

**BMC BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA S.A.  
CÁMARA DISCIPLINARIA****SALA DE DECISIÓN No.15 DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA DE LA  
BMC BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA S.A.****RESOLUCIÓN No. 261  
(16 de diciembre de 2013)****POR MEDIO DE LA CUAL SE DECIDE UNA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA**

La Sala de Decisión No. 15 de la Cámara Disciplinaria de BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., en adelante la “Bolsa”, en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley, los Estatutos y el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en adelante el “Reglamento”, decide la investigación disciplinaria iniciada por el Área de Seguimiento, teniendo en cuenta, los siguientes:

**I. ANTECEDENTES**

El Área de Seguimiento solicitó explicaciones formales mediante comunicación ASI-417-12 del 11 de diciembre de 2012<sup>1</sup>, por los hechos descritos en la misma, a la sociedad comisionista Reyca S.A., quien dio respuesta a los mismos mediante comunicación fechada y radicada el 14 de enero de 2013<sup>2</sup>, dentro del término reglamentario establecido para el efecto, pronunciándose sobre cada uno de los hechos objeto de investigación.

El 8 de julio de 2013, el Jefe del Área de Seguimiento de la Bolsa radicó en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria el pliego de cargos elevado contra la sociedad comisionista de bolsa Reyca S.A., ajustándose a lo dispuesto en el artículo 2.4.3.7 del Reglamento de la Bolsa.

La Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.3.2.1 del Reglamento 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. 15 la cual fue integrada por los doctores Reinaldo Vásquez Arroyave, Luis Fernando Diago Ramirez y Sergio Fajardo Maldonado.

<sup>1</sup>Exp. 087-2013. Cuaderno No. 2 folios 416-430

<sup>2</sup>Exp. 087-2013. Cuaderno No. 2 folios 436-481



En sesión No. 339 del 16 de julio de 2013, la Sala de Decisión No. 15 encontró que se cumplieron los requisitos establecidos en el Reglamento de la Bolsa para la formulación del pliego de cargos y por tanto, mediante Resolución 237 de 2013 admitió el pliego de cargos presentado por el Jefe del Área de Seguimiento y ordenó el correspondiente traslado. La misma fue notificada personalmente al doctor Jorge Alexander Muñoz, representante legal de Reyca S.A. el 18 de julio de 2013.

La sociedad comisionista Reyca S.A., mediante escrito REYCA-2013-1526 del 9 de agosto de 2013, dentro del término establecido para el efecto, presentó sus descargos institucionales y en los mismos adjuntó pruebas documentales solicitando hacerlas valer dentro del proceso disciplinario así como la práctica de pruebas adicionales. De igual manera solicitó la ampliación de descargos de manera verbal ante la Sala de Decisión.

En sesión 349 del 20 de septiembre de 2013, la Sala de Decisión No. 15 decretó la práctica de pruebas documentales las cuales fueron incorporadas al expediente y negó la práctica de las demás pruebas solicitadas por la sociedad comisionista, excepto las documentales contenidas en páginas web, tal como consta en la Resolución 248 del 5 de septiembre de 2013.

Mediante escrito radicado el 4 de octubre de 2013, Reyca S.A. presentó recurso de reposición en contra de la Resolución 248 de 2013, en relación con el rechazo de las pruebas solicitadas.

En sesión 361 del 16 de diciembre de 2013, la Sala de Decisión No. 15 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 Reglamento de la Bolsa, la Cámara Disciplinaria es competente para conocer y decidir, sobre la conducta asumida por las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa

En desarrollo de dicha facultad la Sala de Decisión No. 15 de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa procede a pronunciarse sobre el caso objeto de la presente investigación.

## **III. SÍNTESIS DEL PLIEGO DE CARGOS**

En el pliego de cargos se efectuó una síntesis de los hechos, se expusieron las explicaciones presentadas por la sociedad comisionista y posteriormente se hizo referencia



a cada una de las operaciones objeto de investigación y las normas que considera vulneradas con la conducta.

En la recomendación de la sanción se refirió a los *“efectos que el incumplimiento de las operaciones celebradas en el mercado abierto generan para el mercado, pues el incumplimiento de una operación de Bolsa atenta de manera grave los principios fundamentales sobre los cuales se cimienta el mercado bursátil, pues tiene la virtualidad de afectar la confianza y seguridad del público en los mercados administrados por la Bolsa”*. Agrega que se trata de varios incumplimientos y, por ende, se refiere a la conducta reiterativa de incumplimiento que, en su opinión, comprometieron la seguridad, seriedad y confianza del mercado.

#### IV. SÍNTESIS DE LA DEFENSA

##### 4.1. Responsabilidad frente al cumplimiento de las operaciones

En primer lugar, la defensa sostiene que el cumplimiento de las obligaciones pactadas debe entenderse dentro un marco dinámico y que las obligaciones derivadas de la aplicación del principio del *pacta sunt servanda* son susceptibles de alteración a través de los mecanismos previstos en la ley y en el Reglamento de la Bolsa, incluyendo los pactos celebrados ante la Cámara Arbitral. En consecuencia, argumenta que al poderse modificar lo pactado mediante el concurso de la voluntad de las partes, en algunos de los casos estudiados no habría habido lugar a la declaratoria de incumplimiento ni a la existencia de responsabilidad disciplinaria. La disciplinada señala que la declaración de incumplimiento debe entenderse como un mecanismo para implementar soluciones de responsabilidad contractual y que la sola declaratoria no debe entenderse como el presupuesto para la existencia de responsabilidad disciplinaria.

La investigada afirma que dado que las operaciones realizadas son desarrolladas en ejecución de un contrato de comisión, se encuentran sujetas a las órdenes que sobre el particular señale un comitente y que el rol del comisionista está sometido a la voluntad de éste cuando se refiere a los términos de ejecución de una operación. De igual manera, señala que el cumplimiento de las operaciones en las ocasiones en que sus comitentes nohan puesto a la sociedad comisionista miembro de la Bolsa en condiciones de cumplir es jurídicamente imposible dado que, en su entender, no sólo les está prohibido la celebración de operaciones por cuenta propia con cargo a sus recursos y patrimonio sino que contar con los activos necesarios para poder dar cumplimiento a operaciones con objetos de la totalidad del universo de bienes transados a través de la Bolsa excedería su objeto social y capacidad económica.



En relación con este punto, la disciplinada argumenta que la actuación de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa se limita a:

“ser expertos en las negociaciones realizadas al interior de la Bolsa, asesorar al cliente sobre las mejores decisiones y estrategias en este mercado en defensa de sus intereses y buscar siempre su beneficio sin trasgredir los límites establecidos por las normas que nos rigen. Pero NO ser técnicos y expertos en toda clase de productos y materias primas.”<sup>3</sup>

De igual manera, reitera a lo largo del escrito de descargos que el deber de asesoría no puede entenderse extendido a asesorar a sus clientes en toda clase de productos dada la amplitud del rango de commodities transados a través de los mercados administrados por la Bolsa.

Argumenta que la actuación de Reyca S.A. siempre estuvo orientada a cumplir las instrucciones de sus clientes y que realizó actos diligentes tendientes a cumplir las obligaciones pactadas y que la competencia de la Cámara Disciplinaria se limita a estudiar los incumplimientos desde esa perspectiva.

Por último, solicita que para cada caso en particular de las operaciones incumplidas, se analicen las situaciones que generaron el incumplimiento sin que se dé aplicación a la responsabilidad disciplinaria de manera objetiva.

#### 4.2. Responsabilidad frente al cumplimiento de requisitos habilitantes

La disciplinada manifiesta que en relación con el cumplimiento de requisitos habilitantes, la Bolsa se ha manifestado en el pasado señalado que los mismos pueden ser considerados como una causal de incumplimiento “*siempre que en la ficha técnica de negociación se haya previsto expresamente que la omisión de acreditar tales requisitos constituya causal de incumplimiento de la operación*”<sup>4</sup>, lo anterior, en concordancia con lo señalado en el artículo 3.6.2.1.6.1 del Reglamento de la Bolsa<sup>5</sup> que no incluye una

<sup>3</sup>Exp. 087-2013. Cuaderno No. 3 folio 347

<sup>4</sup> Concepto emitido por la Dirección Financiera y Bursátil de la Bolsa Mercantil de Colombia el 28 de octubre de 2010, según se encuentra citada en los descargos. Exp.087-2013. Cuaderno No. 3, folio 351.

<sup>5</sup>**Reglamento de la Bolsa. Artículo 3.6.2.1.6.1.- Eventos de incumplimiento de la operación.** Se declarará el incumplimiento de la operación en los siguientes casos: 1. Cuando se presente un rechazo de bienes, productos y/o servicios de conformidad con el procedimiento descrito en la presente Sección y no sea sustituido satisfactoriamente dentro del término previsto para tal efecto por la Bolsa; 2. Cuando no se presente la entrega de bienes y/o productos o prestación de servicios dentro de los términos acordados por las partes, excepto en lo señalado en el artículo 3.6.2.1.4.7; 3. Cuando el comprador rehúse o, por cualquier razón, no reciba los bienes, productos y/o servicios sin someter el rechazo al procedimiento descrito en la presente Sección; 4. Cuando no se realice el pago en los términos inicialmente pactados, excepto en lo señalado en el artículo 3.6.2.1.4.7; 5. Cuando no se dé cumplimiento a las condiciones de entrega y/o pago que sean fijados en la ficha técnica de negociación, excepto en lo señalado en el artículo 3.6.2.1.4.7 y sin perjuicio de lo señalado en el numeral 6; 6. Los que se encuentren en el reglamento, circulares o instructivos de la entidad a través de la cual se realice la compensación y liquidación de las operaciones. En todo caso, el incumplimiento



descripción precisa aplicable a dichos casos. En opinión de la disciplinada, la inclusión de éste tipo de requisitos tiene el potencial de afectar la transparencia del mercado y asume que las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa no les es exigible contar con un conocimiento técnico de los mercados en los cuales actúan.

Posteriormente, la investigada analiza las normas que rigen la fijación de requisitos habilitantes y el establecimiento de condiciones para contratar con el Estado, en el marco de lo establecido en la Ley 1150 de 2007 en relación con el principio de selección objetiva<sup>6</sup>, señalando que la lógica de los primeros responde a una verificación previa que habilite al particular a celebrar contratos con el Estado y por lo tanto, no resulta viable la aplicación de dichas normas a requisitos que deben ser verificados ex post afectando los derechos adquiridos del contratista.

Finalmente, la investigada se refiere a cada una de las operaciones objeto de investigación.

La Sala se pronunciará sobre cada uno de los argumentos expuestos por la sociedad comisionista investigada en el acápite correspondiente.

## V. CONSIDERACIONES GENERALES

### 5.1. 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 216 de 2013, estudió las pruebas obrantes en el expediente original remitido por el Área de Seguimiento en cuatro (04) cuadernos, con un total de 2030 folios y un (1) CD con material probatorio, así como las practicadas por la Sala que fueron incorporadas al expediente en el Cuaderno No. 5 que se encuentran obrantes en los folios 184 a 185.

En sus descargos la investigada solicitó práctica de pruebas<sup>7</sup> y la sala se pronunció frente a la conducencia, pertinencia y utilidad de las mismas mediante Resolución 248 de 2013

Si bien, en el momento procesal se negó la práctica de las pruebas solicitadas por la investigada, se decretaron otras que a juicio de la Sala coadyuvan a aclarar los hechos objeto del proceso disciplinario. En efecto, previa solicitud de la investigada, se citó

---

en la entrega o en el pago de una operación con múltiples entregas y fechas de pago no generará la resolución de la operación, ni liberará a las partes de la operación, ni las exonerará de seguir cumpliendo con las demás obligaciones pactadas.

<sup>6</sup>Ley 1150 de 2007. Artículo 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. [...]

<sup>7</sup>Expediente 087-2013 Cuaderno No.3Folios 272-274



audiencia de ampliación de descargos a su representante legal con el fin de preservar el derecho de defensa y tener mayor claridad sobre algunos aspectos de los hechos objeto de investigación.

Así mismo, fueron incorporados en el expediente, a solicitud del investigado en los descargos presentados, los artículos de noticias que daban cuenta de los hechos que podían haber afectado las entregas y que obran en el cuaderno No. 4, folios 380 a 386 del expediente.

Por último se tuvieron como pruebas las existentes en el expediente, así como las aportadas con los descargos en 175 folios y las aportadas junto con el recurso de reposición el día 10 de octubre de 2013, previa solicitud de la Sala en audiencia de ampliación de descargos.

