedad comisionista en su defensa que no pudo salir a cantar una operación sobre el mismo título y solucionar la situación de forma inmediata ya que no le fue permitido realizar una nueva operación sobre el mismo. Lo anterior es ratificado por la Jefe de Operaciones de la CRCBNA y por las pruebas que allega esta funcionaria al expediente, mediante comunicación OC-477 del 4 de octubre de 2009¹⁷⁹.

En efecto obra como antecedente de las decisiones adoptadas al interior de la CRCBNA, Acta del Comité de Riesgos No. 43 del 29 de noviembre de 2007¹⁸⁰, mediante la cual, se demuestran los inconvenientes e inconformidad de este comité frente al subyacente tabaco, en especial sobre la falta de discriminación entre las variedades del mismo. Ahora bien, en Acta del Comité de Riesgos No. 09 del 15 de abril de 2008, señala que el tabaco es excluido del portafolio indicativo del Repo toda vez que *"la frecuencia de sus negociaciones es nula."*¹⁸¹ De esta forma, teniendo en cuenta que para la fecha de la recompra del título ya se había adoptado la decisión mencionada, es claro para la Sala, que habría inconvenientes para celebrar operaciones con el subyacente tabaco y por tanto, no era posible realizar la operación que pretendía la investigada.

Así las cosas, la administración de la Bolsa declaró el incumplimiento de la operación Repo sobre CDM 6362135 por un valor de \$573.795.000 y por tanto, la CRCBNA en cumplimiento de su objeto social, salió a honrar la operación incumplida.

De esta manera la CRCBNA como mandante vendedor representada por la sociedad comisionista Reyca Corredores S.A., celebró el día 8 de mayo de 2008 la operación de disponible No. 7308434 sobre 34.000 Kg de lámina de tabaco por un valor total del negocio de \$576.412.880, con la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.** en calidad de

¹⁷⁸ Así mismo obra en el expediente extracto de cuenta corriente de la CRCBNA del Banco de Bogotá, en donde se dilucida el pago de \$42.867.802 el día 7 de mayo de 2008. (Cuaderno No. 6 Folio 119).

¹⁷⁹ Cuaderno No. 6 Folio 123 (Anexos: Folios 089-121).

¹⁸⁰ Cuaderno No. 6 Folios 095-102.

¹⁸¹ Cuaderno No. 6 Folio 091.

comisionista comprador pactando como fecha de pago final el día 9 de mayo de 2008¹⁸².

Ahora bien, obra en el expediente comunicación CC-3817 del 12 del mayo de 2008¹⁸³, mediante la cual la CRCBNA informa a la Bolsa que la operación No. 7308434 fue incumplida en el pago el día 9 de mayo de 2008. De esta manera, la BNA mediante comunicación PSD-158 del 12 de mayo de 2008 declaró el incumplimiento en el pago de la operación por un valor de \$576.412.880.

No obstante lo anterior, obra en el expediente comunicación 4704 del 14 de mayo de 2008 enviada por **AGROPAR S.A.** al departamento de operaciones de la BNA solicitando que "sea modificada la operación de la referencia a una (1) unidad", lo anterior refiriéndose a la operación No. 7308434¹⁸⁴. A esto se suma la solicitud de la CRCBNA, realizada mediante comunicación CC-3931 del 15 de mayo de 2008, dirigida a Reyca S.A. como comisionista comprador para que se llevara a cabo la modificación de la operación¹⁸⁵. Esta modificación se lleva a cabo y queda registrada en el sistema, de tal manera que en el Sistema de Información Bursátil actualmente se encuentra detallada la operación con una cantidad de una unidad por un valor total de negociación de \$16.953.

De esta manera considera la Sala que en lo que se refiere a la operación No. 7308434 no existe materialidad para derivar responsabilidad disciplinaria de la conducta asumida por la sociedad comisionista investigada, toda vez que fue aceptada la modificación de la operación, quedando sin sustento la declaratoria de incumplimiento efectuada con anterioridad.

Ahora bien, en lo que se refiere a la operación repo sobre CDM No. 6362135 las circunstancias presentadas difieren de la operación No. 7308434 por lo cual será analizada a continuación.

5.5.2. Del incumplimiento en la recompra de la operación Repo sobre CDM No. 6362135

Se encuentra suficientemente probado en el expediente que el valor total de la recompra de la operación no se realizó el día establecido, esto es, el 6 de mayo de 2009. En efecto, se probó que el día 7 de mayo la sociedad comisionista AGROPAR S.A. únicamente pagó una suma de \$42.867.802 quedando un saldo pendiente de \$573.795.000. De la misma manera obra en el expediente extracto de cuenta corriente de la CRCBNA del Banco de Bogotá en el cual se demuestra que este saldo de \$573.795.00 fue finalmente pagado por la investigada el día 15 de mayo de 2008¹⁸⁶, esto es, 8 días hábiles después de la recompra anticipada solicitada.

Al respecto encuentra la Sala que si bien es cierto que se presentaron ciertos inconvenientes con el desarrollo de la operación comenzando por la insuficiencia de la garantía FAG, esto no puede ser excusa para no cumplir con la recompra de la

¹⁸² Comprobante de negociación de la operación y Detalle impreso de la operación No. 7308434 en el Sistema de Información Bursátil y en el Sistema de Compensación y Liquidación (Cuaderno No. 1 Folios 064 y 065).

¹⁸³ Cuaderno No. 1 Folio 066.

¹⁸⁴ Cuaderno No. 6 Folio 103.

¹⁸⁵ Cuaderno No. 6 Folio 104.

¹⁸⁶ Cuaderno No. 6 Folio 118.

operación. En efecto, es la misma sociedad comisionista quien informa en comunicaciones del 14 de diciembre, 29 de abril y 6 de mayo que va a recomprar anticipadamente la operación, lo cual implica que acepta las obligaciones que esa decisión implica.

En efecto, la sociedad comisionista investigada que dentro de la negociación es el profesional experto y prudente que conoce los reglamentos, debe tener claro que sólo ella es la obligada en la operación y que por tanto, al momento de recomprar la operación deberá cumplir con lo informado a la Bolsa. Así las cosas, si bien la decisión de recomprar se produce por situaciones externas a la decisión autónoma de la firma esto no implica que pueda desentenderse de la negociación y no cumplir con las obligaciones de la misma se derivan.

A lo anterior se suma que es la misma sociedad comisionista quien informa a la Bolsa el día pactado para la recompra que: "(...) las(s) operación(es) en referencia REPO SOBRE CDM TABACO NEGRO VARIEDAD CUBITA ALISADO Y PROCESADO fue cumplida a satisfacción tanto en compra como en recompra por valor de \$616.662.802, por ello nos permitimos solicitar muy cordialmente se libere el título correspondiente, Certificado de Depósito de Mercancías No. 16399 (...)" Esto agrega además a la responsabilidad disciplinaria de la investigada que informó una situación que no era la real ya que la operación se incumplió.

Ahora bien, una vez solicitada la recompra anticipada de la operación, entiende la Sala, de los argumentos de defensa esgrimidos por la investigada, que la misma tenía planeado realizar un *roll over* de la operación para efectos de cumplirle al mandante vendedor inicial quien consideró que su operación se realizaría en un plazo inicial de 240 días. Este argumento no puede ser aceptado por la Sala ya que cada negociación realizada en Bolsa es independiente y conlleva sus propias obligaciones y por tanto, no se puede justificar el incumplimiento de una operación por la no realización de una operación subsiguiente. Es por esto, que independientemente de los proyectos de negociación que tenga una sociedad comisionista debe cumplir las operaciones pactadas de forma cabal, oportuna e íntegra.

Por otra parte, frente al argumento de la investigada en audiencia presentada ante el Área de Seguimiento, en cuanto su mandante tuvo problemas con la monetización de unos dólares o el argumento presentado ante la Sala según el cual quien debía pagar era otra sociedad, aclara la Sala que acorde con el artículo 58 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de BNA, vigente para la época de los hechos, establece que: "*Del cumplimiento de las obligaciones acordadas por los miembros de la Bolsa, sólo son responsables dichos Miembros, pero la Bolsa velará por su cumplimiento, dentro de los límites señalados por las normas legales y reglamentarias vigentes*".

Es así, que en todas las negociaciones realizadas en este mercado, frente a la Bolsa y para efectos disciplinarios, es el comisionista quien debe cumplir con las obligaciones impuestas mediante los reglamentos y la normatividad vigente, y su incumplimiento conlleva precisamente al reproche de conducta que realiza el órgano autorregulador.

De hecho, por las razones expuestas, el artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA establece de forma general para las negociaciones en la BNA, 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".

Por lo anterior, no es posible ampararse en figuras como el roll over para justificar el no pago o el incumplimiento de una operación celebrada en Bolsa. En efecto, las sociedades comisionistas deben cumplir las operaciones en los términos pactados y son sólo ellas las obligadas a cumplir de forma estricta e integral los compromisos asumidos.

En consideración a lo anterior, la Sala constata que de las pruebas aportadas no se establece causal justa tendiente a enervar el incumplimiento de las obligaciones asumidas, respecto de la recompra de la operación Repo sobre CDM No. 6362135 establecidas en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA.

5.5.3. Normas vulneradas por la conducta de la sociedad comisionista AGROPAR S.A. concepto de la violación.

Acorde al Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 el "Evento presentado cuando en la fecha donde la obligación de pago debe ser cumplida, la recompra no es efectuada por parte de la sociedad comisionista que tiene a cargo dicha obligación; es decir, no se efectúa el pago mediante la transferencia de fondos o entrega de cheque en la CCBNA", constituye un incumplimiento final de la operación. De esta manera en el caso concreto tal y como ha quedado probado, la sociedad comisionista incumplió con su obligación de recompra y adicionalmente teniendo la obligación de pago, dio orden de no pago al cheque girado.

De esta manera con la conducta asumida la sociedad comisionista se encuentra vulnerando los numerales 1, 2 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA, en concordancia con los numerales 6 y 11 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006¹⁸⁷, los cuales establecen:

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

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

¹⁸⁷ "Artículo 29 Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: (...) Num. 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. (...) Num 11° Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva."

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

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

Adicionalmente, con la conducta asumida la sociedad comisionista vulneró la disposición establecida en el numeral 6 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA que determina que los miembros comisionistas de la BNA deberán *“Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”¹⁸⁸*, ya que por su calidad de profesional debe tener una mayor diligencia y responsabilidad lo cual implica entre otros deberes el de previsión y conocimiento de las normas y reglamentos que regulan el mercado. La anterior vulneración se deduce de la cantidad de inconvenientes que se dieron en el desarrollo de la operación, los cuales en su mayoría no hubiesen ocurrido si la sociedad comisionista hubiera actuado como el profesional experto y prudente que debe ser. En efecto, en primer lugar, en cuanto a la insuficiencia de la garantía FAG en el inicio de la operación, es claro para la Sala que la sociedad comisionista debía conocer los plazos durante los cuales ésta se otorgaba, ya que esta se constituye en una información fundamental para el análisis de la negociación a realizar y para efectos de asesorar de forma adecuada a su cliente. Así mismo, posteriormente en el momento de la recompra, la sociedad comisionista debía tener claridad en que acorde a las normas que regulan este mercado, es sólo ella la obligada al cumplimiento y por tanto, no podía escudarse en situaciones imputables a su mandante.

De esta manera considera la Sala que si bien es cierto que en el caso concreto existieron errores no imputables a la sociedad comisionista, no es menos cierto que muchos de los errores presentados debieron ser evidenciados por la investigada por su calidad de profesional experto y prudente y por tanto debieron ser evitados.

Así las cosas y por las razones expuestas, considera la Sala que existe mérito suficiente para sancionar respecto del incumplimiento en la recompra de la operación Repo sobre CDM No. 6362135 toda vez que la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.** no cumplió con sus obligaciones propias como vendedor inicial.

5.5.4. De la responsabilidad disciplinaria y graduación de la sanción

Probado como está el incumplimiento de los deberes que le corresponden a **AGROPAR S.A.** como miembro de la Bolsa, toda vez que incumplió con la recompra del título en la operación No. 6362135 sin existir causal eximente de responsabilidad que justificara su conducta, entra la Sala a evaluar los criterios de graduación de la

¹⁸⁸ En concordancia con el numeral 8 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006 que establece: “Artículo 29 *Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: (...) Num. 8° Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, y precisión, procurando la satisfacción de los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia, lo cual implica el sometimiento de su conducta a las diversas normas que reglamentan su actividad profesional, ya provengan del Estado, de las mismas bolsas o constituyan parte de los sanos usos y prácticas del comercio o del mercado público de valores.”*

sanción, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y la infracción, las modalidades y circunstancias de la falta, los antecedentes del investigado, la dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa y las demás circunstancias que considere pertinentes.

Encuentra la Sala que en el caso de incumplimientos de operaciones financieras, reviste de mayor gravedad la conducta ya que se pone en riesgo la liquidez de la CRCBNA. En efecto, en estas operaciones esta entidad actúa como contraparte, lo cual implica que en el momento en que se presenta el incumplimiento inmediatamente la CRCBNA de sus propias arcas sale a cumplirle al inversionista, y sólo después pasa a reconstituir su patrimonio.

De esta manera el incumplimiento de una operación financiera en efecto reviste de una gravedad mayor y puede poner en grave riesgo al mercado, en especial a la entidad que funge como riesgo de contraparte. Por lo anterior, considera la Sala que la conducta asumida amerita una sanción pecuniaria. Sin embargo, se pondera en el caso concreto que se presentaron algunos errores no imputables al comisionista que menguan la responsabilidad disciplinaria del mismo, por lo cual, se impondrá una Multa de un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

VI. INCUMPLIMIENTOS EN OBLIGACIONES REFERIDAS A CONTRATOS A TÉRMINO

6.1. Incumplimiento en la obligación de custodia y engorde en las operaciones Nos. 6274776, 6269668, 6254562 e incumplimiento por la inexistencia del subyacente en la operación CPT No. 6087761

6.1.1. Hechos

6.1.1.1. La sociedad comisionista **AGROPAR S.A.** celebró en la rueda de negocios de la BNA, cuatro operaciones de contratos a términos con las condiciones que se muestran a continuación:

Tipo	Número	Fecha celebración	Comisionista Comprador	Comisionista Vendedor	Mandante Vendedor	Cantidad	Valor de la negociación	Días Plazo	Fecha Máxima Recompra
CAT	6254562	20-Sep-07	Opciones Bursátiles de Colombia	Agropar S.A.	Prod. Frutas del Caribe S.A.	20.000	\$ 85,089,538.00	90	20-Dic-07
CAT	6269668	27-Sep-07	Agropar S.A.	Agropar S.A.	Incagro Ltda.	20.000	\$ 85,070,953.49	90	27-Dic-07
CAT	6274776	28-Sep-07	Torres Cortes S.A.	Agropar S.A.	Incagro Ltda.	20.000	\$ 85,070,953.49	90	28-Dic-07
CPT	6087761	18-Jul-07	Torres Cortes S.A.	Agropar S.A.	Agrop. Casa Loma Ltda.	1500	\$ 347,200,895.00	135	03-Dic-07

6.1.1.2. El día 12 de octubre de 2007, los funcionarios de la CRCBNA se desplazaron a la ubicación donde se había informado se encontraba el subyacente objeto de la operación CPT No. 6087761 en proceso de custodia y engorde.

