

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

**SALA DE DECISIÓN No. 1 DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA DE LA
BMC BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA S.A.**

**RESOLUCIÓN No. 170
(07 DE FEBRERO DE 2012)**

POR MEDIO DE LA CUAL SE DECIDE UNA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

La Sala de Decisión No. 1 de la Cámara Disciplinaria de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley, los Estatutos y el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, decide la investigación disciplinaria iniciada por el Área de Seguimiento, teniendo en cuenta, los siguientes:

I. ANTECEDENTES

El Jefe del Área de Seguimiento de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia, el día 11 de octubre 2011, radicó en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.4.3.7 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, el pliego de cargos elevado contra la sociedad comisionista de bolsa **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**

La Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.3.2.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa y en desarrollo de la metodología establecida en el Reglamento Interno de la Cámara Disciplinaria, procedió a conformar la Sala de Decisión No. 1 la cual quedó integrada por los doctores Luis Carlos Arango Sorzano, Jaime Arias Molina y Rodrigo Espinosa Palacios, quienes conocieron del respectivo proceso disciplinario hasta su culminación.

En sesión No. 242 del 18 de octubre de 2011, la Sala de Decisión No. 1 encontró que se cumplieron los requisitos establecidos en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa para la formulación del pliego de cargos y por tanto, mediante Resolución 163 de 2011 admitió el pliego de cargos presentado por el Jefe del Área de Seguimiento y ordenó el correspondiente traslado.

La sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, mediante escrito del 15 de noviembre de 2011, dentro del término establecido para el efecto, presentó sus descargos institucionales, allegando pruebas al expediente y solicitando el decreto y práctica de pruebas adicionales. En sesión 245 del 20 de diciembre de 2011, la Sala de Decisión No. 1 negó la práctica de una de las pruebas solicitadas y decretó la práctica de pruebas de oficio y de las demás pruebas solicitadas por la sociedad

comisionista investigada, mediante Resolución No. 165 de 2011, las cuales, se encuentran incorporadas al expediente.

En sesión 250 del 26 de enero de 2012, la Sala de Decisión No. 1, estudió las pruebas practicadas y los demás documentos que obran en el expediente, aprobando el presente fallo, por unanimidad.

II. DE LA COMPETENCIA DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA

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

En desarrollo de dicha facultad la Sala de Decisión No. 1 de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa procede a pronunciarse sobre el caso objeto de la presente investigación.

III. DE LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

La Sala de Decisión para efectos de la valoración de las conductas sobre las cuales se admitieron cargos mediante Resolución de Admisión 163 de 2011, estudió las pruebas obrantes en el expediente original remitido por el Área de Seguimiento en tres (3) cuadernos originales del expediente así: (i) Anexos Visita Especial Nov/11 de 447 folios; (ii) Anexos Visita de Inspección Ago/11 de 191 folios; (ii) Cuaderno Expediente de 705 folios; así como las decretadas por la Sala en la Resolución de Pruebas obrantes en el Cuaderno del expediente en los folios 229 a 233 y 236 a 254 y las allegadas por el investigado en sus descargos obrantes a folios 066 a 156 del cuaderno del expediente.

IV. HECHOS

4.1.1. Referidos al incumplimiento en la entrega del producto en las operaciones de físico identificadas con los números 7240482, 7563699, 9142619, 9142620, 9142622, 8957463, 8998695, 9875659, 11575360 y 12036222.

4.1.1.1. La sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.** celebró en calidad de comisionista vendedor las operaciones Nos. 7240482, 7563699, 9142619, 9142620, 9142622, 8957463, 8998695, 9875659, 11575360 y 12036222 con las condiciones que se muestran a continuación:

Tipo Operación	No. Operación	Fecha celebración	Valor	Producto	Cantidad	Entrega Inicial	Entrega Final
FW MCP	7240482	23-abr-08	\$ 6,174,720	Chocolate en polvo	720	15-may-08	15-jul-08
DISP MCP	7563699	27-jun-08	\$ 1,040,000	Garbanzo Importado	400	27-jun-08	11-jul-08
DISP MCP	9142619	4-may-09	\$ 5,268,800	Lenteja Seca	1,850	4-may-09	7-may-09
DISP MCP	9142620	4-may-09	\$ 656,625	Arveja Verde Seca	375	4-may-09	7-may-09
DISP MCP	9142622	4-may-09	\$ 3,332,250	Garbanzo Seco	1,125	4-may-09	7-may-09
FW MCP	8957463	27-mar-09	\$ 64,162,800	Pasta Alimenticia Tipo Sopa	23,400	1-abr-09	13-jun-09
FW MCP	8998695	3-abr-09	\$ 3,454,920	Pasta Alimenticia Tipo Sopa	1,260	3-abr-09	13-jun-09
DISP MCP	9875659	24-sep-09	\$ 38,700,000	Lenteja Seca	15,000	5-oct-09	15-oct-09
DISP MCP	11575360	2-ago-10	\$ 548,240	Leche Condensada	560	2-ago-10	14-ago-10
FW MCP	12036222	6-oct-10	\$ 1,024,826,240	computador de escritorio	499	6-oct-10	20-dic-10

4.1.1.2. Las operaciones enunciadas fueron declaradas incumplidas en la entrega parcial o total del producto, por la administración de la Bolsa como se muestra a continuación:

Tipo Operación	No. Operación	Fecha celebración	Producto	Cantidad pactada	Cantidad declarada incumplida	PSD	Fecha
FW MCP	7240482	23-abr-08	Chocolate en polvo	720	240	219	1-jul-08
DISP MCP	7563699	27-jun-08	Garbanzo Importado	400	400	261	11-ago-08
DISP MCP	9142619	4-may-09	Lenteja Seca	1,850	1,850	171	19-may-09
DISP MCP	9142620	4-may-09	Arveja Verde Seca	375	375	171	19-may-09
DISP MCP	9142622	4-may-09	Garbanzo Seco	1,125	1,125	174	26-may-09
FW MCP	8957463	27-mar-09	Pasta Alimenticia Tipo Sopa	23,400	7,800	185	2-jun-09
FW MCP	8998695	3-abr-09	Pasta Alimenticia Tipo Sopa	1,260	420	185	2-jun-09
DISP MCP	9875659	24-sep-09	Lenteja Seca	15,000	10,000	638	21-oct-11
DISP MCP	11575360	2-ago-10	Leche Condensada	560	560	682	13-sep-10
FW MCP	12036222	6-oct-10	computador de escritorio	499	499 (se efectúa entrega parcial faltando algunos productos como mouse, teclado, diadema entre otros)	10	6-ene-11

4.1.2. Referidos al incumplimiento en el pago mediante el sistema de compensación y liquidación de la Bolsa, en la operación forward simple No. 8093332.

4.1.2.1. La sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.** celebró en calidad de comisionista comprador la operación forward simple identificada con el número 8093332 el día 30 de septiembre de 2008, sobre el producto Maíz Amarillo Nacional Seco por un valor total de negociación de \$2.468.620.000, con la sociedad comisionista Agrobolsa S.A. como vendedor¹.

¹ Tal y como consta en el SIB, el reporte de incumplimiento y el comprobante de negociación de la operación (Cuaderno Expediente Folios 019-022)

- 4.1.2.2. Mediante comunicación PSD-469 del 15 de diciembre de 2008, la administración de la Bolsa declaró el incumplimiento de la operación en el pago total de la misma².
- 4.1.2.3. Mediante comunicación AAA-08-2985, del 26 de diciembre de 2008, la sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.** da respuesta a la declaratoria de incumplimiento manifestando su discrepancia y solicita la reversión de la misma; presentando los correspondientes argumentos al respecto³.
- 4.1.2.4. A través de memorando SG-013 del 8 de enero de 2009, la Secretaría General y Jurídica de la Bolsa da traslado a la CRC Mercantil de memorando del Departamento de Operaciones de la Bolsa que solicita concepto en relación con la viabilidad de revertir el incumplimiento, teniendo en cuenta que el mismo fue certificado por información remitida por la CC Mercantil⁴.

V. SOLICITUD FORMAL DE EXPLICACIONES

El Área de Seguimiento solicitó explicaciones formales, mediante comunicación ASI-242-11 del 25 de marzo de 2011, por el presunto incumplimiento de las operaciones sobre físicos identificadas con los números 7240482, 7563699, 9142619, 9142620, 9142622, 8957463, 8998695, 9875659, 11575360 y 12036222 en calidad de comisionista vendedor y por el incumplimiento de la operación No. 8093332 en calidad de comisionista comprador.

La sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, mediante comunicación AAA-11-0558 del 29 de abril de 2011, dentro del término Reglamentario para el efecto, presentó sus explicaciones formales adjuntando las pruebas que consideró pertinentes, conducentes y útiles para hacerlas valer dentro del proceso disciplinario. Así mismo se pronunció sobre los hechos que dieron lugar a la solicitud formal de explicaciones y las disposiciones presuntamente vulneradas en razón de los mismos.

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

El Área de Seguimiento mediante ASI-284-11 del 11 de octubre de 2011 elevó el pliego de cargos en contra de la sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, imputando el incumplimiento de diferentes normas reglamentarias y legales.

En primer lugar, se refiere a las consideraciones generales esgrimidas por la sociedad comisionista, resaltando la obligación de cumplimiento estricto existente en un mercado bursátil.

² Cuaderno Expediente Folios 023

³ Cuaderno Expediente Folios 024-027

⁴ Cuaderno Expediente Folio 265

De otra parte se refiere a las pruebas aportadas por la sociedad comisionista, referidas a los recordatorios enviados a sus mandantes para procurar el cumplimiento de las operaciones, señalando que si bien dicha circunstancia puede ser tenida en cuenta por la Cámara Disciplinaria, las obligaciones a la postre fueron incumplidas y en este sentido señala: *“Bajo ese escenario, si se repara en el hecho del carácter profesional del agente bursátil, es lógico que la diligencia exigible va más allá de solicitarle a sus clientes que los pongan en capacidad de cumplir, pues su obligación como parte contratante es honrar las operaciones que celebre en el escenario de negociación de la Bolsa, pues solamente de esa manera, puede predicarse la existencia de un mercado seguro, serio y transparente”.*

Posteriormente se refiere a cada una de las operaciones señaladas como incumplidas concluyendo en todos los casos, que se presentó un incumplimiento de los deberes legales y reglamentarios aplicables a las sociedades comisionistas que participan en este mercado e imputando, por lo tanto, la vulneración de dichas disposiciones.

VII. DESCARGOS PRESENTADOS POR LA SOCIEDAD COMISIONISTA

La sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, presenta a la Sala de Decisión sus Descargos, en el término reglamentario establecido para el efecto, junto con las pruebas que pretende hacer valer en la presente actuación, pronunciándose sobre los hechos, haciendo consideraciones generales, y sobre cada una de las operaciones objeto de investigación, las normas citadas como infringidas, y solicitando que *“se tengan en cuenta las explicaciones rendidas en el presente documento al momento de evaluar y adoptar una decisión de fondo sobre la causa que nos atañe”.*

En virtud de lo anterior, cada uno de los argumentos puestos a consideración de la Sala de Decisión, serán abordados en los acápites respectivos, en las consideraciones.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

La Sala de Decisión abordará inicialmente el estudio de los incumplimientos de las operaciones de físicos, y para el efecto, se analizará cada grupo de operaciones atendiendo a la forma como fueron imputados los cargos, así como los descargos presentados por la sociedad comisionista.

8.1. INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DEL PRODUCTO EN LAS OPERACIONES SOBRE FÍSICOS No. 7240482, 7563699, 9142619, 9142620, 9142622, 8957463, 8998695, 9875659, 11575360 y 12036222.

8.1.1. Del incumplimiento de la operación forward MCP No. 7240482

8.1.1.1. De la situación presentada.

Se encuentra probado en el expediente que la sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.** celebró en calidad de comisionista vendedor la operación forward MCP No. 7240482, el día 23 de abril de 2008 sobre 720 kilos de chocolate en polvo, por un valor total de negociación de \$6.174.720, actuando por cuenta de su mandante Compañía Nacional de Chocolates y con la sociedad comisionista Agropar S.A. como compradora⁵. La operación se pactó con tres entregas parciales, por una cantidad de 240 kilos cada una, los días 15 de mayo, 15 de junio y 15 de julio de 2008⁶ por un valor total de negociación de \$6.174.720.

Obra en el expediente declaratoria de incumplimiento de la administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-219 del 1 de julio de 2008, por el incumplimiento parcial de 240 kilos en la primera entrega correspondiente al mes de mayo⁷.

En efecto dicha entrega no fue efectuada tal y como se comprueba adicionalmente mediante el Acta de arreglo directo No. 012 del 28 de julio de 2008, en donde la sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.** señala que: “(...) la situación de la no entrega del mes de mayo se presentó por un problema interno de comunicación de la empresa Nacional de Chocolates debido al cambio de personal en Barranquilla; menciona también que la entrega del producto se realizó el 11 de Junio por 240 Libras y el 03 de Julio por las 240 Libras faltante (...)”. Ahora bien, la sociedad comisionista compradora según consta en la misma acta, manifiesta que su mandante entiende la situación y solicita el equivalente al 1 por mil del valor de la entrega con la próxima entrega a realizar, y adicionalmente solicita que el vendedor asuma los gastos de Cámara Arbitral⁸.

De esta manera se encuentra probado en el expediente, que la entrega parcial de la operación No. 7240482 correspondiente al mes de mayo, no se efectuó en la fecha establecida para el efecto, sino de manera extemporánea, lo cual es además aceptado por la investigada, por lo cual entrará la Sala a analizar los argumentos esgrimidos por la sociedad comisionista.

8.1.1.2. De los argumentos de defensa y diligencia desplegada por A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.

Señala la sociedad comisionista investigada en sus descargos lo siguiente:

“A.R. TRIPLE A S.A. contaba con la entrega a satisfacción del producto, no solo basándose en las calidades que ostenta su mandante, sino principalmente en el hecho de que lo requirió con anterioridad al día del cumplimiento de la entrega parcial, concretamente los días 23 de abril y 6 y 10 de mayo de 2011, sin obtener por parte de éste una respuesta que le diera a

⁵ Impresión sistema de compensación y liquidación, SIB y comprobante de negociación (Cuaderno Expediente Folios 001-004)

⁶ Ficha técnica de negociación, ficha técnica de entregas y anexo contrato de comisión (Cuaderno Expediente Folios 659-689 y Cuaderno Expediente Folios 005)

⁷ Cuaderno Expediente Folios 007

⁸ Cuaderno Expediente Folios 008-009

pensar que la obligación no será satisfecha. Aunado a estos tres recordatorias (sic) que reposan en el expediente de la presente actuación disciplinaria, se hicieron llamadas telefónicas por parte de la funcionaria del área comercial encargada del tema, las cuales no se encuentran en un medio verificable por cuanto aquella se encontraba ejecutando labores de campo en esos momentos”.

En efecto, obra en el expediente un documento denominado informe de negocios realizados, remitido por la sociedad comisionista a su mandante, el día de celebración de la operación, esto es el 23 de abril de 2008, en el cual informa sobre todos los aspectos relevantes de la misma⁹.

Así mismo, hacen parte del expediente los avisos recordatorios de entregas del 6 y 10 de mayo de 2008, en los cuales la sociedad comisionista investigada recuerda a su mandante las entregas a realizar con destino a la Agencia Logística de las Fuerzas Militares –mandante comprador-, para el 15 de mayo de 2008. En ambos se encuentra señalada la operación bajo estudio, con la fecha de entrega y demás información sobre la misma¹⁰.

Adicionalmente, el día 30 de mayo de 2008, la sociedad comisionista investigada remitió correo electrónico a su mandante para efectos de que confirmara la entrega del producto correspondiente a la operación No. 7240482¹¹. El 2 de julio, una vez decretado el incumplimiento, la sociedad comisionista remite a su mandante informe sobre incumplimiento en la entrega¹².

En efecto, se evidencia diligencia en el seguimiento de la operación, toda vez que permanentemente recordó a su mandante las entregas que debían efectuarse así como las condiciones de la operación.

De otra parte señala la sociedad comisionista en sus descargos:

“(...) la sociedad comisionista prestó todo su concurso para adelantar las actividades que permitieran cumplir la operación y resarcir cualquier detrimento económico que hubiera podido sufrir la contraparte, indemnizando a la misma mediante la fórmula por ella misma solicitada, como se plasma en la citada acta 12 de 2008 (...)

Una vez celebrado el arreglo directo, la sociedad comisionista finalizó la entrega del producto objeto de la operación, junto con la indemnización pactada, lo que generó el pago efectuado por su contraparte, AGROPAR S.A. llevada a cabo el 1 de septiembre de 2008, por el sistema de compensación y liquidación de la bolsa”.

⁹ Cuaderno Expediente Folios 406

¹⁰ Cuaderno Expediente Folios 471-476

¹¹ Cuaderno Expediente Folios 470

¹² Cuaderno Expediente Folios 403-404 y 470-476

Tal y como se señaló previamente, se encuentra probado en el expediente, que se logró un acuerdo de arreglo directo en el cual además de señalarse que el producto faltante ya había sido entregado, se pacta el pago de una indemnización por el retraso en la entrega del producto¹³. La totalidad del producto se entregó, según se expresa en el acta de arreglo directo, el 3 de julio de 2008.

Concluye la sociedad comisionista señalando:

“Demandar a la sociedad comisionista algo más allá de lo expuesto, implicaría la exigencia a A.R. TRIPLE A S.A. de que se hiciera parte del cuerpo administrativo y organizacional de su mandante, ya que, como se ha ilustrado suficientemente, el incumplimiento se debió a un error operativo en la COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A. por el cambio de personal en la sede de Barranquilla, cuestión que no fue anticipada por dicho productor, mucho menos pudo haberlo sido por la firma comisionista.

En la medida que la sociedad comisionista fue diligente y no recibió comunicado alguno con anterioridad al vencimiento, que le indicara que la operación sería incumplida, la situación presentada configura un evento de incumplimiento por culpa exclusiva de un tercero, que en este caso es el mandante vendedor, no recayendo sobre A.R. TRIPLE A S.A. la responsabilidad por estos hechos.”

Al respecto concuerda la Sala en cuanto no se evidencia una conducta negligente por parte de la sociedad comisionista, sino por el contrario, de las pruebas obrantes en el expediente se prueba que hubo un seguimiento y monitoreo al mandante para efectos de que cumpliera la operación en los términos convenidos, lo cual, debe ser tenido en cuenta para el análisis de la responsabilidad disciplinaria.