## 5.2 Recurso de reposición interpuesto contra la resolución No. 248 de 2013

Mediante comunicación del 10 de octubre de 2013<sup>8</sup> la investigada interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución 248 de octubre de 2013, en el que se negó la práctica de algunas de las pruebas previamente mencionadas. Como fundamento de dicha actuación señala:

“[...] consideramos que la pertinencia de esta prueba radica en el hecho de que no se puede analizar esta situación bajo la óptica sin tener en cuenta las situaciones de fuerza mayor y caso fortuito que dieron contexto a los hechos materia de investigación.”<sup>9</sup>

Más adelante afirma en su recurso:

“[...] lo que se pretende demostrar con la inclusión de estos oficios en la presente investigación es que a pesar de las dificultades operativas que se tuvieron con respecto a la calidad el producto, en un momento dado se corrigieron, ya que al dar por terminada la operación, en su totalidad, se cumplió a cabalidad el objeto para el cual fue contratada REYCA S.A.[...] lo que analizándolo de forma integral hace que se evidencie la buena fe con la cual se ejecutó la operación, lo cual quedaría demostrado de manera más contundente si se incluyen los mencionados conceptos a las entidades especializadas”<sup>10</sup>

Sea lo primero señalar que el Reglamento de la Bolsa no contempla la posibilidad de interponer recurso de reposición en contra de la decisión por medio de la cual se decreten o nieguen pruebas. En efecto, en el Capítulo Sexto del Libro II del Reglamento se

<sup>8</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 4 folios 424-462

<sup>9</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 4 folios 461-462

<sup>10</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 4 folios 462

desarrollan los recursos del procedimiento estableciendo únicamente el recurso de apelación contra los fallos de las Salas de Decisión de la Cámara Disciplinaria.

Adicionalmente, el artículo 2.4.4.6 del mismo Reglamento al referirse al decreto y práctica de pruebas en la etapa de decisión señala que la Cámara Disciplinaria tiene la facultad de decretar pruebas cuando considere que debe precisarse algún aspecto, remitiéndose al artículo 2.4.3.4 del Reglamento.<sup>11</sup> Por lo tanto, el recurso interpuesto por el investigado no es procedente.

Se debe resaltar que el juez puede negar el decreto de pruebas cuando éstas no cumplan con las condiciones para decretarlas, sin que esto de ninguna manera se considere como una afectación al debido proceso ni al derecho de defensa, toda vez que se trate de pruebas inconducentes, impertinentes o inútiles.<sup>12</sup>

Si bien esta Sala reconoce que uno de los principios por los que se rige el proceso disciplinario es el de contradicción, según el cual *“en la investigación se tendrán en cuenta las explicaciones que hagan las personas a quienes se les formuló pliego de cargos y la contradicción de las pruebas allegadas regular y oportunamente al proceso disciplinario (...)”*<sup>13</sup>; este derecho debe ceñirse a las normas establecidas en el reglamento y a la finalidad misma de la prueba.<sup>14</sup>

En efecto, tal como se argumentó en la resolución No. 248 de 2013, en el caso concreto las pruebas negadas no eran eficaces para demostrar los hechos objeto de investigación y tampoco, se encaminaban a probar el fundamento de la decisión del área de seguimiento de elevar pliego de cargos. Adicionalmente, la Secretaría de la Cámara Disciplinaria por medio de los artículos de internet sugeridos por la investigada, accedió a la información

---

<sup>11</sup> **Reglamento de la Bolsa. Artículo 2.4.3.4.** El Jefe del Área de Seguimiento tendrá la libertad absoluta para determinar la pertinencia, conducencia y utilidad del decreto y práctica de pruebas y la solicitud de las mismas a quien las tenga en su poder. Asimismo, podrá decretar de oficio la práctica de pruebas adicionales a las solicitadas por el investigado. Todos los costos que se deriven de la práctica de pruebas serán sufragados por quien las solicite.

<sup>12</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Unificación SU-159/02. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. “Sobre este particular se deben hacer las siguientes precisiones: en primer lugar, la Corte Constitucional reconoce un amplio margen de autonomía de los funcionarios judiciales, en este caso la Sala Penal de la Corte Suprema, para decidir sobre el decreto de las pruebas que estime pertinentes, conducentes y relevantes para determinar los hechos que son objeto de juzgamiento. En este sentido, el juez puede ordenar la práctica de las pruebas solicitadas por los sujetos procesales, decretar su práctica de oficio y denegar las que considere que no aportan elementos de juicio para el esclarecimiento de la verdad.”

<sup>13</sup> Artículo 2.3.3.2 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa

<sup>14</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del Profesional. Séptima Edición. 1997. Pág. 79 “Resulta útil la anterior noción, ya que permite saber qué es lo que se ha de investigar en un proceso determinado, de tal manera que el juez pueda controlar la pertinencia de las pruebas; de otra manera el proceso convertiría en un instituto inconveniente, donde se podría acreditar la existencia de cualquier hecho, de modo que a su finalización, tendríamos una suerte de residuos arrastrados por una corriente y no una investigación ordenada.”



solicitada y la incorporó al expediente dado que ésta no tenía ningún tipo de reserva legal. En consecuencia, tampoco se consideró útil oficiar al IDEAM y al Ministerio de Transporte para que otorgaran información que es de carácter público, toda vez que los hechos que se pretendían probar ya se encontraban debidamente probados en el expediente.

Sobre el particular es necesario hacer referencia a que dos de los oficios solicitados por la investigada, relativos a la operación No. 12259054, fueron negados por no entenderse pertinentes para la investigación.<sup>15</sup> En este caso la Sala consideró que no era claro cómo estas pruebas se relacionaban con los hechos objeto de investigación en el incumplimiento en las entregas. En efecto, de ninguna manera se aduce en el expediente que el problema de la entrega correspondió al transporte del producto ni al estado de las vías en el país y, adicionalmente, a la investigada le fueron concedidas prórrogas para poder entregar el producto.

El tercer oficio solicitado, relativo a la operación No. 14153573, fue negado por no entenderse útil<sup>16</sup> para la investigación ya que una vez incorporada en el expediente información relativa al estado de las vías por causa del clima, hecho que ya hacía parte del acervo probatorio.

### **5.3. Del incumplimiento en la entrega del producto en operaciones de físicos**

En las explicaciones específicas sobre cada una de las operaciones, la sociedad comisionista señaló de manera reiterada que se cumplió la operación cuando se entregó el producto de manera extemporánea o cuando se celebró un acuerdo entre las partes o un arreglo directo.

Al respecto debe señalarse que la entrega extemporánea del producto implica un incumplimiento de las condiciones pactadas en este escenario de negociación, toda vez que las operaciones celebradas en la Bolsa deben cumplirse de manera estricta en las condiciones de tiempo, modo y lugar pactadas.

Ahora bien, el mismo Reglamento de la Bolsa reconoce las particularidades y complejidades propias de las operaciones que se celebran a través de la bolsa, cuando determina el procedimiento que puede surtir en caso de que sea necesario

<sup>15</sup>Resolución No. 168 de 2012. Sala de Decisión No. 15. Págs. 10-11: “La prueba es pertinente o relevante cuando tiene por objeto un hecho que guarda relación directa o indirecta, inmediata o mediata con el asunto objeto del proceso. Para que haya pertinencia se necesita una relación de causalidad entre la prueba, el hecho y el asunto materia del proceso.”

<sup>16</sup>Resolución No. 168 de 2012. Sala de Decisión No. 15. Pág. 12: “La prueba es superflua o no necesaria cuando se ha producido ya en el proceso el acervo probatorio suficiente para darle al juzgador claridad suficiente sobre los hechos alegados, o cuando es imposible de practicar.”



modificar las condiciones de la operación en casos excepcionales y con estricto apego a los requisitos establecidos por el Reglamento para efectuar dicha modificación.

Lo anterior encuentra su fundamento en la naturaleza del mercado administrado por la Bolsa y de las negociaciones que en él se realizan. En efecto, nos encontramos frente a un mercado regulado que involucra una actividad de interés público. Es por lo anterior que, si bien es cierto que las modificaciones efectuadas por las sociedades comisionistas o sus comitentes pueden propender por proteger los intereses de las partes en la negociación, no es menos cierto que las mismas deben hacerse protegiendo la transparencia y la seriedad del mercado, dado que en el mismo confluyen multiplicidad de intereses y no sería transparentemente aceptable privilegiar unos en detrimento de otros. Así, la modificación de una operación no es una situación que interese únicamente a las partes de la negociación ya que la operación se cerró en un mercado abierto y de libre y múltiple concurrencia bajo unas condiciones que se dieron a conocer al público y es en esas condiciones que se debe cumplir la operación o en su defecto cumplir los requisitos reglamentarios para su modificación, sometiéndose a las condiciones de oportunidad y viabilidad de las mismas.

Así las cosas, no son de recibo los argumentos según los cuales las modificaciones efectuadas por fuera de las disposiciones reglamentarias son aceptables para considerar el cumplimiento contractual o la existencia de responsabilidad disciplinaria toda vez que dicha situación podría ir en contra de la transparencia del mercado dado que quienes ofertaron en la Rueda de Negocios lo hicieron de acuerdo con las condiciones que se publicitaron previo a la celebración de la operación.

Finalmente debe señalarse que los acuerdos de arreglo directo celebrados a instancias del Comité Arbitral de manera posterior a la ocurrencia del incumplimiento buscan la solución de controversias surgidas en desarrollo de las operaciones, pero cuando el mismo se presenta a partir del incumplimiento de la operación celebrada en Bolsa, no puede ser tenido como justificación de la conducta, toda vez que únicamente representa una compensación a la contraparte por el incumplimiento presentado y no modifica la integralidad de la operación, ni enerva la responsabilidad disciplinaria de la investigada quien incumplió con los deberes reglamentarios y legales que le atañen.

Situación diferente es que se utilice el mecanismo de arreglo directo para modificar las condiciones de la negociación de manera previa al vencimiento de los términos para cumplir la operación, caso en el cual nos encontramos ante el escenario de una modificación permitida por el Reglamento y que se debe efectuar con apego al mismo.

En relación con los argumentos esgrimidos por la disciplinada según los cuales al mercado de commodities administrado por la Bolsa no le son aplicables los principios de



cumplimiento propios de los mercados de valores, la Sala considera que si bien en algunos casos las operaciones que se transan a través del primero no son típicas de esa normatividad, la Ley 964 de 2005, ley marco del mercado de valores es plenamente aplicable al mercado bursátil de commodities<sup>17</sup> En ese sentido, son plenamente aplicables los principios y criterios para la intervención del gobierno en este mercado, incluyendo lo relativo al principio de finalidad, en particular el criterio según el cual debe garantizarse que las operaciones celebradas sean llevadas hasta su puntual y exacta compensación y liquidación<sup>18</sup> desarrollado en el artículo 10 de la misma ley que señala como efecto de la aceptación en un sistema de compensación y liquidación la firmeza, irrevocabilidad y la exigibilidad de las órdenes de transferencia, incluyendo las de commodities transados a través de este tipo de bolsas.<sup>19</sup>

De igual manera, a manera de aclaración, la sala no considera que en el mercado de valores las operaciones celebradas cuenten en todas las ocasiones con las características que la investigada describe, en particular, la supuesta seguridad infalible de contar con los activos al momento de negociarlos, pues, a manera de ejemplo, en las operaciones distintas de las operaciones de contado, puede traerse a colación operaciones que tienen un resultado financiero incierto como las operaciones celebradas en el mercado de ventas en corto o las del mercado de derivados, en las cuales el comitente ordena la celebración de una operación que genera obligaciones a futuro y que la capacidad de cumplir es incierta. En esos casos, verdaderamente análogos a los forward y operaciones a plazo celebradas a través de los mercados de commodities administrados por la Bolsa, tanto los intermediarios como las entidades administradoras de los sistemas de compensación y liquidación ponen en marcha sistemas de administración de riesgo para prevenir el impacto negativo de la ocurrencia de un incumplimiento de un cliente, incluyendo herramientas tales como conocimiento del cliente, análisis de operaciones, limitaciones a la concentración, garantías de margen y otras similares, que buscan mitigar el riesgo de mercado, liquidez y de contraparte. De igual manera, en este mercado, como en aquél, se deben poner a funcionar esas medidas de administración del riesgo razón por la cual la Bolsa y la Cámara de Compensación los han implementado para mitigar el impacto derivado del riesgo de incumplimiento de una operación, en relación con lo que les corresponde y lo cual incluye que la participación en el mercado se limite exclusivamente

<sup>17</sup> **Ley 964 de 2005. Artículo 71. Bolsas, Intermediarios Y Sistemas De Compensación Y Liquidación De Productos Agropecuarios, Agroindustriales O De Otros Commodities.** Lo dispuesto en la presente ley se aplicará a las bolsas de productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, a los intermediarios que transen en ellas y a sus sistemas de compensación y liquidación y las Cámaras de Riesgo Central de Contraparte.

<sup>18</sup> *Cfr.* Ley 964 de 2005. Artículo 1, literal b, numeral 8.

<sup>19</sup> **Ley 964 de 2005. Artículo 10. PRINCIPIO DE FINALIDAD EN LAS OPERACIONES SOBRE VALORES.** Las órdenes de transferencia de fondos o valores derivadas de operaciones sobre valores, así como cualquier acto que, en los términos de los reglamentos de un sistema de compensación y liquidación de operaciones deba realizarse para su cumplimiento, serán firmes, irrevocables, exigibles y oponibles frente a terceros a partir del momento en que tales órdenes hayan sido aceptadas por el sistema de compensación y liquidación. [...]



a aquellas sociedades que por su profesionalismo, conocimiento del mercado y capacidad operativa y financiera, hayan obtenido de la Superintendencia Financiera de Colombia la autorización para ejercer el objeto social propio de las sociedades comisionistas miembros de una bolsa de productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities. Si en el entender de la disciplinada los riesgos a los que se ve sometida en el cumplimiento de las operaciones en el mercado de commodities son diferentes a los riesgos derivados de operaciones celebradas en el mercado de valores, entonces eso significa que los mecanismos y herramientas para medirlos, monitorearlos y mitigarlos deben ser ajustados en lo pertinente y no, como pretende hacerlo valer, diciendo que no existe responsabilidad en el mercado por el cumplimiento de las operaciones o que no le corresponde administrarlos.