- 6.1.1.3. El día 17 de octubre de 2007, mediante comunicación CC-5774,¹⁸⁹ la CRCBNA envía un informe al Vicepresidente de Gestión de la BNA, en donde comunica que esta entidad no pudo constatar la existencia material de los subyacentes objeto de la operación No. 6087761 y que por tanto no puede garantizar la existencia del subyacente, solicitando por lo tanto, la declaratoria de incumplimiento de la operación.
- 6.1.1.4. El día 18 de diciembre de 2007, los funcionarios de la CRCBNA, se desplazaron a la instalación determinada por los mandantes vendedores, en las cuales debían encontrarse los subyacentes de las operaciones de contratos avícolas a término Nos. 6274776, 6269668 y 6254562.
- 6.1.1.5. El día 26 de diciembre de 2007, mediante comunicación CC-7686¹⁹⁰, la CRCBNA envía un informe al Vicepresidente de Gestión de la BNA, en donde comunica que la CRCBNA *"no constató por segunda vez la existencia material de los pollos de los mandantes Productora de Frutas del Caribe S.A. e Incagro S.A., en el lugar determinado por la sociedad comisionista, por ende no puede la Cámara garantizar la existencia del subyacente objeto de las operaciones referenciadas"*. (negrillas pertenecen al texto original)
- 6.1.1.6. El día 15 de enero de 2008, la administración de la BNA certifica el incumplimiento de las operaciones Nos. 6274776, 6269668 y 6254562, mediante declaratoria de incumplimiento PSD-026¹⁹¹, ya que una vez hecha la visita de seguimiento al mandante vendedor no se encontró el subyacente objeto de las operaciones.

6.1.2. Solicitud de explicaciones formales.

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

Considera el Área de Seguimiento que la conducta de la sociedad comisionista de no constituir las garantías requeridas en la debida oportunidad, podría vulnerar el artículo 29, numerales 6, 8, 11 y 12 del Decreto 1511 de 2006; numerales 1, 2, 6, 7 y 11 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA, en concordancia con lo establecido en el numeral 6 del artículo 11 del Reglamento de la CRCBNA, lo que podría configurar la conducta establecida en los numerales 12 y 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA, y en el numeral 3.11.1. del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la CRCBNA en lo que se refiere al incumplimiento inicial de la operación.

Adicionalmente respecto de las operaciones CAT Nos. 6274776, 6269668 y 6254562 considera que la investigada *"presuntamente habría incumplido las obligaciones contempladas en el artículo 3 y en el numeral 2° del artículo 6 de la resolución No. 09 de 2002"*. En cuanto a la operación CPT No. 6087761, considera que se podría vulnerar lo establecido en el *"artículo 4 y en el numeral 2 del artículo 7 de la resolución No. 018 de 2002, al no haber realizado la entrega de los subyacentes de estas operaciones y no ejercer la custodia de los animales en el sitio definido en la venta y por ende no permitir a la CRCBNA la vigilancia de la ejecución en debida forma de las obligaciones de custodia y engorde"*.

6.1.3. Explicaciones formales

¹⁸⁹ Cuaderno No. 3 Folios 498-499.

¹⁹⁰ Cuaderno No. 3 Folios 500-504.

¹⁹¹ Cuaderno No. 1 Folio 0034.

Menciona que la conclusión del Área de Seguimiento en cuanto las operaciones se incumplieron "se deriva de forma exclusiva de un yerro cometido por los funcionarios de la CRCBNA, del que no se puede responsabilizar de ninguna manera a AGROPAR S.A."

A continuación menciona que los funcionarios no podían obtener una respuesta adecuada por parte de un vigilante que por razones de seguridad no debe dar información a personas desconocidas. De esta forma, menciona que se encuentra autorizado que los mandantes contraten con terceros el levante de los subyacentes de las operaciones celebradas en la BNA y que esta situación no debe ser conocida por todos los funcionarios de la finca. Así frente a lo informado por la CRCBNA frente a la inexistencia del subyacente considera que: "una respuesta como esta, de ninguna manera es prueba y menor irrefutable de la inexistencia de un subyacente, sino tan solo la apresurada conclusión de un visitador que no tuvo en cuenta las particularidades de una (sic) negocio completamente lícito".

Adicionalmente en audiencia practicada por el Jefe del Área de Seguimiento al representante legal de Agropar S.A. manifiesta frente a los contratos porcícolas que: "Hay una visita inicial en donde la Cámara procedimentalmente me informa que va a realizar las visitas y que por favor la ponga en contacto con los representantes legales, efectivamente van hacen las visitas y hay un mandante que unos Contratos Porcícolas a Término donde él recoge a la jefe de garantías y le informa que no han comprado los cerdos ya que el precio del mercado es muy alto y su negocio ya no es negocio, el procede de manera inmediata a retomar el efectivo para tener la operación garantizada en un ciento por ciento a favor de la Cámara de Compensación el retorna los recursos y se montan en una inversión de la Cámara de Compensación".

Frente a los estudios técnicos o financieros realizados al mandante en momentos previos a la negociación menciona, que se trata de un mandante que ya ha hecho operaciones en la Bolsa y que le pidió garantías más que suficientes para la operación. Agrega que las operaciones no se incumplieron en ningún momento y que no fue llamado al margen y por tanto, en este punto el proceder fue acorde al Reglamento.

Frente a los contratos avícolas declara que: "(...) es una visita donde no me informan a mí, efectivamente llegan al sitio del avícola y le preguntan al portero y el portero dice: aquí es AVINORTE no es INCAGRO, y no entran más allá ni siquiera piden una reunión con el gerente de AVINORTE nada ellos llegan a la entrada y después me llaman a mí y me dicen Jaime no encontramos los pollos".

Así mismo reitera que los subyacentes se encontraban en la ubicación indicada pero que en la visita realizada la CRCBNA no entró al lugar, agregando que no le fue remitido el informe y que por tanto no tiene conocimiento del mismo.

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

Frente a la operación CPT No. 6087761 y la inexistencia del subyacente objeto de la operación aceptada por el representante legal de AGROPAR S.A. en audiencia, menciona:

"Al respecto, advierte este Despacho que las afirmaciones efectuadas por el representante legal de la firma, no pueden ser de recibo para este Despacho, en la medida en que denotan un total desconocimiento de las disposiciones que regulan la actividad de las sociedades comisionistas de bolsa, aspecto que no es propio de un profesional del

mercado. En efecto, resulta inadmisible que la sociedad comisionista vendedora en las explicaciones que suministra a esta Área manifieste, primero que con ocasión de la visita en la que se comprueba la inexistencia de los cerdos, la conducta a seguir sea proceder a retomar el dinero, como lo afirma en su escrito de explicaciones –hecho que además no se encuentra probado en el expediente–, esto es, que luego del hallazgo, en lugar de ofrecer garantías adicionales, que sustituyan al subyacente no encontrado, considere propio desconocer la negociación en bolsa, bajo el expediente de la entrega de los recursos como si con ello se pudiera dar por terminado unilateralmente el negocio celebrado y sea este el argumento a través del cual edifica su defensa”

De esta forma considera que con la conducta asumida por **AGROPAR S.A.** se contravino el objeto y finalidad de las operaciones término.

Por su parte frente a las operaciones de contratos avícolas a término considera que *“se evidencia el incumplimiento por parte de la sociedad comisionista de la obligación prevista en el artículo 3° y en el numeral 2° del artículo 6 de la Resolución No. 09 de 2002, relativa a custodiar los pollos en los galpones definidos en la venta, toda vez que según el informe de visita y la declaración rendida por el mandante, la información sobre la ubicación de los mismos en Nobsa Boyacá, no correspondió con la ubicación de los subyacentes objeto de la operación”.*

Frente al argumento de la sociedad comisionista investigada en cuanto que las operaciones se cumplieron en la recompra, menciona que la sociedad comisionista debe cumplir con otros deberes durante la ejecución de las operaciones y agrega:

“No puede soslayarse que es de la esencia de la operación financiera la existencia de los subyacentes puesto que la misma tiene como finalidad financiar a los avicultores, porcicultores y ganaderos en el proceso de cría, engorde y levante de sus animales, y del suceso en estas labores depende el éxito de los mandantes que garantice que puede proveer de fondos suficientes al comisionista para el cumplimiento de su obligación de recompra. Con el fin de que este proceso se lleve a cabo y se puedan obtener los recursos, es necesario un seguimiento por parte de la firma comisionista y de la Cámara, razón por la que no se compadece con su condición de profesional del mercado y comisionista a cuyo nombre se efectúa la venta en la BNA, el desconocimiento del paradero de los mismos por parte de aquél, derivando en la imposibilidad para la Cámara de cumplir con sus funciones de vigilancia en la ejecución de custodia y engorde de los semovientes”.

Por las consideraciones anteriores señala que frente a la operación sobre contratos porcícolas a término: *“se está ante la vulneración de las normas que regulan lo relativo a la obligación de constitución de garantías en las operaciones, y a la debida diligencia de Agropar S.A. en procurar el cumplimiento de dichas obligaciones como se explicó anteriormente, contenidas en el artículo 29 numerales 6, 8, 11 y 12 del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1, 2, 6, 7 y 11 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; en concordancia con lo establecido en el numeral 6 del artículo 11 del Reglamento de la CRCBNA; lo que podría configurar las conductas objeto de investigación y sanción previstas en el numeral 3.11.2. del Boletín Instructivo No. 09 de 2007 de la CRCBNA en lo que se refiere al incumplimiento inicial de la operación. Así mismo implica la vulneración de las previsiones particulares para este tipo de operaciones contenidas en la Resolución No. 018 de 2002, puntualmente lo previsto en el artículo 4, sobre el deber de entrega de los cerdos, los cuales constituyen el objeto mismo de la operación”.*

Ahora bien en cuanto a las operaciones sobre contratos avícolas a término eleva cargos por: *“por la vulneración de las disposiciones relacionadas con el deber de custodiar y engordar los animales en los galpones fijados para el efecto, las cuales se encuentran contenidas en el artículo 3 y en el numeral 2° del artículo 6 de la Resolución No. 09 de 2002.*

Tal hecho, en razón de los fundamentos expuestos anteriormente conlleva la vulneración de los deberes previstos en los numerales 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006 en concordancia con lo establecido en los numerales 1, 2 y 6 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA".

6.1.5. Audiencia practicada por la Sala de Decisión No. 7 al Representante Legal de AGROPAR S.A., Dr. Jaime Gaitán Restrepo

Frente a los contratos porcícolas a término reitera que hubo un reemplazo de garantías en el sentido que se constituyó garantía en efectivo en vez del subyacente ya que el mismo mandante informó la no adquisición del producto por cuestiones de mercado y que no hubo llamado al margen cuando se constató la falta del subyacente. Menciona así mismo que:

"(...) ese negocio se hizo con una diligencia tal que ni siquiera el representante legal fue el que hizo la negociación, si no fue el asesor jurídico, se desplazó a realizarlo y negocio y a verificar las garantías para la operación en mención. Yo hice que él se desplazara para tener total seguridad al respecto, fue verificado en su momento la garantía y así mismo no en este tipo de contratos no podemos encontrar el mismo cerdo todos los días.

Vale la aclaración, a que había una rotación de inventarios como en cualquier contrato avícola, ganadero o porcícola que yo no voy a encontrar el mismo cerdo el día cero que el día 135, ya que son explotaciones agro industriales donde hay una rotación permanente de, de, de (sic) subyacente en mención. En el inventario y en el balance del mandante, claramente reposa, existen unos inventarios previamente a la operación.

El día de la visita el representante legal le informa la no existencia y remplazamiento (sic) de la garantía por efectivo. Nadie hace un negocio a 135 días para devolver la plata al día cincuenta y paga intereses de 135 días, es imposible que alguien haga ese negocio tan malo en realidad. Pago intereses de 135 días en el día cincuenta. El tipo le devolvió la plata a la Cámara así en donde, como fluye la operación".

Frente a los contratos avícolas reitera que no hubo llamado al margen y que el procedimiento cuando hay falta de garantías es llamar al margen. Ahora bien, frente a la visita específicas reitera que no se le puso en conocimiento de la misma y menciona:

"Hablaron con un portero y con la conversación con un portero decretan un incumplimiento. ¿Se dirigieron al representante legal de la empresa? Nunca. ¿Se dirigieron al representante legal de la firma comisionista? Nunca. Como si como consta en visitas anteriores, como la del 16 de octubre, el representante legal de la firma comisionista fue informado y coordinó para que los representantes legales atendieran a el funcionario de la Cámara para que realizara las visitas correspondientes.

En el momento en que se presenta la conversación con el portero, no es informado el representante legal de la firma comisionista para poder poner en contacto al representante legal de la empresa con el funcionario de la Cámara de Compensación y haber podido aclarar el tema. Aquí viene eso básicamente vía es el incumplimiento se dictamina vía conversación del funcionario de la Cámara con un portero."

Aclara así mismo, que la tercerización se realizó con la empresa AVINORTE y que por tanto era en ésta donde reposaban los subyacentes. Así, afirma que los subyacentes si se encontraban en la ubicación informada en donde no sólo funciona una fábrica de concentrado de animales, sino también una granja avícola sino que los funcionarios de la CRCBNA en ningún momento entraron a la fábrica.

6.1.6. Consideraciones de la Sala.

6.1.6.1. Consideraciones Generales.

En primer lugar, entrará la Sala a analizar el marco regulatorio de los contratos a término en la época de ocurrencia de los hechos y el funcionamiento de los mismos en el marco de la BNA, para efectos de analizar las obligaciones que de los mismos surgen para los comisionistas.

De manera general, los contratos a término son instrumentos financieros que consisten en contratos estandarizados en cuanto a cantidad de producto y plazo para la recompra, mediante los cuales se efectúa la compra de determinado producto con pacto de recomprarlo y asumiendo el compromiso de la custodia y engorde de los mismos.

De forma específica, los contratos avícolas a término para la época de los hechos, se encontraban regulados mediante la Resolución 09 de 2002. Acorde a esta disposición, el vendedor deberá transferir el dominio de 20.000 pollos de un día al comprador a los 54 días de celebrado el negocio en la Rueda de la BNA, a órdenes del comprador y en los galpones fijados por el mandante vendedor en el mandato. Así mismo, la punta vendedora en la operación, se compromete a recomprar el producto a los 90 días de celebrado el negocio, por un valor del 80% del valor total del contrato.