No obstante lo anterior, se evidencia de la traza de la operación, que aunque la entrega incumplida se encontraba pactada para el 15 de mayo de 2008, únicamente hasta el mes de julio de ese año hubo conocimiento por parte de la investigada de que la misma se había incumplido, esto es, después de decretado el incumplimiento según información remitida por la punta compradora.

De esta manera, si bien es cierto que como se señaló previamente, se encuentra acreditado en el expediente que la sociedad comisionista solicitó el día 30 de mayo la confirmación sobre la entrega del producto, lo cual demuestra seguimiento a la operación, no es menos cierto que dicha solicitud de información no es suficiente para efectos de que un profesional como lo es la investigada, se asegure de haber cumplido de manera estricta la negociación teniendo en cuenta además, que se encuentra actuando en virtud de un contrato de comisión y por ende, es la directa obligada en la negociación. Así las cosas, no es aceptable que se espere un mes hasta que se declare el incumplimiento para obtener una confirmación de entrega sino que se debió

¹³ En relación con la entrega del producto obra en el expediente la factura P16-01011990 que acredita la entrega de una cantidad de 240 el 10 de junio de 2008 (Cuaderno Expediente Folio 511) y el cuadro de reportes con los pagos realizados (Cuaderno Expediente Folio 510)

comprobar, por parte de la sociedad comisionista, el cumplimiento de la operación y no sólo solicitar al mandante informar sobre el mismo.

En efecto, en un mercado como el administrado por la Bolsa, en donde las negociaciones deben cumplirse de manera estricta y de acuerdo con las condiciones pactadas, el nivel de diligencia exigible a los profesionales que en el mismo actúan es mayor al del hombre común y en este sentido encuentra la Sala que no se efectuaron todas las gestiones exigibles para determinar si la operación había sido o no cumplida y tomar las medidas pertinentes para que el producto fuera entregado al comprador, con el menor retraso posible.

Ahora bien respecto del argumento de la investigada en cuanto la situación presentada constituye un *“evento de incumplimiento por culpa exclusiva de un tercero”*, se debe precisar que el mandante no se configura como un tercero frente a su comisionista y por tanto, esta figura no tiene cabida en el caso concreto.

En efecto, tercero es la persona que no tiene ningún vínculo con las partes, así, *“es aquella persona que carece de toda relación, contractual o legal, con demandante y demandado, y por consiguiente no ostenta la calidad de subordinado, agente, dependiente, auxiliar, representante, sustituto, hijo pupilo, etc.”*¹⁴. En el caso concreto, el mandante a quien se le imputa por parte de la sociedad comisionista la culpa por el error operativo ocurrido, tenía claramente una relación contractual con la comisionista con quien tenía un contrato de comisión para la celebración de la operación en Bolsa. Así, sin ir más allá, es claro que no podría presentarse la figura alegada por la investigada, cuando no se trata de un tercero y por tanto, su actuar no interrumpe el vínculo causal.

Lo anterior ha sido explicado por la jurisprudencia, la cual reitera que el hecho exclusivo y excluyente de un tercero al constituirse como una de las clases de causa extraña debe cumplir con los requisitos fundamentales para su configuración, esto es que sea ajeno al agente, y a la vez sea imprevisible e irresistible. En tal sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado¹⁵:

Se recuerda que el hecho del tercero para valer como causal exonerativa de responsabilidad debía de ser, en el sub - júdece, irresistible e imprevisible para el Estado Colombiano, en razón a que si estaba en condiciones de proveerlo o de resistirlo, como en efecto lo estuvo, y a pesar de ello no lo hizo, o lo hizo deficientemente, tal comportamiento culposo administrativo que vincula su conducta con el referido daño, bien puede considerarse como causa generadora de éste, sin que en tales condiciones resulte interrumpida la relación de causalidad anteriormente advertida.

¹⁴ SANTOS BALLESTEROS, JORGE. Instituciones de Responsabilidad Civil Tomo I. Segunda edición. Pág. 343.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de Agosto de 1994. Expediente No. 9276. Consejero Ponente: Doctor Daniel Suárez Hernández.

En torno del tema analizado, cabe recordar el fallo de 24 de agosto de 1989, expediente 5693, del cual fue ponente el señor Consejero Doctor Gustavo de Greiff Restrepo, cuyos apartes pertinentes contienen:

"La doctrina es unánime al considerar que para que el hecho del tercero pueda configurarse como causal de exoneración de responsabilidad, es indispensable que pueda tenérsela como causa exclusiva del daño, producida en tales circunstancias que sea imprevisible e irresistible para que reúna las características de una causa extraña, ajena a la conducta de quien produjo el daño.

(...)

En más reciente providencia, esta misma Corporación acoge los argumentos señalados en las sentencias precitadas y señala: *"Desde este punto de vista la defensa esgrimida por el apoderado de la apelante bajo la figura de la falta personal del agente resulta inapelable, pues tal planteamiento lo que en últimas comporta es la invocación del hecho exclusivo de un tercero como causal eximente de responsabilidad y lo cierto es que en el presente caso ésta no se configura, básicamente porque la conducta del agente no fue ajena a la Administración, aspecto este último sobre el cual la Sala ha expresado (...)"¹⁶.*

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia y la doctrina. En este sentido el doctor Jorge Santos Ballesteros al explicar el hecho del tercero como causal eximente de responsabilidad menciona:

"Por supuesto que se recalca la necesidad de que el hecho del tercero sea imprevisible e irresistible, y ajeno al demandado, en el sentido en que no exista ningún vínculo entre ambos, ni que con su obrar el demandado haya causado la acción del tercero"¹⁷: "el hecho en cuestión tendrá que ser de tal naturaleza que, en tanto borra la autoría deje fuera toda posibilidad jurídica de imputación, lo que obliga a entender, por un lado, que la obligación resarcitoria emanada de un hecho ilícito ajeno no desaparece si la actuación correspondiente debe reputarse como propia en virtud de una relación previa existente entre el autor material del daño y quien se presupone responsable, e igualmente que tampoco cesa dicha obligación si de alguna manera la conducta de éste último, cotejada frente a normas de comportamiento prudente previstas en la ley o impuestas por las circunstancias particulares que conforman el caso, ha de tenerse como antecedentes inmediato de la ejecución del hecho por tercero, todo ello en consonancia con lineamientos conceptuales atrás rememorados y por fuerza de los cuales se sostiene con razón que, respecto del presunto responsable, el proceder del tercero deberá ser imprevisto e imprevisible, puesto que si era evitable y por negligencia o descuido no se adoptaron medidas convenientes para impedirlo o para suprimir sus secuelas perniciosas, la imputación que a aquél se le haga será indiscutible, criterio por cierto acogido muchas veces por la Corte al señalar, invocando la reconocida autoridad de expositores franceses, que si bien la prueba del hecho de un tercero puede destruir la presunción de culpa de quien se

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de febrero de 2009. Exp. 16927. Consejero Ponente. Mauricio Fajardo Gómez

¹⁷ SANTOS BALLESTEROS, JORGE. Instituciones de Responsabilidad Civil Tomo I. Segunda edición. Pág. 112.

dedica a actividad peligrosa, ese hecho no puede serle imputado al demandado; cuando la culpa de éste haya provocado el hecho del tercero del que haya resultado un daño, esa culpa es la causa verdadera del perjuicio. El hecho del tercero no es entonces ajeno al demandado¹⁸.

De esta manera queda claro que no se configura la causal aducida toda vez que es claro que el mandante no es externo a la esfera jurídica de la sociedad comisionista y en este sentido no puede ser considerado un tercero en la relación.

8.1.2. Del incumplimiento de la operación disponible MCP No. 7563699.

8.1.2.1. De la traza de la operación y circunstancias presentadas.

La sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, celebró en calidad de comisionista vendedor, la operación de disponible MCP No. 7563699, el 27 de junio de 2008, sobre 400 kilos de garbanzo importado, actuando por cuenta de su mandante Su despensa de Granos Barragan S.A. y con la sociedad comisionista Mercancías y Valores S.A., quien actuó por cuenta de la Agencia Logística de las Fuerza Militares. La operación se pactó con entregas hasta el 11 de julio de 2008 de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 12:00 m y de 2 a 5 p.m.¹⁹, en Puerto Berrío. El valor total de la negociación ascendía a \$1.040.000.

No obstante lo anterior, mediante comunicación del 4 de agosto de 2008, el mandante comprador, informa del incumplimiento en la entrega correspondiente al mes de julio por 400 kilos²⁰. De esta manera, la sociedad comisionista Mercancías y Valores S.A., el 5 de agosto de 2008, solicita a la Bolsa la declaratoria de incumplimiento de la operación²¹, la cual se efectúa mediante comunicación PSD-261 del 11 de agosto de 2008²².

En efecto, se encuentra probado en el expediente que la entrega del producto no fue realizada en la fecha pactada, lo cual es además aceptado por la investigada, quien en sus descargos resalta que tanto el día de celebración de la operación como posteriormente, se informó y recordó al mandante sobre su obligación de entrega, y el mismo no informó sobre inconveniente alguno sino sólo hasta la fecha pactada para el cumplimiento de la operación. A continuación se analizarán los argumentos de defensa esgrimidos por la investigada.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Casación Civil. Sentencia del 4 de Junio de 1992 citada en: SANTOS BALLESTEROS, JORGE. Instituciones de Responsabilidad Civil Tomo I. Segunda edición. Pág. 112.

¹⁹ Tal y como se puede comprobar en los siguientes documentos: SIB y comprobante de negociación (Cuaderno Expediente Folios 010-011) y en el anexo al contrato de comisión y la ficha técnica de entregas (Cuaderno Expediente Folios 012-014 y 648).

²⁰ Cuaderno Expediente Folio 015

²¹ Cuaderno Expediente Folio 016

²² Cuaderno Expediente Folios 017-018

En los descargos presentados la sociedad comisionista investigada señala: “Nuestro mandante, SU DESPENSA DE GRANOS BARRAGÁN S.A., solo hasta la fecha de entrega del producto alegó que la problemática vial y transportista que experimentaba el país a mediados del año 2008, entorpecería la entrega de los 400 kilos de garbanzo prometidos a través de la operación de referencia 7563699, motivo por el cual A.R. TRIPLE A S.A. no tuvo la posibilidad de salir al mercado a conseguir el producto”.

Señala que se trata esta de una situación de fuerza mayor, toda vez que el puente de Puerto Salgar, se encontraba cerrado para el 11 de julio de 2008. Adicionalmente, explica soportado en noticias publicadas en los medios de comunicación, que antes de la fecha de entrega se informó por parte del Invias que los cierres serían parciales, por lo cual según la investigada, el mandante consideró que sería viable efectuar la entrega. En efecto en la página web de INVIAS existe la siguiente publicación: “Restricciones a un carril y cierres totales en el Puente Puerto Salgar”²³, en ésta se señala que a partir del 10 de junio de 2008, habría restricciones a un carril, dentro de los cuales se encuentra que las restricciones y cierres sería de la siguiente manera²⁴:

- Cierre parcial a un carril a partir de las 06:00 a.m. del 10 de junio hasta las 18:00 horas del 26 de junio de 2008.
- Cierre total a partir de las 18:00 horas del 26 de junio hasta las 12:00 m. del 27 de junio de 2008.
- Cierre total a partir de las 18:00 horas del 28 de junio hasta las 12:00 m. del 29 de junio de 2008.
- Cierre parcial a un carril a partir de las 12:00 m. del 1° de julio hasta las 18:00 horas del 18 de julio de 2008.
- Cierre total a partir de las 18:00 horas del 18 de julio hasta las 12:00 m. del 19 de julio de 2008.
- Cierre total a partir de las 18:00 horas del 20 de julio hasta las 12:00 m. del 21 de julio de 2008.
- Cierre parcial a un carril a partir de las 12:00 m. del 21 de julio hasta las 06:00 horas del 17 de septiembre de 2008. (El subrayado es nuestro)

Bajo este entendido, es claro que al momento de celebrar la operación, esto es el 27 de junio de 2008, podría pensarse que habría forma de transportar el producto vendido, toda vez que para la fecha pactada de entrega (11 de julio de 2008) solo se presentaría un cierre parcial en el vía.

Sin embargo, posteriormente se informa por parte de la misma entidad sobre la imposibilidad total para vehículos de carga tipo tracto mulas para la utilización del puente. En efecto, en la misma página web se señala “Además, se recuerda a los

²³ Instituto Nacional de Vías INVIAS. Sala de prensa. Impresión de esta noticia obra en el expediente a folio 252

²⁴ Es de anotar que de acuerdo con la página web del Instituto Nacional de Vías INVIAS, este comunicado es del día 9 de junio de 2008.
(http://www.invias.gov.co/invias/hermesoft/portallG/home_1/recursos/saladeprensa/19052008/noticias.jsp)

conductores de vehículos de carga que no está (sic) permitido el paso para tractomulas sobre el puente de Puerto Salgar, de igual forma se informa que la vía alterna para estos (sic) vehículos es San Alberto - Bucaramanga - Bogotá y viceversa²⁵. Dicha noticia se encuentra con fecha de publicación el 14 de julio de 2008, sin embargo la fecha exacta del comunicado corresponde al día 11 de julio de 2008, de acuerdo con la página web del Instituto Nacional de Vías INVIAS²⁶.

Bajo ese entendido, manifiesta la sociedad comisionista en sus descargos lo siguiente:

“La sociedad comisionista, al conocer los hechos descritos por su mandante, consideró que los mismos eran constitutivos de un evento de fuerza mayor y por ende fueron esbozados en las explicaciones rendidas (...).

De esta suerte, son tres las condiciones que deben presentarse en un hecho para que respecto de él pueda predicarse fuerza mayor: ser irresistible; ser ajeno a quien lo sufre o lo alega y ser imprevisible o haber sido imprevisto; criterios que se conjugan en el presente caso, por cuanto no era dable para el mandante comprador suponer que se le impediría transitar hacia Puerto Berrío cuando un comunicado del INVIAS señalaba que para la época de la entrega existiría paso por la vía utilizada para llegar a ese destino.

A.R. TRIPLE A S.A. acepta el carácter extemporáneo del cumplimiento de las operaciones pero solicita a la Sala de Decisión que tenga en cuenta el evento de fuerza mayor que se configura con la repentina prohibición del paso por el Puente de Puerto Salgar a los vehículos de carga pesada”.

Sobre el particular, en el pliego de cargos señaló el área de seguimiento que *“si bien pueden ser ciertos dichos hechos, en el expediente no se encuentra prueba que acredite lo manifestado por la investigada, luego no puede ser de recibo el argumento expuesto sobre ese particular (...)*”.

No obstante lo anterior, probado como se encuentra documentalmente los cierres de las vías encuentra la Sala que debe analizarse de fondo la situación presentada para efectos de determinar si se presentó un hecho imprevisible e irresistible que se pueda constituir como evento de fuerza mayor.

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

²⁵ Noticia del 14 de julio de 2008 *“El Invias trabaja para garantizar la movilidad por todas las vías del país”*. Impresión de esta noticia obra en el expediente a folio 254

²⁶

http://www.invias.gov.co/invias/hermesoft/portallG/home_1/recursos/saladeprensa/19052008/noticias.jsp

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”²⁷.

Así mismo ha señalado esta corporación:

“(…) 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 inejecutada, 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”²⁸.

En efecto, 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 cierre de vías o la prohibición de tránsito de tracto mulas siendo evidente que dichas situaciones no son el resultado de su acción y/o omisión.

En lo que se refiere al elemento de la imprevisibilidad ha señalado la jurisprudencia: *“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”²⁹.*

En este sentido es claro que la previsibilidad en este mercado debe analizarse bajo la óptica de la calidad del profesional del comisionista y en ese sentido determinar cuáles son las previsiones normales que en dicha calidad debe tener en consideración para efectos de determinar las circunstancias que podrían afectar el cumplimiento de la operación en virtud de los productos negociados. En consecuencia en una negociación de físicos podría ser previsible, de manera general, un inconveniente con el transporte del producto.

²⁷ Sentencia de Casación Civil de 26 de enero de 1982.

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Casación Civil de 5 de julio de 1935

²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 23 de junio de 2000.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha sido clara en afirmar que la fuerza mayor debe analizarse en el caso concreto y frente al fenómeno presentado de forma particular. En efecto el fenómeno de la imprevisibilidad en abstracto, conlleva a que todo sea previsible y por tanto desnaturaliza como tal la figura de fuerza mayor³⁰.

En el caso concreto, se encuentra probado en el expediente que para la fecha de celebración de la operación -27 de junio de 2008- ya se había emitido un comunicado por parte del Instituto Nacional de Vías INVIAS señalando que los cierres en el Puente de Puerto Salgar serían parciales desde el 1 de julio hasta el 18 de julio de 2008. De esta manera, teniendo en cuenta que las entregas debían efectuarse el 11 de julio de este año, era razonable considerar que el transporte de la mercancía era viable y por tanto, podía cumplirse con las condiciones pactadas en la negociación.

No obstante lo anterior, de manera posterior a la celebración de la operación y de hecho el mismo día pactado para la entrega del producto, se informa la imposibilidad del tránsito de vehículos de carga sobre el Puente de Puerto Salgar, situación que si se tiene en cuenta la información dada de manera previa por el Instituto Nacional de Vías, resultaba sorpresiva, anormal e improbable. En efecto, de acuerdo con la organización establecida por este instituto para los cierres, con fechas y horarios específicos, lo probable sería que los mismos se cumplieran tal y como fueron informados.

Así las cosas, si bien es cierto que de manera general es frecuente y probable que en época invernal se establezca el cierre parcial o total de algunas carreteras y vías, lo que no es previsible es que una vez adoptado un esquema de cierres por parte de la entidad pública que ejecuta las políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial a cargo de la Nación, éste sea modificado.

De otra parte y en lo que se refiere a la irresistibilidad del hecho ha mencionado la jurisprudencia que un hecho es irresistible cuando: *“en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente - sojuzgado por el suceso así sobrevenido- en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito”*³¹.

³⁰ 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(...)”*.

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de 26 de Noviembre de 1999.

En efecto, se analiza si la sociedad comisionista previendo el hecho adoptó todas medidas adecuadas para evitar que se presentara. Al respecto es claro para la Sala una situación como la acontecida no es posible de resistir por parte de la sociedad comisionista, y en cuanto a la adopción de las medidas adecuadas para evitar que el hecho ocurriera lo cierto es en lo que se refiere al cumplimiento de la operación, la sociedad comisionista adoptó las medidas de seguimiento, monitoreo y control de la operación y de su mandante, para efectos de cumplir la negociación en las condiciones pactadas, no siendo posible prever ni resistir el hecho ocurrido en el día mismo de la entrega del producto.