En este marco de referencia también debe ser analizado el punto propuesto por la disciplinada en el sentido en que argumenta que el rol de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa se limita a *“ser expertos en las negociaciones realizadas al interior de la Bolsa, asesorar al cliente sobre las mejores decisiones y estrategias en este mercado en defensa de sus intereses y buscar siempre su beneficio sin trasgredir los límites establecidos por las normas que nos rigen. Pero NO ser técnicos y expertos en toda clase de productos y materias primas.”*<sup>20</sup> Sobre el particular, y haciendo referencia específicamente al deber de asesoría que se deriva del contrato de comisión de las sociedades comisionistas de bolsa, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

El deber de asesoría de las sociedades comisionistas de bolsa, por lo tanto, derivado de la naturaleza del contrato de comisión para la compra y venta de valores, resulta de trascendental importancia, porque las deficiencias en su aplicación repercutirán, en mayor o menor medida, en el adecuado funcionamiento y crecimiento del mercado y en la toma de decisiones de los inversionistas. Así que, dado el papel protagónico que cumplen dichas compañías, **ello implica**, como es natural entenderlo, una especial diligencia y responsabilidad, propias a su **profesionalidad y especial conocimiento del mercado** en el cual actúan.

[...] En esa línea, la diligencia y responsabilidad de las sociedades intermediarias en el mercado público de valores, adquiere grado especial de profesionalidad, además cimentado en el deber de buena fe que debe desplegar tanto en el periodo precontractual, como al momento de la celebración y ejecución del contrato; en cuanto, recibida una orden de compra o venta, de una parte, deben ponderar las distintas variables, a partir de estudios de rentabilidad y de evolución o tendencias en esas materias, en fin; y de otra, se encuentran compelidas a no ejecutarlas, en los eventos en que, si hubiere sido conocida una situación adversa, los inversionistas no las habrían asumido.<sup>21</sup> (Se destaca)

<sup>20</sup>Exp.087-2013.Cuaderno No. 3, folio 347

<sup>21</sup>Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del treinta (30) de marzo de dos mil doce (2012). M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.



En efecto, mal haría una sociedad comisionista miembro de la Bolsa en ejecutar una operación en cumplimiento de una orden cuando se determine, según se desprende de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, que de la misma puede repercutir “*en el adecuado funcionamiento y crecimiento del mercado y en la toma de decisiones*” de los consumidores financieros. De lo anterior se deriva que las sociedades comisionistas, deben contar, como lo señala esa corporación, con un especial conocimiento del mercado, ponderando las distintas variables propias del tipo de negociación a fin de encontrar si la ejecución de un negocio, al momento de su celebración, parecería ser benéfico para su cliente, actividad que sería imposible si no tuviera, por lo menos, un conocimiento básico de la naturaleza de los activos que se negocian a través de la Bolsa, de las condiciones en las cuales una operación deberá ser cumplida y de las consecuencias que ello conlleva para sus clientes. En ese sentido, debe entenderse que las alegaciones de la disciplinada en relación con que su conocimiento se debe limitar exclusivamente a entender cómo funciona el mercado sin que le sea exigible convertirse en un experto en todo tipo de materias, no son de recibo de la sala bajo el entendido de que se trata de un experto de mercado a quien le es exigible un grado superior de profesionalismo, su labor de asesoría deberá estar enmarcada a tratar de entender de manera muy clara las necesidades de su cliente y la realidad de un negocio para poder derivar de allí cómo la celebración de una determinada operación terminará impactándolo y, de igual manera, cómo la realidad de las capacidades del cliente podrá afectar el adecuado funcionamiento del mercado, en concordancia con el deber de conocimiento del cliente.

#### 5.4. Del incumplimiento en la acreditación de los requisitos habilitantes

En relación con los argumentos expuestos por la disciplinada sobre el tratamiento que debe darse al incumplimiento en la acreditación de requisitos habilitantes de manera posterior a la celebración de la operación, la Sala considera que la aplicabilidad de las normas y preceptos que rigen la contratación estatal a las operaciones celebradas a través de la Bolsa debe entenderse de manera limitada, según se desprende de la lectura de las normas aplicables al mercado de compras públicas vigentes desde 2005.<sup>22</sup> Este principio

---

<sup>22</sup> **Decreto 2503 de 2005. Artículo 14. Régimen aplicable.** En lo no previsto por el presente decreto, el régimen aplicable para la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria por cuenta de entidades estatales a través de bolsas de productos agropecuarios y agroindustriales, en desarrollo de la causal de contratación directa establecida a en el literal k) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, será el contenido en las disposiciones legales sobre los mercados de las bolsas de productos agropecuarios o agroindustriales. En este sentido, la formación, celebración, perfeccionamiento, ejecución y liquidación de los contratos que por cuenta de las entidades estatales se realicen dentro del foro de negociación de estas bolsas, se regirán por tales disposiciones legales.

**Decreto 66 de 2008. Artículo 29. Régimen aplicable.** En lo no previsto por la presente subsección, el régimen aplicable para la adquisición de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización por cuenta de entidades estatales a través de bolsas de productos, será el contenido en las disposiciones legales sobre los mercados de tales bolsas y en los reglamentos de éstas.

de aplicabilidad limitada, fue recogido por la Bolsa a través del artículo 3.6.1.5 del Reglamento de la Bolsa:

**Artículo 3.6.1.5. Obligaciones de los participantes y naturaleza de las obligaciones.** [...] Las operaciones celebradas a nombre de una sociedad comisionista miembro de la Bolsa a través del MCP se rigen por el derecho privado y sólo vinculan jurídicamente a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa que en ellas intervienen.

Por consiguiente, no existirá ningún vínculo jurídico entre:

1. La entidad estatal y la sociedad comisionista miembro de la Bolsa que actúe como contraparte de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa que actúe por cuenta de la entidad estatal; y,
2. La entidad estatal y el cliente de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa a que se refiere el numeral anterior.

Se exceptúan de lo anterior los vínculos jurídicos a que se refiere el Decreto 2474 de 2008 y el presente Reglamento por lo que tampoco procederá ningún tipo de exigencia o retención distintas a las expresamente previstas, en particular la facultad que tienen las entidades estatales para solicitar a los comitentes de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa la constitución de garantías adicionales o el cumplimiento de obligaciones adicionales a las propias de la operación bursátil. [...] (*se subraya y resalta*)

En desarrollo de lo anterior, no se comparten los argumentos expuestos por la disciplinada en el sentido en que las normas legales y reglamentarias que rigen la contratación estatal son aplicables a la totalidad de las relaciones derivadas de la operación a través de la Bolsa pues, de considerarse de esa manera, serían igualmente aplicables otro tipo de figuras tales como las cláusulas excepcionales a las operaciones

---

En este sentido, la formación, celebración, perfeccionamiento, ejecución y liquidación de las operaciones que por cuenta de las entidades estatales se realicen dentro del foro de negociación de estas bolsas, se regirán por tales disposiciones.

**Decreto 2474 de 2008. Artículo 29. Régimen aplicable.** En lo no previsto por la presente subsección, el régimen aplicable para la adquisición de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización por cuenta de entidades estatales a través de bolsas de productos, será el contenido en las disposiciones legales sobre los mercados de tales bolsas y en los reglamentos de estas. En este sentido, la formación, celebración, perfeccionamiento, ejecución y liquidación de las operaciones que por cuenta de las entidades estatales se realicen dentro del foro de negociación de estas bolsas, se regirán por tales disposiciones.

**Decreto 734 de 2012. Artículo 3.2.1.2.1. Régimen aplicable.** En lo no previsto por la presente subsección, el régimen aplicable para la adquisición de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización por cuenta de entidades estatales a través de bolsas de productos, será el contenido en las disposiciones legales sobre los mercados de tales bolsas y en los reglamentos de estas. En este sentido, la formación, celebración, perfeccionamiento, ejecución y liquidación de las operaciones que por cuenta de las entidades estatales se realicen dentro del foro de negociación de estas bolsas, se regirán por tales disposiciones.

**Decreto 1510 de 2013. Artículo 50. Régimen aplicable.** Además de lo previsto en el Decreto número [2555](#) de 2010 y las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan y los reglamentos internos de las bolsas de productos, las siguientes disposiciones son aplicables a la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes en bolsas de productos.



celebradas en el mercado de compras públicas, lo cual iría en contra de la voluntad del regulador que limitó las normas regulatorias a las compras estatales a través de las bolsas de productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities a aquellas expresamente incluidas en el régimen legal de este tipo de entidades, a sus reglamentos y a las normas incluidas en cada uno de los capítulos respectivos de los decretos que han reglamentado la selección abreviada como modalidad de contratación estatal.

Por esta razón, la inclusión de normas que fijen cómo debe entenderse la selección objetiva o la transparencia en la contratación estatal se limita única y exclusivamente a aquellas directamente relacionadas con quien suscribe el contrato, a saber, la sociedad comisionista miembro de la Bolsa que actúa por cuenta de la entidad estatal. Lo anterior no equivale a decir que la operación celebrada en bolsa carece de objetividad y transparencia, pues estos son principios rectores de la actividad de este tipo de mercados.<sup>23</sup> Es decir, que el fundamento normativo de la objetividad y la transparencia del mercado administrado por la Bolsa no se deriva de la Ley 1150 de 2007 sino de sus propios reglamentos y las normas que le son aplicables en virtud de la ley marco del mercado de valores y sus decretos reglamentarios.

En consecuencia, si a bien tuvo el legislador la decisión de no permitir la fijación de cierto tipo de requisitos habilitantes en materia de contratación estatal, ello no obsta para que la Bolsa, en desarrollo de su objeto social y en cumplimiento de lo señalado por el artículo 2.11.1.1.9 del Decreto 2555 de 2010<sup>24</sup> que incluye no sólo criterios relacionados con el acceso al mercado sino también aquellos que llevan a asegurar niveles apropiados de protección a los usuarios y a la revelación de precios justos en el mercado, deba poner en una balanza esta obligación buscando la mejor manera de administrar un mercado en condiciones de honorabilidad, seguridad y transparencia. Por tal razón, mal haría la Bolsa en permitir que cualquier persona participara del mercado, pues, aún cuando pudiera argumentarse que la revelación de precios sería más justa, podría estar afectando la seguridad de los usuarios. Es en tal sentido que debe entenderse la facultad de la Bolsa para permitir la inclusión de cierto tipo de requisitos habilitantes, a ser verificados previa o posteriormente al cierre de una operación, facultad reglamentaria que se deriva del

<sup>23</sup> Cfr. **Decreto 2555 de 2010**. Artículo 2.11.1.1.1 en relación con la obligación de mantener en funcionamiento un mercado honorable, transparente y seguro.

<sup>24</sup> **Artículo 2.11.1.1.9 Características de los sistemas de negociación.** Los sistemas de negociación de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities deberán procurar la más alta participación de personas en los mismos, promover la eficiencia y liquidez del mercado, asegurar niveles apropiados de protección a los inversionistas y usuarios, incluir reglas de transparencia en las operaciones, así como garantizar la difusión de información en tiempo real, con respecto a las operaciones que se celebren por su conducto.

Dichos sistemas se deben diseñar para operar y ofrecer precios eficientes, así como para garantizar un tratamiento equitativo a todos los participantes. En consecuencia, las metodologías de negociación que adopten deberán ser justas y ordenadas, de tal manera que se permita a los participantes obtener el mejor precio disponible en el sistema, de acuerdo con el tamaño de la oferta de compra o venta y el momento de su realización.



régimen del mercado de valores y de commodities y no del régimen de contratación estatal.

Este mismo precepto debe ser aplicado al argumento expuesto por la disciplinada según el cual la fijación de requisitos que debe cumplir el comitente vendedor en operaciones del mercado de compras públicas desnaturaliza la Bolsa al des-commoditizar los activos que a través de los mercados que esta administra se transan. Si bien le asiste algo de razón a la disciplinada en el sentido en que una excesiva fijación de requisitos podría llevar a que se desconfigure la categoría jurídica de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización<sup>25</sup> o incluso llegara a afectar el libre acceso al mercado, se insiste en que la sola fijación de requisitos y condiciones que deben demostrar y garantizar los participantes de un mercado organizado tiene su fundamento en promover la seriedad, honorabilidad y seguridad del mismo, como lo ordena el Decreto 2555 de 2010 y que corresponde a la Bolsa, como administradora de este mercado, medir cuándo y cómo se pueden llegar a ver afectadas esas condiciones. Si en su leal saber y entender, la Bolsa consideró que la fijación de dichos requisitos no es de tal magnitud que se afecte la transparencia y el libre acceso, no le corresponde a la Cámara Disciplinaria pronunciarse al respecto sino, en determinar si existe o no responsabilidad disciplinaria en cabeza de los participantes del mercado frente al incumplimiento de sus deberes.