Ahora bien, frente a la obligación de custodia y engorde, el artículo 4° de la Resolución citada establece que ésta consiste en: *"(...) el servicio que el mandante vendedor a través de su comisionista vendedor se compromete a prestar directamente o por interpuesta persona por un término de Cuarenta y Cinco días contados desde la fecha prevista para la entrega en los galpones que para este efecto se hayan designado en la venta. El cuidado consiste en el cuidado de los pollos hasta en la culpa leve en su cantidad y calidad y, el engorde de los mismos, con la utilización de los medios idóneos tanto técnicos, alimenticios y de salubridad que les permitan alcanzar las condiciones sanitarias y técnicas de entrega del pollo en pie para su sacrificio en los términos del decreto 2278 de 1982 o el que lo sustituya, con un rango de peso entre mil novecientos cincuenta (1950) gramos y dos mil cien (2100) gramos en el plazo previsto en el presente artículo"*.

Siguiendo esta línea, esta disposición establece que el comisionista vendedor de la operación, únicamente podrá celebrar operaciones CAT en la Rueda de la BNA si establece en el contrato de mandato celebrado previamente con su mandante, las cláusulas pertinentes establecidas en la normas que determinan entre otras obligaciones las siguientes: i) el mandante vendedor conservará la custodia de los pollos y tendrá la obligación de cría, levante y engorde por sí o por interpuesta persona, los cuales deberán alcanzar las condiciones sanitarias y técnicas de la entrega, ii) en el evento en que el engorde se realice por interpuesta persona, el mandante vendedor conservará la responsabilidad de las obligaciones que asume, iii) el mandante vendedor deberá custodiar y cuidar el pollo en los galpones que se hayan definido y responderá por la cantidad y calidad del mismo hasta por culpa leve, iv) el mandante vendedor deberá proporcionar los insumos necesarios para lograr su obligación de engorde de los pollos en las calidades exigidas, v) la calidad del mandante vendedor frente a los pollos será de mera tenencia y por tanto, no podrá impedir bajo ninguna circunstancia la disposición que de los mismos quiera hacer el comprador o la CRCBNA, renunciando a cualquier derecho de retención sobre los

mismos, vi) se deberá facultar a la BNA para ejercer la vigilancia de la ejecución en debida forma de la custodia y engorde del subyacente, vii) constitución de póliza.

De esta forma, queda bastante claro que la custodia y engorde de los subyacentes en los contratos avícolas a término, más allá de ser una obligación más dentro de la ejecución del contrato, hace parte de la naturaleza del mismo, obligación que se encuentra en cabeza de la punta vendedora y que indudablemente tiene como fundamento la existencia del subyacente objeto de operación.

Ahora bien, en lo que se refiere a los contratos porcícolas a término regulados para la época de los hechos por la Resolución No. 18 de 2002, tenemos que se establecen las mismas obligaciones frente a la custodia y el engorde del subyacente, diferenciándose en cuanto el objeto del contrato consistente en la transferencia de dominio por parte del vendedor al comprador de 100 cerdos en pie, con un peso entre 20 y 22 kilos. Así mismo frente a la custodia y el engorde del subyacente, determina esta disposición que consiste en: "(...) el servicio que el mandante vendedor a través de su comisionista vendedor se compromete a prestar directamente o por interpuesta persona por un término de ciento cinco días contados desde la fecha prevista para la entrega en el predio que para este efecto se haya designado en la venta. El servicio consiste en el cuidado de los cerdos, hasta la culpa leve en su cantidad y calidad y, en el engorde de los mismos, con la utilización de los medio idóneos tanto técnicos como alimenticios y de salubridad, que les permitan alcanzar las condiciones sanitarias y técnicas de entrega de los cerdos con rango de peso en noventa y cinco (95) y cien (100) Kilos en el plazo previsto en el presente artículo". La obligación de recompra en estos contratos deberá ejercerse a los 135 días de celebrado el negocio en la Rueda de la BNA.

Así las cosas, teniendo claridad sobre la naturaleza de los contratos a término bajo estudio, su regulación y las obligaciones que surgen para la punta vendedora que en el caso bajo estudio se encuentra siendo investigada, pasará la Sala a realizar el análisis del caso concreto.

6.1.6.2. Del caso concreto.

Se encuentra suficientemente probado en el expediente que **AGROPAR S.A.** celebró en la rueda de negocios de la BNA, los días 20, 27 y 28 de septiembre de 2007 las operaciones CAT Nos. 6254562, 6269668 y 6274776 respectivamente, obligándose a realizar la recompra del producto los días 20, 27 y 28 de diciembre del mismo año. Así mismo, se encuentra probado que **AGROPAR S.A.**, celebró el día 18 de julio de 2007 la operación CPT No. 6087761, pactando como fecha máxima de recompra el día 3 de diciembre de 2007¹⁹².

Ahora bien, tenemos que uno de los argumentos utilizados por la investigada en su defensa consiste en afirmar que todas las operaciones bajo investigación fueron cumplidas en la recompra en la fecha establecida para el efecto. Al respecto encuentra la Sala que se encuentran en el expediente los formatos actualización de recompra¹⁹³ de cada una de las operaciones en donde se vislumbra que en efecto la operación No. 6254562 fue recomprada el día 20 de diciembre de 2007; la operación No. 6269668 fue recomprada el día 27 de diciembre de 2007 y la operación No. 6274776 fue

¹⁹² Comprobantes de negociación (Cuaderno No. 1 Folio 032-034).
¹⁹³ Cuaderno No. 1 Folios 024-026.

recomprada el día 28 de diciembre de 2007 tal y como fue pactado acorde al comprobantes de negociación de cada una de las operaciones¹⁹⁴.

En lo que se refiere a la operación CPT No. 6087761, obra en el expediente comunicación CC-3774 del 8 de mayo de 2008 mediante la cual la CRCBNA hace entrega a **AGROPAR S.A.** del "comprobante de negociación No. 6357074, que se encontraban respaldando la operación No. 6087761, en la Cámara de Riesgo de Contraparte de Bolsa Nacional Agropecuaria"¹⁹⁵. Así mismo, devuelve el cheque No. P8442950 por un valor de \$262.756.278 del Banco de Bogotá debidamente anulado¹⁹⁶.

No obstante lo anterior, si bien es cierto lo argüido por la investigada en cuanto a que las operaciones fueron recompradas en la fecha pactada, no es menos cierto que en el caso objeto de estudio la imputación hecha por el Área de Seguimiento no se refiere al incumplimiento en la recompra sino por la inexistencia del subyacente objeto de la operación y la obligación de custodia y engorde de los mismos. En efecto, el hecho de haber cumplido la operación, no puede ser causal eximente de responsabilidad ya que la existencia del subyacente en las operaciones de contratos a término es parte de la naturaleza y esencia misma del contrato y por tanto, al no existir el subyacente se pone a la CRCBNA en un riesgo importante, todo lo cual será estudiado posteriormente.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la imputación realizada frente a la operación CPT es diferente a las operaciones CAT entrará la Sala a analizar cada una de las circunstancias alrededor de estas operaciones.

6.1.6.2.1. De la inexistencia del subyacente en la operación CPT No. 6087761

Tenemos que acorde a las disposiciones analizadas previamente, en la operación bajo estudio celebrada el día 18 de julio de 2007, la sociedad comisionista debía poner a disposición del mandante el día 50 de la operación (6 de octubre de 2009), los cerdos objeto de la misma y este mismo día comenzaba la obligación de custodia y engorde a cargo de la punta vendedora durante 105 días, es decir, hasta el día 3 de febrero de 2008. Ahora bien, acorde a la visita realizada por funcionarios de la CRCBNA el día 17 de octubre de 2007 es decir, durante el término de engorde y custodia de los animales, esta entidad menciona en su informe que en el lugar de ubicación de los subyacentes determinado por el mandante vendedor que "no se encontraron los cerdos objeto de la operación, constatando con esto, una imprecisión sobre la ubicación determinada por el mandante vendedor en la información suministrada a la Cámara, derivando un desconocimiento para al CRBNA (sic) sobre la ubicación y estado de los subyacentes".

Lo anterior es explicado por el Representante Legal de la sociedad investigada en audiencia practicada por el Área de Seguimiento en los siguientes términos: "Hay una visita inicial en donde la Cámara procedimentalmente me informa que va a realizar las visitas y que por favor la ponga en contacto con los representantes legales, efectivamente van hacen las visitas y hay un mandante que unos Contratos Porcícolas a Término donde él recoge a la jefe de garantías y le informa que no han comprado los cerdos ya que el precio del mercado es muy alto y su negocio ya no es negocio, el procede de manera inmediata a retornar el efectivo para tener la operación garantizada en un ciento por ciento a favor de la Cámara de

¹⁹⁴ Cuaderno No. 1 Folios 032-034.

¹⁹⁵ Cuaderno No. 4 Folio 076.

¹⁹⁶ Cuaderno No. 4 Folio 077.

Compensación el retoma los recursos y se montan en una inversión de la Cámara de Compensación".

Así mismo, esta posición es reiterada en audiencia decretada y practicada por la Sala de Decisión en la cual al referirse a la operación CPT No. 6087761 menciona: "Hay remplazamiento (sic) de garantías. Creo que la operación está más garantizada en efectivo que en los mismos cerdos (...) Se le deja el 100% de la garantía más los intereses, el señor devuelve todo".

De esta forma, acorde a lo dicho por la investigada y teniendo en cuenta el informe presentado por los funcionarios de la CRCBNA, encuentra la Sala que está suficientemente probado que en la operación objeto de estudio no se encontraban a disposición los subyacentes de la misma, ni se estaba realizando por parte del mandante-vendedor el proceso de custodia y engorde que ordena la norma y la naturaleza del contrato.

En efecto, si en el sentir de la sociedad comisionista investigada, la operación se encuentra más garantizada en efectivo que con el subyacente, se debe aclarar que la existencia de éste último no sólo es la garantía de la operación sino que hace parte del objeto y la esencia del contrato porcícola a término. En efecto, el artículo 2° de la Resolución No. 18 de 2002 lo define como "el negocio jurídico celebrado en el mercado abierto de la Bolsa nacional Agropecuaria S.A. que tiene por objeto la venta con pacto de recompra de cerdos en pie y la prestación del servicio de custodia y engorde". (subrayado por fuera del texto original). De lo anterior se colige que no puede existir contrato porcícola a término si no existe el subyacente so pena de desnaturalizar todo el negocio jurídico; se trataría de otro negocio jurídico.

Es así como no puede ser aceptado como causal eximente de responsabilidad lo afirmado por la sociedad comisionista en cuanto se constituyó garantía en efectivo, ni mucho menos que las mismas representaban una mayor garantía para la operación, ya que en el caso concreto lo que ocurrió fue que se prescindió del objeto mismo de la negociación. En efecto, realmente lo que se hizo en esta operación fue básicamente un mutuo por parte de la punta compradora para que luego de transcurrido un plazo el vendedor retornara capital más intereses. Es por esto que le asiste razón al Jefe del Área de Seguimiento cuando menciona que: "Tal conducta representa un peligro para el mercado al celebrar negociaciones carentes de objeto y en la medida en que en el evento de incumplimiento de la operación, los cerdos constituyen la principal garantía de la CRCBNA para procurar el cumplimiento a la contraparte en la operación, además de ser el objeto mismo de ésta; y genera en consecuencia, la infracción a las normas referidas al deber de la sociedad comisionista de otorgar las garantías correspondientes a la operación y mantenerlas vigentes y libres de gravámenes, contraviniendo además, con ocasión de la conducta despreocupada asumida por Agropar frente a la operación todas las obligaciones de diligencia, precisión, responsabilidad y cumplimiento de sus obligaciones desarrolladas a lo largo del presente documento (...)".

6.1.6.2.2. De la obligación de custodia y engorde en los galpones definidos en la venta en las operaciones CAT Nos. 6254562, 6269668 y 6274776

El informe de la visita realizada por los funcionarios de la CRCBNA que reposa en el expediente informa lo siguiente:

"En la visita efectuada por la CRCBNA a la finca se llegó al sitio reportado como lugar de ubicación de las aves, de propiedad del señor Manuel Vergara (no de los mandantes) en el cual no se encontraron los pollos objeto de la operación, ni infraestructura que denote que hay una granja avícola, por el contrario en el lugar funciona una fábrica de concentrado para animales.

De igual manera se procedió a preguntar al dueño Sr. Vergara, si tenía aves (pollos) con el mandante señor Abraham Cueter, a lo cual respondió que NO.

En desarrollo de la inspección, se tuvo contacto telefónico con el señor Cueter, en horas del medio día. Como resultado de ello el funcionario de la CRCBNA, acordó de llamar al mandante en la noche para concretar la vista (sic) al siguiente día, ya que el Señor Cueter informo que el subyacente se encontraba en otros lugares. En horas de la noche se procedió a dejar un mensaje de voz en el teléfono móvil del mandante sin encontrar respuesta por parte de él".

Respecto de esta visita manifiesta la investigada que los funcionarios de la CRCBNA cometieron un error ya que nunca entraron a la granja en donde se encontraban los subyacentes y únicamente hablaron con un portero que no tenía conocimiento del contrato de tercerización realizado entre el mandante vendedor y el dueño de la granja avícola. Así mismo menciona que no se le puso en conocimiento de la visita realizada ni de los inconvenientes presentados¹⁹⁷.

Frente a estos argumentos, recalca la Sala que si bien es cierto que la Resolución No. 09 de 2002 permite que la obligación de engorde y custodia se realice a través de interpuesta persona, no es menos cierto que esta disposición también aclara que en el evento en que esta obligación se lleve a cabo a través de un tercero *"el MANDANTE VENDEDOR conservará la responsabilidad de las obligaciones que asume"*. De esta forma, es claro que la obligación de tener los pollos a disposición del comprador y de la CRCBNA continúa en cabeza del mandante vendedor a través de la sociedad comisionista vendedora. En efecto, tanto en la Resolución No. 09 de 2002 como en los mandatos suscritos por **AGROPAR S.A.** y sus mandantes se establece que: *"EL MANDANTE VENDEDOR reconoce que su situación jurídica frente a los pollos que se compromete a custodiar y engordar es de mera tenencia, y por lo tanto, no impedirá bajo ninguna circunstancia la disposición que del pollo quiera hacer el COMPRADOR o la Cámara de Riesgo Central de Contraparte en su representación, por lo que renuncia a cualquier derecho de retención del pollo entregado para la custodia y engorde"*¹⁹⁸.