En efecto, se encuentran probadas en el expediente las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista en cuanto al seguimiento y monitoreo de la negociación toda vez que obra en el expediente el informe de negocios realizados³², los avisos recordatorios sobre las entregas que debían efectuarse³³ y la solicitud de confirmación de entregas remitida por la sociedad comisionista a su mandante.³⁴

Finalmente se encuentra probado que se efectuó la entrega extemporánea del producto, con un retraso aproximado de un mes. Al respecto obra en el expediente, comunicación del 18 de julio de 2011, en la cual el mandante *Su Despensa*, certifica el cumplimiento de la operación³⁵ y comunicación del mismo día en el informa que están en la búsqueda del soporte firmado de la operación, sin embargo el mismo se encuentra en el archivo inactivo de la compañía³⁶. Señala: *“También aclaramos que esta factura fue cancelada por parte de ustedes el día 03 de octubre de 2008, junto con otras operaciones en una transferencia que sumaba \$216.420.500, demostrándose así el cumplimiento de la misma, después del percance presentado en la época por el paro de transportadores”*.³⁷

Así las cosas si bien las operaciones celebradas en la Bolsa deben cumplirse de acuerdo a lo pactado, no encuentra la Sala que en el caso concreto exista mérito para sancionar toda vez que las circunstancias presentadas pueden tenerse como situaciones constitutivas de fuerza mayor que inciden en la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista.

8.1.3. **Del incumplimiento de las operaciones de disponible MCP Nos. 9142619, 9142620 y 9142622.**

³² Cuaderno Expediente Folios 400

³³ Cuaderno Expediente Folios 468-469

³⁴ Cuaderno Expediente Folios 396-399

³⁵ Cuaderno Expediente Folio 509

³⁶ Cuaderno Expediente Cámara Disciplinaria Folio 134

³⁷ En lo que se refiere al pago de la operación obran adicionalmente en el expediente un cuadro de reporte con el pago realizado y un soporte bancario en el anverso (Cuaderno Expediente Folio 508).

Las operaciones de disponible MCP No. 9142619, 9142620 y 9142622, fueron celebradas por **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, en calidad de comisionista vendedor, el día 4 de mayo de 2009 por cuenta de su mandante Su Despensa de Granos Barragan S.A., pactando entregas hasta el 7 de mayo de 2009 en Buenaventura, con la sociedad comisionista Opciones Bursátiles de Colombia S.A. como compradora³⁸. El valor total de negociación asciende a la suma de \$5.268.800 para la operación No. 9142619, a \$ 656.625 para la operación No. 9142620 y a \$3.332.250 para la operación No. 9142622.

No obstante lo anterior, mediante comunicación AAA-09-0933 del 7 de mayo de 2009, **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, solicita a Opciones Bursátiles de Colombia S.A. prórroga para la entrega de la operación 9142620, debido al paro de camioneros³⁹.

Si bien no obra en el expediente respuesta a dicha solicitud, al parecer no fue aceptada toda vez que mediante comunicación del 11 de mayo de 2009, la Agencia Logística de las Fuerzas Militares como mandante comprador informa del incumplimiento en la entrega correspondiente al mes de mayo de las operaciones Nos. 9142619 y 9142620 por 1850 y 375 kilos respectivamente⁴⁰. De acuerdo con lo anterior, la sociedad comisionista Opciones Bursátiles de Colombia S.A. mediante comunicación del 12 de mayo de 2009, solicita a la Bolsa la declaratoria de incumplimiento de las operaciones 9142619 y 9142620⁴¹, la cual es certificada por la administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-171 del 19 de mayo de 2009, declarando el incumplimiento parcial de las operaciones Nos. 9142619 y 9142620⁴².

Igualmente, obra en el expediente comunicación de la ALFM del 21 de mayo de 2009, mediante la cual informa del incumplimiento en la entrega correspondiente al mes de mayo de la operación No. 9142622 por 1125 kilos⁴³. Por su parte, la sociedad comisionista Opciones Bursátiles de Colombia S.A. el 22 de mayo de 2009, solicita a la Bolsa la declaratoria de incumplimiento de la operación No. 9142622⁴⁴, la cual es certificada mediante comunicación PSD-174 del 26 de mayo de 2009⁴⁵.

³⁸ De acuerdo con la información consignada en los comprobantes de negociación (Cuaderno Expediente Folios 038-039 y 55), SIB (Cuaderno Expediente Folio 043) las fichas técnicas de negociación (Cuaderno Expediente Folios 617-636) y el anexo al contrato de comisión, condiciones generales de la negociación (ficha técnica de negociación) y condiciones de la entrega (Cuaderno Expediente Folios 030-037 y 047-054).

³⁹ Cuaderno Expediente Cámara Disciplinaria Folio 118

⁴⁰ Cuaderno Expediente Folio 040

⁴¹ Cuaderno Expediente Folio 041

⁴² Cuaderno Expediente Folios 017-018

⁴³ Cuaderno Expediente Folio 056

⁴⁴ Cuaderno Expediente Folio 057

⁴⁵ Cuaderno Expediente Folios 017-018. Adicionalmente obra en el expediente comunicación DO-672 del 15 de mayo de 2009, por medio de la cual, el director del departamento de operaciones de la Bolsa informa que las operaciones no han sido acreditadas en el sistema de compensación en cuanto a la entrega del producto. (Cuaderno Expediente Folio 028)

La sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, mediante comunicación AAA-09-01016 del 20 de mayo de 2009, informa a la Bolsa lo siguiente: *“(...) que el compromiso de entrega del 7 de mayo de 2009, pactado para las operaciones relacionadas en su comunicación, se vio afectado, por el paro de camioneros que se venía presentado en los últimos días en todo el país, y los conductores de los vehículos de nuestro cliente vendedor, habían sido intimidados. No obstante el día 13 de mayo de 2009, nuestro cliente envió (sic) los productos desde su sucursal ubicada en la ciudad de Cali hasta Buenaventura, pero los productos no fueron recibidos por la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, lo cual implicó devolver los productos nuevamente a la ciudad de origen”⁴⁶.*

En efecto, en sus descargos explica:

“Tal y como se ha señalado en las explicaciones dadas al Área de Seguimiento de la BMC, el paro camionero que vivenció (sic) el país para la época de la entrega del producto, fue lo que ocasionó la extemporaneidad en la entrega, configurándose así un evento de fuerza mayor que imposibilitó el cumplimiento de los términos pactados inicialmente.

(...)

Acerca de esto deben hacerse algunos comentarios que demostrarán que el comportamiento del mandante comprador (sic) y de la firma comisionista, en el sentido de celebrar tres operaciones que implicaban el transporte de productos a través de camiones, no resultó descabellado o irresponsable, ya que existieron circunstancias que les dieron a pensar que para la fecha del cierre de la operación, ya se encontraba levantado el paro camionero y que, para la fecha en que debía entregarse el producto, este impedimento no estaría vigente”.

La anterior precisión la efectúa el investigado a la observación efectuada por el área de seguimiento en los siguientes términos: *“para el Área no puede ser tenido como excusa del incumplimiento tal evento pues para la fecha de realización de la negociación bursátil, la sociedad investigada conocía de tal circunstancia (Paro Camionero) si se repara en el hecho que para tal fecha (4 de mayo de 2009) el País llevaba en paro catorce (14) días, es decir, que tal evento no puede considerarse como un hecho imprevisible, elemento necesario para estar en presencia de un evento de fuerza mayor; que eximiera de responsabilidad a la investigada, toda vez que se trata de un suceso conocido previamente por A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A. al de haber contraído la obligación en Bolsa de entregar los producto el **7 de mayo de 2009**”.* (negrillas pertenecen al texto original)

De esta manera la sociedad comisionista investigada en sus descargos explica, que es cierto y es de conocimiento público que el día 21 de abril de 2009 se inició un paro camionero liderado por la Asociación Colombiana de Camioneros - ACC, sin embargo, el día 2 de mayo de 2009 se dio a conocer al público el fin de dicho paro, por acuerdo logrado entre el Presidente de la República y el Presidente de la ACC.

⁴⁶ Cuaderno Expediente Folio 044

De acuerdo con la anterior situación, se comienzan a reanudar las labores del gremio camionero y según manifiesta el investigado esto: *“generó una legítima confianza en el mandante comprador, en la sociedad comisionista y en el mercado en general, de que las operaciones que requirieran de vehículos de transporte pesado para su consumación, se podrían celebrar y serían cumplidas en cabal forma”*. Por lo anterior, el día 4 de mayo de 2009, se celebraron las operaciones que implicaban *“el transporte de un poco más de dos toneladas de granos a la ciudad de Buenaventura”*.

Sin embargo, el mismo día, 4 de mayo de 2009, se informó que sectores disidentes de la ACC no se encontraban de acuerdo con la decisión adoptada por su Presidente, lo cual conllevó a la reversión del acuerdo y por tanto, el levantamiento del paro camionero.

Todo lo anterior lo sustenta la sociedad comisionista en los siguientes reportes en medios de comunicación: (i) Noticia del 18 abril de 2009 *“Camioneros definieron el inicio de un paro indefinido”*, (ii) Noticia del 2 de mayo de 2009 *“Terminó el paro camionero tras lograr un acuerdo con gobierno”*, (iii) Noticia del 3 de mayo de 2009 *“En Risaralda los camioneros comenzaron a trabajar de nuevo”*, (iv) Noticia del 4 de mayo de 2009 *“Sector de la ACC resuelve seguir con el paro camionero”*, (v) Noticia del 4 de mayo de 2009 *“Integrante de la ACC dice que el paro camionero se mantiene”*, (vi) Noticia del 5 de mayo de 2009 *“Paro de camioneros no fue levantado en Antioquia”*, los cuales se encuentran incorporados al expediente y constituyen plena prueba de la situación presentada⁴⁷.

En tal sentido no es de recibo para la Sala, de acuerdo con las pruebas remitidas por el investigado, lo señalado por el área de seguimiento en el pliego de cargos, transcrito en precedencia. En efecto, de acuerdo con la información con la que contaba la sociedad comisionista para la celebración de la operación, esto es las noticias del 2 de mayo de 2009, válidamente podría pensar que la circunstancia que impediría el cumplimiento en la entrega, en efecto había cesado.

La fatal coincidencia que deriva en el incumplimiento de las operaciones, es que el día de la celebración de las mismas -4 de mayo de 2009-, se informa que:

“Molestos por lo que llaman decisiones unilaterales de su presidente, Jorge García, directivos de la Asociación Colombiana de Camioneros resolvieron darle continuidad al paro que iniciaron, parcialmente, hace dos semanas.

Un sector de la ACC desconoció el acuerdo que este fin de semana alcanzaron el presidente Alvaro Uribe y Jorge García al que consideraron que no satisface ninguna de sus pretensiones”.

Con lo anterior la Sala de Decisión considera que no existe una violación a su deber de diligencia para el momento de la celebración de la operación. Sin embargo, obsérvese que solo hasta el 7 de mayo de 2009 solicita la prórroga del plazo de entrega, es decir

⁴⁷ Cuaderno Expediente Folios 243-250

el mismo día del cumplimiento, teniendo la información desde el momento mismo de la celebración de la operación y confirmado al día siguiente. Si bien es claro que se tratan estos de físicos disponibles y el plazo de entrega es muy corto, en el presente caso de 3 días hábiles, lo cierto es que si tuvo conocimiento de la dificultad de entregar debido al paro camionero desde el día en se celebró la operación, debió solicitar la prórroga en ese mismo momento.

Ahora bien, lo anterior no implica que con dicha solicitud hubiese logrado dar cumplimiento a la operación, ya que como se evidenció en el análisis de la traza de la operación, el mandante comprador no aceptó prórroga alguna por lo que con independencia de la fecha de la solicitud, es probable que la consecuencia fuese la misma. Por lo anterior, se debe analizar si la situación presentada se constituye en un evento imprevisible e irresistible que exima de responsabilidad disciplinaria a la investigada.

Como se señaló en el acápite anterior, el elemento imprevisibilidad se determina analizando la normalidad y frecuencia del evento, así como la probabilidad de su realización y su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo.

En el caso concreto, dos días antes de la celebración de la operación se informa por parte de los medios de comunicación sobre la finalización del paro y un día antes, sobre la reanudación de actividades por parte del gremio camionero. Sin embargo, tal y como quedó probado, el mismo día de celebración de la operación se decide por parte de este gremio continuar con el paro y hacer caso omiso de los compromisos alcanzados en acuerdo logrado con el Presidente de la República.

Es claro para la Sala que esta situación no podía ser previsible más aún cuando ya se había llegado a un acuerdo entre el Presidente del gremio y el Presidente de la República. En efecto, no es probable ni frecuente que un gremio haga caso omiso de las decisiones adoptadas por quien lo preside y mucho menos, era factible para la sociedad comisionista determinar, que se daría marcha atrás a los acuerdos logrados. De esta manera no se trata de una previsión normal que hubiese tenido que tener en consideración la investigada, aún como profesional del mercado.

Así mismo, se trata de una situación que no era posible de resistir por parte de la sociedad comisionista, no sólo por lo sorpresivo de la situación –se informa de la reanudación del paro el mismo de celebración de las operaciones y la entrega debía efectuarse a los tres días- sino porque al tratarse de un paro nacional, era claro que aún consiguiendo otro proveedor, no podría transportarse el producto.

De hecho la sociedad comisionista adoptó las medidas que se encontraban dentro de sus posibilidades para intentar dar cumplimiento a la negociación tal como la solicitud de prórroga y las gestiones adelantadas de manera posterior para intentar mitigar los efectos del incumplimiento. Aunque no entiende la Sala la razón por la cual la prórroga

se solicita únicamente respecto de una de las operaciones, cuando el inconveniente impedía la entrega del producto en todas las operaciones bajo estudio.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta las medidas adoptadas por la sociedad comisionista para mitigar el impacto del incumplimiento presentado. En efecto, tal como lo señala la investigada en sus descargos: *“(…) una vez decretados los incumplimientos, la Cámara Arbitral de la antigua BNA convocó a una reunión para propiciar un arreglo directo entre los intervinientes a la operación, propuesta que nuevamente fue rechazada por el mandante comprador, quien expresó que no era su intención hacer uso del mecanismo que brinda el órgano de la ahora Bolsa Mercantil de Colombia. Se aclara que la sociedad comisionista que represento, así como su mandante, siempre manifestaron su interés en cumplir la operación y entregar a la contraparte el producto más una indemnización, con el fin de que éste no incurriera en un perjuicio económico”*. En el mismo sentido señala que el mandante comprador no utilizó las garantías para la consecución del producto por parte de la entonces CRCBNA, concluyendo de lo anterior que: *“(…) la contraparte prefería no ejecutar los negocios celebrados, resultando imposible para mi representada el cumplir con las obligaciones implícitas en cada uno de ellos, cuando la finalización del paro camionero lo hubiera permitido”*.

Al respecto obra en el expediente comunicación del mandante comprador Agencia Logística de las Fuerzas Militares, del 29 de mayo de 2009, informando que no requiere del organismo arbitral para propiciar arreglo directo de carácter indemnizatorio, así como comunicación de la sociedad comisionista compradora informando de esta situación⁴⁸. Así mismo hace parte del expediente soporte de la CC Mercantil en el cual consta la liberación del 100% de las garantías constituidas para las operaciones⁴⁹.

Adicionalmente, de acuerdo a solicitud efectuada por el investigado, la Sala de Decisión mediante Resolución 165 de 2011 ordenó oficiar a la Cámara de Compensación de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A., para que allegara información sobre las razones por las cuales, ante el incumplimiento de las operaciones identificadas con los números 9142619, 9142620 y 9142622, no se ejecutaron las garantías respectivas.

La CC Mercantil en respuesta a la anterior solicitud, mediante comunicación PC-04 del 2 de enero de 2012 informó a la Sala de Decisión que: *“(…) una vez enviada la comunicación por parte de la CC Mercantil a la punta compradora, no se recibió respuesta por parte por parte de la Sociedad Comisionista Opciones Bursátiles razón por la cual no se honro la operación y por ende no se ejecutaron las garantías respectivas, las cuales en concordancia con el reglamento fueron liberadas en julio de 2011 como consta en los soportes adjuntos”*⁵⁰. Se remiten adjuntas las comunicaciones OC-139, OC-140 y OC-141 del 27 de mayo de 2009, en las cuales la entonces CRCBNA solicita a la sociedad comisionista compradora

⁴⁸ Cuaderno Expediente Cámara Disciplinaria Folio 119-120

⁴⁹ Cuaderno Expediente Cámara Disciplinaria Folios 115-117

⁵⁰ Cuaderno Expediente Cámara Disciplinaria Folios 236-242

informar si se requiere el cumplimiento de la operación por parte de esta entidad así como los soportes de la liberación de las garantías.

Así las cosas, queda claro que efectivamente existía disposición por parte de la sociedad comisionista y de su mandante, para realizar la entrega del producto negociado a pesar de los inconvenientes presentados.

Por último debe señalarse que también se encuentra probadas las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista en cuanto al seguimiento y monitoreo de la negociación toda vez que adicional a las pruebas ya relacionadas, obra en el expediente el informe de negocio mediante el cual la sociedad comisionista informa a su mandante sobre todos los pormenores de la operación en la fecha de celebración de la misma⁵¹, recordatorio de entrega para el mes de mayo remitido por la sociedad comisionista a su mandante el 5 de mayo de 2009⁵² y solicitud de confirmación de entregas del 11 de mayo de 2009⁵³.

De esta manera encuentra la Sala que si bien las operaciones celebradas en la Bolsa deben cumplirse de acuerdo con lo pactado, en el caso concreto no existe mérito para sancionar toda vez que las circunstancias presentadas pueden tenerse como situaciones constitutivas de fuerza mayor que inciden en la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista. Aunado a lo anterior, no se evidencia negligencia por parte de la sociedad comisionista en ninguno de momentos de la negociación.