Ahora bien, aún cuando algo de razón le pueda asistir a la disciplinada en el sentido en que el marco jurídico para la declaratoria de incumplimiento de una operación por incumplimiento de requisitos habilitantes del comitente no se encontraba definido claramente dentro del Reglamento de la Bolsa ni dentro de las circulares que lo desarrollan y, por consiguiente, estaría en tela de juicio la facultad de la Bolsa para derivar consecuencias de responsabilidad pecuniaria de las partes intervinientes en una operación así incumplida, no es menos cierto que las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa tienen la obligación general de dar cumplimiento a las obligaciones de cualquier género que contraigan en los mercados administrados por la Bolsa.<sup>26</sup> Así, si la fuente normativa es una u otra, lo cierto es que en lo que toca a la obligación de acreditación de los requisitos habilitantes del comitente, ésta se deriva no del Reglamento de la Bolsa sino de la ficha técnica de negociación de cada uno de los negocios, cuyo contenido es público y previamente conocido por quienes intervienen en la operación, por lo que no le es dable argumentar que la ausencia de regulación específica frente a las consecuencias de no entregar dichos documentos o, incluso, de la posibilidad de incluirlos o no dentro del contenido de las fichas técnicas de negociación, derivaría en la inexistencia de responsabilidad disciplinaria dado que ésta se debe entender apartada de las consecuencias civiles y comerciales del incumplimiento de las obligaciones y se mide, de

<sup>25</sup> Cfr. Decreto 1510 de 2013. Artículo 3.

<sup>26</sup> Reglamento de la Bolsa. Artículo 1.6.5.1, numeral 1



manera exclusiva, frente al cumplimiento de las normas exigibles a los sujetos del proceso disciplinario. En consecuencia, en el escenario en que se halle que la disciplinada incumplió con la debida acreditación de los requisitos habilitantes de su comitente en los términos exigidos por la ficha técnica de negociación, ello conllevaría la existencia de responsabilidad disciplinaria por faltar al deber de dar cumplimiento a las obligaciones de cualquier género contraídas con quienes participan en el mercado.

### 5.5. De las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor

En varios apartes de sus descargos, la sociedad comisionista hizo referencia a los elementos de la fuerza mayor -imprevisibilidad e irresistibilidad -, citando jurisprudencia sobre el tema.

Al respecto señaló en sus descargos la sociedad comisionista que en algunas de las conductas bajo estudio se presentaron situaciones constitutivas de fuerza mayor, las cuales serán señaladas en cada acápite.

En efecto, la posición reiterada de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa señala que en un mercado bursátil y específicamente en el administrado por la Bolsa sobre productos agropecuarios, agroindustriales o de otros *commodities*, el riesgo que se debe analizar y sobre el cual las sociedades comisionistas deben evaluar las posibilidades de cumplimiento, es aquél que se deriva del propio mercado y del producto negociado y se acoge a las posiciones expuestas por varias Salas de Decisión sobre la materia.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup>Al respecto ver: (i) Resolución 178 de 2012. Sala de decisión No.3. Pag. 28-30; (ii) Resolución 177 de 2012. Sala de decisión No. 2. Pag. 12-18; (iii) Resolución 238 de 2013. Sala de decisión No. 6. Pag. 29-32. 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. [...] 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 mayor; (iv) Resolución 239 de 2013. Sala de decisión No. 9. Pag. 11-13. De manera preliminar debe señalar la Sala que dentro del carácter de profesionales diligentes y responsables, las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, están obligadas a efectuar un análisis de riesgos de las operaciones que realizan y por tanto, determinar los componentes complejos de la misma, identificar los riesgos, evaluarlos, generar mecanismos de mitigación de los mismos y por ende hacer seguimiento y monitoreo. [...] Así, es necesario resaltar que la actuación de las sociedades comisionistas en los momentos previos a la negociación debe ir más allá de un despliegue meramente formal, y por el contrario como profesional del mercado debe contar con una organización que le permita de manera eficaz anticipar o prever los riesgos que su actividad pueda conllevar procediendo al efecto con el grado de previsibilidad, cuidado y diligencia a que está sometido y empleando todos los medios razonables a su alcance para lograr el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

## VI. DE LOS DIVERSOS INCUMPLIMIENTOS EN LAS OPERACIONES

### 6.1. Consideraciones de la sala en relación con incumplimientos en la ficha técnica de negociación

El Área de Seguimiento en relación con las operaciones Nos. 10422119, 12033606, 12249917, 15455137, 15462474, 15462475 y 15420317 imputó a la sociedad comisionista de bolsa REYCA S.A., de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso y el análisis efectuado por esta área, la vulneración de los numerales 8, 11 y 20 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010<sup>28</sup>; los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1<sup>29</sup> del Reglamento de la Bolsa. En ese orden de ideas, la actuación de la investigada presuntamente configura las conductas objeto de investigación y sanción previstas en los numerales 11, 13 y 21 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de la Bolsa<sup>30</sup>, por el incumplimiento de los requisitos contenidos en las fichas técnicas de negociación, con lo cual se prescinde de dar cumplimiento de aquellas obligaciones que la compelen a cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados en la rueda de negociación, con claro desconocimiento de los deberes que surgen en razón de las operaciones realizadas.

<sup>28</sup> **Numerales 8, 11, y 20 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006 (hoy artículo 2.11.1.8.1. del Decreto 2555 de 2010) que señalan lo siguiente:** El artículo 29 del Decreto 1511 de 2006 consagra como obligaciones generales de los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities: [...] 8. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, y precisión, procurando la satisfacción de los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia, lo cual implica el sometimiento de su conducta a las diversas normas que reglamentan su actividad profesional, ya provengan del Estado, de las mismas bolsas o constituyan parte de los sanos usos y prácticas del comercio o del mercado público de valores. “11. Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva. “20. Cumplir las demás disposiciones legales y reglamentarias vigentes”.

<sup>29</sup> **Numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria:** El artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación del Mercado Público de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., establece como obligaciones de las sociedades miembros de bolsa las siguientes: 1. Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación. 2. Cumplir permanentemente y en su integridad la ley, los estatutos y reglamentos de la Bolsa y las determinaciones de sus áreas u órganos de dirección, administración, operación, supervisión, disciplina y de solución de conflictos, sin que sirva de excusa o defensa la ignorancia de dichos reglamentos, circulares, instructivos operativos, acuerdos y laudos. [...] 6. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad. 7. Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. [...]

<sup>30</sup> Además de las conductas previstas en el marco legal aplicable a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa y a las personas vinculadas a éstas y en el presente reglamento y del incumplimiento de cualquier norma prevista en los mismos, serán objeto de investigación y sanción las siguientes conductas: [...] 11. Realizar operaciones en los mercados administrados por la Bolsa, pretermitiendo el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables; [...] 13. Incumplir las operaciones celebradas a través de la Bolsa o los deberes correspondientes al desarrollo de las actividades autorizadas; [...] 21. Incumplir cualquier otra norma que les resulten aplicables.



**6.1.1. Incumplimiento en la entrega parcial de los requisitos establecidos en la ficha técnica de negociación en la operación No. 10422119**

La operación forward MCP No. **10422119** fue celebrada el 30 de diciembre de 2009, por **REYCA S.A.** en calidad de comisionista vendedor por cuenta de su mandante Comercializadora Ferlag Ltda., para la entrega de computadores a Coragro Valores S.A, quien actuó como comisionista comprador por cuenta de la Fiscalía general de la Nación.

Mediante comunicación COR-B 006/10 del 16 de enero de 2010 la sociedad comisionista Coragro Valores S.A. solicitó la declaratoria de incumplimiento sobre la operación forward MCP No.10422119, la cual fue declarada como incumplida mediante comunicación PSD-117 del 14 de enero de 2010, por el incumplimiento en la entrega parcial de los requisitos establecidos en la Ficha Técnica de Negociación, a saber la certificación ISO 9001:2000 para diseño y manufactura o diseño y producción y la Certificación de Marca Internacional registrada y reconocida en territorio nacional.

|   |   |
|---|---|
| <b>OP. 10422119</b>   | <b>FICHA TÉCNICA NEGOCIACIÓN <sup>31</sup></b>  |
| <b>Entidad</b>  | <b>FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN</b>  |
| <b>Fecha Negociación</b>  | <b>30 de Diciembre de 2009</b>  |
| <b>Requisitos que la Sociedad Comisionista Vendedora debe verificar para participar en la rueda de negocios</b> | <p>Para poder participar en la rueda de negocios, el comisionista vendedor deberá certificar por escrito al Departamento de Convenios de Control de Calidad el cumplimiento de los requisitos exigidos jurídicos y técnicos al mandante vendedor el día antes de la rueda de negocios como máximo a las 4:00 p.m., en donde el comisionista vendedor relacione claramente cada uno de los documentos presentados por su mandante y exigidos como requisito, indicando que revisó los documentos y declara que estos cumplen y que se encuentran vigentes.</p> <p><b><u>Una vez realizada la negociación, los documentos soporte de los requisitos técnicos y jurídicos del proveedor expedido por quien corresponda y vigentes deberán ser entregados, directamente a la Fiscalía General de la Nación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la rueda de negocios.</u></b></p> <p>De no hacer entrega a la FGN, de estos documentos dentro del término señalado, el comisionista comprador solicitará el incumplimiento de la operación.</p> <p>La omisión de este requisito comprometerá la responsabilidad disciplinaria del comisionista vendedor.</p> <p>[...]</p> <p>2.3 CERTIFICACIONES TÉCNICAS.</p> <p>Documentos Técnicos: <u>Estos deben ser entregados al Comisionista vendedor a la fecha de cierre de la operación de mercado abierto.</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Anexar Certificación del fabricante garantizando el suministro y disponibilidad de repuestos necesarios para el correcto funcionamiento de los equipos ofertados</li> </ul> |

<sup>31</sup> Expediente 087-2013 CD carpeta No. 6



|  |   |
|--|---|
|  | <p>durante los siguientes cinco (5) años.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Anexar certificación legal del fabricante garantizando existencia y representación en Colombia.</li> <li>• Anexar certificación del fabricante precisando la garantía ofrecida para el equipo.</li> <li>• Anexar Certificación vigente como distribuidor autorizado por el fabricante.</li> <li>• Anexar Certificación vigente de los centros de servicios autorizados por el fabricante.</li> <li>• Certificación del Fabricante Garantizando que todos los componentes del equipo son originales.</li> <li>• <b><u>Anexar Certificación ISO9001:2000 de diseño y manufactura o diseño y producción del fabricante del equipo.</u></b></li> <li>• Anexar certificación</li> </ul> |
|--|---|

Puesto que la certificación ISO presentada fue ISO 9001:2008 referente al *“ensamble y comercialización de computadores, distribución y comercialización de software, integración y comercialización de tecnologías de la información de comunicaciones –tica para la educación”*<sup>32</sup>, la cual, según explicaciones formales del investigado, cumplió con los requisitos solicitados, puesto que al contar con el apoyo de su cliente el mismo les informó que *“al ensamblar un equipo de cómputo, en su proceso se requiere diseñarlo y manufacturarlo de acuerdo con las especificaciones técnicas que se exijan para el mismo”*<sup>33</sup>, lo cual creyeron de buena fe. Adicionalmente sustenta que no le es dable a la entidad estatal solicitar como requisito habilitante, ni como objeto de calificación las certificaciones de sistemas de gestión de calidad, para participar en licitaciones o en concursos de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.<sup>34</sup>

Respecto de la certificación internacional, acotó que el fabricante de los equipos correspondía a una marca de reconocimiento internacional, por lo cual se allegó certificación de marca registrada en Costa Rica<sup>35</sup>. Así mismo, precisó que el área de seguimiento elevó cargos por el incumplimiento de los requisitos habilitantes contenidos en Ficha Técnica de Negociación y la misma no se exige en dicha ficha.<sup>36</sup> En pliego de cargos el Área de Seguimiento señaló que:

[...]la sociedad comisionista vendedora tenía la obligación de entregar como requisito técnico la certificación **ISO9001:2000** de diseño y manufactura o diseño y producción del fabricante del equipo; sin embargo la sociedad investigada con la documentación allegada a la bolsa presentó la certificación **ISO 9001:2008** que certifica el ensamble y comercialización de computadores; y no la requerida en la correspondiente ficha técnica de

<sup>32</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folio 16.

<sup>33</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folio 476.

<sup>34</sup> Ley 1150 de 2007, Artículo 5°, parágrafo 2. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento para participar en licitaciones o concursos.

<sup>35</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folio 22.