Ahora bien, la obligación de poner a disposición los subyacentes de la operación implica que en cualquier momento el comprador o la CRCBNA pueden verificar la existencia de los mismos sin mayores inconvenientes. En efecto, debe haber por parte de la punta vendedora un ánimo e intención de poner a disposición los bienes para que se entienda que la imposibilidad por parte de la CRCBNA de constatar la existencia de los subyacentes obedece simplemente a un error y no a un acto de negligencia por parte de la sociedad comisionista. Es así como, estas intenciones de

¹⁹⁷ Obra en el expediente Comunicación CC-316 del 26 de enero de 2007, por la cual, la CRCBNA solicita a **AGROPAR S.A.** remitir información sobre los mandantes de la firma en Contratos a Término vigente (cuaderno No. 1 Folio 091), Comunicación 3389 de **AGROPAR S.A.**, con fecha del 11 de julio de 2007, en donde la sociedad comisionista remite información sobre el mandante Agropecuaria Casa Loma Ltda. (cuaderno No. 1 Folio 090), Comunicación 3325 de **AGROPAR S.A.**, con fecha del 26 de junio de 2007 en donde la sociedad comisionista actualiza información de contratos a término (cuaderno No. 1 Folio 088-089).

¹⁹⁸ Esta previsión se encuentra establecida en el parágrafo de la cláusula cuarta de los mandatos celebrados por Agropar S.A con sus mandantes Incagro Ltda y Productora de Frutas del Caribe S.A.

disposición se pueden demostrar cumpliendo las exigencias que hace la CRCBNA para efectos de tener ubicados los subyacentes, esto es informar la ubicación de los mismos y las modificaciones que se realicen frente a la misma, informar si se lleva a cabo tercerización del contrato e identificar plenamente al tercero y en general toda la información que sea relevante para que la CRCBNA tenga una plena certeza de la existencia y ubicación del subyacente que es objeto de la operación y garantiza la misma.

Siguiendo esta línea tenemos que en el numeral segundo de la cláusula cuarta del mandato celebrado por **AGROPAR S.A.** con sus mandantes, se establece como obligación de este último la de "custodiar el pollo en los galpones que se definan en la Cláusula Séptima del presente mandato, respondiendo por el número y la calidad del mismo, hasta la culpa leve", por su parte la cláusula séptima del mandato celebrado con Incagro¹⁹⁹ establece: **"ENTREGA Y RECIBO: EL MANDANTE VENDEDOR, se obliga a entregar el pollo de un día que venda en virtud de este mandato, a los 54 días contados a partir de la fecha de celebración del correspondiente contrato de compraventa, engorde y custodia, en Nobsa (Boyacá) Vereda Dicho - La Esperanza".** En cuanto a la cláusula séptima del mandato celebrado con Productora Frutas del Caribe que obra en el expediente²⁰⁰, se encuentra en blanco el lugar de ubicación de los subyacentes, sin embargo acorde al informe de visita de la CRCBNA "mediante oficio 3940 de la firma comisionista dirigido a la CRCBNA relacionó la ubicación exacta de los contrato (sic) del mandante Productora Frutas del Caribe S.A. cabe resaltar que aunque la sociedad Incagro S.A. reporto inicialmente como sitio de ubicación en Nobsa (Boyaca), la firma informo (sic) telefónicamente que se encuentran de igual manera en la misma finca del mandante Productora de frutas del Caribe S.A.". Esta comunicación enviada por **AGROPAR S.A.** a la CRCBNA fue solicitada por el Área de Seguimiento a la CRCBNA mediante comunicación AS-094-09 sin embargo, en respuesta a dicha comunicación la CRCBNA informa que la misma se encuentra pendiente de ubicación. Así mismo esta comunicación es solicitada a **AGROPAR S.A.** en audiencia practicada por el Área de Seguimiento, sin embargo, la misma no es anexada.

Ahora bien, lo anterior es aclarado por **AGROPAR S.A.** en audiencia realizada por la Sala en donde menciona que: "Avinorte es la empresa donde reposa el subyacente. Donde Incagro y Frutos del Caribe, tercerizan su operación como es muy normal y regular en el sector avícola". Así las cosas, al parecer la ubicación que debía haber dado **AGROPAR S.A.** para determinar el cambio de ubicación de los subyacentes era la de la Granja Avícola del Norte Ltda. Avinorte Ltda., ya que tal y como lo menciona la investigada, los subyacentes no se encontraban en el lugar determinado en el mandato. Sin embargo, no reposa prueba en el expediente que demuestre que la sociedad comisionista investigada envió comunicación alguna a la CRCBNA explicando esta situación y determinando plenamente la ubicación del subyacente.

Así las cosas, considera la Sala que se evidencia una falta de diligencia y especial responsabilidad al no determinar de forma contundente y plena la ubicación del subyacente, imposibilitando que la CRCBNA determinara la existencia del mismo. En efecto, no puede ser predicable de un profesional experto y prudente que información tan importante como la ubicación del subyacente sea remitida vía telefónica y que cuando los funcionarios de la CRCBNA llegan a esa ubicación informada no encuentren la granja avícola o según lo menciona la investigada ni puedan ingresar

¹⁹⁹ Cuaderno No. 5 Folios 284-288.

²⁰⁰ Cuaderno No. 5 Folios 264-268.

por desconocimiento por parte de los funcionarios del lugar, sobre la existencia de los pollos.

Por lo anterior, es claro para la Sala que el subyacente no estaba a disposición del comprador y de la CRCBNA como lo dispone el mandato y las normas reglamentarias, pues existía una imposibilidad por parte de éstos para ejercer la vigilancia sobre el subyacente ya que ni siquiera se pudo determinar que existiesen. Esta situación es imputable a la sociedad comisionista vendedora ya que implica una falta de diligencia y precisión el hecho que haya incertidumbre frente a la ubicación del subyacente. A lo anterior se suma que la prueba obrante en el expediente mediante la cual la CRCBNA informa sobre la visita realizada, es generada por una entidad que tiene legitimidad y por tanto, es una prueba absolutamente válida.

De esta forma, concuerda la Sala con lo manifestado por el Jefe del Área de Seguimiento en cuanto *"no puede soslayarse que es de la esencia de la operación financiera la existencia de los subyacentes puesto que la misma tiene como finalidad financiar a los avicultores, porcicultores y ganaderos en el proceso de cría, engorde y levante de sus animales, y del suceso en estas labores depende el éxito de los mandantes que garantice que puede proveer de fondos suficientes al comisionista para el cumplimiento de su obligación de recompra. Con el fin de que este proceso se lleve a cabo y se puedan obtener los recursos, es necesario un seguimiento por parte de la firma comisionista y de la Cámara, razón por la que no se compadece con su condición de profesional del mercado y comisionista a cuyo nombre se efectúa la venta en la BNA, el desconocimiento del paradero de los mismos por parte de aquél, derivando en la imposibilidad para la Cámara de cumplir con sus funciones de vigilancia en la ejecución de custodia y engorde de los semovientes"*.

6.1.6.2.3. Del llamado al margen

Respecto de la argumentación de la sociedad comisionista investigada según la cual en las operaciones objeto de investigación en ningún momento se le hizo llamado al margen se le aclara que esta figura consiste en *"la exigencia que hace la CÁMARA al Comisionista y la obligación del mismo, de ampliar el valor de la garantía básica para que sea suficiente en consideración al margen de variación del precio de los productos, cuando por fluctuaciones en los precios la garantía básica resulta insuficiente. Se debe constituir el mismo día que la CÁMARA lo solicite"*²⁰¹. (negritas por fuera del texto original). Siendo esto así, el llamado al margen es la garantía adicional que deben poner a disposición las partes en una negociación en el mercado de la Bolsa, cuando así lo exija la CRCBNA, por la variación relativamente sustancial de precios.

En efecto, la finalidad que cumple el llamado al margen, como garantía propia de las operaciones de la BNA, es que en el momento en que se presente un incumplimiento, la CRCBNA, en su rol de contraparte, cuente con garantías suficientes para vender el producto a los precios de mercado el día del incumplimiento, es decir de cobertura para la CRCBNA y adicionalmente, cumple otra función fundamental, cual es desestimular el incumplimiento de las operaciones celebradas en la BNA ya que ésta genera un costo adicional en el que incurren las partes en desarrollo de la operación, de alguna manera conlleva a que financieramente se haga más gravoso su incumplimiento y por ende disuadir del incumplimiento.

Ahora bien, en el caso concreto, tal y como se evidencia de la naturaleza misma de esta garantía no era aplicable un llamado al margen, ya que no había una variación de

²⁰¹ Reglamento de la CRCBNA. Artículo 2, numeral 1.13.

precios del subyacente sino que este no existía. De esta forma, el paso a seguir no puede ser llamar al margen a la sociedad comisionista, sino que decretar el incumplimiento de la operación. Así, no puede ser de recibo el argumento de la investigada en cuanto no hubo llamado al margen ya que esta garantía es aplicable en casos de variación de precios y no de inexistencia del subyacente.

6.1.6.3. Normas vulneradas por la conducta de AGROPAR S.A.

En lo que se refiere a la operación CPT No. 6087761 tenemos que el artículo 4 de la Resolución No. 018 de 2008 que regulaba para la época de los hechos los contratos porcícolas a término establece: *"La venta que implica la celebración de un CPT, tendrá por objeto la transferencia de dominio de cien (100) cerdos en pie del vendedor al comprador, con un peso entre 20 y 22 kilos, y por el valor que para el efecto fije el Departamento Técnico de la BNA para la semana de celebración del contrato. Los cerdos serán entregados a órdenes del mandante comprador, en el predio que para el efecto fije el mandante vendedor en el mandato de venta a los cincuenta (50) días de celebrado el negocio en el mercado abierto de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A."* (Negrillas por fuera del texto original). De lo anterior se colige que la existencia de los cerdos hace parte misma del objeto y esencia del contrato porcícola, por lo cual, se desnaturaliza absolutamente la operación al dejar de existir los mismos. Esta situación claramente atenta no sólo contra las normas del mercado, sino contra el mercado en sí mismo, toda vez que se vulneran sus principios fundamentales como lo son la transparencia y seguridad. Es así como la conducta adoptada por la sociedad comisionista investigada conlleva una gravedad significativa al ser altamente riesgosa.

Ahora bien en cuanto a las operaciones sobre contratos avícolas a término, el Jefe del Área de Seguimiento eleva cargos por: *"por la vulneración de las disposiciones relacionadas con el deber de custodiar y engordar los animales en los galpones fijados para el efecto, las cuales se encuentran contenidas en el artículo 3 y en el numeral 2º del artículo 6 de la Resolución No. 09 de 2002. Tal hecho, en razón de los fundamentos expuestos anteriormente conlleva la vulneración de los deberes previstos en los numerales 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006 en concordancia con lo establecido en los numerales 1, 2 y 6 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA"*.

La Resolución No. 09 de 2002 en las disposiciones mencionadas determina:

"Artículo 3. De la Venta y la Recompra. La venta que implica la celebración de un CAT, tendrá por objeto la transferencia de dominio de Veinte Mil (20.000) pollos de un día del vendedor al comprador, por el valor que para el efecto fije la administración de la Cámara de Compensación de la Bolsa. Los pollos serán entregados a órdenes del mandante comprador, en los galpones que para el efecto fije el mandante vendedor en el mandato de venta a los cincuenta y cuatro (54) días de celebrado el negocio en el mercado abierto de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A.

Artículo 6º - De las obligaciones del Comisionista Comprador y Vendedor – (...) Por su parte, el comisionista vendedor sólo podrá celebrar operaciones CAT en el mercado abierto de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., si el contrato de mandato que le otorguen para dicho efecto contiene las siguientes obligaciones: (...) 2. Que el **MANDANTE VENDEDOR** deberá custodiar el pollo en los galpones que éste haya definido en la venta y cuidarlo, respondiendo por el número y calidad del mismo, hasta la culpa leve".

Tal y como se explicó previamente, la obligación de poner a disposición los subyacentes de la operación implica que en cualquier momento el comprador o la

CRCBNA pueden verificar la existencia de los mismos sin mayores inconvenientes. Lo anterior conlleva por parte de la punta vendedora un ánimo e intención de poner a disposición el subyacente, cumpliendo las exigencias que hace la CRCBNA para el efecto, esto es informar la ubicación de los mismos y las modificaciones que se realicen frente a la misma, informar si se lleva a cabo tercerización del contrato e identificar plenamente al tercero y en general toda la información que sea relevante para que la CRCBNA tenga una plena certeza de la existencia y ubicación del subyacente que es objeto de la operación y garantiza la misma.

En el caso bajo estudio se demostró que estas obligaciones no fueron cumplidas por parte de la investigada, toda vez que no se pudo determinar la ubicación del subyacente y por ende su existencia incumpliendo así con la obligación de custodia y engorde que le atañe frente a estas operaciones. En efecto, la obligación de seguimiento que le corresponde como mandatario implica que debe tener certeza de la ubicación del subyacente, lo cual en el caso concreto no ocurrió evidenciándose una falta de debida diligencia y profesionalismo en su calidad de mandatario.

Así las cosas, resulta claro que no se cumple con el objeto mismo de la operación financiera ya que no se determina que el subyacente exista o no, quedando el contrato absolutamente desnaturalizado y sin la garantía principal del mismo en caso de presentarse un incumplimiento.

De esta manera al no cumplir con el objeto mismo de la operación celebrada en bolsa se vulneran los numerales 1, 2 y 7 del artículo 1.6.5.1. Reglamento de la BNA, en concordancia con los artículos 6 y 11 del decreto 1511 de 2006²⁰², los cuales determinan:

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

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

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

Ahora bien, por la gravedad de la conducta y las implicaciones que la misma tiene en el mercado, la sociedad comisionista vulneró el numeral 6 del artículo 1.6.5.1 al no "Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial

²⁰² Artículo 29: "Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: (...) Num. 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. (...) Num. 11° Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva".

responsabilidad²⁰³. En efecto, en un mercado regulado como el de la BNA el nivel de profesionalismo de las sociedades comisionistas que hacen parte del mismo envuelve una especial aptitud profesional, la cual, implica actuar con el mayor grado de diligencia y cuidado; como un gestor profesional experto y prudente. Este grado de responsabilidad implica que se deben adoptar todas las medidas tendientes a dar cumplimiento a sus deberes legales y estatutarios, lo cual, en el caso bajo estudio no sólo no ocurrió sino que ni siquiera se cumplió con el objeto mismo del contrato.

Al respecto es preciso mencionar que el escenario de negociación administrado por la BNA se encuentra regido por un conjunto de normas legales y reglamentarias que propenden por el mantenimiento de un mercado seguro y transparente, erigiéndose entonces esta reglamentación como obligaciones ineludibles en cabeza de las sociedades comisionistas miembros de la BNA. De esta manera, el hecho mismo de ser miembros de la Bolsa implica que se acepta la obligación de cumplir a cabalidad con esta normatividad y propender porque el mercado sea cada vez más seguro y confiable. Así las cosas, en el caso concreto la sociedad comisionista se encontraba obligada a que no realizaran operaciones en Bolsa que no contaban con el subyacente objeto mismo de la operación ya que de lo contrario se aplicarán las consecuencias propias del incumplimiento de la normatividad que regula este mercado. Es así como la conducta negligente o imprecisa que desplegó en el caso concreto la sociedad comisionista investigada, conlleva a una consecuencia disciplinaria que no puede subsanarse con el cumplimiento de obligaciones posteriores como lo es la recompra de la operación.