8.1.4. Del incumplimiento de las operaciones forward MCP Nos. 8957463 y 8998695.

8.1.4.1. De la situación presentada

La sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, celebró en calidad de comisionista vendedor las operaciones forward MCP Nos. 8957463 y 8998695 el 27 de marzo y 3 de abril de 2009 respectivamente, sobre el producto Pasta Alimenticia Tipo Sopa, por cuenta de su mandante La Recetta para realizar entregas parciales del 1 al 14 de Abril, del 1 al 15 de Mayo y del 1 al 13 de Junio en Bogotá a la Agencia Logística de las Fuerzas Militares como mandante comprador por un valor total de negociación de \$64.162.800 y \$3.454.920 respectivamente. Actuó como comisionista comprador la sociedad Mercancías y Valores S.A.⁵⁴

⁵¹ Cuaderno Expediente Folios 389-391

⁵² Cuaderno Expediente Folios 467

⁵³ Cuaderno Expediente Folios 387-388

⁵⁴ Tal y como se comprueba con los comprobantes de negociación (Cuaderno Expediente Folios 071-072), las fichas técnicas de entregas y anexo al contrato de comisión (Cuaderno Expediente Folios 573-616 y 062-070) y la impresión del detalle de la operación en el sistema de compensación y liquidación (Cuaderno Expediente Folios 060-061).

Mediante comunicación del 18 de mayo de 2009, el mandante comprador informa del incumplimiento en la entrega correspondiente al mes de mayo de las operaciones, en la Regional de Centro⁵⁵. Siguiendo esta línea, tenemos que mediante comunicación del 22 de mayo de 2009 el mandante vendedor informa a la Agencia Logística de las Fuerzas Militares: *“(...) la intención de indemnizar la entrega del mes de mayo, debido a un inconveniente en la producción de la pasta doria por 500 grs, no había empaque por tal motivo entregamos dos días después de la fecha límite”*. Menciona que resarcirá el incumplimiento con producto⁵⁶.

No obstante lo anterior, mediante comunicación del 28 de mayo de 2009, la sociedad Mercancías y Valores S.A. solicita a la Bolsa la declaratoria de incumplimiento de las operaciones 8957463 y 8998695⁵⁷. Por lo anterior mediante comunicación PSD-185 del 2 de junio de 2009, la administración de la Bolsa declara el incumplimiento en la segunda entrega parcial de las operaciones⁵⁸.

De esta manera, se encuentra probado en el expediente que no se realizó la entrega correspondiente al mes de mayo en la fecha pactada para el efecto. Frente a lo anterior, señala la sociedad comisionista en sus descargos que en todo momento mantuvo comunicación con el mandante informándole sobre sus obligaciones y el mismo hasta antes del vencimiento aseguró que se cumpliría con la entrega, sin embargo en la fecha límite para la segunda entrega se informó que: *“se presentaba un problema con el producto proveído por la empresa DORIA, consistente en el agotamiento de empaques para el mismo”*.

De acuerdo con lo anterior señala la investigada que: *“(...) al enterarse tardíamente A.R. TRIPLE A S.A. de esta situación, por cuanto ese día debía despacharse la mercancía, y en la medida que los empaques correspondientes al producto “pasta por 500 gr. Premium (fortificada) y pasta alimenticia Premium tipo sopa x 500 gr.” Se encontraban agotados por el momento, no fue posible para la comisionista lograr suplir el producto en tiempo, por lo que se vio obligada a esperar el término de 2 días para poder cumplir la operación”*.

En esta misma línea menciona que: *“(...) La Agencia Logística de las Fuerza (sic) Militares, quien resultó ser el mandante comprador, recibió el producto el 19 de mayo de 2009 y, posteriormente, una indemnización por cantidad de 62 fardos de producto por concepto de indemnización, con lo cual se le mantuvo indemne respecto de las operaciones, no sufriendo respecto de ellas perjuicio económico alguno”*.

En lo que se refiere al seguimiento y monitoreo de la operación así como la debida información remitida al mandante, obra en el expediente el informe de negocios⁵⁹ remitido por la sociedad comisionista a La Recetta, el 27 de marzo de 2009 respecto de

⁵⁵ Cuaderno Expediente Folio 073

⁵⁶ Cuaderno Expediente Folio 373

⁵⁷ Cuaderno Expediente Folio 074

⁵⁸ Cuaderno Expediente Folios 017-018

⁵⁹ Cuaderno Expediente Folios 379-384

la operación No. 8957463 y el 3 de abril sobre la operación No. 8998695 así como los avisos recordatorios⁶⁰ de las entregas que debían efectuarse, remitidos el 13 de mayo y 6 de abril respectivamente⁶¹.

Lo anterior, demuestra las gestiones realizadas por la sociedad comisionista para propender por el cumplimiento de la operación y mantener una comunicación y seguimiento permanente del mandante, lo cual debe ser tenido en cuenta para el análisis de la responsabilidad disciplinaria. Adicionalmente, se debe tener en consideración que el producto fue finalmente entregado en un tiempo razonable con el pago de una indemnización.

Sin embargo, es claro que el seguimiento al mandante no fue suficiente toda vez que sólo en la fecha de entrega del producto, se entera la sociedad comisionista del inconveniente presentado, cuando el incumplimiento era inminente. De esta manera, si bien no se evidencia negligencia por parte de la investigada, si debió tener conocimiento de la situación para evitar el incumplimiento de la operación.

De acuerdo con lo anterior, es claro el incumplimiento en la entrega de la operación sin que el inconveniente presentado pueda tenerse como una causal eximente de responsabilidad, por lo cual, encuentra la Sala de Decisión que se presenta una vulneración de las normas reglamentarias aplicables y por lo tanto existe mérito suficiente para sancionar, aunque se tendrán en cuenta para efectos de graduación de la sanción las circunstancias anotadas y las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista.

8.1.5. Del incumplimiento de la operación de disponible MCP No. 9875659

8.1.5.1. De la situación presentada.

La sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, celebró en calidad de comisionista vendedor la operación de disponible MCP No. 9875659, el día 24 de septiembre de 2009, sobre 15.000 kilos de lenteja seca, con fecha de entrega inicial el 5 de octubre de 2009 y entrega final el 15 de octubre del mismo año en Bogotá. El valor total de la negociación ascendía a \$ 38.700.000⁶².

⁶⁰ Cuaderno Expediente Folios 374-378

⁶¹ Como soportes de entrega la sociedad comisionista remite los reportes de los pagos realizados por parte de la punta compradora (Cuaderno Expediente Folios 504-507 y Cuaderno Expediente Cámara Disciplinaria Folios 104-107) y comunicación del mandante informando sobre la entrega total del producto. Así mismo obra en el expediente comunicación del mandante vendedor, del 18 de julio de 2011, mediante la cual señala que se encuentra en la búsqueda de los soportes de las operaciones, señala que las operaciones fueron cumplidas ya que la ALFM canceló la totalidad de las operaciones (Cuaderno Expediente Cámara Disciplinaria Folio 103).

⁶² SIB y comprobante de negociación (Cuaderno Expediente Folios 082-084), ficha técnica de entrega (Cuaderno Expediente Folios 551-572) y Anexo contrato de comisión con las condiciones de las entregas (Cuaderno Expediente Folios 076-081).

No obstante lo anterior mediante comunicación del 19 de octubre de 2009, el mandante comprador Agencia Logística de las Fuerzas Militares, informa del incumplimiento en la entrega correspondiente al mes de octubre de la operación No. 9875659 toda vez que únicamente se efectuó la entrega de 5.000 kilos de producto⁶³. De acuerdo con lo anterior, la sociedad comisionista Opciones Bursátiles de Colombia S.A. en su calidad de comisionista comprador, solicita el 19 de octubre de 2009, la declaratoria de incumplimiento de la operación⁶⁴.

La administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-638 del 21 de octubre de 2009, certifica el incumplimiento en la entrega parcial de la operación No. 9875659⁶⁵ por 10.000 kilos.

Al respecto, la sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, después de señalar la diligencia por ella desplegada durante el desarrollo de la operación, explica:

“El día 8 de octubre de 2009, siete días antes del vencimiento del término para la entrega del producto, la sociedad SU DESPENSA DE GRANOS BARRAGÁN S.A., entregó al mandante vendedor, Agencia Logística de las Fuerzas Militares un contingente parcial de 5.000 kilos de lenteja importada, lo que denotaba una ejecución normal de la operación que, cómo se mencionó, tenía aún plazo de una semana para ser cumplida en su totalidad.

El problema surgió cuando llegó el día de la entrega y, de acuerdo con lo que nos informó nuestro mandante, por un error operativo interno en su estructura, se consideró que la operación solo versaba sobre los 5.000 kilos de lenteja importada ya entregados, y no sobre los 15.000 kilos pactados con la contraparte y puestos de presente a SU DESPENSA DE GRANOS BARRAGÁN S.A. al mandar los recordatorios que obran en el expediente.

Una vez cayó en la cuenta el mandante comprador acerca de su indebida interpretación de la operación, así como la firma comisionista sobre la complicada situación en que su mandante la había colocado, se intentó conseguir el producto, esfuerzo que resultó inocuo en la medida que se trataba de lenteja de procedencia extranjera, la cantidad era de 10.000 kilos y el término de entrega había casi finalizado”.

En el informe de negocio remitido por la sociedad comisionista el día de celebración de la operación, esto es, el 24 de septiembre de 2009, especifica que para la operación 9875659 se deberá entregar el producto lenteja importada bulto por 50 kl grado 2 en un cantidad de 15.000 kilos en la ciudad de Bogotá, con fecha final de entrega hasta el 15 de octubre de 2009.⁶⁶

⁶³ Cuaderno Expediente Folio 085

⁶⁴ Cuaderno Expediente Folio 086

⁶⁵ Cuaderno Expediente Folio 087

⁶⁶ Cuaderno Expediente Cámara Disciplinaria Folios 101-102

Así mismo, en el recordatorio de entregas remitido a su mandante el día 14 de octubre de 2009, la sociedad comisionista informa que se deben entregar 15.000 kilos de lenteja importada en la ciudad de Bogotá, hasta el 15 de octubre, para la operación No. 9875659.⁶⁷

De acuerdo con lo anterior es claro que el error del mandante no deviene de una indebida información suministrada por parte de la sociedad o como ocasión de la falta de la misma. En efecto, en todo momento la investigada informó debidamente a su mandante sobre las cantidades a entregar y las especificidades de la operación.

Ahora bien, frente a las medidas adoptadas luego de ocurrido el inconveniente señala la investigada en sus descargos: *“Consciente de su error, nuestro mandante nos autorizó para ofrecer a la contraparte una indemnización de 500 kilos de lenteja importada, la cual correspondía al 5% de los 10.000 kilos que serían entregados extemporáneamente, equivalentes a la suma de \$1.290.000. La operación fue cumplida, entregando los 10.000 kilos de lenteja importada faltantes y la indemnización de 500 kilos, lo cual se acredita con el pago realizado por el mandante comprador el día 18 de noviembre a través del sistema de compensación y liquidación de la BMC”*.

En efecto, obra en el expediente comunicación AAA-09-2198 del 29 de octubre de 2009, en la cual **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.** informa al mandante comprador Agencia Logística de las Fuerzas Militares que: *“(…) con respecto al incumplimiento parcial de 10.000 kilos en la entrega de la Operación No. 9875659 del Producto **LENTEJA IMPORTADA BULTO X 50 KILOS GRADO 2 TIPO 1**, para la regional de Bogota, entregaremos de indemnización el Cinco (5%) de los 10.000 kilos, es decir entregaremos 500 Kilos de este producto en la próxima entrega que tenemos en esta regional”*.⁶⁸

Al respecto, obra en el expediente factura de venta No. 28113 del 8 de octubre de 2009 por una cantidad 5.000 kilos de lenteja No. 1 y factura de venta No. 28577 del 29 de octubre de 2009 por una cantidad de 10.000 kilos de lenteja No. 1. Así mismo remite la sociedad comisionista un cuadro reporte con el pago de la operación⁶⁹.

Así las cosas, se encuentra probado que se adelantaron gestiones adecuadas para minimizar el impacto del daño ocasionado con el incumplimiento, entregando producto de más como indemnización y dando finalmente cumplimiento a la operación de manera extemporánea.

Sin embargo, es claro que se presentó un incumplimiento de la operación aunque la responsabilidad disciplinaria quede morigerada por las circunstancias presentadas con la equivocación del mandante y por las gestiones adelantadas por la sociedad comisionista. En efecto, existe una vulneración de las normas legales y reglamentarias aplicables, al no cumplir con la entrega del producto en la fecha pactada y en las

⁶⁷ Cuaderno Expediente Folios 371-372

⁶⁸ Cuaderno Expediente Folio 370

⁶⁹ Cuaderno Expediente Folios 501-503

condiciones establecidas, responsabilidad que recaía sobre la sociedad comisionista pues se encontraba actuando en virtud de un contrato de comisión. Cada una de las circunstancias atenuantes de la conducta, serán tenidas en cuenta para la graduación de la sanción.

8.1.6. Del incumplimiento de la operación de disponible MCP No. 11575360

8.1.6.1. De la situación presentada.

La sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, celebró en calidad de comisionista vendedor la operación de disponible MCP No. 11575360, el 2 de agosto de 2010, sobre 560 latas de leche condensada para entregas entre el 2 y el 14 de agosto del 2010 en Bogotá, por cuenta de su mandante Parmalat Colombia⁷⁰. El valor total de la negociación ascendía a la suma de \$548.240.

No obstante lo anterior, mediante comunicación del 02 de septiembre de 2010, el mandante comprador Agencia Logística de las Fuerzas Militares, informa del incumplimiento en la entrega correspondiente al mes de agosto de la operación No. 11575360 por 560 unidades⁷¹. De acuerdo con lo anterior, la sociedad comisionista compradora Agrobolsa S.A. solicita a la Bolsa la declaratoria de incumplimiento de la operación No. 11575360, el 06 de septiembre de 2010⁷².

El día del 09 de septiembre de 2010, mediante comunicación DO-1828 el director del departamento de operaciones de la Bolsa solicita a **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.** enviar un cuadro detallado de cantidades y fechas de entrega de la operación, con la aceptación de recibo por parte del mandante comprador teniendo en cuenta que la operación ya fue acreditada en la entrega⁷³ y mediante comunicación PSD-682 del 13 de septiembre de 2010, la administración de la Bolsa certifica el incumplimiento de la operación No. 11575360⁷⁴.

Como consecuencia del incumplimiento de la operación, la entonces CRC Mercantil mediante comunicación OC-878 del 16 de septiembre de 2010, solicita a la sociedad comisionista compradora informar si requiere de la actuación de la cámara arbitral o de la CRC Mercantil para evaluar la procedencia de honrar el incumplimiento⁷⁵. Sin embargo mediante comunicación AAA-10-1302 del 17 de septiembre de 2010, en **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, informa a la Bolsa que se ha llegado a un

⁷⁰ Comprobante de negociación, SIB y detalle de la operación en el sistema de compensación (Cuaderno Expediente Folios 097-099), ficha técnica de entregas (Cuaderno Expediente Folios 517-550) y anexo al contrato de comisión con las condiciones de las entregas (Cuaderno Expediente Folios 090-096).

⁷¹ Cuaderno Expediente Folio 101

⁷² Cuaderno Expediente Folio 102

⁷³ Cuaderno Expediente Folio 100

⁷⁴ Cuaderno Expediente Folios 103-104

⁷⁵ Cuaderno Expediente Folio 088

acuerdo con el comisionista comprador de indemnización del 5% sobre el valor del negocio⁷⁶.

Así mismo, mediante comunicación AAA-10-1322 del 20 de septiembre de 2010, **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, informa a la Bolsa, que el cliente entregará 28 latas de leche condensada para cumplir con la indemnización⁷⁷.

Adicionalmente obra en el expediente memorando sin fecha de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, en donde certifica que se recibió de Parmalat una bandeja con 28 unidades de leche condensada como indemnización⁷⁸. Así mismo soportes de entrega, obra en el expediente factura de venta No. 636356 de Parmalat por 560 latas de leche condensada y copia cuadro reporte con el pago⁷⁹.

Así las cosas, es claro que se presentó un incumplimiento en la entrega del producto en la fecha pactada vulnerándose las normas legales y reglamentarias que rigen este mercado sin existir causal alguna que pueda eximir de responsabilidad disciplinaria existiendo por tanto, mérito suficiente para sancionar. De hecho, no obra en el expediente prueba alguna que dé visos sobre las razones por las cuales no fue entregado el producto en la fecha pactada para el efecto, y el pago de una indemnización no debe ser justificación para no cumplir con la negociación en las condiciones pactadas. En efecto, de las pruebas obrantes en el expediente únicamente se puede deducir que la punta vendedora no entregó a tiempo y a cambio ofreció mayor cantidad de producto, sin que se demuestre la circunstancia o razones por las cuales no cumplió la negociación en los términos pactados.

Sin embargo, para efectos de la graduación de la sanción las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista en cuanto al seguimiento y monitoreo de la negociación toda vez que obra en el expediente el informe de negocio mediante el cual la sociedad comisionista informa a su mandante sobre todos los pormenores de la operación al día siguiente de la fecha de celebración de la misma⁸⁰ y aviso recordatorio de la entrega del 10 de agosto de 2010⁸¹. Así mismo, se tiene en cuenta que finalmente se haya entregado el producto y en mayor cantidad minimizando el daño ocasionado y que por el valor de la operación, no se trata de un incumplimiento de grandes magnitudes.

8.1.7. Del incumplimiento de la operación forward MCP No. 12036222

8.1.7.1. De la situación presentada.

⁷⁶ Cuaderno Expediente Cámara Disciplinaria Folio 092

⁷⁷ Cuaderno Expediente Cámara Disciplinaria Folio 093

⁷⁸ Cuaderno Expediente Cámara Disciplinaria Folio 090

⁷⁹ Cuaderno Expediente Folios 499-500

⁸⁰ Cuaderno Expediente Folios 368-369

⁸¹ Cuaderno Expediente Folio 367

La sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, celebró en calidad de comisionista vendedor la operación forward MCP No. 12036222, el 6 de octubre de 2010, sobre una cantidad de 499 computadores de escritorio, para entrega final hasta el 5 de diciembre de 2010, sin embargo como se verá posteriormente, esta fecha fue prorrogada para efectuar la entrega hasta el 20 de diciembre 2010⁸².