<sup>36</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folio 475.



negociación, luego incumplió con el requisito establecido en las condiciones de negociación contenida en el citado documento. [...] no puede esgrimirse, como defensa por parte del profesional del mercado que el incumplimiento de la obligación obedeció a que no es experto en la negociación de los productos y que por lo tanto contó con el apoyo del cliente quien le señaló que la certificación ISO adjuntada como requisito era la indicada para ese tipo de operaciones, [...] en desarrollo de su deber de información y asesoría, ínsito dentro del contrato de comisión, tenía la obligación de ilustrar y asesorar en debida forma al mandante sobre los requisitos exigidos en la ficha técnica, [...] de cerciorarse del cumplimiento de todos los requisitos exigidos tanto por las normatividad, como por la ficha técnica que le permitieran participar en el negocio para garantizar de esta manera la seguridad del mercado.<sup>37</sup>

La disciplinada manifestó en sus descargos que la omisión del deber de entregar no se encuentra contemplada como una causal de declaratoria de incumplimiento de la operación y que la misma nunca constituyó una falta al deber de asesoría por las razones de carácter general ya expuestas en el presente escrito. En relación con lo expuesto por la disciplinada, es pertinente traer a colación lo manifestado en los numerales 5.3 y 5.4 de esta resolución sobre la responsabilidad que le asiste a las sociedades comisionistas en relación con el incumplimiento de las obligaciones de cualquier género que asuman con otros participantes a través del mercado administrado por la Bolsa así como lo señalado en materia del profesionalismo en el que se encuentra enmarcada la actividad de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, en lo que toca al conocimiento del cliente y al deber de asesoría. En el caso en particular, se encuentra que la disciplinada faltó a dichos deberes, afectando de manera negativa el adecuado funcionamiento del mercado, por lo que la sala fallará de conformidad.

#### **6.1.2. Incumplimiento de los requisitos establecidos en la ficha técnica de negociación en la operación No. 12033606**

La operación forward MCP No. **12033606** fue celebrada el 6 de octubre de 2010 por **REYCA S.A.**, en calidad de comisionista vendedor por cuenta de su comitente Compumax Computer Ltda., para la entrega de computadores al comisionista comprador Agrobursátil S.A., quien actuó por cuenta de la Fuerza Aérea Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional.

Agrobursátil S.A, mediante comunicación AG-2047 y AG- 2120/2010 del 25 y 29 de octubre de 2010, respectivamente, solicitó la declaratoria de incumplimiento por cuanto la disciplinada no habría cumplido con su obligación de acreditar los requisitos del

<sup>37</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 3, folios 42-43



proveedor. El incumplimiento fue declarado mediante oficio PSD-759 del 10 de noviembre de 2010.<sup>38</sup>

La ficha técnica de negociación establecía lo siguiente:

|   |  |
|---|--|
| <b>OP. 12033606</b>   | <b>FICHA TÉCNICA DE NEGOCIACIÓN</b> <sup>39</sup>  |
| <b>Entidad</b>  | <b>FUERZA AÉREA COLOMBIANA, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL</b>   |
| <b>Fecha Negociación</b>  | <b>6 de octubre de 2010</b>  |
| <b>Requisitos que la Sociedad Comisionista Vendedora debe verificar para participar en la rueda de negocios</b> | <p>Requisitos de participación del proveedor<br/>A efectos de participar en la rueda de negociación, el Comisionista Vendedor deberá certificar a la Bolsa mediante comunicación dirigida al Departamento de Convenios Control Calidad que ha verificado que su cliente cumple con los requisitos establecidos en este numeral de la Ficha de Negociación, que ha verificado que su cliente está en condiciones de entregar los bienes y/o servicio con los requisitos establecidos en la ficha técnica de producto. La certificación debe ser entregada a más tardar el día hábil anterior a la negociación, antes de las 4:00 p.m.<br/>Los documentos que la sociedad comisionista vendedora deberá verificar previo a la rueda de negocios, son:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Certificado De Existencia Y Representación Legal o Certificado De Inscripción De Persona Natural.</li> <li>• Garantía</li> <li>• Certificado de Disposición Final</li> <li>• Certificación ISO 9001:2000 del Fabricante</li> <li>• Certificación ISO 9001:2000 en Venta</li> <li>• Certificación Help Desk</li> <li>• Carta de Compromiso de Prestación del Servicio de Garantías y el Soporte Técnico con la Infraestructura Apropiada</li> <li>• Certificación de la Sucursal Autorizada por el fabricante en Colombia</li> <li>• Certificación distribuidor autorizado de equipos</li> <li>• Certificación de experiencia</li> <li>• Carta de Compromiso suscrita por el Representante Legal del proponente</li> <li>• Documentación Beneficiario en el Sistema SIIF Nación</li> </ul> |

|                             |  |
|-----------------------------|--|
| <b>OP. 12033606</b>         | <b>FICHA TÉCNICA DE PRODUCTO</b> <sup>40</sup>   |
| <b>Entidad</b>              | <b>FUERZA AÉREA COLOMBIANA, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL</b>   |
| <b>Fecha Negociación</b>    | <b>Computador de Escritorio Código 41084- Ítem 1 Microcomputadores Tipo 5 (FAC)</b>  |
| <b>Requisitos Generales</b> | [...] NORMA ROHS. (Los equipos en su conjunto deben estar certificados bajo la norma energystar 5.0, verificable en el dominio ( <a href="http://www.energystar.gov">http://www.energystar.gov</a> ) y ( <a href="http://www.epeat.net">www.epeat.net</a> ). |

<sup>38</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folio 136-138.

<sup>39</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folio 118-119.

<sup>40</sup> Expediente 087-2013 CD carpeta No. 6.

Con base en las instrucciones dadas por la Directora de Contratación Estatal del Ministerio de Defensa Nacional del 17 de noviembre de 2010,<sup>41</sup> el 9 de diciembre se suscribió el acuerdo de arreglo directo entre Reyca S.A. y Agrobursátil<sup>42</sup>, en el cual:

1. Se valida el cumplimiento de la norma ROSH,
2. Se acepta la modificación de la especificación del requerimiento presentado para norma ENERGYSTAR 5.0, teniendo como respaldo que el comisionista vendedor y su mandante garantizan que en el monitor a entregar se evidencia también el ahorro de energía ofrecido.
3. La aceptación del numeral anterior se realizará siempre y cuando se duplique la garantía exigida.
4. Las demás condiciones se mantienen tal como aparece en la comunicación del 17 de noviembre de 2010.<sup>43</sup>

Dentro del desarrollo de la operación, la disciplinada manifestó que no era razonable una garantía de seis años para el monitor, planteando dos alternativas:

1. Póliza de cumplimiento por los monitores por seis años, que sería devuelta a COMPUMAX COMPUTER LTDA. Una vez este obtengas la certificación ENERGYSTAR para los monitores a entregar.
2. Póliza de cumplimiento por el 10% del valor de los monitores por 120 días, periodo durante el cual obtendría la certificación ENERGYSTAR para los monitores.<sup>44</sup>

En consecuencia, se terminó llegando a un acuerdo que incluyó lo siguiente:

1. Entregar el computador adicional tal y como se acordó en la cámara arbitral.
2. Allegar el MDN el cumplimiento de la norma ENERGYSTAR de los monitores a entregar.
3. Dar un años más de garantía de la establecida en la Ficha técnica de negociación para los ítems ofertados y todos sus componentes; la certificación debe ser suscrita y firmada por el representante legal del representante del fabricante en Colombia.<sup>45</sup>

Adicionalmente, la sociedad comisionista REYCA S.A. en respuesta a la solicitud de explicaciones formales afirmó que la validación del requisitos de la norma Energy Star, se hizo bajo la normatividad de la United States Environmental Protection Agency,<sup>46</sup> teniendo

<sup>41</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folio 093-090.

<sup>42</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folio 094-100.

<sup>43</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folio 098.

<sup>44</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folio 095.

<sup>45</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folio 095.

<sup>46</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folio 472. Normatividad de la EPA: "Si se comercializa un modelo de producto en múltiples configuraciones o estilos, como "familia" o serie de un producto, el socio podrá certificar el producto y notificar los datos correspondientes con un único número de modelo, siempre que todos los modelos de la familia o serie cumplan al menos uno de los siguientes requisitos:



en cuenta que dicho requisito no era exigido en la Ficha Técnica de Negociación, sino que hace parte de la Ficha Técnica de Producto y por lo cual no habría lugar a incumplimiento alguno, posición que sostiene en sus descargos.

En pliego de cargos el Área de Seguimiento sostuvo que hay incumplimiento toda vez que en la Ficha Técnica de Negociación, se establece que:

A efectos de participar en la rueda de negociación, el Comisionista Vendedor deberá certificar a la Bolsa mediante comunicación dirigida al Departamento de Convenios Control Calidad que ha verificado que su cliente cumple con los requisitos establecidos en este numeral de la Ficha de Negociación, que ha verificado que su cliente está en condiciones de entregar los bienes y/o servicio con los requisitos establecidos en la ficha técnica de producto.<sup>47</sup>

El Área de Seguimiento concluyó en pliego de cargos que:

La sociedad comisionista REYCA S.A. para la celebración de la operación objeto de estudio, no cumplió a cabalidad con el requisito establecido en la Ficha Técnica del Producto, en la medida que la documentación que presentó en su momento la sociedad investigada no cumplía con el requisito general de Chip de seguridad TPM última versión de la misma marca de los equipos ofrecidos. NORMA ROHS. (Los equipos en su conjunto deben estar certificados bajo la norma energystar 5.0). En este sentido, la sociedad comisionista certificó el cumplimiento del requisito exigido para poder participar en la negociación, cuando no correspondía a la realidad como se pudo establecer en la presente investigación.<sup>48</sup>

Sea lo primero aclarar que, en el entender de la sala, es pertinente separar los conceptos de ficha técnica de bienes, productos y/o servicios a que se refiere el numeral 9 del artículo 3.6.1.2 del Reglamento de la Bolsa y la ficha técnica de producto propia de las operaciones celebradas a través del mercado de compras públicas. La primera contiene las condiciones generales aprobadas por la Junta Directiva de la Bolsa para la celebración de operaciones a través de los mercados administrados por ésta última en tanto que la segunda son las propias fijadas por quienes participan en la operación, desarrollando la primera. Su contenido se encuentra desarrollado en el numeral 8 del mencionado artículo

- 
- *Los ordenadores fabricados sobre la misma plataforma e idénticos en todos los aspectos salvo la caja y el color pueden obtener la etiqueta mediante la presentación de los datos de los ensayos correspondientes a un único modelo representativo,*
  - *Si se comercializa un modelo de producto en múltiples configuraciones, el socio podrá certificar el producto y notificar los datos correspondientes con un único número de modelo que represente la configuración de mayor potencia de la familia, en lugar de comunicar los datos relativos a cada modelo de la familia. No deben existir configuraciones del mismo modelo de producto cuyo consumo sea más elevado que el de la configuración representativa. En este caso, la configuración de mayor potencia sería la siguiente: el procesador de mayor potencia, la configuración de memoria máxima, la GPU de mayor potencia, etc.*

<sup>47</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 3, folio 41

<sup>48</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 3, folio 40



y en el artículo 3.6.2.1.2.10 del mismo Reglamento. En efecto, el inciso primero de dicho numeral señala que en el contenido de la ficha técnica de negociación debe constar:

Las condiciones de la negociación, tales como bienes, productos y/o servicios a ser negociados, cantidad, calidad y características de los mismos, las condiciones, descripción del procedimiento y sitios de entrega, forma y fecha de pago de las operaciones, condiciones y obligaciones del vendedor y/o comprador, las condiciones jurídicas de las operaciones, así como las condiciones y obligaciones del comitente vendedor.

Reconociendo esta particularidad, la Circular Única de la Bolsa permite, a través de lo señalado en el artículo 3.1.2.5.3.5 que el contenido de la ficha técnica sea dividido en dos o más fichas técnicas para cada aspecto de la operación. En efecto, la ficha técnica de producto es una extensión de la ficha técnica de negociación y, por consiguiente, le son aplicables las mismas normas que rigen a la segunda pues es, en realidad, el mismo documento. En consecuencia, las alegaciones que la disciplinada manifestó en sus descargos en relación con que no habría lugar a considerarse que hubo un incumplimiento de la ficha técnica de negociación no son compartidas por la sala, por lo que tampoco será acogida la tesis reiterada acerca de que la omisión del deber de acreditar el cumplimiento de requisitos habilitantes no se encuentra contemplada como una causal de declaratoria de incumplimiento de la operación y que la misma nunca constituiría una falta al deber de asesoría por las razones de carácter general ya expuestas en el presente escrito. En relación con lo expuesto por la disciplinada, es pertinente traer a colación lo manifestado en los numerales 5.3 y 5.4 de esta resolución sobre la responsabilidad que le asiste a las sociedades comisionistas en relación con el incumplimiento de las obligaciones de cualquier género que asuman con otros participantes a través del mercado administrado por la Bolsa así como lo señalado en materia del profesionalismo en el que se encuentra enmarcada la actividad de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, en lo que toca al conocimiento del cliente y al deber de asesoría. En el caso en particular, se encuentra que la disciplinada faltó a dichos deberes, afectando de manera negativa el adecuado funcionamiento del mercado, por lo que la sala fallará de conformidad.