6.1.6.4. De la responsabilidad disciplinaria y la graduación de la sanción

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

Encuentra la Sala de Decisión que la conducta objeto de estudio reviste de la mayor gravedad, toda vez que el subyacente es el objeto mismo de la negociación y hace parte de la esencia del contrato. De esta manera, no sólo se desnaturaliza completamente el negocio jurídico celebrado, sino que además representa un engaño o inducción al error a los inversionistas que acuden a este mercado. En efecto, el cliente al invertir en un contrato a término entiende que se encuentra amparado por unos subyacentes determinados y de otra parte, al no existir dichos subyacentes el comisionista se encuentra realizando, con el mandante vendedor otro negocio más parecido a un mutuo que un contrato a término, que rebasa su capacidad de hacer en el escenario de la BNA.

²⁰³ En concordancia con lo establecido en el numeral 8 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006.

Adicionalmente tenemos que el subyacente de la operación tiene una doble connotación ya que mientras se encuentra vigente la negociación es, como se ha recalcado, el objeto mismo del contrato; sin embargo, en el momento de presentarse un incumplimiento se convierte en la principal garantía para salir a cumplirle a la contraparte. De esta manera, la conducta asumida además pone en grave riesgo al mercado al dejarlo desprotegido frente a un eventual incumplimiento que si bien en el caso bajo estudio no se concretó, representa una situación gravísima para el mercado, que no puede ocurrir.

De esta forma teniendo en cuenta la gravedad de la conducta y que la dimensión del peligro para la confianza del público que la misma conlleva es alta, para la Sala merece el mayor reproche, el que un profesional del mercado de valores amparado en una operación típica haya realizado otra operación no regulada. Lo anterior, implica la vulneración de múltiples disposiciones reglamentarias y legales que amparan diferentes bienes jurídicos tales como la transparencia, seguridad y honorabilidad del mercado, la confianza de los inversionistas y afectándose igualmente la estabilidad misma del mercado.

Así las cosas, para la Sala de Decisión No. 7 es claro el incumplimiento de las disposiciones reglamentarias y legales que regulan este mercado, por las razones expuestas en las consideraciones precedentes, por lo cual, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 2.3.3.2 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA que establece que *"Podrá imponerse a un investigado una o varias de las sanciones previstas en el presente Reglamento de manera concurrente, respecto de los hechos investigados"*, impone al investigado una sanción de SUSPENSIÓN por el término de dos (2) días hábiles, en concurrencia con una sanción de MULTA de veinte (20) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes dada la materialidad de los hechos y la concurrencia de diversas infracciones.

La sanción de SUSPENSIÓN mencionada a las voces del artículo 2.3.3.7 tiene como efectos los siguientes:

1. La privación de todos los derechos derivados de la calidad de miembro de la Bolsa;
2. La imposibilidad de celebrar, directamente o a través de interpuesta persona, operaciones y realizar actividades para las cuales se encuentre legalmente habilitado, durante el período de la suspensión y conforme a los términos de la sanción impuesta. No obstante, continuará sujeto a todas las obligaciones legales y reglamentarias que no estén en contradicción con la suspensión. Así mismo, deberá cumplir todas las obligaciones derivadas de operaciones celebradas con antelación a la fecha de imposición de la sanción en especial aquellas contraídas con sus clientes, la Bolsa, los miembros de la Bolsa y la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la Bolsa;
3. La imposibilidad de disponer del puesto de bolsa o de las garantías generales, básicas y especiales, hasta tanto haya dado cumplimiento a todas las obligaciones contraídas con sus clientes, la Bolsa, los miembros de la Bolsa y la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la Bolsa".

VII. INCUMPLIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS ADICIONALES DE LLAMADO AL MARGEN EN LAS OPERACIONES NO. 7874021, 7450157 y 7576306.

7.1. Hechos:

- 7.1.1. La sociedad comisionista **AGROPAR S.A.** celebró en la Rueda de la BNA las operaciones Nos. 7874021, 7450157 y 7576306 los días 26 de agosto, 5 de junio y 1 de julio del año 2008 sobre maíz blanco nacional por un valor total del negocio de \$1.300.000.000 en cada una de las operaciones²⁰⁴.
- 7.1.2. El día 7 de octubre de 2008, la CRCBNA mediante comunicación GC-1046²⁰⁵, solicitó a **AGROPAR S.A.**, la constitución inmediata de garantías adicionales de llamado al margen por una suma de \$5.927.214 para la operación No. 7874021, una suma de \$29.550.543 para la operación No. 7450157 y una suma de \$93.241.296 para la operación No. 7576306.
- 7.1.3. La CRCBNA, mediante comunicación GC-1179 del 20 de octubre de 2008²⁰⁶, solicita a la BNA declarar el incumplimiento de la operación No. 7573606 toda vez que la misma no cuenta con las Garantías Adicionales, solicitadas a través del Llamado al Margen efectuado el día 7 de octubre de 2008.
- 7.1.4. El día 21 de octubre de 2008, mediante comunicación GC-119²⁰⁷, la CRCBNA nuevamente solicita la constitución inmediata de garantías adicionales de llamado al margen pero únicamente para las operaciones Nos. 7874021 y 7450157 por un valor de \$10.562.816 y \$49.113.293 respectivamente.
- 7.1.5. Mediante declaratoria de incumplimiento PSD-324 del 22 de octubre de 2008²⁰⁸, la administración de la BNA declaró el incumplimiento de la operación No. 7576306 por la no constitución de garantías adicionales de llamado al margen efectuado el día 7 de octubre de 2008.
- 7.1.6. La CRCBNA, mediante comunicación GC-1310 del 29 de octubre de 2008²⁰⁹ solicita a la BNA declarar el incumplimiento de las operaciones Nos. 7450157 y 7874021 toda vez que las mismas no cuentan con las garantías adicionales solicitadas a través del llamado al margen efectuado el día 21 de octubre de 2008.
- 7.1.7. Mediante declaratorias de incumplimiento PSD-332 y PSD-333 del 29 de octubre de 2008²¹⁰, la administración de la BNA declaró el incumplimiento de las operaciones Nos. 7450157 y 7874021 por la no constitución de garantías adicionales de llamado al margen efectuado el día 21 de octubre de 2008.

7.2. Solicitud de explicaciones formales:

En la solicitud formal de explicaciones institucionales, el Área de Seguimiento realiza un resumen sobre los hechos que dan lugar a la misma en relación con el presunto incumplimiento en el otorgamiento de garantías (numeral 4).

De esta forma, considera que la conducta asumida por la sociedad comisionista podría vulnerar el artículo 29, numerales 6, 8, 11 y 12 del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1, 2, 6, 7 y 11 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de la BNA; en concordancia con lo establecido en el numeral 6 del artículo 11 del Reglamento de la

²⁰⁴ Comprobantes de negociación de las operaciones (Cuaderno No. 2 Folios 244, 260 y 264), Detalle de las operaciones en el Sistema de Información Bursátil (Cuaderno No. 2 Folios 438, 263 y 211) y Mandato de compra celebrado entre Alimentos Polar y Torres Cortés (Cuaderno No. 2 Folio 424).

²⁰⁵ Cuaderno No. 5 Folio 007.

²⁰⁶ Cuaderno No. 2 Folio 245.

²⁰⁷ Cuaderno No. 5 Folio 006.

²⁰⁸ Cuaderno No. 2 Folio 248.

²⁰⁹ Cuaderno No. 2 Folio 261.

²¹⁰ Cuaderno No. 2 Folios 262 y 266.

CRCBNA; lo que podría configurar las conductas objeto de investigación y sanción previstas en los numerales 12 y 13 del artículo 2.2.2.1. del Libro II del Reglamento de la BNA y el numeral 3.11.1. del Boletín Instructivo No. 09 de 2007.

7.3. Explicaciones formales

En las explicaciones formales se refiere particularmente a una de las operaciones sobre la cual se solicitaron explicaciones formales, sin embargo en el pliego de cargos se archivó la investigación en lo relacionado con el presunto incumplimiento en la constitución de garantías en la operación No. 7250212 a la cual se refiere la investigada.

Finalmente menciona que *"no puede decretarse incumplimiento alguno, toda vez que las operaciones en cita fueron debidamente conciliadas por la Cámara Arbitral, quien en desarrollo de sus funciones reglamentarias, lideró el proceso de acuerdo y su ejecución"*. La anterior afirmación es aplicable a las operaciones Nos. 7450157 y 7576306 las cuales fueron incumplidas, así mismo en la entrega del producto y a las cuales ya se refirió la Sala en el numeral 3.2. de la presente Resolución.

No obstante lo anterior, en audiencia practicada por el Área de Seguimiento al Representante Legal de AGROPAR S.A., se refiere a las conductas bajo investigación expresando que: *"No se constituyen los llamados al margen debido a que la Cámara no hace los procedimientos, esos llamados al margen también tienen algo que ver con el punto de que la Cámara asienta una operación por fuera de mercado y hacen un llamado al margen de una vez con un default de un 40 por ciento, entonces el llamado al margen fue señor constituya mil millones de pesos"*.

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

Se refiere a lo expresado por el Representante Legal de la investigada en audiencia manifestando que: *"De acuerdo con lo manifestado por el libelista el incumplimiento en el llamado al margen obedece al monto al que ascendía el mismo, hecho que no es oponible como eximente de responsabilidad de Agropar S.A., puesto que no es una conducta esperada de una sociedad comisionista de bolsa el escudarse en el valor de la obligación para no acatar las instrucciones impartidas por la entidad administradora de las garantías de las referidas operaciones, máxime cuando estas tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de la operación"*.

De esta forma considera que en efecto existió un incumplimiento en la constitución de la garantía de llamado al margen, conducta que considera contraria a los deberes reglamentarios y legales de la sociedad comisionista.

7.5. Consideraciones de la Sala

Por margen de variación, entiende el Reglamento de la CRCBNA, que es *"la porción de la garantía que hay que ajustar debido a la oscilación del precio de los productos entre el momento del cierre de la operación y el momento de cumplimiento del contrato"*²¹¹. Por su parte el mismo Reglamento, define el llamado al margen como *"la exigencia que hace la CÁMARA al Comisionista y la obligación del mismo, de ampliar el valor de la garantía básica para que sea suficiente en consideración al margen de variación del precio de los productos,*

²¹¹ Artículo 2.1.13 Reglamento de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la BNA.

cuando por fluctuaciones en los precios la garantía básica resulta insuficiente. Se debe constituir el mismo día que la CÁMARA lo solicite²¹². Siendo esto así, el llamado al margen es la garantía adicional que deben poner a disposición las partes en una negociación en el mercado de la Bolsa, cuando así lo exija la CRCBNA, por la variación relativamente sustancial de precios. (Negrillas fuera del texto original)

En el régimen de determinación y método de constitución de garantías en el artículo 10 del Reglamento de la CRCBNA, se define con claridad que los llamados al margen deben hacerse diariamente, si hay lugar a ello, y determina que "para las operaciones de (...) Pago a Plazo y Entrega a Plazo o Futura se deberá constituir la garantía básica por parte de los comisionistas vendedor y comprador, y atender los llamados al margen que efectúe la Cámara". En efecto, la no constitución de la garantía de llamado al margen origina de acuerdo con el numeral 6 del artículo 11 del Capítulo 5 del Reglamento de la CRCBNA, un incumplimiento.

De la misma manera en Resolución 004 de 2007, expedida por la Junta Directiva de la CRCBNA, se define, en el artículo 2 que "La CRCBNA realizará, durante la vigencia de todas las operaciones que han sido asentadas en la CRCBNA, el seguimiento periódico de las mismas, de acuerdo con las garantías constituidas, y efectuará el llamado al margen, cuando este se requiera, en concordancia con los procedimientos constituidos para tal efecto, aprobados por el Comité de Riesgo de la entidad. En el evento en que se efectúe el llamado al margen, y este no sea atendido por la sociedad comisionista obligada, esta operación se declarará incumplida, procediendo la CRCBNA a salir a buscar en el escenario de la BNA un comprador o vendedor, según sea el caso, que cumpla la operación en las condiciones de plazo de entrega y pago inicialmente pactadas y liquidando para el efecto las garantías constituidas, cuando así se requiera"

En el presente caso, está debidamente probado que la CRCBNA solicitó el llamado al margen el día 7 de octubre de 2008, mediante comunicación GC-1046²¹³ por una suma de \$93.241.296 para la operación No. 7576306. Así mismo, se encuentra suficientemente probado que esta entidad solicitó el día 21 de octubre de 2008, la constitución de llamado al margen mediante comunicación GC-119²¹⁴ para las operaciones Nos. 7874021 y 7450157 por un valor de \$10.562.816 y \$49.113.293 respectivamente. Lo anterior implica que dicha garantía debía constituirse esos días tal y como lo determina el Reglamento y tal y como lo expuso la CRCBNA en las comunicaciones enviadas al solicitar "la constitución inmediata de garantías adicionales (...)"

No obstante lo anterior, la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.** no constituyó tales garantías, tal y como se logra probar en el proceso. En efecto, obra en el expediente la comunicación GC-1179 del 20 de octubre de 2008²¹⁵ mediante la cual la CRCBNA solicita respecto de la operación No. 7576306 que "se evalúe la procedencia de decretar incumplimiento de la operación en referencia debido a que no cuenta con las Garantías Adicionales solicitadas a través del Llamado al Margen efectuado el día 7 de octubre de 2008". Así mismo, se encuentra en el expediente la comunicación GC-1310 del 29 de octubre de 2008²¹⁶, mediante la cual la CRCBNA solicita respecto de las operaciones Nos. 7874021 y 7450157 "se evalúe urgentemente la procedencia de decretar incumplimiento de la operación en referencia debido a que no cuenta con las Garantías Adicionales solicitadas a través del Llamado al Margen efectuado el día 21 de octubre de 2008".

²¹² Artículo 2.1.13 Reglamento de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la BNA.

²¹³ Cuaderno No. 5. Folio 007.

²¹⁴ Cuaderno No. 5. Folio 006.

²¹⁵ Cuaderno No. 2. Folio 245.

²¹⁶ Cuaderno No. 2. Folio 261.

Lo anterior es aceptado por la investigada toda vez que en audiencia realizada en la etapa de investigación menciona: *"No se constituyen los llamados al margen debido a que la Cámara no hace los procedimientos, esos llamados al margen también tienen algo que ver con el punto de que la Cámara asienta una operación por fuera de mercado y hacen un llamado al margen de una vez con un default de un 40 por ciento, entonces el llamado al margen fue señor constituya mil millones de pesos"*.