Mediante comunicación AAA-10-1391 del 8 de octubre de 2010, **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.** informa a la sociedad comisionista compradora lo siguiente: *“(...) atentamente me permito informar a ustedes que el mandante de la operación, quien entregó mandato y todos los documentos requeridos para participar en la operación de la referencia, ha manifestado la imposibilidad de cumplir el negocio por motivos ajenos a su voluntad y como resultado de la variación a factores externos del mercado”*. De acuerdo con lo anterior, da como alternativas bien sea solicitar en conjunto la anulación de la operación por error manifiesto en las cantidades o solicitar en conjunto la modificación de la operación, manteniendo el presupuesto asignado, con 100 unidades menos para hacerla viable, por tratarse de una operación forward modificar la operación en un 10%⁸³. En efecto, acorde con el Boletín Informativo 708 del 1 de octubre de 2010 publicado en la página web de la Bolsa, la compra de los computadores de escritorio se realizaría mediante puja por cantidad de manera tal, que la equivocación del mandante tendría que ver con ofrecer una mayor cantidad a la que le era viable entregar.

Es de anotar que obra en el expediente comunicación del mandante vendedor en donde certifica el cumplimiento de requisitos⁸⁴ y certificación de aceptación y cumplimiento técnico⁸⁵.

Posteriormente, mediante comunicación AAA-10-1396 del 11 de octubre de 2010, en **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, solicita a Agrobursátil S.A., comisionista comprador, tramitar ante su mandante la modificación en las cantidades a entregar de la operación, manteniendo el presupuesto pero disminuyendo la cantidad de 499 a 450⁸⁶.

El día 12 de octubre de 2010, según consta en el acta de la reunión, el mandante vendedor y la sociedad comisionista vendedora se reúnen para efectos de buscar soluciones ante la situación presentada, el mandante manifiesta que continuará con el negocio, tomando todas las medidas para que el mismo sea cumplido⁸⁷.

⁸² Detalle de la operación en el SIB (Cuaderno Expediente Folios 169-170), ficha técnica de negociación (Cuaderno Expediente Folios 105-152 y 513-516).

⁸³ Cuaderno Expediente Folio 326

⁸⁴ Cuaderno Expediente Folios 346-147

⁸⁵ Cuaderno Expediente Folios 331-332

⁸⁶ Cuaderno Expediente Folio 325

⁸⁷ Cuaderno Expediente Folios 323-324

De esta manera, mediante comunicación dirigida a la Bolsa el 29 de noviembre de 2010 y suscrita por Agrobursátil S.A. como comisionista comprador y **AR TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, se informa a la Bolsa sobre la prórroga de la operación 12036222 entre otras, hasta el 20 de diciembre de 2010, modificando adicionalmente la forma de pago⁸⁸.

Ahora bien, si bien la operación fue prorrogada únicamente hasta el 20 de diciembre, obra en el expediente comunicación del Ministerio de Defensa Nacional –mandante comprador- del 17 de diciembre de 2010, en la cual acepta prórroga hasta el 20 de enero de 2011 de varias operaciones entre las cuales se encuentra la No. 12036222⁸⁹. Así mismo mediante comunicación AG-2581 del 17 de diciembre de 2010, Agrobursátil S.A. informa a la Bolsa sobre la prórroga hasta el 20 de enero de 2011 de varias operaciones entre las cuales se encuentra la No. 12036222⁹⁰.

No obstante lo anterior, mediante comunicación del 24 de diciembre de 2010, Agrobursátil S.A. solicita a la administración de la Bolsa la declaratoria de incumplimiento parcial de la operación 12036222⁹¹. Así mismo mediante comunicación del 28 de diciembre de 2010, informa al departamento de operaciones que las operaciones No. 12036222.01 y 12036222.02 no se encuentran prorrogadas por el Ministerio de Defensa Nacional hasta el 20 de enero de 2011⁹².

De la misma manera, el comisionista comprador mediante comunicación del 29 de diciembre de 2010, dirigida al departamento de operaciones, reitera que: *“(...) nos permitimos aclarar que por error involuntario de nuestra parte en la solicitud de prórroga realizada el día 17 de Diciembre según AG-2581 se incluyeron las Operaciones No. 12036222.01 y 12036222.02, las cuales tienen una única prórroga otorgada por Ministerio de Defensa Nacional hasta el 20 de Diciembre de 2010”*⁹³.

De acuerdo con las aclaraciones anteriores, mediante comunicación AG-0091 del 6 de enero de 2011, Agrobursátil S.A. solicita la declaratoria de incumplimiento parcial de la operación que tenía prórroga hasta el 20 de diciembre de 2010⁹⁴, la cual, es certificada por la Bolsa, mediante comunicación PSD-010 del 6 de enero de 2011⁹⁵. En consecuencia, mediante comunicación OC-36 del 13 de enero de 2011, la CC Mercantil solicita a la sociedad comisionista compradora informar si requiere de la actuación de la cámara arbitral para efectos de propiciar un arreglo directo, o de la CRC Mercantil para evaluar la procedencia de honrar el incumplimiento⁹⁶.

⁸⁸ Cuaderno Expediente Folio 157

⁸⁹ Cuaderno Expediente Folios 155-156

⁹⁰ Cuaderno Expediente Folio 163

⁹¹ Cuaderno Expediente Folio 160

⁹² Cuaderno Expediente Folio 154

⁹³ Cuaderno Expediente Folio 153

⁹⁴ Cuaderno Expediente Folios 172-173

⁹⁵ Cuaderno Expediente Folios 174-176

⁹⁶ Cuaderno Expediente Folio 158

El día 26 de enero de 2011, las partes acuden a la Cámara Arbitral para efectos de propiciar el arreglo de carácter indemnizatorio por los conflictos derivados de la operación No. 12036222, según consta en Acta de Arreglo Directo No. 003 del 26 de enero de 2011.

En dicha reunión se señala que concuerdan en las cantidades declaradas incumplidas y por lo tanto, se encuentra pendiente de entrega –de los 499 equipos negociados- lo siguiente: *“1. Licenciamiento de todos los equipos con cargo a la operación. 2. Diademas y pad mouse de 375 equipos. 3. En relación con el incumplimiento de los periféricos Mouse y Teclados, la sociedad comisionista vendedora aclara que si bien la Bolsa dictaminó el incumplimiento soportada en la comunicación del comisionista comprador en cuanto a que el producto no cumple con la ergonomía, el proveedor HP de los equipos hizo llegar comunicación en donde expresa que su producto si es considerado ergonómico (...) La doctora Francy manifiesta que la no entrega del licenciamiento ha ocasionado que su comitente no pueda contar con los equipos para su uso en la oportunidad requerida, lo que hizo que tuviera que contratar el servicio externo, causándole perjuicios que deben ser indemnizados, informa que su Comitente Comprador estimó el perjuicio a resarcir en la suma de noventa millones de pesos (\$90.000.000.00), al respecto la doctora Francy manifiesta que el comitente comprador propone que como indemnización se realice el cambio de todos los mouse (sic) y teclados por una referencia que en el mercado sea reconocida como ergonómica”.* En dicha reunión las partes llegan a los siguientes acuerdos:

- “1. Cambio total de todas la (sic) unidades de periféricos mouse y teclados por referencia que en el mercado sea plenamente reconocida como ergonómico; para el efecto las partes realizarán una reunión el 28 de enero de 2011 a las 2:30 PM., de carácter técnico, en donde definan la referencia a entregar por parte del vendedor.*
- 2. El licenciamiento y las diademas serán entregados por el vendedor al comprador como máximos el 4 de febrero de 2011.*
- 3. El comitente comprador a través de sus unidades ejecutoras (...) emitirán comunicación en donde libera al vendedor de responsabilidad por la posible incompatibilidad que se pueda presentar entre los equipos entregados y los mouse y teclados que acuerden entregar y que son de diferente marca de los equipos.*
- 4. La entrega de los mouse y teclados se realizará como máximo el 28 de febrero. En relación a esta fecha, el vendedor manifiesta que de tratarse de mouse y teclados referencia GENIUS, cumplirá esta fecha, pero que de no ser así, solo hasta que se defina la referencia de los elementos a entregar el día 28 de enero podrá comprometerse con la fecha de entrega. (...)*
- 5. Quedó pendiente la verificación de entrega de los 499 Pad Mouse que el Comitente Vendedor informó haber entregado a las Unidades Ejecutoras entre los días 25 y 26 de enero/11”.*

Siguiendo esta línea, en la reunión programada para el día 28 de enero de 2011 que se llevó a cabo el día 31 de enero, se acuerda que: *“1. La Armada Nacional aceptó los teclados y mouse que recibió y a cambio se negoció la entrega de dos (2) equipos licenciados marca Latin Depot, como resarcimiento económico. (...)”.* Adicionalmente se señala que la referencia y fecha de entrega de los teclados y mouse ergonómicos, se decidirá posteriormente una vez se determinen las mismas, el día 2 de febrero de 2011.

En consecuencia en reunión llevada a cabo el 2 de febrero de 2011 se señala, entre otros aspectos, lo siguiente:

“1. Comercializadora Ferlag informó que en el mercado no se encuentra la totalidad de los 437 teclados requeridos por Dipol - Ponal y que de los existentes no hay uniformidad en el color, por lo cual tendrían que iniciar proceso de importación lo cual requeriría de 6 a 8 semanas.

2. DIPOL – PONAL ante la demora que se presenta en el trámite de importación de la totalidad de los teclados y los mouse, indica que acepta los teclados y los mouse entregados inicialmente por Comercializadora Ferlag.

3. DIPOL – PONAL solicita que como resarcimiento económico por los perjuicios ocasionados con la demora en la entrega de los equipos, se entregue el equivalente en computadores de escritorio tipo 3, en las condiciones establecidas en la Ficha Técnica de Producto y de Negociación, ampliando las garantías adicionales presentadas por el Proveedor: Pólizas de cumplimiento y de Calidad de los bienes y/o Servicio. Agrobursátil indica que de acuerdo a la tasación del perjuicio, el equivalente corresponde a 34 equipos en las condiciones establecidas en las Fichas Técnicas.

(...)

5. Posteriormente la Unidad DIPOL – PONAL acepta recibir una cantidad mínima de 20 equipos en las condiciones establecidas en las Fichas Técnicas, a su vez FERLAG propone la entrega de 15 equipos HP, para entrega el 16 de mayo/11. En este punto no hubo acuerdo entre las partes”.

Todos los acuerdos y reuniones señalados constan en el texto del acta de arreglo directo No. 003 de 2011.⁹⁷

De esta manera tenemos que hasta este momento, aún se encontraban pendientes de entrega el licenciamiento de los equipos, las diademas y pad mouse faltantes. En lo que se refiere a los mouse y teclados, al aceptar el mandante los inicialmente entregados, y no solicitar el cambio por aquellos considerados ergonómicos, se entiende que no persiste el incumplimiento. Adicionalmente, según lo acordado estaría pendiente la entrega de los equipos correspondientes a la indemnización.

Las dificultades con el cumplimiento de la entrega del producto continúan y mediante comunicación AAA-11-0249 del 23 de febrero de 2011, la sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.** solicita a su mandante efectuar una reunión para efectos de encontrar una solución a los inconvenientes y efectúa un resumen de todas las situaciones presentadas⁹⁸.

Las partes, acuden nuevamente a sede arbitral según consta en acta de arreglo directo No. 013 del 17 de marzo de 2011, en la cual se señala que esta segunda reunión tiene lugar “en razón al incumplimiento de los compromisos adquiridos por el Mandante Vendedor en la

⁹⁷ Cuaderno Expediente Folios 229-232

⁹⁸ Cuaderno Expediente Folios 321-322

Reunión de Comité Arbitral del pasado 26 de Enero y al no acuerdo del número de equipos a entregar como resarcimiento económico”. La sociedad comisionista vendedora manifiesta que: “(...) han realizado todas las acciones y esfuerzos para dar cumplimiento a la operación, a pesar de que su comitente **FERLAG** se encuentra en pérdida económica, adiciona que el producto que falta por entregar y que corresponde a diademas, licencias y pad mouse, se encuentran disponibles en espera de la orden de recibo”. A continuación se da lectura de las instrucciones dadas por el mandante comprador y se llega finalmente a los siguientes acuerdos:⁹⁹.

- “1. El día 22 marzo del presente año es fecha límite para que la sociedad Comisionista Vendedora entregue las cantidades adjudicadas faltantes, es decir las **437 diademas y pad mouse**, con destino a la Armada Nacional en cantidad de 62 y para la Dirección de Inteligencia de la Policía Nacional 375.
2. La totalidad de las licencias para los equipos adquiridos a través de esta operación serán entregadas el día 22 de marzo de 2011.
3. Todos los gastos y costos que se eroguen por tal labor serán cubiertos en su totalidad por parte del Comisionista Vendedor y su mandante, quedando el Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional y Dirección de Inteligencia de la Policía Nacional, libre de cualquier compromiso económico por la prestación del servicio del comisionista incumplido, al igual que por todo concepto que se genere en la entrega de los elementos anteriormente relacionados.
4. El comitente vendedor entregará a título de indemnización de perjuicios ocasionados al Ministerio de Defensa Nacional, los siguientes elementos: para la Armada Nacional la cantidad de dos (02) equipos portátiles de la referencia LD Plus 3000 y para la Dirección de la Inteligencia de la Policía Nacional la cantidad de 20 equipos de las especificaciones establecidas en las fichas técnicas de negociación y de producto. (...)” (negrillas pertenecen al texto original)

Adicionalmente se efectúan acuerdos relacionados con las garantías para efectos de asegurar la entrega de los equipos objeto de la indemnización y se determina que dichos productos, deberán ser entregados el día 22 de marzo de 2011 en el caso de la Armada Nacional y hasta el 30 de junio aquellos dirigidos a la Dirección de Inteligencia.

Posteriormente se efectúan otrosís al acta de arreglo directo, modificando fechas de entregas, los productos que se entregarían como indemnización y las garantías entre otros ítems pactados. Es de anotar que en las reuniones y documentos que se suscriben posteriormente únicamente se hace referencia a los equipos objeto de la indemnización, por lo que se entiende que la entrega de los productos faltantes objeto de la negociación, se efectuó en la fecha establecida en el acuerdo señalado previamente, esto es el 22 de marzo de 2011 y se encontraban pendientes los del mes de junio.

En el último otrosí con fecha del 15 de junio de 2011, se señala que el mandante vendedor únicamente podrá cumplir con las especificaciones técnicas para uno de los veinte equipos pactados como indemnización, por lo cual se hace necesario un cambio en la referencia. De esta manera se llega al siguiente acuerdo: “Una vez analizadas y

⁹⁹ Cuaderno Expediente Folios 311-320

aprobadas por DIPOL PONAL las especificaciones técnicas aportadas por el Mandante Vendedor para los 19 equipos, junto con las especificaciones técnicas iniciales de negociación que aplican para un equipo, conformando un total de 20 equipos, 20 diademas, 20 licencias y 20 pad mouse, las partes acuerdan modificar el **numeral 6** del Acta No. 013, en el sentido de establecer como **fecha máxima de entrega el día 7 de Julio de 2011**¹⁰⁰. (negritas pertenecen al texto original).

Adicionalmente, obran en el expediente comunicaciones remitidas por el mandante vendedor a la CC Mercantil, después de cada acuerdo logrado autorizando a esta entidad para que ante un incumplimiento de los compromisos adquiridos, sean girados los recursos correspondientes a las garantías al mandante comprador¹⁰¹.

Así mismo obra en el expediente comunicación del 9 de junio de 2011, en la cual el mandante vendedor informa lo siguiente a la CC Mercantil:

“Atentamente nos queremos referir al depósito por valor de \$55.680.000.00 que en virtud del otro si (sic) al Acta de Arreglo Directo No. 013 de 2011, autorizamos dejar en la Cámara con cargo a la garantía de volatilidad de la operación de la referencia, por lo que aceptamos la liberación parcial de la misma. Al respecto y en atención a que el depósito en mención garantiza el cumplimiento del compromiso de indemnización adquirido por Comercializadora Ferlag ante el Ministerio de Defensa Nacional, autorizamos ampliamente a la CC MERCANTIL para que ante un incumplimiento parcial o total de este compromiso adquirido para el día 30 de junio-11, este recurso sea girado total o parcialmente al Ministerio de Defensa Nacional – DIPO PONAL, según sea el caso, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes.

La indemnización pactada corresponde a la entrega a la Dirección de inteligencia de la Policía Nacional DIPOL PONAL, de veinte (20) equipos de las especificaciones técnicas establecidas en las Fichas Técnicas de Negociación y de Producto de la operación de la referencia, como máximo hasta el 30 de Junio de 2011”.

De acuerdo con el otrosí No. 3 al arreglo directo con fecha del 28 de agosto de 2011, el producto se entrega en su totalidad el día 3 de agosto de 2011¹⁰². Como se anotó previamente, esta entrega corresponde a los equipos objeto de la indemnización.

Es claro para la Sala que en la operación se presentaron diferentes inconvenientes, que demuestran en cierto modo, la inviabilidad del mandante vendedor para cumplir las condiciones pactadas en la negociación. En efecto, tal y como se mencionó

¹⁰⁰ Cuaderno Expediente Cámara Disciplinaria Folios 067-074

¹⁰¹ Cuaderno Expediente Cámara Disciplinaria Folios 066 y 070

¹⁰² Al respecto obran en el expediente los siguientes soportes de entrega: comunicación Ferlag radicando factura 8301 y copia de la misma, carta Ferlag radicando factura 8300 y copia de la factura, actas de entrega recibidas a satisfacción por las unidades ejecutorias y copia de pagos realizados según instrucciones del cliente (Cuaderno Expediente Folios 477-498). Verificación técnica de 437 computadores, comprobante de entrega de 32 cable patch cord y 62 diademas pc headset blackwiew y orden de suministro (Cuaderno Expediente Folios 327-328)

previamente, después de celebrada la operación evidenció que no podría cumplir con las condiciones pactadas, sin embargo, finalmente y varios meses después, logró entregar la totalidad del producto más una indemnización.

Al respecto y en lo que se refiere a las gestiones previas desplegadas por la sociedad comisionista investigada en términos de conocimiento del cliente y de brindar una adecuada asesoría, señala **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, en sus descargos que se efectuaron todos los procedimientos de conocimiento del cliente y de análisis de riesgos así como un acompañamiento por parte de la sociedad en los momentos previos a la celebración de la operación. En efecto menciona: *“Etapa previa: A.R. TRIPLE A S.A. decide presentar en el Mercado de Compras Públicas la oferta del cliente COMERCIALIZADORA FERLAG LTDA., precedida por un exhaustivo y riguroso estudio de riesgo en los términos descritos en precedencia. Adicionalmente, instruye a su cliente acerca de la operación a partir de las fichas técnicas y de producto respectivas, y le señala las obligaciones inherentes a la transacción”*.