### **6.1.3 Incumplimiento de los requisitos habilitantes establecidos en la ficha técnica de negociación en la operación No. 12249917 (1220 computadores de escritorio)**

La operación forward MCP No.12249917 fue celebrada el 11 de noviembre de 2010 por Reyca S.A., en calidad de comisionista vendedor actuando por cuenta de su comitente Compumax Computer Ltda., para la entrega de computadores al comisionista comprador Comfinagro, quien actuó por cuenta del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.

El 25 de noviembre de 2010 Comfinagro S.A solicitó a la Bolsa el incumplimiento de la operación por ausencia de cumplimiento de requisitos jurídicos contenidos en la Ficha



Técnica de Negociación, afirmando que el vendedor habría incumplido con lo requerido en materia de capacidad jurídica, específicamente en lo relacionado con la limitación del objeto social, contenido en el numeral 1.1 de la ficha, pues no habría presentado los documentos habilitantes del fabricante en el sentido en que la actividad de fabricación de computadores no se encontraba como parte secundaria de su objeto social y, por ende, no podría asumirse que tuviera tal capacidad.<sup>49</sup> Adicionalmente, el comprador manifestó que el vendedor habría incumplido parcialmente con las certificaciones exigidas, contentivas en los numerales 1.12 y 1.13 de la ficha mencionada, puesto que la certificación ISO 14001:2004 aportada se encontraba a nombre de COMPUMAX ZONA FRANCA S.A.<sup>50</sup>, sociedad comercial con existencia jurídica independiente del comitente vendedor.<sup>51</sup>

|  |   |
|--|---|
| <b>OP. 12249917</b>  | <b>FICHA TÉCNICA DE NEGOCIACIÓN <sup>52</sup></b>   |
| <b>Entidad</b>   | <b>DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS.</b>  |
| <b>Fecha Negociación</b>   | <b>11 de noviembre de 2010</b>  |
| <b>Requisitos que la sociedad comisionista vendedora se obliga a verificar de su comitente</b> | <p>A efectos de participar en la rueda de negociación, el Comisionista Vendedor deberá certificar a la Bolsa que la operación que pretende celebrar se realizará por cuenta de un cliente de quien ha recibido la orden de celebrarla mediante una comunicación dirigida al Departamento de Convenios Control de Calidad y que ha verificado y que éste cumple con los siguientes requisitos, así como que los productos con los que dará cumplimiento a la operación cumplen con los requisitos establecidos en la ficha técnica de producto. La certificación debe ser entregada a más tardar el día hábil anterior a la negociación, antes de las 4:00 pm.</p> <p>[...]</p> <p><b>1. REQUISITOS JURÍDICOS</b></p> <p><b>1.1 Certificado de Existencia y Representación Legal</b></p> <p>El comitente y/o los integrantes de la unión temporal y del consorcio que ostenten la calidad de persona jurídica, deberán presentar el certificado de existencia y representación legal, o su equivalente en caso de personas jurídicas extranjeras, con fecha de expedición no mayor a un (1) mes de antelación a la fecha de la negociación, donde conste que su objeto social le permite ofrecer los bienes y/o productos a adquirir por parte de la Entidad estatal.</p> <p>[...]</p> <p><b>1.12.</b> Anexar certificación del fabricante que garantice que los equipos deben cumplir con la norma ROHS</p> |

<sup>49</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folio 183.

<sup>50</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folio 160.

<sup>51</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folio 182.

<sup>52</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folio 173-181.



|  |  |
|--|--|
|  | <p><b>1.13</b> Anexar certificación del fabricante de la marca del equipo debe estar donde conste que cumple con las normas de calidad de los productos ISO 9001 Versión 2000 e ISO 14000.</p> |
|--|--|

Mediante documento 2010-2213 del 29 de noviembre de 2010, la disciplinada allegó las aclaraciones pertinentes frente a solicitud sobre el incumplimiento de la operación<sup>53</sup>, que habían sido solicitadas por la Bolsa el 26 de noviembre de 2010 mediante DO-2422, alegando que en ningún documento pre-contractual se establecía ninguna obligación que exigiera que el proveedor fuera fabricante de los equipos objeto de la contratación. Adicionalmente, manifestó que Compumax Computer Ltda. suscribió un contrato de maquila con Compumax Zona Franca S.A para que en nombre de Compumax Computer Ltda. se realizara el proceso de fabricación de equipos de cómputo, bajo el régimen de zonas francas. Respecto de la certificación ISO, manifestó que fue debido a la inexactitud de los términos fijados en la ficha técnica de negociación, lo cual no limitaría que las certificaciones ISO pudieran ser entregadas por una o varias compañías que estuvieran involucradas en proceso de manufactura de un único bien terminado.<sup>54</sup>

El incumplimiento fue declarado mediante oficio PSD-828 del 10 de noviembre de 2010 por el incumplimiento de los requisitos habilitantes numerales 1.12 y 1.13.<sup>55</sup> Una vez en cámara arbitral, el 29 de diciembre de 2010 se suscribió el acta de acuerdo directo no. 21 del 2010, en la que se concluyó que:

Las partes no llegan a acuerdo, la sociedad comisionista compradora saldrá al mercado nuevamente a solicitar el producto de la operación motivo de la presente reunión, y la sociedad comisionista vendedora no entregará los computadores adicionales ofrecidos ya que no se continuará con la operación.<sup>56</sup>

En respuesta a la Solicitud de Explicaciones Formales hechas, la sociedad comisionista REYCA S.A., sobre éste punto mencionó que se cumplió con lo dispuesto en la Ficha Técnica de Negociación puesto que:

Partiendo de cómo se encuentra definido el requisito de las certificaciones de calidad en la FTN, únicamente con la certificación expedida por el representante legal de nuestro mandante se daría cumplimiento a este requisito, en cuanto a las certificaciones adjuntas al documento señalado anteriormente, cabe aclarar que la operación de nuestro mandante en ese momento, se desarrollaba así:

<sup>53</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 167 a 169.

<sup>54</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 167 a 169.

<sup>55</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 191-193

<sup>56</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 188



COMPUMAX es una marca de computadores, registrada ante la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia en cuya operación participan activamente 2 empresas que funcionan bajo la misma figura y en las cuales el grupo accionario y Representante Legal es el mismo, estas son: COMPUMAX ZONA FRANCA: [...] cuya participación está directamente relacionada con los procesos de Importación de bienes, almacenamiento, fabricación, logística de distribución y despacho. Todos los procesos de COMPUMAX ZONA FRANCA están certificados bajo la norma ISO 14.000 cuya finalidad es mitigar el impacto Medio ambiental que genera la elaboración de estos productos. Igualmente se encuentra COMPUMAX COMPUTER LTDA: [...] la cual tiene como objeto administrar todos los recursos y comercializar los productos. Parte de la operación de COMPUMAX COMPUTER LTDA funciona dentro de COMPUMAX ZONA FRANCA, como por ejemplo la Fabricación, Diseño y desarrollo, Dirección de Retail y Grandes Superficies, Dirección de Negocios corporativos y sector gobierno, auditoría interna de calidad, Facturación, despachos etc.<sup>57</sup>

El Área de Seguimiento concluyó que la Sociedad Comisionista REYCA S.A. incumplió con la entrega de un requisito habilitante contenido en la Ficha Técnica de Negociación puesto que la certificación ISO 14000 allegada, pertenece es a la sociedad COMPUMAX ZONA FRANCA S.A., la cual *“es ajena a la negociación objeto de estudio y distinta al cliente representado por la sociedad encartada, pues el cliente de quien recibió la orden la sociedad comisionista vendedora fue de COMPUMAX COMPUTER LTDA., tal y como se evidencia del sistema de información bursátil en donde se establece que el mandante de la operación No. 12249917 fue COMPUMAX COMPUTER LTDA.”*

En sus descargos, la disciplinada manifestó que al tratarse de sociedades vinculadas que comparten procesos productivos en el mismo sitio, lo cual se deriva de la verificación de las certificaciones de las normas ISO 9001 e ISO 14000<sup>58</sup>, y que existía un contrato entre estas para la elaboración de los computadores, se habría dado cumplimiento a lo requerido por la ficha técnica de negociación dado que su redacción no era claro que la misma exigiera que todas las certificaciones fueran expedidas a nombre de la misma sociedad. Aunque la disciplinada aportó certificados de existencia y representación legal de las sociedades<sup>59</sup> mencionadas, éstos no prueban dentro del proceso lo manifestado en sus descargos en relación con la existencia de grupo empresarial o de situación de control. Por consiguiente, es evidente para la Sala que se incumplió con la ficha técnica de negociación para lo que se somete a lo señalado en los numerales 1.1 y 1.13

<sup>57</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 2, folios 469-470

<sup>58</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 2, folios 158 y 160

<sup>59</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 6, folios 6-12



**6.1.4. Incumplimiento de los requisitos habilitantes establecidos en la ficha técnica de negociación en la operación No. 15455137, 15462474 y 15462475 (barra de granola, chocolatina y leche condensada)**

Las operaciones forward MCP no. 15455137, 15462474 y 15462475, para la entrega de leche azucarada, barra de chocolate y mixtura de cereales y frutas secas fueron celebradas el 10 de mayo de 2012 entre Reyca S.A., actuando en calidad de comisionista vendedor por cuenta de su comitente Pulpafruit S.A., a Agrofib S.A., quién actuaba como comisionista comprador del ICBF.

Mediante comunicaciones AF-0124 del 18 de mayo de 2012<sup>60</sup> y AF-0133 del 22 de mayo de 2012<sup>61</sup>, Agrofib S.A. señaló que:

De acuerdo a la solicitud de nuestro mandante los motivos para solicitar la declaratoria de incumplimiento corresponden entre otros a la no presentación del REGISTRO UNICO DE PROPONENTES, al no cumplimiento del NIVEL MAXIMO DE ENDEUDAMIENTO, al no cumplimiento del SUMINISTRO DE LA INFORMACIÓN FINANCIERA CON CORTE AL 31 DE DICIEMBRE DE 2011 y a la condición de que la información contenida en el RUP deberá estar EN FIRME al momento de realizar la negociación, tal cual aparece en el requisito establecido en la FT (...) <sup>62</sup>

La ficha técnica de negociación establecía lo siguiente:

|  |  |
|--|--|
| <b>15455137,<br/>15462474, y<br/>15462475</b>  | <b>FICHA TÉCNICA NEGOCIACIÓN<sup>63</sup></b>  |
| <b>Entidad</b>   | <b>ICBF</b>  |
| <b>Fecha<br/>Negociación</b>   | 10 de mayo de 2012   |
| <b>8. CONDICIONES<br/>Y<br/>OBLIGACIONES<br/>DE LA<br/>SOCIEDAD<br/>COMISIONISTA<br/>VENDEDORA</b> | <b>8.2.3 Registro Único De Proponentes</b><br>Teniendo en cuenta que en virtud del Artículo 6.1.2.2 del Decreto 734 de 2012 se indica que “Todas las personas naturales o jurídicas nacionales, o las extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, deberán estar inscritas en el Registro Único de Proponentes”, los Comitente Vendedores deberán allegar el Registro Único de Proponentes original expedido por la Cámara de comercio cuya fecha de expedición no podrá ser superior a treinta (30) días calendario anteriores a la fecha de revisión de la documentación y encontrarse en firme a la fecha de cierre de la negociación en la BMC, en el que se acredite que se encuentran inscrito según aplique en de las |

<sup>60</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folios 334 y 335.

<sup>61</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folios 333 y 332.

<sup>62</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folios 334 y 335.

<sup>63</sup> Expediente 087-2013 CD en cuaderno No. 2, carpeta No. 6, denominado “AS-080-13- REYCA exp.087-13”



siguientes clasificaciones así:

| DECRETO 734 DE 2012   |                 |  |           |  |
|---|-----------------|--|-----------|--|
| GRUPO DE ALIMENTOS  | ACTIVIDAD       | ESPECIALIDAD   | GRUPO     |  |
| <u>PRODUCTOS LÁCTEOS</u>  | 03<br>Proveedor | Especialidad 1:<br>Animales vivos y productos del reino animal | Gr.<br>04 | Leche y productos lácteos  |
| <u>ACOMPANANTES</u>   | 03<br>Proveedor | Especialidad 4:<br>Productos de las industrias alimentarias    | Gr.<br>04 | Preparaciones a base de cereales, de harina, de almidón; productos de pastelería.                              |
| <u>POSTRES</u>  | 03<br>Proveedor | Especialidad 2:<br>Productos del reino vegetal                 | Gr<br>03  | Frutos comestibles, cortezas de agrios o de melones y/o  |
|   |                 |  | Gr<br>05  | Cereales   |
|   |                 |  | Gr<br>07  | Semillas o frutos oleaginosos, semillas o frutas diversos, plantas industriales o medicinales, paja y forrajes |
|   |                 |  | Gr.<br>02 | Azúcares y artículos de confitería   |
| <p>Las personas jurídicas y cada uno de los integrantes de Consorcio o Unión Temporal, deben encontrarse inscritos en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio, calificados y clasificados en las actividades solicitadas. El comitente vendedor deberá acreditar la clasificación según el (los) ítem(s) de alimentos para el (los) cual(es) pretenda realizar la negociación. Para el ítem 3 – POSTRES, deberá estar clasificado en una o varias de las especialidades y grupos mencionadas en la tabla anterior. En caso de Consorcio o Unión Temporal las clasificaciones aquí exigidas deberán ser cumplidas por todos sus integrantes. La <b>inscripción en el RUP</b> del comitente vendedor y de cada uno de los integrantes del consorcio o unión temporal <b>deberá encontrarse en firme a la fecha de presentación de la documentación a la BMC.</b> (se destaca)</p> |                 |  |           |  |

El 22 de mayo de 2013 Pulpafruit S.A., respecto de las observaciones hechas sobre requisito habilitantes –RUP-, solicitó tener en cuenta que:

“Inicialmente el registro único de proponentes de Pulpafruit S.A cuenta con vigencia desde el 14 de septiembre de 2011 hasta el 13 de septiembre 2012 y se encuentra en firme. La actualización de la información realizada el día 3 de mayo de 2012 no hace que el registro pierda vigencia ni que hayan cesado sus efectos legales. Por lo tanto en todo momento Pulpafruit S.A. ha mantenido un registro único de proponentes vigente, en firme y actualizado.”<sup>64</sup>

<sup>64</sup>Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folios 773 y 774.