Al respecto aclara la Sala que el procedimiento que realiza la entidad administradora de garantías de la BNA para efectuar un llamado al margen es complejo y se encuentra establecido por el Comité de Riesgos de la CRCBNA, el cual determinará el mecanismo mediante el cual se realizará el cálculo y asignación de volatilidad dependiendo del producto; para luego crear las categorías de margen. De esta manera, mediante un proceso ya establecido por esta entidad, se realiza la valoración del precio de cada producto para determinar si la garantía básica constituida continúa siendo suficiente o si por el contrario, se hace necesario realizar un llamado al margen para la constitución de garantías adicionales.

Así las cosas, considera la Sala que no puede ser tenido como argumento para justificar la conducta de la investigada que el valor del llamado al margen haya sido muy alto, toda vez que el mismo obedece a una variación de precios e insuficiencia de garantías real, ambas situaciones analizadas por la entidad y el órgano encargado específicamente del tema. Es así como resulta claro para la Sala que el requerimiento de constitución de garantías adicionales realizado por la CRCBNA simplemente se deriva de unas situaciones de mercado que implican y hacen necesario que las mismas deban constituirse de forma inmediata.

Así mismo, en este punto es importante aclarar que lo dicho por la sociedad comisionista investigada en cuanto *"la Cámara asienta una operación por fuera de mercado"*, no sólo no la exime de responsabilidad disciplinaria, sino que demuestra una falta de especial responsabilidad y diligencia en el manejo de sus negocios. En efecto, las sociedades comisionistas miembros de la BNA en el desarrollo de su actividad tienen el deber de realizar un análisis metódico de mercado para efectos de poder brindar una asesoría adecuada a sus clientes sobre la naturaleza, obligaciones, derechos y riesgos que implica la operación que celebrará en Bolsa. De esta manera es un deber de la sociedad comisionista el de analizar la situación del producto en el mercado para efectos de determinar la viabilidad de la negociación y los efectos que la misma puede ocasionar sobre su cliente, pues de lo contrario no se estaría comportando como el profesional experto y prudente que buscan los inversionistas en este mercado.

Por otra parte se aclara que la naturaleza de esta garantía conlleva a que su constitución se haga de manera inmediata toda vez que la finalidad que cumple el llamado al margen como garantía propia de las operaciones de la BNA, es que en el momento en que se presente un incumplimiento, la CRCBNA, en su rol de contraparte, cuente con garantías suficientes para vender el producto a los precios de mercado el día del incumplimiento, es decir, de cobertura para la CRCBNA y adicionalmente, cumple otra función fundamental, cual es desestimular el incumplimiento de las operaciones celebradas en la BNA, ya que ésta genera un costo adicional en el que incurren las partes en desarrollo de la operación, de alguna manera conlleva a que financieramente se haga más gravoso su incumplimiento y por ende disuadir del incumplimiento. En el caso bajo estudio el riesgo que intenta prevenir esta garantía se

concretó toda vez que las operaciones Nos. 7576306 y 7450157 fueron incumplidas en la entrega del producto tal y como se probó en el numeral 3.2. de la presente Resolución. Es por lo anterior que no puede ser de recibo el argumento de la sociedad comisionista según el cual, se realizaron acuerdos de arreglo directo sobre las operaciones ya que los mismos no se relacionan en nada con la finalidad de cubrimiento que cumple la garantía adicional de llamado al margen.

Por lo anterior, encuentra la Sala que los argumentos esgrimidos por la sociedad comisionista investigada no logran justificar la conducta asumida de no constituir las garantías adicionales solicitadas por la CRCBNA mediante los llamados al margen realizados sobre las operaciones Nos. 7576306, 7874021 y 7450157, el día 7 de octubre de 2008 en el caso de la operación No. 7576306 y el día 21 de octubre de 2008 en el caso de las otras dos, por lo cual vulneró las disposiciones legales y reglamentarias que regulan su actividad tal como se explicará a continuación.

7.6. Normas vulneradas por la conducta de AGROPAR S.A. y concepto de la violación.

Considera el Área de Seguimiento que la conducta de la sociedad comisionista investigada vulnera "el numeral 12 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006, en concordancia con el numeral 11 del artículo 1.6.5.1. y el numeral 12 del artículo 2.2.2.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación, según el cual constituye una conducta objeto de investigación y sanción, entre otros, no constituir las garantías generales, básicas y especiales en la oportunidad y condiciones requeridas por la Bolsa o por la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la BNA".

El artículo 1.6.5.1 en su numeral 11 – en concordancia con lo establecido en el numeral 12 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006²¹⁷ - establece que todos los miembros de la Bolsa están obligados a: "Constituir las garantías generales, especiales y las demás que exija el presente reglamento, en la oportunidad y condiciones establecidas, las cuales deberán mantenerse vigentes y libres de gravámenes o limitaciones. Así mismo, esta obligación deberá cumplirse de conformidad con los reglamentos de otras entidades cuando la Bolsa efectúe la compensación y liquidación de operaciones y administración de garantías por conducto de terceros". Por su parte, el numeral 6 del artículo 11 del Reglamento de la CRCBNA establece que se considera un incumplimiento "La no constitución de las Garantías Básica, de Crédito o la de Llamado al Margen".

Ahora bien, tenemos que acorde al acervo probatorio, las normas precitadas no fueron cumplidas en el caso concreto. En efecto, se logró probar durante el proceso que la sociedad comisionista no sólo no otorgó la garantía de llamado al margen de forma oportuna sino que además, no obra en el expediente prueba de que la misma haya sido finalmente constituida. Así, reitera la Sala que en casos de llamado al margen es vital la oportunidad de la constitución de la garantía toda vez que se trata de una garantía que se evalúa diariamente por las variaciones del precio del subyacente objeto de negociación, lo cual implica que al no constituirla el día solicitado se contraría la naturaleza de esta garantía dejándola entonces sin efecto, tanto así que adicionalmente se incumplió en la entrega del producto en las operaciones Nos. 7576306 y 7450157.

²¹⁷ 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 (...) Num. 12" Otorgar las garantías que sean exigidas por el reglamento de la bolsa de la cual sea miembro.

La vulneración de las disposiciones pertinentes sobre constitución de garantías conlleva además a la vulneración de las disposiciones reglamentarias y legales que imponen la obligatoriedad de los miembros de la Bolsa de cumplir de forma estricta las obligaciones que contraigan con la misma, lo cual en el caso particular se concreta específicamente en el caso omiso que hace la sociedad comisionista de una obligación que tenía con la CRCBNA como administradora de garantías de la BNA. Así las cosas, con la conducta asumida por la sociedad comisionista se vulneraron las disposiciones contenidas en el artículo 1.6.5.1 en sus numerales 1 y 7 – en concordancia con lo establecido en el artículo 29 del Decreto 1511 de 2006 en su numeral once²¹⁸ – que establecen lo siguiente:

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

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

Adicionalmente, encuentra la Sala que la conducta de la sociedad comisionista de no otorgar las garantías de llamado al margen de forma oportuna vulnera lo establecido en el numeral 6 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa que establece que deberá *"Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad"*. En efecto, el grado de responsabilidad y diligencia que se le exige a las firmas comisionistas implica que debe actuar como un buen hombre de negocios, lo cual no se acompasa con la conducta llevada a cabo por la sociedad comisionista que no sólo incumplió normas legales y reglamentarias sino que puso en riesgo al mercado al no constituir las garantías pertinentes. En efecto, un profesional experto y prudente no puede exponer de esa forma a la CRCBNA cuando es evidente que el precio de un subyacente determinado se encuentra variando fuertemente, y por tanto el riesgo de incumplimiento por parte de la punta que se ve beneficiada por la variación se vuelve mayor y por ende, el riesgo que la CRCBNA no cuente con las garantías suficientes para salir a cumplir la operación. Así las cosas, la sociedad comisionista al no constituir la garantía de llamado al margen, que se encuentra diseñada precisamente para evitar el incumplimiento de la operación y cubrirse ante el mismo, deja desprotegido al mercado diseñado para funcionar mediante la puesta en marcha de dichas garantías. Es por esto, que la conducta asumida por la sociedad comisionista es totalmente contraria a sus deberes de actuar con especial diligencia y responsabilidad, ya que de hecho es una conducta imprudente y despreocupada.

7.7. De la responsabilidad disciplinaria y la graduación de la sanción

Probado como está el incumplimiento de las obligaciones que le corresponden a **AGROPAR S.A.** como miembro de la Bolsa, toda vez que incumplió con la constitución de la garantía adicional de llamado al margen sin existir causal eximente

²¹⁸ 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 (...) Num 11° Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva".

de responsabilidad que justificara su conducta, entra la Sala a evaluar los criterios de graduación de la sanción, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y la infracción, las modalidades y circunstancias de la falta, los antecedentes del investigado, la dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa y las demás circunstancias que considere pertinentes.

Encuentra la Sala que tal y como se expuso de forma extensa en las consideraciones, reviste una gravedad importante el no constituir la garantía adicional solicitada a través de un llamado al margen toda vez que se pone en riesgo toda la negociación realizada y el mecanismo propio de las garantías, dejándolo sin efecto. Es así como incumplir con la entrega de las garantías del llamado al margen genera una vulneración de todo el mecanismo establecido en la BNA para el cumplimiento de las operaciones que en ella se celebran. En efecto, el gran riesgo es que se incumplan las operaciones y la CRCBNA no cuente con las garantías suficientes para salir a dar cumplimiento a las mismas.

En el caso concreto el riesgo inherente de la conducta asumida se concretó ya que las operaciones objeto de solicitud de llamado al margen fueron incumplidas en la entrega —a excepción de la operación No. 7874021— lo cual demuestra la gravedad de la conducta y el peligro que la misma representa para el mercado. No obstante lo anterior, la Sala tendrá en cuenta todos los pormenores presentados en el desarrollo de estas operaciones de maíz ya que obran en el expediente comunicaciones cruzadas con los mandantes que evidencian cierta diligencia por parte de la sociedad comisionista aunque sólo sea para informar y explicar las situaciones presentadas con las operaciones y las solicitudes de constitución de garantías, es decir, hay un seguimiento adecuado por parte del comisionista.

Ahora bien, el informar no es suficiente sino que se debe dar cumplimiento a la constitución de las garantías por las implicaciones que trae para el mercado al poner en peligro el mecanismo bursátil y dejar a la CRCBNA desamparada tal y como se ha explicado precedentemente. Adicionalmente agrava la conducta el hecho de que en el caso concreto las garantías no se hayan constituido ni siquiera tardíamente dejando desprotegido al mercado, en especial a la CRCBNA.

De esta forma, ponderando los elementos de graduación de la sanción, y teniendo en cuenta que con la conducta asumida la sociedad comisionista vulneró las disposiciones contenidas en el numeral 12 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006, en concordancia con el numeral 11 del artículo 1.6.5.1. al incumplir con la constitución de la garantía adicional de llamado al margen, encuentra la Sala que es procedente una sanción pecuniaria.

Así las cosas, en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos y las circunstancias específicas de la falta estudiada, por unanimidad la Sala de Decisión No. 7 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de MULTA de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

VIII. INFORME DE LA VISITA ESPECÍFICA DE CONTROL INTERNO

8.1. Hechos:

La Directora de Control Interno de la BNA, mediante comunicación CI-004 del 21 de enero de 2008²¹⁹ puso en conocimiento del entonces Comité de Vigilancia de la BNA, el informe de la visita específica sobre riesgo en operaciones CPT Y CAT, realizada a **AGROPAR S.A.** por la oficina de control interno de la BNA entre el 19 de octubre de 2007 y el 19 de noviembre de 2007²²⁰. De dicho informe se pueden extractar los siguientes hechos:

- 8.1.1. Para efectos de la revisión del proceso de vinculación de clientes se solicitó a **AGROPAR S.A.**, la presentación de la documentación mínima exigida en la circular 003 de 2005 expedida por la entonces Superintendencia de Valores para los mandantes seleccionados cuales son Agropecuaria Casa Loma Ltda, Incagro Ltda y Productora Frutas del Caribe. De la anterior revisión evidenció: *"En ninguna carpeta de los mandantes se encontró informe de visita realizada por la Sociedad Comisionista, dentro de proceso de conocimiento del cliente que se esta (sic) vinculando a la sociedad" y "Las carpetas de los mandantes Incagro Ltda y Productora Frutas del Caribe no tienen copia de la declaración de renta".* Así mismo se evidencia deficiencia en la información solicitada en los formatos de vinculación de cada uno de los mandantes. Al respecto en el informe se concluye *"es necesario que la Sociedad Comisionista explique y corrija las situaciones mencionadas anteriormente"*.
- 8.1.2. Se informó que **AGROPAR S.A.** a octubre 18 de 2007 no contaba con Comité de Riesgos.
- 8.1.3. Para efectos del análisis de mandantes se solicitó a **AGROPAR S.A.** información referente a estudios técnicos y financieros practicados a los mandantes seleccionados, encontrando que *"la sociedad comisionista no realizó estudios de este tipo debido a que estos mandantes eran clientes desde cuatro años atrás como personas naturales"*. Así mismo, se informó que no se deja constancia alguna de las visitas de conocimiento a las instalaciones de los mandantes.
- 8.1.4. Para efectos de revisar la exposición de **AGROPAR S.A.** se tomó la información referente a operaciones pendientes de vencimiento a septiembre 20 de 2007 encontrando que *"la exposición total de Agropar S.A. originada en venta de CPT y CAT en representación de los mandantes mencionados en el cuadro anterior ascendía a \$1.282.536.761"*.
- 8.1.5. Para la revisión de la compensación de operaciones se solicitó a la sociedad comisionista copia de los soportes de pago realizados a los mandantes de las operaciones pendientes de vencimiento evidenciando en algunos casos diferencia entre la fecha de cumplimiento y la de giro y adicionalmente la sociedad comisionista no suministró copia de la documentación relacionada con las compensaciones revisadas.
- 8.1.6. Para la revisión de las garantías se solicitó a **AGROPAR S.A.** información referente a garantías adicionales solicitadas a los mandantes Agropecuaria Casa Loma Ltda, Incagro Ltda y Productora Frutas del Caribe encontrando que en el caso de los mandantes Incagro Ltda y Productora Frutas del Caribe se tenían pagares en blanco con carta de instrucciones a favor de Agropar S.A., no autenticados; sin embargo en el caso del mandante Agropecuaria Casa Loma Ltda éstos se encuentran autenticados y con sus cartas de instrucciones y adicionalmente existía cheque por \$485.100.000 a favor de **AGROPAR S.A.** expedido el 10 de diciembre de 2007.

²¹⁹ Cuaderno No. 1. Folio 043.

²²⁰ Cuaderno No. 1. Folios 035-042.

8.1.7. Se concluye el informe mencionado que *"es necesario que AGROPAR S.A. explique los aspectos observados en el presente informe"*. El plazo para dichas observaciones se vencía el 31 de diciembre de 2007.