Como sustento de lo anterior obran en el expediente las certificaciones de experiencia del cliente¹⁰³, certificación prestación de garantía y servicio y certificación cumplimiento de help desk¹⁰⁴, formato presentación de cliente, informe de visita y formato para evaluación comercial¹⁰⁵. Así mismo fue remitida por la sociedad comisionista el acta No. 7 del Comité de Riesgo de **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.** en donde se analizan los documentos del mandante y se decide vincularlo como cliente de la sociedad comisionista¹⁰⁶.

Al respecto encuentra la Sala que si bien, de los documentos obrantes en el expediente y de las explicaciones dadas por la investigada se evidencian las gestiones previas desplegadas para efectos de informar y conocer a su cliente, lo cierto es que no se alcanzó el objetivo buscado toda vez que resulta palmario que el mandante no se encontraba preparado para efectuar una operación de estas magnitudes cumplimiento de manera estricta y cabal las condiciones pactadas.

Entiende la Sala las complejidades propias de este tipo de operaciones, sin embargo, no es aceptable que después de pactados unos términos de negociación en la Rueda de la Bolsa, un mandante evidencie que no podrá cumplir con los mismos. Si bien es cierto que evidencian las gestiones de la sociedad comisionista y en este sentido no encuentra la Sala que haya existido negligencia en los momentos previos de la negociación, también es cierto que no hubo un análisis preciso y ajustado de la operación y las posibilidades de cumplimiento de la misma en las condiciones de tiempo, modo y lugar establecidas por lo cual es claro que hubo una imprecisión en

¹⁰³ Cuaderno Expediente Folios 348-362

¹⁰⁴ Cuaderno Expediente Folios 329-330

¹⁰⁵ Cuaderno Expediente Folios 343-345

¹⁰⁶ Cuaderno Expediente Cámara Disciplinaria Folio 085-087

este sentido que no puede ocurrirle a quienes deben tener un nivel de profesionalismo y experticia superior.

De esta manera si bien se evidencia diligencia en la ejecución de la operación¹⁰⁷ -en adición a las reuniones y comunicaciones ya señaladas- y en el tratar de dar cumplimiento a la operación mitigando el impacto adverso que genera el incumplimiento por la vía de llevar el caso a cámara arbitral en múltiples ocasiones, efectuando diversas reuniones para dar solución a cada uno de los inconvenientes presentados y de reconocer en esa instancia una indemnización, lo que es claro es que, en el estudio previo a la celebración de la operación existieron imprecisiones graves que conllevaron al incumplimiento de la misma, y a la vulneración de las normas legales y reglamentarias aplicables.

No obstante lo anterior en el análisis de la graduación de la sanción, se tendrán en cuenta todas las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista, así como el acompañamiento permanente brindado al mandante.

8.1.8. De las normas vulneradas por la conducta de A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A. en las operaciones Nos. 7240482, 8957463, 8998695, 9875659, 11575360 y 12036222 y concepto de la violación.

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

¹⁰⁷ Obran en el expediente recordatorios de entregas del 22 de noviembre y 16 de diciembre de 2010 (Cuaderno Expediente Folios 327-328).

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

Obsérvese cómo, celebrada la operación en Bolsa, y acordados los términos de la negociación, éstos deben cumplirse de la forma como se pactaron. De la misma manera y por los mismos motivos, la sociedad comisionista se encuentra vulnerando lo establecido en los numerales 6 y 11 del artículo 29 del Decreto 1511 –hoy contenidos en el artículo Artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010- que establecen:

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

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

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

Frente al numeral 6° referido a la obligación de entrega de los productos negociados, menciona la sociedad comisionista que:

“(…) en este punto lo primero que se debe señalar es que respecto de las operaciones glosadas por la BMC, en lo que tiene que ver con la entrega de recursos o de productos, dicha obligación fue cumplida en todos los casos en que la contraparte así lo permitió, situación que nunca ha sido considerada por el Área de Seguimiento de la BMC. Se reitera que respecto de las operaciones 9142619, 9142620 y 9142622, el mandante comprador expresó que su cliente no requería el procedimiento que se surte ante la Cámara Arbitral de la BMC, como consta en el oficio ALDCS-ALGA desistiendo de la operación como se hizo evidente al ser retornadas las garantías con posterioridad por parte de la otrora Cámara de Riesgo Central de Contraparte.

Siendo así, lo anterior impide que la conducta de A.R. TRIPLE A S.A. pueda ser tipificada como violatoria de dicha disposición con la simple enunciación de la norma, pues el verbo rector del precepto normativo fue atendida por mi representada en todos los casos que la contraparte le permitió. (...).”

Al respecto se debe aclarar que tanto la entrega del producto como el pago del mismo, de manera extemporánea, generan un incumplimiento. En efecto, las operaciones celebradas en este escenario de negociación deben cumplirse de manera estricta en

las condiciones de modo, tiempo y lugar pactadas, más aún tratándose de obligaciones a término que tienen fecha cierta para su cumplimiento.

Por lo anterior, se vulnera la norma al incumplir con esas condiciones establecidas, toda vez que contrario a lo que interpreta la investigada no se trata de cumplir las operaciones o entregar el producto en este caso específico, cuando el vendedor considere sino en las condiciones en que fueron pactadas y respetando el término establecido.

En lo que se refiere al argumento esgrimido por la sociedad comisionista en relación con el numeral 11 del entonces artículo 29 del decreto 1511 de 2006, no entiende la Sala cómo se asevera que no existe explicación de cuáles son las obligaciones incumplidas y que a la postre implican la vulneración de esta disposición. En efecto menciona la sociedad comisionista en sus descargos respecto de esta disposición *“en el presente caso lo que ha pasado es que el tipo en blanco señalado no ha sido completado, ya que no existe ningún análisis que haya sido expuesto a la investigada, que le explique cuál es el tipo complejo respecto del cual debe defenderse para el caso de cada una de las operaciones respecto de las cuales se ha señalado que se presentó una vulneración de esta norma”*. Dicho argumento no tiene sustento si se tiene en cuenta que en todo momento se ha hecho referencia a las normas que señalan que la no entrega del producto, es un incumplimiento.

Ahora bien, el numeral señalado determina que las sociedades comisionistas deberán *“Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva”*, lo cual en el caso concreto no ocurrió pues no cumplió la investigada con la obligación de entrega en las operaciones sobre las cuales se encontró mérito suficiente para sancionar; obligación que sólo en su cabeza recae ya que se encontraba actuando en virtud de un contrato de comisión, a nombre propio, por cuenta ajena.

Adicionalmente, debe anotarse que en el derecho sancionador, comparable al procedimiento adelantado por este órgano disciplinario, lo que se reprocha es el incumplimiento de unas normas de conducta que establecen órdenes y prohibiciones y en esto radica la gran diferencia con el derecho penal y específicamente con el tipo pena. Al respecto ha mencionado la doctrina: *“ahora, como estos tipos no son autónomos, tiene que recurrirse a estas leyes que tornan en infracción el simple incumplimiento de una orden o el quebrantamiento de una prohibición. En ese contexto conceptual la norma legal viene a constituir un pretipo que es el que predetermina, a su vez, el tipo de la infracción. El tipo infractor consistirá por consiguiente, en la reproducción de la orden y en la advertencia que su inobservancia acarreará una infracción”*¹⁰⁸ En el caso concreto, existe en las normas aplicables a las sociedades comisionistas una obligación que debe ser cumplida a

¹⁰⁸ OSSA ARBELAEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Una aproximación dogmática. Segunda Edición. Legis 2009. Pág. 227

cabalidad, cual es el cumplimiento estricto de las operaciones que se celebren. Basta probar su inobservancia para aplicar las consecuencias jurídicas que se disponen de manera reglamentaria.

En lo que se refiere a la vulneración del numeral 6° del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en concordancia con el numeral 8° del artículo Artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010¹⁰⁹, que establece que será obligación de los miembros de la Bolsa: *“Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”*, encuentra la Sala que en las operaciones bajo investigación sobre las que se encontró responsabilidad disciplinaria, se presentaron imprecisiones que deben conllevar a un llamado de atención y que implican que se vulnere esta norma, sin que esto implique que la actuación de la sociedad comisionista haya sido negligente o desleal como parece entenderlo en sus descargos.

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

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

Por su parte en el incumplimiento relacionado con las operaciones No. 8957463 y 8998695, se evidenció que el seguimiento al mandante no fue suficiente toda vez que sólo en la fecha de entrega del producto, se entera la sociedad comisionista investigada del inconveniente presentado con los empaques del producto, cuando el incumplimiento era inminente. De esta manera, si bien no se evidencia negligencia por parte de la investigada, si debió efectuar un seguimiento más estricto para efectos de tener conocimiento de la situación y evitar el incumplimiento de la operación.

¹⁰⁹ Artículo 29. Obligaciones generales de los miembros. *“8. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, y precisión, procurando la satisfacción de los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia, lo cual implica el sometimiento de su conducta a las diversas normas que reglamentan su actividad profesional, ya provengan del Estado, de las mismas bolsas o constituyan parte de los sanos usos y prácticas del comercio o del mercado público de valores”*.

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

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

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

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

Al respecto, se refiere la investigada al deber de conducir los negocios con claridad y precisión considerando que el mismo *“impone la obligación para los miembros de la BMC de abstenerse de suministrar información falsa, inexacta, engañosa o incompleta con ocasión del desarrollo de su objeto social”*. La Sala no concuerda con la interpretación de la investigada. Lo anterior toda vez que de la norma en ningún momento se desprende que la misma se refiere únicamente al suministro de información sino por el contrario,

se refiere a la conducción de los negocios que engloba todas las actividades que en desarrollo de su objeto social desarrolla la sociedad comisionista. De esta manera la claridad y precisión deben predicarse no sólo en punto de la información suministrada que se equipara más adecuadamente con el deber de asesoría, sino con la forma cómo la sociedad comisionista lleva su negocio.

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

8.2. INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LA OPERACIÓN No. 8093332 MEDIANTE EL SISTEMA DE COMPENSACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA BOLSA.

8.2.1. De la situación presentada y del sistema de compensación y liquidación

La sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, celebró en calidad de comisionista comprador la operación de forward simple No. 8093332, el 30 de septiembre de 2008, por un valor total de negociación de \$ 2.468.620.000¹¹⁰. El pago de la operación debía efectuarse el 15 de diciembre de 2008.

Sin embargo, este día -15 de diciembre de 2008- la administración de la Bolsa, mediante comunicación PSD-469 certifica el incumplimiento en el pago de \$2.468.620.000 en la operación No. 8093332¹¹¹.

Al respecto, obra en el expediente comunicación del 18 de diciembre de 2008 en la cual el mandante comprador hace constar los siguiente: *“Que recibimos por parte de la firma comisionista AR TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA y de su representante legal JUAN ANDRES RODRIGUEZ ESPITIA toda la información necesaria con respecto a la compensación y el pago de la operación forward # 8093332. A pesar de esto nuestra compañía INVERGRANOS S.A. (MANDANTE COMPRADOR) por razones típicas del mercado agropecuario Colombiano, realizo el pago de mutuo acuerdo directamente COMERCAMPO LTDA (MANDANTE VENDEDOR) en la zona de producción (...)”*¹¹².

En consecuencia, mediante comunicación AAA-08-2985, del 26 de diciembre de 2008, la sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, da respuesta a la declaratoria de incumplimiento manifestando su discrepancia y solicita la reversión de la declaratoria de la misma; presentando los correspondientes argumentos al respecto, entre los cuales se encuentran:¹¹³

¹¹⁰ SIB, reporte de incumplimiento y comprobante de negociación (Cuaderno Expediente Folios 019-022).

¹¹¹ Cuaderno Expediente Folios 023

¹¹² Cuaderno Expediente Folios 270

¹¹³ Cuaderno Expediente Folios 024-027

“La Bolsa Nacional Agropecuaria S.A. confunde un tema instrumental con uno esencial, dando prevalencia al primero sobre el segundo, contraviniendo seguramente de buena fe el principio jurídico, rector del derecho privado, que exalta la primacía de lo sustancial sobre lo formal.

En la Operación en comento, se insiste, hubo entrega efectiva del producto contactado, al igual que pago efectivo del mismo, bajo las condiciones pactadas en rueda. Dicha afirmación se sustenta en las certificaciones de los Mandantes en tal sentido, las cuales deben atenderse bajo el postulado de la buen fe en razón de que ellos directamente sufrirían los efectos nocivos de un incumplimiento si se llegare a presentar, por lo que no es lógico asumir que una certificación por ellos emitida contenga información equívoca.

*Por su parte, la BNA, en razón de que no solicitó previamente la información pertinente a efectos de valorar el efectivo incumplimiento, procedió a certificar el mismo en cabeza del Mandatario Comprador, por el supuesto **no pago** de la suma correspondiente a que estaba obligado. Dicha certificación se basó en un análisis estrictamente formal que atendió simplemente el deber de carácter instrumental de las operaciones por el sistema de compensación y liquidación administrado por la CRCBNA”.*

En respuesta a las anteriores inquietudes únicamente obra en el expediente memorando SG-013 del 8 de enero de 2009, por medio del cual la Secretaría General y Jurídica de la Bolsa da traslado a la CRC Mercantil de memorando del departamento de operaciones de la Bolsa que solicita concepto en relación con la viabilidad de reversar el incumplimiento, teniendo en cuenta que el mismo fue certificado por información remitida por la CRCBNA¹¹⁴.

De todo lo anterior se deduce de una parte, que no hay duda del hecho de no haber utilizado el sistema de compensación y liquidación de la Bolsa para el pago de las obligaciones y de otra, que las obligaciones de pago y entrega fueron efectivamente cumplidas por parte de los mandantes, pero de manera directa.

En efecto, obran en expediente las certificaciones de cumplimiento emitidas por los mandantes¹¹⁵ así como los comprobantes de consignación¹¹⁶.

Ahora bien, de ninguna manera puede argumentarse como lo hace el investigado, que el efectuar las operaciones a través del sistema de compensación y liquidación de la Bolsa es un requisito meramente formal, toda vez que el cumplimiento oportuno de los mecanismos establecidos en el sistema de compensación y liquidación de la Bolsa, constituye un presupuesto básico de un mercado bursátil seguro y confiable. En efecto, respecto de la actividad de compensación y liquidación ha señalado la doctrina:

“El principal objetivo de los sistemas de compensación y liquidación es realizar con

¹¹⁴ Cuaderno Expediente Folio 265

¹¹⁵ Cuaderno Expediente Folios 309-310

¹¹⁶ Cuaderno Expediente Folios 274-308

seguridad y eficiencia la entrega de los valores y la transferencia del dinero o de los valores, que deban llevarse a cabo como consecuencia de una operación celebrada en el mercado de valores.

La compensación propiamente dicha consiste en determinar las prestaciones de cada una de las partes de la operación, es decir, lo que cada parte debe entregar y tiene derecho a recibir. La liquidación, a su turno, radica en el cumplimiento efectivo y definitivo de las obligaciones derivadas de la operación, es decir, la entrega de los valores y la transferencia de dinero o de valores entre las partes que celebraron la operación.

Sin duda alguna se trata de un proceso en el cual debe verificarse la legitimidad de las partes para el cumplimiento de la operación celebrada sobre valores. (...)¹¹⁷

De hecho nótese cómo una de las protecciones fundamentales de las operaciones celebradas en el escenario bursátil como lo es el principio de finalidad, es aplicable únicamente a aquellas operaciones que se compensen y liquiden a través de un sistema de compensación y liquidación, lo cual conlleva a deducir que la seguridad y transparencia de las operaciones celebradas en este escenario dependen de la existencia de dicho sistema.

Por lo anterior, más allá de que el no cumplimiento de las obligaciones propias del sistema de compensación y liquidación vulnere los Reglamentos de la Bolsa y la normatividad aplicable, lo cierto es que afecta gravemente la seguridad y transparencia del mercado administrado por la Bolsa. En efecto, se trata de un sistema diseñado precisamente para cumplir con esos objetivos y no, como lo cree la investigada, para cumplir un requisito formal.

Debe recordar la investigada que no se encuentra actuando en un mercado común de intercambio de productos y que su actuar no se desarrolla en el sector real de la economía, sino en el sector financiero y de esta manera, su actividad se encuentra completamente regulada por ser de interés público, restringiéndose en consecuencia, la autonomía de la voluntad privada para dar paso a una alta intervención estatal no sólo para efectos de la regulación sino también, ejerciendo funciones de policía administrativa y autorizando la realización de cualquier actividad catalogada como financiera, bursátil o aseguradora.

En este punto es preciso anotar que el sistema de compensación y liquidación de la Bolsa entró en funcionamiento con las operaciones financieras, el 1 de junio de 2006 y posteriormente, el 23 de Octubre de 2006 para las operaciones forward. En efecto, mediante Boletín No. 121 de Octubre 23 de 2006, se informa a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa que: “En cumplimiento a lo establecido por la Ley 964 de 2005 y el decreto 1511 de 2006, en aras de garantizar al mercado un escenario transparente

¹¹⁷ ABELLA, German Darío. QUIROGA, Guillermo. Sistemas de Negociación y de Registro de Valores y de Compensación y Liquidación de Valores. Revista de Derecho Privado No. 39. Régimen jurídico del mercado de valores colombiano. Pág. 87

y seguro en el cual las negociaciones se cumplan según las condiciones pactadas, y continuando con el tema de la capacitación realizada el pasado **miércoles 18 de octubre de 2006**, sobre la compensación y liquidación de operaciones forward, adjunto a este boletín encontrarán el procedimiento para realizar dicha compensación.” (Resaltado pertenece al texto original). Posteriormente, mediante Boletín 132 de Noviembre 20 de 2006, se da un alcance al Boletín citado anteriormente para efectos de modificar uno de los pasos del procedimiento de compensación y liquidación.

De esta forma, como se puede vislumbrar, durante la implementación del sistema se expidieron Boletines Instructivos con el objetivo de interiorizar el mismo, en los integrantes del mercado y así evitar la comisión de errores. Posteriormente, mediante Boletín Instructivo No. 02 de Enero 5 de 2007, se estableció que el procedimiento de compensación y liquidación de operaciones entraría a regir a partir del día 10 de Enero de 2007, para las operaciones de Físicos Disponibles. Asimismo, tal y como se había realizado en los Boletines previos, se adjuntó al mismo, el procedimiento para desarrollar las actividades tendientes a desarrollar el proceso de Compensación y Liquidación de las operaciones celebradas en el mercado abierto de la Bolsa.