La Directora de Control Interno de la BNA, mediante comunicación CI-139 del 14 de marzo de 2008²²¹, remite al entonces Comité de Vigilancia de la BNA, el memorando de antecedentes anexo al informe de visita sobre riesgo en operaciones CAT Y CPT²²².

8.2. Solicitud de explicaciones formales:

En la solicitud formal de explicaciones institucionales, el Área de Seguimiento realiza un resumen sobre los hechos que dan lugar a la misma en relación con la visita específica de Control Interno (numeral 5).

Considera que la conducta asumida por la sociedad comisionista podría presuntamente implicar el incumplimiento de las siguientes disposiciones: *"numeral 15 del artículo 1.6.5.1., conducta objeto de investigación y sanción según lo preceptuado en el numeral primero del artículo 2.2.2.1., disposiciones del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, por el eventual incumplimiento de la investigada al no haber atendido el requerimiento efectuado por el Área de Control Interno formulado en el informe de la visita efectuada el 19 de octubre de 2007, de conformidad con el cual AGROPAR S.A. debía explicar los aspectos observados en el mismo, antes del 31 de diciembre de 2007"*. Así mismo considera que presuntamente incumplió con lo establecido en la circular externa No. 03 de 2005 y su anexo I y el artículo 7 del decreto 1511 de 2006, lo cual vulnera el numeral 20 del mismo decreto y el numeral 29 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA.

8.3. Explicaciones formales:

Manifiesta que no ha incumplido con sus obligaciones del SIPLA y se ha ajustado a los requerimientos de la Superintendencia Financiera y menciona: *"Desafortunadamente ignora la BNA la trayectoria de las negociaciones hechas con las entidades por cuyos formularios de vinculación eleva pliego de cargos, cuando lo cierto es que desde tiempo atrás, mucho antes de que entrara en vigencia el SIPLA, se adelantaron las evaluaciones de riesgo de tales clientes. Desafortunadamente desconoce que las diversas reuniones adelantadas con los administradores de tales clientes, de las que por desventura no se dejó una constancia escrita, permitieron conocer todo lo que puede conocerse en una entrevista aspecto de verdadera importancia, pro (sic) cuanto lo que se busca es no adelantar operaciones con desconocidos"*.

Frente a la inexistencia de un Comité de Riesgos manifiesta que: *"la Alta Dirección de la sociedad ha dado estricto cumplimiento a esas obligaciones, por lo que considera que lo verdaderamente importante es el cumplimiento de dichas obligaciones y no la estructuración de un órgano, que para esa época no se requería, dado el tamaño de la entidad. Nada dice el informe de visita sobre incumplimiento de la evaluación y monitoreo de riesgos, sino que se centra en indicar que no existía un comité, sin verificar si las funciones atribuidas al mismo se estaban o no cumpliendo por la sociedad"*.

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

²²¹ Cuaderno No. 1. Folio 052.

²²² Cuaderno No. 1. Folios 045-051.

Realiza un análisis del informe de la visita realizada por Control Interno concluyendo que: *"de la confrontación entre las disposiciones y la conducta evidenciada por la sociedad, no admite discusión el hecho de que la sociedad no tuvo en regla los documentos exigidos por la normatividad aplicable, en la época de la visita (octubre 19 de 2007), lo que contraviene las disposiciones imputadas como violadas en la SFE"*.

Frente a la inexistencia de un Comité de Riesgos manifiesta que: *"independientemente del monitoreo de riesgos que efectúe la Alta Dirección es deber de la entidad contar con tal órgano, el cual no se encontraba conformado el 19 de octubre de 2007, vulnerando así Agropar S.A. lo dispuesto en tal disposición"*.

Finalmente menciona que: *"la ausencia de respuesta al informe siendo un deber de la sociedad comisionista, de cuya conducta tampoco presentó explicaciones a esta Área, ni aportó pruebas que desvirtuaran tal imputación, configura un incumplimiento adicional relacionado con el deber de atender los requerimientos formulados por las diferentes áreas de la bolsa"*.

8.5. Consideraciones de la Sala:

El Sistema Integral para la Prevención de Lavado de Activos -SIPLA- se reguló mediante la Circular Externa 003 de 2005 expedida por la Superintendencia de Valores de Colombia y era la regulación vigente para la época de los hechos.

En punto del conocimiento del cliente, tema objeto de estudio en el caso concreto, esta disposición estableció los lineamientos mínimos que deben cumplir las entidades vigiladas. En efecto, para el proceso de vinculación de clientes se establece que:

"2.2.4.3.- Requisitos mínimos de los procedimientos de conocimiento del cliente"

Los procedimientos establecidos con el objetivo de conocer al cliente serán adecuados si en su diseño y aplicación se tienen en cuenta los siguientes parámetros mínimos:

- a) El conocimiento de la persona comienza desde el momento en que solicita su vinculación como cliente. Para ello la entidad, salvo en los casos expresamente exceptuados, debe verificar y asegurarse de que el formulario de vinculación conforme al anexo I esté adecuadamente diligenciado.*
(...)
- e) Salvo en los casos señalados en el numeral siguiente, el conocimiento del cliente supone la realización de una entrevista, y de una visita cuando se trate de persona jurídica, previa a su vinculación. De ello debe dejarse constancia documental en la que se indique el lugar, fecha y hora de la misma y sus resultados.*
(...)
- j) Las entidades deben prever dentro de sus contratos la obligación del cliente de actualizar los datos que varíen, por lo menos anualmente, suministrando la totalidad de los soportes documentales exigidos según el producto o servicio de que se trate.*
(...)
- m) Tratándose de la vinculación de personas jurídicas, el conocimiento del cliente supone además conocer la estructura de su propiedad, es decir, la identidad de sus accionistas o asociados y de su representante legal. (negritas por fuera del texto original)*

Ahora bien, el formulario de vinculación que determina esta disposición como obligatorio, debe diligenciarse de la siguiente manera acorde al anexo 1 de la Circular 03 de 2005:

"(...)1. Requisitos afines a la información de los formularios de vinculación de clientes

1.1. Reglas generales

Las entidades vigiladas e intermediarios no vigilados, con excepción de los casos señalados en el 2.2.4.4., deberán obtener de todas las personas que deseen vincular como clientes el diligenciamiento de formularios de afiliación descritos en esta circular para el suministro de productos o servicios que ofrezcan. Estos formularios también deben ser diligenciados por toda persona que en virtud de un contrato o prestación de un servicio de la entidad vigilada, pueda disponer de los recursos o fondos vinculados al mismo.

Los formularios implementados por las entidades, para la vinculación de clientes, deben contener cuando menos la siguiente información:

PN: Vinculación persona natural

PJ: Vinculación persona jurídica

DESCRIPCIÓN	PN	PJ
Nombre y apellidos completos o razón social	X	X
Número de cuenta o identificación del producto	X	X
Número de identificación: cédula de ciudadanía, cédula de extranjería, NIT, tarjeta de identidad, pasaporte, carné diplomático, Sociedad extranjera sin NIT en Colombia, TAM tarjeta andina de inmigración, registro civil de nacimiento, Otros.	X	X
Nombre y apellidos completos del representante legal y número de identificación.	X	X
Dirección y teléfono de oficina o residencia del representante legal	X	X
Dirección y teléfono de oficina o residencia del cliente, correo electrónico	X	
Ocupación, oficio o profesión	X	
Descripción actividad: Independiente, dependiente, cargo que ocupa. Actividad económica principal: comercial, industrial, transporte construcción, agroindustria, servicios financieros, etc., acorde con lo establecido en el código internacional CIIU (Código Internacional de Industria Uniforme).	X	
Nombre, dirección, fax y teléfono de la oficina, empresa o negocio donde trabaja, si aplica. Dirección, teléfono, fax y ciudad de la oficina principal y de la sucursal o agencia que actúe como cliente	X	X
Tipo de entidad que se vincula: Privada, pública o mixta		X
Declaración voluntaria de origen de los bienes y/o fondos empleados en operaciones con el intermediario que aspira a vincularse, según el caso (puede usar un anexo)	X	X
Si el cliente depende de un tercero, información detallada del tercero	X	X
Ingresos y egresos mensuales	X	X
Detalle de otros ingresos o ingresos no operacionales u originados en actividades diferentes a la principal	X	X
Total activos, pasivos y patrimonio	X	X
Autorización para consulta y reporte a centrales de riesgo	X	X
Identificación de cuentas que posea en entidades financieras, fondos y otros	X	X
Firma y huella del cliente o su representante y firma del funcionario que receptiona la información	X	X

(...)

2. Requisitos en materia de documentación anexa al proceso de vinculación de clientes.

El proceso de vinculación de clientes supone no sólo el diligenciamiento de un formulario sino que incluye también la recolección de información documental que le permita a la entidad contar con información adicional sobre las características de un potencial cliente y le facilite confirmar la veracidad de la información recibida. (subrayado por fuera del texto original)

Para ello cada entidad, en función del tipo de productos o servicios que ofrece, debe establecer qué tipo de documentación habrá de exigir como anexo al formulario de cada cliente, considerando para ello aspectos tales como el nivel de exposición al riesgo de lavado del producto o servicio, el nicho de mercado de la entidad o el tipo y características del cliente de que se trate.

Cada entidad establecerá en su manual de procedimientos las políticas y criterios que permitan determinar los casos en los cuales, considera adecuado exigir documentación distinta a la señalada en el presente anexo o eximir a un cliente del suministro de la misma. Así como, establecer quién o quiénes, de acuerdo con la estructura organizacional interna, tienen la facultad y autorización de eximir a un cliente del suministro de información documental.

Los siguientes documentos ayudarán a un conocimiento adecuado del cliente al momento de su vinculación. No obstante, la entidad podrá determinar unos diferentes de acuerdo a los criterios ya esbozados.

(...)

2.2. Anexos a personas jurídicas

Al formato de vinculación de este tipo de personas, se deberán anexar por lo menos los siguientes documentos:

Certificado de existencia y representación legal con vigencia no superior a tres meses, expedido por la Cámara de Comercio, o documento análogo. Documento que se renovará cada año
Fotocopia del número de identificación tributaria (NIT)
Fotocopia del documento de identificación del representante legal
Estados financieros certificados o dictaminados
Lista de los socios titulares del 5% o más del capital social, si esta información no consta en el certificado de existencia y representación legal, indicando el respectivo número de reconocimiento legal.
Declaración de renta del último período gravable disponible

En el caso de clientes que dependan económicamente de un tercero se deberá solicitar la documentación antes referida, según el tipo de persona, del individuo de quien provengan los recursos a utilizar para las transacciones. (...)"

De esta manera, encuentra la Sala que respecto del tema de vinculación y conocimiento del cliente, la normatividad es clara y es imperativa, es decir, no es una opción cumplir los requisitos establecidos en la disposición precitada sino que se constituye en una obligación para las entidades vigiladas el cumplirlos de forma íntegra y exacta, sin que haya justificación para no llevarlos a cabo más que aquéllas establecidas de forma taxativa en la ley. Por esto, no puede ser de recibo el argumento de la investigada en cuanto "lo cierto es que desde tiempo atrás, mucho antes de que entrara en vigencia el SIPLA, se adelantaron las evaluaciones de riesgo de tales clientes. Desafortunadamente desconoce que las diversas reuniones adelantadas con los

administradores de tales clientes, de las que por desventura no se dejó una constancia escrita, permitieron conocer todo lo que puede conocerse en una entrevista aspecto de verdadera importancia, pro (sic) cuanto lo que se busca es no adelantar operaciones con desconocidos", toda vez que esto no exime de la responsabilidad de cumplir con los requisitos establecidos en la ley en la época de los hechos.

Es por lo anterior, que para efectos del análisis del caso concreto la Sala deberá entrar a analizar si la sociedad comisionista investigada se encontraba en algunas de las causales establecidas en la ley que eximen del cumplimiento de los requisitos establecidos, pues en el caso contrario en efecto existiría un incumplimiento a las normas del SIPLA.

En el caso que nos ocupa, tenemos que la sociedad comisionista incumplió con el numeral e) del artículo 2.2.2.3 de la Circular 03 de 2005 al no dejar constancia documental de las visitas realizadas a los mandantes dentro del proceso de vinculación de clientes, o más grave aún al no realizarlas. Así mismo incumplió el numeral 2.2. del Anexo 1 de la Circular al no anexar el documento de declaración de renta de los mandantes Incagro Ltda y Productora Frutas del Caribe.

Al no tener en los formatos de vinculación del cliente Agropecuaria Casa Loma Ltda., el número de identificación de la empresa, la declaración voluntaria de origen de bienes y/o fondos empleados en las operaciones con el intermediario y la información sobre el total pasivos y patrimonios, incumplió con el numeral 1.1. del Anexo 1 de la Circular en el cual se establecen los requisitos generales de la información de los formularios de vinculación de clientes. Lo mismo ocurre en el caso del cliente Incagro Ltda., en donde no se tenía la declaración voluntaria de origen de bienes y/o fondos empleador en las operaciones con el intermediario y la información sobre el total pasivos y patrimonios y el caso del cliente Productora Frutas del Caribe que no contaba con la información sobre el total pasivos y patrimonios.

~~De esta manera encontramos que la sociedad comisionista incumplió con sus obligaciones legales sin justificación, ya que el hecho de conocer a sus clientes con anterioridad, tal y como se expuso anteriormente no exime de dar cumplimiento estricto de sus deberes legales, máxime cuando en el caso concreto se trataba de mandantes cuyos contratos estaban presentando problemas en las negociaciones que se encontraban desarrollando en la Bolsa. A lo anterior se debe agregar que los requisitos impuestos por la Circular 03 de 2005 constituyen requisitos mínimos, es decir, es lo mínimo con lo que debe contar una entidad para efectos de cumplir con su actividad. Es por esto que no es posible justificar la inexistencia o no cumplimiento de lo exigido por la norma.~~

En este punto se debe precisar que el riesgo no es estático y por tanto es obligación realizar los procedimientos establecidos independientemente del conocimiento previo que se tenga del cliente, máxime teniendo en cuenta la exposición que presentaban estos mandantes. Es por lo anterior, que la norma no establece excepciones al cumplimiento de los requisitos que involucre la relación previa que se tenga con el cliente.

Ahora bien, en lo que se refiere a la existencia del comité de riesgos, es claro para la Sala que es una obligación impuesta por la ley que no puede suplirse toda vez que la norma exige de forma imperativa la constitución de dicho órgano sin dar la posibilidad

que el mismo sea reemplazado o que sus funciones sean asumidas por otro órgano o funcionarios de la entidad.

En efecto, el numeral 3 del artículo 7 del decreto 1511 de 2006 establece que las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros *commodities*, además de los órganos sociales que de conformidad con las normas mercantiles se encuentren obligadas a conformar, deberán contar por lo menos con un Comité de Estándares, un Comité Arbitral y un Comité de Riesgos. Lo anterior, implica que estos órganos son complementarios de los demás establecidos en la ley y por tanto no pueden ser reemplazados por aquéllos.

Ahora bien, el parágrafo de este artículo determina que: *"Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities y los organismos de compensación y liquidación de las operaciones que se celebren por su conducto, también deberán contar con el Comité previsto en el numeral 3 del presente artículo"*. (Negrillas por fuera del texto original). Siguiendo esta línea tenemos que el numeral 3 establece: *"Comité de riesgos, que se encargará de hacer el seguimiento de los riesgos que afecten la actividad de la respectiva bolsa y de formular recomendaciones para su manejo, dentro del marco fijado por el sistema de control y gestión de riesgos"*. De esta manera es preciso resaltar que este órgano tiene una función específica cual es acompañar a la administración de la empresa o entidad en la construcción y seguimiento del sistema de administración de riesgos y formular recomendaciones para el manejo de los mismos.

De esta forma es claro que no podría la administración de la entidad cumplir dicha función pues precisamente la finalidad de la norma al establecer la obligatoriedad de un comité de riesgo, es que existan diferentes instancias que estudien y analicen el riesgo de la entidad para efectos de contar con una mayor protección y prevención. De lo anterior, queda claro que el Comité de Riesgos es un órgano de carácter obligatorio desde la vigencia del Decreto 1511 de 2006 y que las funciones que el mismo cumple no pueden ser suplidas por otro órgano de la entidad.

~~Es por lo anterior que no puede ser de recibo lo dicho por la investigada en cuanto "la Alta Dirección de la sociedad ha dado estricto cumplimiento a esas obligaciones, por lo que considera que lo verdaderamente importante es el cumplimiento de dichas obligaciones y no la estructuración de un órgano, que para esa época no se requería, dado el tamaño de la entidad"~~ toda vez que tal y como se ha expuesto, este órgano se requiere por disposición legal y no por consideraciones particulares de la firma y no es posible que sus funciones sean atribuidas a otro órgano de la entidad.

8.6. Normas vulneradas por la conducta de AGROPAR S.A. y concepto de violación.

Tal y como se encuentra probado, la sociedad comisionista no cumplió con los requisitos mínimos de los procedimientos de conocimiento del cliente establecidos en la Circular 03 de 2005 y su anexo No. 1 y adicionalmente no constituyó un comité de riesgos según lo ordenado por el artículo 7 del Decreto 1511 de 2006.

Ahora bien, al incumplir las normas precitadas la sociedad comisionista se encuentra vulnerando el numeral 29 del artículo 1.6.5.1. de Reglamento de Funcionamiento y

Operación de la Bolsa²²³ en concordancia con el artículo 20 del decreto 1511 de 2006²²⁴ que determinan la obligatoriedad para las sociedades comisionistas miembros de la BNA de cumplir con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes que les sean aplicables.

Es importante resaltar la importancia de que las sociedades comisionistas miembros de la BNA cumplan a cabalidad con las regulaciones establecidas por la normatividad vigente en especial la relativa a administración y prevención de los riesgos corporativos a los cuales se encuentra expuesta la entidad. En efecto, es importante recalcar que nos encontramos frente a una actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del público que se encuentra definida en la Constitución Política de Colombia como de interés público lo cual implica que tendrá una mayor restricción de las actividades económicas del sector. Es por esto, que la normatividad que regula a las sociedades comisionistas de la BNA claramente debe ser y es, más exigente que aquella que regula otros sectores de la economía y sólo si los actores de este mercado bursátil entienden la importancia e implicaciones de sus actividad, comprenderán así mismo la necesidad de la existencia de dicha normatividad exigente e imperativa.

Por otra parte, concuerda la Sala con la apreciación del Jefe del Área de Seguimiento en cuanto *"La ausencia de respuesta al informe siendo un deber de la sociedad comisionista, de cuya conducta tampoco presentó explicaciones a esta Área, ni aportó pruebas que desvirtuaran tal imputación, configura un incumplimiento adicional relacionado con el deber de atender los requerimientos formulados por las diferentes áreas de la bolsa"*, por lo cual es claro el incumplimiento de numeral 15 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA que establece que las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa están obligados a *"Atender dentro de los términos establecidos, los requerimientos que les formule la Cámara Disciplinaria, el Área de Seguimiento, el comité arbitral y la administración de la Bolsa, en todos los aspectos relacionados con sus negociaciones realizadas a través de la Bolsa"*.

Siendo esto así y considerando el acervo probatorio, y los escritos de defensa presentados por la firma **AGROPAR S.A.**, la Sala de Decisión No. 7 de la Cámara Disciplinaria encuentra mérito suficiente para sancionar a la sociedad comisionista.

8.7. De la responsabilidad disciplinaria y la graduación de la sanción

Probado como está el incumplimiento de las obligaciones que le corresponden a **AGROPAR S.A.** como sociedad comisionista miembro de la Bolsa, toda vez que incumplió con las normas pertinentes relativas al SIPLA y a la existencia de un comité de riesgos dentro de la entidad sin existir causal eximente de responsabilidad que justificara su conducta, entra la Sala a evaluar los criterios de graduación de la sanción, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y la infracción, las modalidades y circunstancias de la falta, los antecedentes del investigado, la dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa y las demás circunstancias que considere pertinentes.

²²³ **"Artículo 1.6.5.1.- Obligaciones de los miembros.** Son obligaciones de las sociedades miembros de la Bolsa las siguientes: (...) 29. Cumplir las demás obligaciones que les impongan las normas legales y reglamentarias;"

²²⁴ **"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: (...) 20. Cumplir las demás disposiciones legales y reglamentarias vigentes".

Encuentra la Sala que la conducta asumida por la sociedad comisionista reviste de una gravedad importante por los riesgos que implica para el desarrollo mismo de la actividad de la sociedad. En efecto el incumplimiento de estos deberes es el punto de inicio o la causal, de posteriores incumplimientos que en el caso de la presente Resolución se pueden comprobar con las conductas estudiadas en precedencia y sancionadas por la presente Sala de Decisión. Es así como un inadecuado proceso de conocimiento del cliente puede conllevar situaciones tan delicadas como las analizadas en el acápite VI de la presente Resolución respecto de los obligaciones propias de los contratos a términos ya que, en los incumplimientos relativos a estas operaciones se evidenció que se trata de los mismos mandantes cuyos requisitos de vinculación no fueron cumplidos acorde a la visita realizada por el departamento de control interno de la BNA.

Así mismo tenemos que la inexistencia de un comité de riesgos puede conllevar a innumerables inconvenientes posteriores para la sociedad comisionista al realizar negociaciones sobre las cuales no se haya efectuado un adecuado análisis sobre la viabilidad y riesgos de la misma, conllevando así, a inconvenientes con el subyacente por situaciones de mercado que no se previeron en los momentos previos a la realización de la operación. Es por esto, que este incumplimiento puede ser la causal de las demás situaciones presentadas con la sociedad comisionista que en la presente Resolución se encuentra siendo investigada, evidenciándose la importancia que reviste el órgano de análisis de riesgos dentro de una entidad que realiza su actividad dentro del sector bursátil.

Es así como en este punto resalta la Sala la importancia de que las sociedades comisionistas que se desenvuelven en este mercado, comprendan que el carácter de profesionales inherente al desarrollo de su actividad implica propender porque dentro de la organización se cuente con los mecanismos adecuados para identificar, administrar y manejar los riesgos derivados de la realización de las actividades propias de su objeto social, para lo cual es absolutamente necesario cumplir al pie de la letra con los requisitos establecidos por las normas aplicables, los cuales como ya se ha mencionado únicamente determinan unas obligaciones mínimas y unos parámetros marco que deben ser desarrollados por las sociedades comisionistas en pro de un adecuado manejo de su negocio.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que la conducta bajo estudio pone en riesgo a la misma sociedad comisionista investigada, lo cual, conlleva a que se ponga en riesgo a todo el mercado al efectuarse negociaciones sobre las cuales no se ha surtido un procedimiento adecuado de análisis de riesgos y con clientes sobre los cuales no se ha realizado un conocimiento previo diligente y responsable. Sin embargo, se tendrá en cuenta que es la primera vez que se investiga a la sociedad comisionista por estas conductas y que el incumplimiento no genera lucro para el investigada. Así, ponderando los elementos de graduación de la sanción, encuentra la Sala que es procedente una sanción pecuniaria.

Así las cosas, en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos y las circunstancias específicas de la falta estudiada, por unanimidad la Sala de Decisión No. 7 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de MULTA de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

IV.- RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: **ARTÍCULO PRIMERO:** EXONERAR a la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.**, de los cargos señalados en el pliego de cargos respecto de las operaciones Forward Simple MCP Nos. 6117018 y 6626044.

ARTICULO SEGUNDO: Sancionar disciplinariamente al miembro comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria **AGROPAR S.A.**, con MULTA DE NUEVE (9) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, por el incumplimiento en la entrega del producto en las operaciones de físico Nos. 7576306, 7765298, 7874126, 7659045 y 7450157, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Sancionar disciplinariamente al miembro comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria **AGROPAR S.A.**, con AMONESTACIÓN PÚBLICA, por el incumplimiento en el pago de las operaciones de físicos Nos. 6933994, 6933997, 6934413, 7151154, 7151470, 7167491, 7168217, 6934427, 7520896, 8178323 y 7998209 por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución. Por los cargos señalados respecto de las operaciones Forward MCP Nos. 6994878, 6995024, 6978607, 6978608, 6994857, 6994859, 6994861, 6994866, 6994868, 6994869, 6994870, 7006460, 7006461, 7006463, 7006464, 7006727, 7024302, 7024303, 7055304, 7056026, 7056027, 7240643, 7240699, 7240704 y 7308432, así como los cargos respecto de las operaciones de Físico Disponible Nos. 7546906, 7546908 y 7546912 la Sala no encuentra merito suficiente para sancionar.

ARTÍCULO CUARTO: Sancionar disciplinariamente al miembro comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria **AGROPAR S.A.**, con MULTA DE UN (1) SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE por el incumplimiento en la recompra de la operación Repo sobre CDM No.6362135, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO QUINTO: EXONERAR a la sociedad comisionista **AGROPAR S.A.**, de los cargos señalados en el pliego de cargos respecto de la operación disponible No. 7308434.

ARTÍCULO SEXTO: Sancionar disciplinariamente al miembro comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria **AGROPAR S.A.**, con SUSPENSIÓN DE DOS (2) DÍAS HÁBILES en concurrencia con una sanción de MULTA DE VEINTE (20) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES por el incumplimiento de los deberes y obligaciones relativos a operaciones sobre contratos a término, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Sancionar disciplinariamente al miembro comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria **AGROPAR S.A.**, con MULTA DE DOS (2) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES por el incumplimiento en la constitución de las garantías adicionales de llamado al margen en las operaciones Nos. 7874021, 7450157 y 7576306 por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO OCTAVO: Sancionar disciplinariamente al miembro comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria **AGROPAR S.A.**, con MULTA DE CINCO (5) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES por el incumplimiento en los requisitos

mínimos de los procedimientos de conocimiento del cliente establecidos en la Circular 03 de 2005 y su anexo No. 1 y en la constitución de un comité de riesgos según lo ordenado por el artículo 7 del Decreto 1511 de 2006 por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTICULO NOVENO: El pago de las multas que mediante esta Resolución se imponen, se debe efectuar a nombre de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A en la cuenta de ahorros No. 080-14726-7 del Banco de Bogotá, mediante consignación en efectivo o cheque de gerencia. El pago deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al día en que quede en firme la presente resolución. La consignación deberá acreditarse en el Departamento de Gestión de Recursos Financieros de la Bolsa 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 DÉCIMO: La sanción de SUSPENSIÓN impuesta en el artículo sexto se hará efectiva el día hábil siguiente a aquél en que quede en firme la presente Resolución y durante el término de la sanción se surtirán los efectos establecidos en el artículo 2.3.3.7 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A. y en este sentido la sociedad **AGROPAR S.A.**, deberá cumplir todas las obligaciones derivadas de las operaciones celebradas con antelación a la fecha de imposición de la sanción, en especial aquéllas contraídas con sus clientes, la Bolsa, los miembros de la Bolsa y la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la Bolsa.

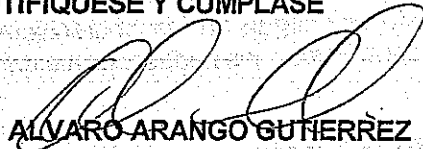
ARTICULO DÉCIMO PRIMERO: Notificar a la sociedad, **AGROPAR S.A.**, el contenido de la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., advirtiendo que contra la presente Resolución procede el recurso de apelación 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.

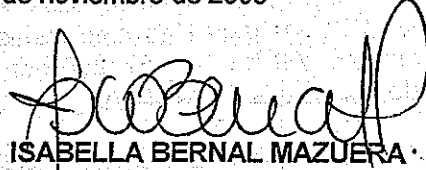
ARTICULO DÉCIMO SEGUNDO: Notificar al Jefe del Área de Seguimiento, el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., advirtiendo que contra la presente Resolución procede el recurso de apelación 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 DÉCIMO TERCERO: En firme la presente Resolución, comuníquese a la Superintendencia Financiera de Colombia y a la Secretaría General de la Bolsa Nacional Agropecuaria el contenido la de la misma para lo de su competencia.

Dada en Bogotá, D.C., treinta (30) días del mes de noviembre de 2009

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ALVARO ARANGO GUTIERREZ
Presidente


ISABELLA BERNAL MAZUERA
Secretaria

EN LA FECHA 09-DICIEMBRE-2009 NOTIFIQUÉ PERSONALMENTE AL
DOCTOR GERMAN BOBLES MARIN IDENTIFICADO CON CÉDULA
DE CIUDADANIA No. 99.192.392 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

EN LA FECHA 09-DICIEMBRE-2009 NOTIFIQUÉ PERSONALMENTE AL
DOCTOR JAINÉ GAITÁN RESTrepo IDENTIFICADO CON
CÉDULA DE CIUDADANIA No. 99.592.360 EXPEDIDA EN BOGOTÁ
REPRESENTANTE LEGAL DE LA SOCIEDAD COMISIONISTA
AGROPAR 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

RECEIVED
JAN 10 1964
U.S. AIR FORCE
HEADQUARTERS
AIR FORCE SYSTEMS COMMAND
WASHINGTON, D.C.

TO: SAC, NEW YORK
FROM: SAC, ALBANY
SUBJECT: [Illegible]

RE: [Illegible]

[Illegible handwritten notes and stamps]

ADMINISTRATIVE: [Illegible]
ACTION: [Illegible]
DATE: [Illegible]

[Illegible text block]

[Illegible text block]

[Illegible text block]

[Illegible text block]

[Illegible text block]