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

En el caso concreto, si bien se evidencian las gestiones adelantadas por la sociedad comisionista en los momentos previos de la operación y durante la ejecución de la misma¹¹⁸, para efectos de informar y asesorar a su cliente, es claro que éste último no comprendió que se encontraba frente a un mercado bursátil en donde las reglas establecidas deben cumplirse de manera estricta y aún más, tratándose de la utilización del sistema de compensación y liquidación.

Así las cosas, queda claro para la Sala que efectivamente hubo una conducta reprochable por parte de la investigada, por cuanto se encuentra en la órbita de su responsabilidad el cumplir con las normas aplicables a este mercado y específicamente aquellas que versan sobre el mecanismo para la realización de operaciones a través del sistema de compensación y liquidación de la Bolsa. Es de anotar que cumplimiento oportuno de los mecanismos establecidos en el sistema de compensación y liquidación de la Bolsa es un presupuesto para mantener la transparencia, seguridad y confiabilidad del mismo. Lo anterior, interesa a todos los integrantes de este mercado incluyendo a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa como artífices y partícipes del mismo.

¹¹⁸ Informes de negocio (Cuaderno Expediente Folios 271-273)

No obstante lo anterior, para en análisis de la responsabilidad disciplinaria la Sala tiene en cuenta que de acuerdo a las pruebas obrantes en el expediente la sociedad comisionista efectuó gestiones para explicar a su cliente sobre el funcionamiento de este mercado que si bien no fueron suficientes, demuestra diligencia por parte de la investigada. En efecto, es el mismo cliente el que afirma que no obstante haber sido informado, realizó el pago de manera directa al mandante vendedor.

De otra parte se debe tener en cuenta que la operación fue pagada en la fecha acordada, lo cual, demuestra diligencia en el cumplimiento de los compromisos asumidos. En efecto, el incumplimiento de las normas no deviene del cumplimiento en sí de la operación sino de *“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”*, tal y como lo menciona el área de seguimiento.

8.2.2. Normas vulneradas por la conducta de la sociedad comisionista A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A. y concepto de la violación.

Señala la investigada que *“(…) puede afirmarse que las condiciones de la operación en cuanto a precio, cantidad y fechas de cumplimiento, fueron atendidas en debida forma, no vulnerándose el bien tutelado de la seguridad, así como el de la confianza en el mercado y, por ende, siendo improcedente una sanción.”*

Al respecto se debe mencionar que las consecuencias de la no utilización de los sistemas de compensación y liquidación de la Bolsa, es precisamente que desde el punto de vista bursátil no hay pago.

En efecto, es por esto que el Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la entonces CRCBNA en su numeral 3.11.1 establece:

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

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

El mismo Boletín en su artículo 3.4. determina que la cuenta de compensación es *“la cuenta corriente bancaria autorizada para realizar la liquidación de las operaciones.”*. Así mismo teniendo en cuenta que la misma disposición establece que el alcance del sistema de compensación y liquidación es para *“Todas las operaciones que se realicen en el Mercado Abierto de la BNA, y que estén asentadas en la Cámara de Compensación de la*

BNA.”, tenemos que efectivamente la obligación que se impone es el pago de las operaciones a través de la cuenta de compensación de la CC Mercantil, es decir, a través de sistema de liquidación y compensación de la Bolsa, el cual, es obligatorio para todas las negociaciones celebradas en el marco de la misma.

De esta manera, al no cumplir no el pago de las operaciones a través del sistema de compensación y liquidación, la sociedad comisionista se encuentra violando los numerales 1 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, que establecen como obligaciones de los miembros:

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

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

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

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

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

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

Considera la Sala que las conductas ejecutadas por la sociedad investigada, adicionalmente son contrarias a los deberes de claridad, diligencia y precisión que deben caracterizar a quienes intermedian en estos mercados, violando así las disposiciones establecidas en el numeral 6 del artículo 1.6.5.1 del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa¹¹⁹ y el numeral 8 del artículo

¹¹⁹ “Artículo 1.6.5.1.- Aprobado por Resolución No. 482 de 2007 de la Superintendencia Financiera de Colombia por el cual se modifica el Art. 20 aprobado por Resolución No. 330-1805 de 1998 de la

29 del Decreto 1511 de 2006¹²⁰. En efecto, el nivel de profesionalidad que se le exige al comisionista implica que debe llevar sus negociaciones con la mayor claridad y precisión posibles, de tal forma, que no atente contra la transparencia, seguridad y confiabilidad que debe existir en el mercado. En el caso en mención, resulta evidente que el no cumplir con los mecanismos establecidos para la compensación y liquidación de las operaciones puede conllevar un desequilibrio grave del mercado.

Siendo esto así y considerando el acervo probatorio, y los descargos rendidos por la sociedad comisionista **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, la Sala de Decisión en relación con la operación No. 8093332 encuentra mérito suficiente para sancionar a la sociedad comisionista.

IX. CONSIDERACIONES FINALES.

Se pronunciará la Sala de Decisión respecto de los argumentos de defensa de la sociedad comisionista investigada presentados en sus descargos como consideraciones generales.

9.1. Ausencia de materialidad de la conducta

Manifiesta la sociedad comisionista investigada que:

“La doctrina y la jurisprudencia han reconocido que la ausencia de antijuridicidad material demuestra la carencia de desvalor inherente de una conducta. Atendiendo a dicha ausencia de desvalor, el legislador ha reconocido en diversos ordenamientos la imposibilidad de considerar como reprochable una conducta que materialmente no se considere antijurídica y, en otros casos, ha reconocido que tal circunstancia impone al juzgador el deber de evaluar la conducta de manera menos severa.

Lo anterior obedece a que la antijuridicidad material se funda en el reconocimiento de un principio fundamental de carácter sustancial conocido como el principio de lesividad, que proscribe el ejercicio de los poderes punitivos cuando la conducta no ocasiona lesión al bien jurídico que se ha pretendido tutelar”.

En efecto la antijuridicidad material consiste en la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado por la ley, por lo cual, para efectos de determinar la

Superintendencia de Sociedades. Obligaciones de los miembros. Son obligaciones de las sociedades miembros de la Bolsa las siguientes: (...) 6. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad;”

¹²⁰ *“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.”*

antijuridicidad de la conducta es preciso determinar el bien jurídico que en este mercado, se intenta proteger.

La autorregulación en el mercado de la Bolsa además de encontrar su sustento en la ley, busca la consecución de unos objetivos específicos establecidos en el artículo 2.1.1.1. del Libro II del Reglamento y precisamente es en este artículo en donde se establecen los bienes jurídicos que mediante el ejercicio de la autorregulación se buscan proteger. En efecto esta disposición determina:

Artículo 2.1.1.1.- Objetivos. *El ejercicio de la autorregulación se sustenta en los objetivos de preservación de la integridad de los mercados administrados por la Bolsa, la profesionalización de los intermediarios, el cumplimiento oportuno de sus compromisos y en general, el mantenimiento de un escenario de negociación bajo condiciones de seguridad, honorabilidad, corrección y transparencia.*

En desarrollo de los lineamientos que en relación con la infraestructura del mercado de valores se consagran en la Ley 964 de 2005 y el Decreto 1511 de 2006, la Bolsa ejercerá directamente las funciones normativa, de supervisión y disciplinaria respecto de las actividades y operaciones que en ella se realicen por las sociedades comisionistas miembros y las personas vinculadas a las mismas.

La Cámara Disciplinaria de la Bolsa, órgano independiente y autónomo de la administración de la misma, será la instancia que tendrá a su cargo la imposición de sanciones por la comisión de infracciones y conductas sancionables realizadas por las sociedades comisionistas miembros y las personas vinculadas a las mismas.

Es claro entonces, que la seguridad, honorabilidad, corrección y transparencia del mercado representan, entre otros, los bienes jurídicos tutelados en este mercado.

Así mismo, el artículo 2.1.1.2 del Reglamento determina que los criterios a los que atenderá el órgano autorregulador serán:

1. *Proteger los derechos de los inversionistas que acuden a los mercados de la bolsa;*
2. *Velar por el mantenimiento de la transparencia e integridad del mercado;*
3. *Propender por el profesionalismo de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa y de las personas vinculadas a estos;*
4. *Divulgar las normas, actos y decisiones adoptadas en ejercicio de las funciones normativa, de supervisión y disciplinaria a su cargo;*
5. *Prevenir la imposición de cargas innecesarias para el desarrollo de los mercados;*
6. *Propender porque se prevenga la discriminación entre los miembros de la Bolsa.*

Estos objetivos y criterios, justifican plenamente la actuación de las bolsas en relación con sus miembros, y en tal sentido, la obligación de verificar el cumplimiento de normas relacionadas con el mercado de valores, e imponer sanciones por su trasgresión, sin que para el efecto sea conducente que los sujetos pasivos hayan

aceptado previamente la competencia del autorregulador. El hecho de actuar en este mercado, trae consigo la sujeción a las decisiones del autorregulador.

Es así como, la protección de los principios fundamentales de la negociación en Bolsa – transparencia, seguridad, honorabilidad del mercado, protección a los inversionistas y profesionalización de los intermediarios del mercado- es la razón de la existencia misma de la autorregulación, tal y como lo ha expresado la Corte Constitucional en sentencia C-692 del año 2007, al establecer los parámetros generales de esta institución en los siguientes términos:

*De acuerdo con lo expuesto en este acápite, se pueden sacar las siguientes conclusiones: (i) La autorregulación es una institución propia del derecho privado, a través de la cual se busca fijar unas reglas de juego para ordenar las relaciones en los distintos sectores sociales y en beneficio de la comunidad; (ii) dicha figura encuentra fundamento en la autonomía de la voluntad privada, que a su vez se ampara en los derechos a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la personalidad jurídica, a la libre asociación a la iniciativa privada y a la libertad económica, entre otros; (iii) la autorregulación es connatural a la actividad bursátil y conlleva, por parte de los participantes en el mercado, la imposición de unas normas de conducta, la supervisión de su cumplimiento y la consecuente sanción por su violación, así como también la observancia de la ley y la regulación estatal; (iv) la autorregulación en el mercado de valores de Colombia existe desde la creación de la Bolsa de Bogotá en 1928 y ha tenido expreso reconocimiento legal a partir del Decreto-ley 2969 de 1960; (v) **el propósito de la autorregulación, a través los entes autorreguladores, es contribuir con el Estado en la misión de preservar la integridad y estabilidad del mercado, la protección de los inversionistas y el cumplimiento de la ley;** y (vi) la autorregulación en el mercado bursátil es una actividad complementaria a la actividad reguladora del Estado, en cuanto no busca reemplazar ni sustituir las funciones públicas de regulación, reglamentación, supervisión, vigilancia y control, que se encuentran en cabeza del Estado, por intermedio del Congreso y del Gobierno, y que ejercen, el primero directamente, y el segundo a través de la Superintendencia Financiera; y (vii) la propia ley acusada aclara que la actividad de autorregulación no tiene el carácter de función pública y, por lo tanto, no implica delegación de las funciones de inspección, vigilancia y control sobre el mercado bursátil. (negrillas por fuera del texto original)*

Las condiciones adecuadas de seguridad en el mercado, se predicen mayormente frente a los inversionistas y para el público en general en el sentido de que se trata de un mercado reglado, con altos estándares éticos y de conducta en donde el cumplimiento de las negociaciones se convierte en una máxima del escenario de negociación. Así mismo, se protege a los agentes del mercado y el escenario de negociación, de prácticas que puedan poner en peligro su seguridad, lo cual puede lograrse sólo si los intermediarios ajustan su conducta a los deberes de la actividad que desarrollan. Al afectarse la seguridad del mercado, se afecta en últimas la confianza que el público ha depositado en el mismo.

La seriedad del mercado se correlaciona claramente con la seguridad del mismo, ya que implica que quienes actúan en este escenario de negociación deben hacerlo con

los más altos estándares de rectitud, profesionalismo y diligencia propendiendo en todo momento por el cumplimiento de las normas y de los deberes que como profesional experto y prudente le son exigibles. Así mismo, la seriedad de un mercado se relaciona con el nivel de cumplimiento de las normas existentes que se evidencia en el mismo; cumplimiento que en un escenario bursátil debe ser estricto por parte de todos sus partícipes.

Finalmente la transparencia, es uno de los pilares que más diferencia un mercado bursátil de otro tipo de mercados ya que en éste se garantizan las condiciones de una competencia perfecta como lo son la libre concurrencia al mercado y la libre competencia. Así mismo, en punto de la transparencia de la información, el mercado bursátil debe divulgar toda información relevante y permitir el acceso a la misma a todos los interesados, de forma oportuna, veraz e íntegra, de tal manera que los inversionistas puedan tomar decisiones informadas.

En el caso concreto, si bien es cierto que como será señalado en la graduación de la sanción el mayor o menor daño ocasionado será tenido en cuenta así como la potencialidad de puesta en peligro de los bienes jurídicamente tutelados, no es menos cierto que en las situaciones estudiadas sobre las cuales se encontró mérito suficiente para sancionar se presentó un incumplimiento de las condiciones pactadas en el escenario de negociación bursátil lo cual afecta directamente una de las máximas de este mercado cual es precisamente el cumplimiento estricto de las operaciones y de esta manera, como se puede deducir, se afecta la seguridad del mercado al evidenciarse el no cumplimiento de las normas que regulan el mismo.

Por todo lo anterior no encuentra la Sala procedente el argumento de la sociedad comisionista sobre la antijuridicidad material de las conductas estudiadas ni que el mismo pueda tenerse como causal eximente de responsabilidad.

No obstante lo anterior, es preciso anotar que tendrá la Sala en cuenta la magnitud de los incumplimientos y en este sentido, los valores de las operaciones incumplidas toda vez que el bajo impacto del incumplimiento así como la demostración de gestiones adelantadas por la sociedad comisionista son situaciones que inciden directamente en la responsabilidad disciplinaria y en la graduación de la sanción. En efecto, evidencia la Sala que se trata de operaciones celebradas en un lapso largo de tiempo –desde el año 2008 al año 2010- por lo cual no puede hablarse de reincidencia en los incumplimiento y adicionalmente, los incumplimiento no son de magnitudes que representen un daño grave al mercado.

9.2. Indebida formulación del cargo por inexistencia del concepto de violación

Menciona la sociedad comisionista investigada que tanto en la solicitud de explicaciones formales como en el pliego de cargos “no existe un concepto de la violación en el cual se haga referencia a las razones por las cuales se considera que la

firma comisionista ha vulnerado cada una de dichas normas en cada caso particular”. En esta misma línea señala: *“Para garantizar el derecho fundamental a la defensa que le asiste a la sociedad comisionista de bolsa que represento, no basta indicar la norma que se considera presuntamente violada, sino que resulta necesario e imprescindible exponer las razones por las que se considera que A.R. TRIPLE A S.A. habría podido infringir cada una de las disposiciones que se han estimado como presuntamente vulneradas”*. Considera que lo anterior vicia de nulidad el proceso.

Al respecto evidencia la Sala que si bien es cierto que el área de seguimiento en el manejo que da al pliego de cargos, establece un acápite de normas vulneradas en donde se refiere a cada una ellas, es claro que el concepto de la violación y la exposición de los motivos de la vulneración se encuentra en el acápite en donde se evalúan las explicaciones presentadas, las pruebas obrantes en el expediente y las circunstancias presentadas.

En efecto, en las consideraciones del área de seguimiento se analiza tanto el incumplimiento en la entrega de las operaciones como en el pago, situaciones que se encuentran expresamente establecidas en las normas y que su no cumplimiento conlleva a su vulneración tal y como se explicó por parte de la Sala en el acápite de normas vulneradas y concepto de la violación. Adicionalmente en el acápite de normas vulneradas del pliego de cargos, se realiza un breve resumen del concepto de violación, como se muestra a manera de ejemplo en dos de las operaciones incumplidas:

“El Área de Seguimiento en relación con las operación No. 12036222, imputa a la sociedad comisionista de bolsa A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A., de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso y el análisis efectuado por esta área, la vulneración del artículo 29 numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006 hoy incorporado en el artículo 2.11.1.8.1. del Decreto 2555 de 2010; los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Exchange Bolsa Mercantil de Colombia S.A. y el numeral 13 del artículo 2.2.2.1. del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.; en lo que se refiere al incumplimiento final de la operación en cuanto a entrega del producto.”

El Área de Seguimiento en relación con las operación No. 8093332, imputa a la sociedad comisionista de bolsa A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A., de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso y el análisis efectuado por esta área, la vulneración del artículo 29, numerales 6, 8, y 11 del Decreto 1511 de 2006 recogido hoy en el artículo 2.11.1.8.1. del Decreto 2555 de 2010; los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.; y el numeral 13 del artículo 2.2.2.1. del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. en lo que se refiere a 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”. (subrayado por fuera del texto original)

En efecto, el incumplimiento en la entrega del producto en los términos pactados así como en el pago de la operación mediante el sistema de compensación y liquidación, son conducta que se encuentran expresamente establecidas como violatorias de los reglamentos y en ese sentido, su ocurrencia conlleva adicionalmente a la vulneración de los deberes generales de conducta de los miembros que participan en este mercado.

Por parte de la Sala de Decisión que funge como juez en el presente proceso disciplinario y quien tiene, la facultad de *“imponer sanciones por el incumplimiento de las normas aplicables para lo cual la Cámara Disciplinaria valorará los hechos, las conductas y las pruebas que le sean presentadas por el Jefe del Área de Seguimiento con la finalidad de evaluar la existencia de una infracción”*, explicó en el acápite pertinente, las razones por las cuales se entienden vulneradas cada una de las normas que consideró violadas por la conducta de la sociedad comisionista y determinó la existencia de responsabilidad disciplinaria al no existir justificación aceptable que eximiera de responsabilidad por dicha vulneración. En efecto, es la Cámara Disciplinaria y no el área de seguimiento quien determina la existencia o no de responsabilidad disciplinaria por parte de los sujetos pasivos de los procesos disciplinarios.

Se debe concluir mencionando que no es cierto lo afirmado por la investigada en cuanto la falta de concreción de los cargos afectó su derecho a la defensa pues no sólo es claro que hubo una defensa extensa y clara en sus descargos, en donde se pronunció no sólo sobre los hechos y circunstancias particulares presentadas en cada una de las operaciones bajo estudio, sino también sobre consideraciones jurídicas de manera general para el proceso disciplinario y sobre cada una de las normas imputadas como infringidas por el área de seguimiento, sino porque adicionalmente son claros los cargos en cuanto a incumplimiento en operaciones de físicos por la no entrega del producto en las fechas pactadas o por el incumplimiento en el pago mediante el sistema de compensación y liquidación, tal y como se mencionó previamente, sin que sea posible argumentar desconocimiento sobre la imputación.

9.3. Vulneración de los principios de legalidad y tipicidad

Se refiere la investigada a los principios de legalidad y tipicidad de manera general, para luego citar las normas reglamentarias y legales que considera tipifican las conductas consideradas como infracciones susceptibles de sanción. Para estos efectos cita el artículo 2.2.2.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa y el artículo 50 de la ley 964 de 2005.

Respecto de los argumentos esgrimidos por la sociedad comisionista debe la Sala efectuar varias precisiones.

En primer lugar es necesario anotar que no se pueden aplicar íntegramente los principios que rigen otras disciplinas al presente proceso disciplinario, tal como el

principio de tipicidad aplicable en materia penal, ya que cada ordenamiento cumple funciones y objetivos diferentes, de manera tal, que la aplicación de estos en el derecho disciplinario tiene matices, tal como lo ha reconocido en sendas oportunidades la jurisprudencia constitucional¹²¹. De hecho en la misma sentencia citada por la investigada se menciona: *“Ahora bien, aunque la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso en toda actuación administrativa, no es demandable en este campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal. La naturaleza de las normas, el tipo de conductas que se reprimen, los bienes objeto de protección, la finalidad de la sanción y la participación de normas complementarias son, entre otros, factores que determinan la diversidad en el grado de rigurosidad que adquiere el principio de tipicidad en cada materia”*¹²² y se decide la exequibilidad de la norma demandada como inconstitucional toda vez que no se encuentra una omisión del legislador que vulnere el principio de tipicidad.

En el caso del proceso disciplinario que se adelanta en la Bolsa se encuentra que en el Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, se encuentra la descripción completa de las obligaciones y deberes a las que están obligadas las sociedades comisionistas miembros, y en el Libro II del mismo Reglamento se encuentra establecido el procedimiento disciplinario que se debe surtir en el evento en que las disposiciones legales y reglamentarias sean transgredidas y por otra parte, las sanciones a imponer en el caso en que se determine por parte del órgano disciplinario, que efectivamente hay lugar a una conducta reprochable violatoria de dichas disposiciones.

Así las cosas no es cierto que únicamente el artículo 2.2.2.1 sea el que establece las obligaciones de los miembros sino que simplemente enumera entre otras, las conductas sujetas a supervisión y que serán como lo define el mismo articulado, objeto de investigación y sanción. Sin embargo, las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa deben cumplir con todos los deberes de conducta establecidos en los Reglamentos y normatividad aplicable y su incumplimiento podrá dar lugar a la imposición de una sanción disciplinaria. De hecho nótese como el artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa establece claramente un catalogo de obligaciones de las sociedades comisionistas, y por tanto teniendo en cuenta que la función de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa, consiste en sancionar por la infracción de las normas que regulan este mercado y todas las demás que le sean aplicables, es claro que cualquier incumplimiento de las disposiciones establecidas en los reglamentos de la Bolsa, será competencia de este órgano toda vez que consiste en una infracción a las pautas de conducta establecidas por los mismos integrantes del mercado.

¹²¹ Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en relación con el principio de legalidad y a su turno el principio de tipicidad en sentencias: C-860-06, C-530-03, T-438-92, C-195-93, C-244-96, C-280-96 y C-530-03; igual pronunciamiento efectuó en sentencias C-406-04, C-564-00 y C-099-03

¹²² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de constitucionalidad C-099 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Ahora bien respecto de la remisión que efectúa la investigada al artículo 50 de la ley 964 de 2005, se debe aclarar que el mismo se refiere a las infracciones y sanciones administrativas, no disciplinarias, y determina el ámbito de la competencia de la Superintendencia Financiera de Colombia y no del órgano autorregulador de la Bolsa. En efecto el artículo 49 de esta ley establece: *“Ambito de aplicación. La Superintendencia de Valores tendrá la facultad de imponer, a quienes desobedezcan sus decisiones o a quienes violen las normas que regulen el mercado de valores las sanciones a que se refiere el presente título, cuando incurran en cualquiera de las infracciones previstas en el artículo siguiente de la presente ley. Las sanciones administrativas impuestas por la Superintendencia de Valores se aplicarán sin perjuicio de que se adelanten las demás acciones establecidas en la ley”*.

Así las cosas la remisión efectuada no es correcta y son las conductas enunciadas previamente –contenidas en el Reglamento de la Bolsa, en especial en el Libro I y V y en demás normas aplicables- las que investiga el área de seguimiento y sanciona por su incumplimiento la Cámara Disciplinaria. De esta manera, por el contrario al argumento del investigado, no es necesario que se indique alguna de las disposiciones contenidas en el artículo 2.2.2.1 para que se entienda que existe una vulneración y haya competencia del órgano autorregulador, y mucho menos las establecidas en el artículo 50 de la ley 964 de 2005, que no se refieren a la acción disciplinaria que adelanta el órgano autorregulador de la BMC.

9.4. Proscripción de la responsabilidad objetiva

Manifiesta la sociedad comisionista investigada que no fue tenido en cuenta por parte del órgano de supervisión que los retrasos en el cumplimiento de las operaciones, se debieron a situaciones ajenas a su voluntad y que no fue negligente en procurar el cumplimiento de las normas aplicables.

De acuerdo con lo anterior señala: *“ (...) en el derecho sancionador se encuentra proscrita la responsabilidad objetiva, lo que quiere decir que para endilgar responsabilidad es necesario demostrar no solo la culpa del investigado, sino además la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, pues finalmente esto es lo que justifica que se ponga en marcha un sistema represivo”*.

Al respecto se debe señalar que no se aplica en sede disciplinaria un régimen de responsabilidad objetiva, sino por el contrario para la determinación de la responsabilidad disciplinaria de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, se analizan todas las circunstancias alrededor de la conducta, en especial la diligencia de la sociedad comisionista en todos los momentos de la negociación.

Lo anterior toda vez que nos encontramos en presencia de una responsabilidad profesional, la cual, acorde con la doctrina es eminentemente subjetiva. En efecto, se ha mencionado que: *“El régimen general inspirado en la culpa, tiene, si se quiere, una mayor relevancia en materia de responsabilidad profesional, pues lo usual es que en estos casos se trate de contratos de prestación de servicios que generan, principalmente, obligaciones de*

medio, también denominadas de prudencia, en las que se exige del deudor un comportamiento precavido y acucioso para lograr un determinado fin que, sin embargo, no es garantizado por el obligado, pues su logro -en razón de su dificultad o de su carácter aleatorio- excede lo que razonablemente puede esperarse y exigirse del deudor”¹²³.

Ahora bien, es bien sabido que el patrón de conducta exigido al profesional va más allá de aquel que le es exigido a un hombre normal o medio, exigiéndosele por tanto una diligencia más rigurosa. En efecto el profesional es aquel que *“En primer lugar, ha de desarrollar una actividad especializada, en forma habitual y normalmente a título oneroso; de otra parte, debe contar con una organización, gracias a la cual puede actuar de manera eficaz y anticipar o prever los riesgos de daños que su actividad pueda causar a terceros; y finalmente, tiene una posición de preeminencia, esto es, un “dominio profesional” basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos en un campo técnico o científico que lo colocan por encima de los demás. Se trata de una persona con una idoneidad particular; de un técnico iniciado frente a la masa de consumidores profanos en su materia. El profesional, por tanto, ha de tener la capacidad de dominar los riesgos de las cosas que maneja y de evitar o precaver los daños que su actividad usualmente conlleva”¹²⁴.*

De acuerdo con todo lo anterior, la Sala de Decisión para determinar la responsabilidad disciplinaria de una sociedad comisionista no decide la imposición de una sanción por la simple comisión del hecho, sino que analiza todas las circunstancias de la conducta, en especial todas las gestiones adelantadas por la sociedad comisionista para evitar el incumplimiento de la norma imputada y la comisión del hecho reprochable, sin embargo, como se anotó este examen es mucho más riguroso que el del hombre común pues se espera que actúe con la diligencia y responsabilidad de un profesional del mercado de valores.

Finalmente se debe agregar que el principio de culpabilidad además de tener matices cuando se trata de responsabilidad disciplinaria, no se refiere a la intencionalidad del resultado sino la voluntariedad de la acción, de realizar el hecho prohibido por la norma pero no necesariamente la intención de quebrantar el ordenamiento. En efecto, al respecto ha mencionado la doctrina: *“La culpabilidad se refiere ahora a la libertad del individuo para actuar y abre paso a las causales de exculpación como la de la no exigencia de otros comportamiento en la medida en que “a través [...] de la culpabilidad, se le reprocha al autor que se haya decidido a favor de lo injusto, aunque podría haberse decidido a favor del derecho, comportarse conforme a derecho”, en otras palabras es “[...] la autodeterminación del sujeto hacia el mal, esto es, su autocorrupción por negarse completamente a determinar de manera adecuada su comportamiento, por abstenerse de actuar “[...] pudiendo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a derecho”¹²⁵.*

¹²³ Laudo Arbitral CCV de Inurbe vs Fiduagraria. Ocho de junio de 1999. Árbitros: Jose Ignacio Narváez García- Julio Cesar Uribe Acosta.

¹²⁴ Laudo Arbitral CCV de Inurbe vs Fiduagraria. Ocho de junio de 1999. Árbitros: Jose Ignacio Narváez García- Julio Cesar Uribe Acosta.

¹²⁵ JIMENEZ, DANIEL F. La culpa en el derecho sancionador. Pág. 12-13. (Citado de GÜNTER JACOBS. Culpabilidad en derecho penal. Dos cuestiones fundamentales y de FRANCISCO MUÑOZ CONDE. Teoría General del delito.)

Siendo esto así, se aclara que en sede disciplinaria se realiza un análisis subjetivo de la conducta, determinando en cada caso, si la diligencia desplegada por la sociedad comisionista se aviene con su carácter de profesional experto y prudente de este mercado, así mismo si se emplearon todos los medios para cumplir con sus obligaciones legales y reglamentarias, actuando con una especial responsabilidad, prudencia, claridad, precisión y diligencia.

9.5. Del contrato de comisión y responsabilidad de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa en las operaciones celebradas en este mercado.

Teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos por la sociedad comisionista en sus escritos de defensa, encuentra la Sala necesario efectuar algunas precisiones relacionadas con las obligaciones que surgen para las sociedades comisionistas que participan en este mercado, cuando celebran operaciones en la rueda abierta en virtud de un contrato de comisión.

Como es sabido, el contrato de comisión es una especie de mandato no representativo siendo parte de su esencia, la circunstancia en virtud de la cual el comisionista obra en nombre propio, es decir, la firma comisionista, es la que realiza el negocio y soporta plenamente los efectos del mismo, para luego desplazarlos a su mandante o cliente. En efecto y como lo define el código de comercio en su artículo 1287 *“La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena”*.

Es por lo anterior que de acuerdo con la normatividad vigente, *“Cuando las operaciones sean celebradas en virtud del contrato de comisión, será obligación de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa cumplir con las obligaciones derivadas del Código de Comercio y demás normas aplicables y verificar que su comitente posea capacidad legal y económica para realizar las operaciones que ordena y para constituir garantías si fuere el caso. Sin perjuicio de lo anterior, **la sociedad comisionista miembro de la Bolsa será la obligada frente al mercado respecto de la operación celebrada** y no será admisible como excusa la renuencia, negativa o falta de provisión por parte de su comitente”¹²⁶*. (negrillas por fuera del texto original). En el mismo sentido señala el artículo 3.1.1.6. del Reglamento: *“Cada sociedad comisionista miembro de la Bolsa, por el solo hecho de participar en cualquiera de los mercados administrados por la misma, declara y acepta que las operaciones efectuadas por ésta la obligan en los términos establecidos en el marco legal y reglamentario aplicable a su actuación. En particular, cuando actúen en desarrollo del contrato de comisión, deberán dar cumplimiento a las operaciones sin que les sea admisible alegar falta de provisión de parte de sus clientes”*.

Es así, como frente a la Bolsa y para efectos disciplinarios, es el comisionista quien debe cumplir con las obligaciones impuestas mediante los reglamentos y la

¹²⁶ Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa. Artículo 4.2.1.10.

normatividad vigente, y su incumplimiento conlleva precisamente al reproche de conducta que realiza el órgano autorregulador. Así, el eje primordial del mercado de la Bolsa consiste en realizar una operación a nombre propio pero por cuenta de un tercero, lo cual implica, que la responsabilidad se radica en cabeza de la sociedad comisionista miembro de la misma.

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

X. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

De acuerdo con todo lo anterior, encuentra la Sala que existe una vulneración de las normas legales y reglamentarias aplicables por el incumplimiento en la entrega del producto en las operaciones No. 7240482, 8957463, 8998695, 9875659, 11575360 y 12036222 así como por el incumplimiento en el pago de la operación No. 8093332 mediante el sistema de compensación y liquidación de la Bolsa, sin embargo para efectos de la graduación de la sanción frente a las conductas desplegadas por la sociedad comisionista, se determina la sanción a imponer teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y la infracción, las modalidades y circunstancias de la falta, los antecedentes del investigado, la dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa y las demás circunstancias que considere pertinentes.

De manera general se debe anotar en primer lugar, en lo que se refiere a la gravedad de los hechos y la infracción, que se trata de operaciones celebradas en un lapso amplio de tiempo –desde el 2008 al 2010- y de magnitudes menores en su gran mayoría. En efecto, no se puede hablar de reincidencia cuando se sanciona el incumplimiento de 6 operaciones en la entrega del producto y 1 en el pago mediante el sistema de compensación y liquidación, en un lapso de dos años. Así mismo, por los valores de las operaciones, es claro que el incumplimiento presentado no genera un grave daño en el mercado, máxime cuando en todos los casos finalmente se entregó el producto y se efectuó el pago de una indemnización.

En adición a lo anterior, en todos los casos estudiados se evidencia una actitud proactiva por parte de la sociedad comisionista, efectuando monitoreo y seguimiento tanto de la operación como de su mandante e informando en todos los casos, los pormenores de cada una de las operaciones.

En el mismo sentido debe resaltarse, que se evidencia la calidad de los mandantes por cuenta de quienes actuó la sociedad comisionista, lo cual demuestra un adecuado procedimiento de conocimiento del cliente así como análisis de riesgos de las negociaciones. En efecto, en la mayoría de los casos, se trata de mandantes reconocidos en el sector con capacidad de cumplimiento y conocimiento de su mercado.

De manera particular, en el caso de la operación No. 7240482 de las pruebas obrantes en el expediente se prueba que hubo un seguimiento y monitoreo al mandante para efectos de que cumpliera la operación en los términos convenidos, así mismo existieron gestiones posteriores al incumplimiento que conllevaron a que se entregara finalmente el producto y al pago de una indemnización. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el valor total de negociación de esta operación ascendía \$6.174.720, lo cual implica que no se trata de una conducta que genere un gran impacto en el mercado.

En el caso de las operaciones forward MCP Nos. 8957463 y 8998695, se demostraron las gestiones realizadas por la sociedad comisionista para propender por el cumplimiento de la operación y mantener una comunicación y seguimiento permanente del mandante, lo cual atenúa la conducta así como también que el hecho de que el producto haya sido finalmente entregado en un tiempo razonable, con el pago de una indemnización.

En la operación de disponible MCP No. 9875659, se evidenció que la equivocación del mandante no deviene de una indebida información suministrada por parte de la sociedad o como ocasión de la falta de la misma, sino todo lo contrario, la investigada en todo momento informó debidamente a su mandante sobre las cantidades a entregar y las especificidades de la operación. Así mismo se probó que se adelantaron gestiones adecuadas para minimizar el impacto del daño ocasionado con el incumplimiento, entregando producto de más como indemnización y dando finalmente cumplimiento a la operación de manera extemporánea.

En lo que se refiere a la operación de disponible MCP No. 11575360, se evidencia la remisión por parte de la sociedad comisionista de la documentación adecuada a su mandante para efectos de informarle los pormenores de la operación y sus obligaciones así como de aquella encaminada a recordarle el cumplimiento de las mismas en las condiciones pactadas. Es de anotar que el valor total de esta negociación ascendía a la suma de \$548.240 y el producto fue finalmente entregado de manera extemporánea, indemnizando a la contraparte.

En la operación forward MCP No. 12036222, aunque se evidenció claramente la falta de preparación del mandante para cumplir con las condiciones pactadas, también se probó que la sociedad comisionista efectuó gestiones para efectos de informar y conocer a su cliente. Adicionalmente, es claro que durante todo el desarrollo de la

operación efectuó un acompañamiento a su mandante para efectos de minimizar el impacto del incumplimiento, intentar lograr acuerdos con la contraparte en múltiples ocasiones y en general, tomar todas las medidas para efectos de entregar finalmente el producto y pagar una indemnización.

Finalmente, en lo que se refiere al incumplimiento en el pago mediante el sistema de compensación y liquidación de la operación No. 8093332 se evidenciaron las gestiones adelantadas por la sociedad comisionista en los momentos previos de la operación y durante la ejecución de la misma para explicar a su cliente sobre el funcionamiento de este mercado. Así mismo, se debe tener en cuenta que las obligaciones de pago y entrega fueron efectivamente cumplidas por parte de los mandantes, pero de manera directa.

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

De esta forma, ponderando los elementos de graduación de la sanción, teniendo en cuenta que revisados los antecedentes de la sociedad comisionista y en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos y las circunstancias específicas de la falta estudiada, por unanimidad la Sala de Decisión No. 1 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de AMONESTACIÓN PÚBLICA.

XI. RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Sancionar disciplinariamente al miembro comisionista de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.** con **AMONESTACIÓN PÚBLICA** por el incumplimiento de las obligaciones en cabeza de la sociedad comisionista en las operaciones sobre físicos identificadas con los números 7240482, 8957463, 8998695, 9875659, 11575360, 12036222 Y 8093332, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTICULO SEGUNDO: EXONERAR a la sociedad comisionista de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, de los cargos señalados en el pliego de cargos respecto de las operaciones No. 7563699, 9142619, 9142620 y 9142622.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar a la sociedad, **A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.**, el contenido de la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, advirtiendo que contra la presente Resolución procede el recurso de apelación ante la Sala Plena de la Cámara

Disciplinaria, el cual podrá interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su notificación.

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

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

Dada en Bogotá, D.C., a los siete (07) días del mes de febrero de 2012

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(original firmado)
LUIS CARLOS ARANGO SORZANO
Presidente

(original firmado)
ISABELLA BERNAL MAZUERA
Secretaria



BOLSA
MERCANTIL
DE COLOMBIA

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