De acuerdo con lo anterior, la Bolsa mediante PSD-244 del 22 de mayo de 2012<sup>65</sup>, decretó el incumplimiento de las operaciones por cuanto se había incumplido con los requisitos habilitantes establecidos en la ficha técnica de negociación en las tres operaciones.

Sin embargo, el 30 de mayo del 2013 la Bolsa, mediante oficio PSD-268<sup>66</sup>, declaró la anulación de las operaciones en cuestión al no demostrar la capacidad técnica, jurídica y financiera requeridas, en ejercicio de la facultad otorgada por el parágrafo del artículo 3.2.3.2.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación, con lo cual dejó sin efecto el incumplimiento comunicado mediante el PSD-244.

En respuesta formal del 14 de enero de 2013 a las explicaciones institucionales solicitadas el 11 de diciembre de 2012 mediante comunicación ASI-417-12, Reyca S.A. sostuvo que no hubo incumplimiento por parte de la misma, solicitando el archivo de la investigación, pues afirmó que el RUP si se encontraba firme y vigente al momento del cierre de la negociación y no, como sostiene la entidad compradora, que manifestó que el mismo no se encontraba en firme y que se trataba de un requisito insubsanable. Así, pues, argumentó Reyca S.A.:

[...] que al momento de la negociación y cierre de las operaciones, (22 de Mayo-12), dicho documento se encontraba con plena vigencia (la cual se extendía desde el 14 de Septiembre-11 y hasta el 13 de Septiembre-12) y en firme; y que el hecho de que se hubiese realizado una actualización de información el 03 de Mayo de 2012 no hacía que el registro perdiera dicha vigencia, ni que como resulta obvio, el mismo hubiese perdido efectos legales. [...] se solicitó ante la BMC la intervención de la Cámara Arbitral con el propósito de llegar a un acuerdo con la Entidad y poder continuar con las operaciones dado que ya que solo (sic) faltaban dos (2) días para que la nueva información quedara ratificada en el RUP, y atendiendo el hecho de que esto no afectaba la calidad del producto requerido ni la oportunidad en su entrega y de que el mandante ya había incurrido en todo (sic) los gastos necesarios para la ejecución de la operación en los términos pactados. Dicha solicitud fue también rechazada por la entidad.<sup>67</sup>

La Sociedad Comisionista sostiene en concordancia con el artículo 1746 del Código civil que<sup>68</sup>:

[...] al haberse declarado la nulidad de las operaciones celebradas las partes debieron haberse restituido al estado en el que se encontraban antes y los efectos de la operación, al retrotraerse, deja a las firmas como si las misma (sic) nunca se hubiese celebrado, motivo por el cual se hace improcedente la declaratoria de incumplimiento por un hecho que no ocurrió,

<sup>65</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folios 337 y 338.

<sup>66</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folios 339.

<sup>67</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folio 458

<sup>68</sup> Código Civil, **artículo 1746. Efectos De La Declaratoria De Nulidad.** La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.



es decir, no existe materialidad en el mismo, por lo que el procedimiento disciplinario para esta operación debe también cesarse de inmediato.<sup>69</sup>

En pliego de cargos el Área de Seguimiento, estableció que:

En efecto, la sociedad investigada argumenta que el RUP se encontraba vigente en la medida en que el documento se extendía desde el 14 de septiembre de 2011 al 13 de septiembre de 2013; no obstante lo anterior, no se encontraba en firme, ya que como él mismo lo mencionó presentaba una actualización realizada el **3 de mayo de 2012** que sólo queda en firme pasados diez (10) días hábiles conforme a lo señalado en el Decreto 19 de 2012. Así las cosas, la actualización realizada quedó en firme sólo hasta el **17 de mayo de 2012**, lo que significa que al momento de la celebración de las operaciones, esto es entre el **9 y 10 de mayo**, el tantas veces mencionado RUP no se encontraba en firme, incumpliendo así con lo establecido en la ficha técnica de negociación antes enunciada.

Ahora bien, es claro que la sociedad comisionista vendedora REYCA S.A., como profesional del mercado no sólo ha debido advertir a su mandante sobre la necesidad de cumplir con este requisito conforme lo exigía la ficha técnica de negociación, sino que era su obligación aportarlo tanto vigente como en firme el RUP, para de esta manera dar cumplimiento a los requerimientos de la ficha técnica de negociación.<sup>70</sup>

Para la Sala es claro que la disciplinada tenía el conocimiento de los requisitos establecidos en la ficha técnica de negociación, en consecuencia sabía en cuales condiciones debía estar el Registro Único de Proponentes para el momento de la celebración de la operación y aun conociendo acerca de la actualización del documento, permitió que su cliente llevara a cabo la operación. El hecho de que luego de corroborar el estado del RUP, la operación hubiera sido anulada, no quiere decir que ésta no se hubiera celebrado. Por esta razón no es de recibo el argumento que la disciplinada esgrime sobre la imposibilidad de declarar el incumplimiento por la nulidad de las operaciones.

Ahora bien, la Sala coincide con el Área de Seguimiento respecto de las fechas de firmeza del documento luego de llevar a cabo su actualización y reitera la responsabilidad que la disciplinada tenía como profesional del mercado de informar y asesorar a su cliente sobre la manera de tramitar el documento en referencia y las implicaciones que tendría llevar a cabo la actualización del mismo en las fechas relativas a la celebración de la operación. Lo anterior, bajo el entendido de que la firmeza de la modificación de los actos inscritos en el RUP, sólo se puede predicar después de 10 días hábiles de la publicación en el Registro Único Empresarial y Social, RUES.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2, folio 457.

<sup>70</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No.3, folios 36-37

<sup>71</sup> Decreto 19 de 2012, artículo 221, modifica el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.



### 6.1.5. Incumplimiento de los requisitos establecidos en la ficha técnica de negociación en la operación No.15420317 (Refrigerios)

La operación forward MCP No.15420317 fue celebrada el día 3 de mayo de 2012 en rueda No. 84 por Reyca S.A., en calidad de comisionista vendedor por cuenta de su mandante Unión Temporal Emprender compuesta por Grupo Empresarial Food S.A. e Interamericana LTDA, con el fin de efectuar el suministro de refrigerios escolares a colegios oficiales del Distrito Capital donde Miguel Quijano y CIA S.A. actuó como mandante comprador de la Secretaría de Educación del Distrito.

Según ficha técnica de negociación<sup>72</sup>, el comitente vendedor debía contar con una planta de ensamble que cumpliera a cabalidad con las medidas higiénico sanitarias dispuestas en el Decreto 3075 de 1997 y que adicionalmente dicha planta debía estar en condiciones de operatividad inmediata. Así mismo se advierte que:

El comitente comprador, el comitente vendedor, el comisionista comprador, el comisionista vendedor y la interventora verificará las condiciones de la planta, operatividad inmediata, capacidad de almacenamiento, funcionamiento de cuartos fríos y bandas transportadoras, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al cierre de la negociación. Si se presenta no conformidad se otorgará un (1) día hábil para subsanarlas de no cumplir, el comitente comprador podrá declarar incumplimiento de los requisitos técnicos, dando aviso de tal circunstancia al comisionista comprador para que se realice una nueva negociación de forma inmediata. [...] <sup>73</sup>(se subraya)

La sociedad comisionista Miguel Quijano y Cía. S.A mediante comunicación MQSED-012-12 de mayo 9 de 2012, solicitó el incumplimiento de la operación por inhabilidad en el aspecto técnico del mandante comprador ya que la planta no cumplía con los requisitos basándose en lo siguiente:

De acuerdo a la visita técnica realizada el día 7 de mayo y en el seguimiento el día 9 de mayo al plazo establecido de 1 día hábil para subsanar las no conformidades, se establece INHABILIDAD en el aspecto técnico por parte del mandante comprador UT EMPRENDER debido a:

1. Los cuartos fríos no se encuentran armados en su totalidad en el momento de la visita, por lo tanto la planta no se encuentra en operatividad inmediata.
2. La planta no cumple en su totalidad con el decreto 3075 de 1997 ya que se reincide en las siguientes no conformidades:

<sup>72</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 1 folio 44

<sup>73</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 1 folio 44



- Los cuartos fríos no se encuentran adecuados en su totalidad para el funcionamiento (faltan puertas, falta la unidad de frío).
- El piso de las áreas de almacenamiento presenta láminas sobrepuestas cubriendo claraboyas lo cual presenta un riesgo de seguridad industrial y de inocuidad de los alimentos.
- Los pisos de los cuartos fríos se encuentran en mal estado presentan espacios en deterioro.
- Instalaciones eléctricas sin protección.
- Las medias cañas no se encuentran totalmente terminadas uniendo piso y paredes
- Falta señalización de áreas. [...] <sup>74</sup>

En efecto obran en el expediente las respectivas actas de las visitas celebradas en donde el 4 de mayo de 2012 quedó constancia de que no hubo personal que guiara la visita, por esta razón se suspende y se solicita reprogramación <sup>75</sup>. El 7 de mayo de 2012 se efectuó la visita y se hizo la siguiente observación:

Los cuartos fríos no se encuentran terminados, faltan puertas, presentan separación en uniones pared, techo y los difusores no están en funcionamiento (no se pudo verificar su funcionamiento), los planos de las áreas afectadas no permiten la circulación en el área de proceso. Los pisos de las áreas de proceso presentan láminas de drywall en área proveedores y almacenamiento de producto terminado en seco. Los pisos de los cuartos fríos presentan fisuras y faltan acabados. La banda de la línea de ensamble se encuentra pintada de blanco. Se presentan deficiencias en instalaciones eléctricas (cables descubiertos y lámparas sin protección). Las medias cañas no se encuentran terminadas. El área de lavado requiere pintura epóxica. Falta señalización de las áreas del proceso. La producción se encuentra en un 2 piso y la planta cuenta con un elevador de carga del cual no se pudo verificar funcionamiento por mantenimiento. [...] Por lo anterior se requiere ajustar los planos de cada una de las áreas y se da el plazo de un (1) día hábil para presentar la planta con las capacidades de almacenamiento óptimas para ejecución del suministro adjudicado en puja. La planta presenta inhabilidad y por tanto queda pendiente el concepto hasta visita del miércoles 9 de mayo de 2012. Se descontaron 72 canastillas a la capacidad de cada cuarto frío por posición (ubicación) del difusor [...] <sup>76</sup>

Finalmente el 9 de mayo de 2012 se llevó a cabo visita de verificación de ajustes la cual se suspendió por no encontrarse en operación los cuartos fríos de la planta. UT Emprender solicitó 4 horas para terminar los requerimientos de la visita, pero el equipo técnico no lo vio procedente toda vez que se había otorgado un plazo para ello. El comitente vendedor señaló que el incumplimiento fue marginal, solicitó una tasación del mismo y ofreció compensar a la Secretaría. <sup>77</sup>

<sup>74</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 2 folios 325-326

<sup>75</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 1 folio 37

<sup>76</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 1 folios 33 a 35

<sup>77</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 1 folio 25 y 26



El mismo 9 de mayo de 2012 la unión temporal respondió a la declaratoria de inhabilidad de la planta, haciendo las siguientes declaraciones:

1. La comisión de visita hizo observaciones estructurales que dejó registradas en el acta del 7 de mayo de 2012 las cuales no fueron verificadas ni consideradas en la visita del 9 de mayo y en las que se concentraron los integrantes de UT EMPRENDER y fueron cumplidas con integralidad.
2. Por lo anterior, el protocolo para la verificación del cumplimiento a las observaciones estructurales y secundarias realizadas, se pretermitió y solamente la inhabilidad se basó en el funcionamiento de los cuartos fríos
3. La UNIÓN TEMPORAL hizo importantes esfuerzos económicos para dar cumplimiento a las solicitudes de modificaciones estructurales, como la remoción de la columna, y el cambio y movimiento de dos difusores en los dos cuartos fríos, con lo cual fue necesario rediseñar todo el esquema de tubería y ductos de energía y suministro de red de frío; aspectos que fueron omitidos en la revisión del día 9 de Mayo
4. La visita del día 7 de mayo concedió un plazo de un (1) día hábil que se cumplía el día 9 de mayo de 2012, sin embargo, no determinó con exactitud hora de llegada para realizar la verificación de las observaciones efectuadas. Sin perjuicio de lo anterior si fue absolutamente rigurosa en no conceder un plazo mínimo de cuatro (4) horas solicitadas para poder culminar los requerimientos técnicos que permiten como ya es posible el funcionamiento a la perfección de los cuartos fríos y lavanda transportadora.
5. Al parecer la visita se centró en el único requisito de funcionamiento que fundamentó su decisión, sin entrar a considerar el esfuerzo que ha hecho el adjudicatario por cumplir a cabalidad con las observaciones estructurales formuladas por los delegados de la Secretaria de Educación Distrital.
6. Es muy relevante destacar que el plazo solicitado de cuatro (4) horas se realizó en consideración a las expresas condiciones técnicas, no producía una extensión en el plazo inicialmente otorgado en tanto y en cuanto dicho plazo fue conferido por un día hábil, vale decir, 8 de mayo de 2012 que vence a las 12pm del día en comento. Ahora bien, para la validación del cumplimiento de estos ajustes no se determinó de manera concreta la hora en la que se surtiría la visita de verificación, lo que permite inferir que si no hubo una hora formal no es relevante si la misma se prorroga o no en un lapso irrisorio dado que sobre el aspecto puntual de la hora no se había fijado parámetro alguno.
7. Si hubiese existido una hora determinada de cumplimiento manifestada y comunicada de manera formal, estaría la UT incumpliendo el término conferido, no obstante, es necesario poner de presente que de acuerdo con la ley civil los plazos de día vencen a las 12 horas pm del día mencionado.
8. Aunado a lo anterior, la UT EMPRENDER solicitó la tasación del valor de los ajustes pendientes para la hora de la visita de validación, con el objeto de compensar a la Secretaria de Educación Distrital con una oferta de mayor producto al negociado, aspecto que tampoco fue aceptado, a pesar de ser una metodología establecida en la ficha técnica de negociación para eventos de incumplimiento en la etapa de ejecución del contrato.



9. Finalmente la UT EMPRENDER tuvo las instalaciones en operación integral de los cuartos fríos, unas horas después de la visita de los señores de la Secretaria de Educación Distrital, prueba de lo cual el registro fotográfico<sup>78</sup> que se adjunta a la presente declaración.<sup>79</sup>

No obstante los argumentos expuestos por el vendedor, la administración de la Bolsa declaró el incumplimiento en las obligaciones de la ficha técnica de negociación, requisitos técnicos de las plantas de ensamble de la operación en las condiciones anotadas por el comisionista comprador, mediante comunicación PSD-222 de 9 de mayo de 2012.<sup>80</sup>

Con posterioridad, el 17 de julio de 2012 el Área de Seguimiento realizó visita específica a la planta de ensamble durante la cual se concluyó que UT Emprender presentó información contable desactualizada respecto de uno de sus integrantes, Interamericana S.A., que existió falta de conocimiento del cliente, pues evacuaron superficialmente aspectos relevantes para el cumplimiento de requisitos de la planta de ensamble tales como la capacidad de ensamble, operatividad inmediata y condiciones de funcionamiento y que adicionalmente existieron contradicciones entre las visitas realizadas por Reyca S.A., INVIMA y Secretaria de Educación Distrital a la planta.<sup>81</sup>

En respuesta a las explicaciones institucionales solicitadas el 11 de diciembre de 2012 mediante comunicación ASI-417-12, la sociedad comisionista Reyca S.A., el 14 de enero de 2013, negó las presuntas conductas endilgadas a Reyca S.A. y por lo tanto rechazó cualquier acción disciplinaria que estas conlleven.

En lo referente al cumplimiento de los requisitos habilitantes previstos en la ficha técnica de negociación afirma que *“el Mandante UT Emprender, allegó oportuna y completamente los documentos que esta Sociedad Comisionista de Bolsa radicó previo a la realización de la subasta, en el departamento técnico de la BMC Exchange, no de otra forma y de acuerdo con el reglamento de la bolsa y el Mercado de Compras Públicas, en adelante MCP, hubiera sido posible participar en la rueda de negociación citada.”*

Respecto de la planta de ensamble precisa lo siguiente:

[...] la tipificación del incumplimiento se da por inhabilidad de la planta, no por incumplimiento de requisitos habilitantes, lo que permite pre concluir que esta Sociedad Comisionista de Bolsa actuó con diligencia, deber profesional y buena fe, ceñida a los protocolos establecidos por la Bolsa, y nuestras propias políticas internas en relación con los clientes.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 1 folios 64 a 67

<sup>79</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 1 folios 69 a 71

<sup>80</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 2 folios 329- 331

<sup>81</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 1 folios 244-268

<sup>82</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 2 folio 446



La sociedad comisionista aclaró que:

La planta de alimentos, así como los formatos de acta de visita pre y post rueda de negociación, junto con nuestras declaraciones, que Ustedes conservan dentro del expediente del negocio, dan testimonio que en relación con los elementos tipificados como incumplidos, vale decir, i) cuartos fríos, ii) pisos, iii) instalaciones eléctricas, iv) medias cañas y v) señalización, todo sin excepción alguna, estaban y siempre han estado presentes y en condiciones de operación normales, muy distinto es, que a la luz de la revisión de parte del Mandante Comprador, los mismos no estuvieran acordes con lo que esperaba la SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL en adelante SED. El mandante vendedor tenía la legítima intención de optimizar su infraestructura, en aras de prestar el mejor servicio en el suministro de los alimentos a la población objeto del Programa que atiende la SED.<sup>83</sup>

Reyca S.A. rechazó una supuesta ausencia de conocimiento de sus clientes afirmando que Comercializadora y Distribuidora Interamericana LTDA. y Grupo Empresarial Food habían compartido participaciones en operaciones en el mercado de compras públicas durante 5 años al igual que en procesos de contratación estatal donde habían participado como contratistas cumpliendo los objetos de dichos contratos. La investigada sostuvo que Grupo Empresarial Food acreditó experiencia específica en suministros de alimentos a la Secretaría de Educación Distrital y que durante la visita realizada por el Área de Seguimiento ésta pudo constatar el cumplimiento de los protocolos de vinculación de clientes llevados a cabo por la sociedad comisionista de bolsa.<sup>84</sup>

Ahora bien, en sus descargos la sociedad comisionista insistió en las apreciaciones hechas en la respuesta a la solicitud de explicaciones formales y adicionó argumentos de acuerdo a lo señalado por el Área de Seguimiento.

De acuerdo al análisis efectuado al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ficha técnica de negociación de la operación, Reyca S.A. afirmó que en la visita se hicieron observaciones caprichosas por parte de la Comisión de visita.

Los aspectos citados como de no recibo e incumplimiento de parte de la planta fueron cinco (5) situaciones puntuales que se originaron a partir de las observaciones caprichosas y en nuestro modesto entender subjetivas que realizó la Comisión de Visita Técnica que adelantó la Secretaria de Educación Distrital y que conminó a la decidida necesidad del comitente vendedor a poner en cumplimiento la planta de acuerdo con las exigencias y requisitos exigidos en la visita.<sup>85</sup>

<sup>83</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 2 folio 445

<sup>84</sup> Comparar con: Expediente 087-2013. Cuaderno No. 2 folio 443

<sup>85</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno 3 folio 304



Así mismo afirmó que la planta estaba en funcionamiento, sin embargo las observaciones hechas por la Secretaría de Educación Distrital implicaron obras civiles que debían hacerse en un día.

Las observaciones se presentaron el día 7 de mayo de 2012 a las 9:00 pm y la visita de verificación se efectuó el día 8 de mayo a las 9:00 am, es decir al día siguiente en la mañana, con lo cual se dio de manera desconsiderada 12 horas, de la noche, para efectuar una obra civil y poner todo a punto la planta [...] <sup>86</sup>

Agregó que:

[...] las obras exigidas no significaron la reforma o el mejoramiento en la calidad del producto, sino que obedecieron al subjetivismo del funcionario [...] <sup>87</sup>

En relación a la naturaleza y dimensión de los hallazgos del acta de visita definitiva del 9 de mayo de 2013 la sociedad comisionista insistió que los cuartos fríos, pisos, instalaciones eléctricas, medias cañas y señalización cumplieran con los estándares de la ficha técnica de negociación pero se accedió a hacer los cambios, lo que generó finalmente el incumplimiento. <sup>88</sup>

Al respecto afirmó la investigada que las entidades públicas podían hacer observaciones de carácter secundario a la planta, no estructurales y que como requisito habilitante, previo al desarrollo de la operación la sociedad comisionista tuvo que entregar un flujo de producción de plano de la planta donde se encontraba el diseño de la misma. Cuando se practicó la visita de la Secretaría de Educación Distrital sus funcionarios preguntaron sobre la existencia de columnas dentro de la planta y le solicitaron a la disciplinada eliminarlas, haciendo énfasis en una que se encontraba dentro del cuarto frío debido a que no podrían movilizar los refrigerios pues la columna impediría el movimiento de la estiva que servía como herramienta para el traslado del producto. Afirma la investigada que durante una noche tumbaron columnas que pesaban 5 toneladas cada una y como consecuencia quedaron grietas en los pisos y paredes tenían que estar pintados con pinturas epóxicas las cuales necesitaban de 24 horas para secar. <sup>89</sup>

Respecto del Incumplimiento del deber de diligencia por parte de Reyca S.A. y conocimiento del cliente en las distintas etapas de negocio que dio origen a la operación, la sociedad comisionista afirmó en sus descargos que revisó todos los documentos de su cliente para asegurarse de que cumplía con la ficha técnica de

<sup>86</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno 3 folio 302

<sup>87</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno 3 folio 302

<sup>88</sup> Expediente 087-2013. Comparar con Cuaderno 3 folio 300

<sup>89</sup> Comparar con: Expediente 087-2013. Cuaderno 4, folios 411-414



negociación, le explicó las obligaciones que asumía, verificó que fuera hábil para participar en la operación, visitó las instalaciones de la planta y revisó en el comité de riesgos las calidades de quienes conformaban la Unión Temporal Emprender.<sup>90</sup>

Durante audiencia de ampliación de descargos el representante legal de Reyca S.A. señaló que, previo a la celebración de las operaciones, fue en, por lo menos, dos ocasiones a verificar la existencia y las capacidades de la planta para efectuar el ensamble de alimentos. En las mencionadas visitas confirmó el conocimiento del cliente, confirmó que la Unión Temporal estaba conformada por el Grupo Empresarial Food, quien aportaba la experiencia de ensamble y suministro de alimentos, e Interamericana LTDA, quien era el aval financiero de la operación, asegurándose que quien operaba la planta, había participado en múltiples operaciones en el mercado de compras públicas, ya que era un cliente vinculado a Reyca S.A. años atrás, y acreditó experiencia específica en refrigerios escolares con la Secretaría de Educación Distrital. A su vez afirmó que Interamericana LTDA también era un cliente con experiencia a través de la Bolsa y que había participado en varias operaciones con REYCA S.A. y con otras sociedades comisionistas miembros de la Bolsa.<sup>91</sup>

Así mismo la sociedad comisionista insiste en la ausencia de antijuridicidad de la conducta al no existir dolo o culpa grave imputable al investigado ni perjuicio alguno en contra del mercado y de terceros argumentando que no se causó perjuicio al mercado debido a que se realizó otra vez la operación y se adquirió el objeto de compra a cargo de la Secretaría de Educación Distrital y que por el contrario se publicó en los medios de comunicación que fue un éxito la operación.<sup>92</sup>

REYCA S.A. afirma que no se dio aplicación a los postulados de solución de controversias contractuales de que tratan las normas de contratación administrativa, el código civil y los boletines de la Bolsa para el MCP y que *“en concordancia con la costumbre, la Bolsa Mercantil de Colombia acepta y ha regulado la posibilidad de solucionar controversias que se presenten en ejecución de una operación, siempre y cuando la misma no implique la modificación de los bienes o productos que dan origen a la propia operación”*<sup>93</sup> en este caso existían posibilidades para cubrir las eventualidades y no declarar incumplida la operación pero no fueron atendidas por el comité de verificación técnica.

En este caso, la Sala considera que la disciplinada debió tener una mayor asesoría en el momento de estructurar la planta de ensamble para evitar inconvenientes tales como la manipulación de los refrigerios dentro del cuarto frío, los cuales generaron consecuencias

<sup>90</sup> Comparar con: Expediente 087-2013. Cuaderno 3 folios 297-296

<sup>91</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno 4 folios 411-417

<sup>92</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 4 folios 416

<sup>93</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 3 folios 293



graves para el desarrollo de la operación. Si la disciplinada afirmó haber realizado varias visitas de verificación a la planta, en estas pudo haberse asesorado de un profesional experto en diseño y funcionamiento de la misma que hubiera podido prever que la columna dentro del cuarto frío obstaculizaría el paso de la estiva por medio de la cual movilizaban los refrigerios y en consecuencia hubiera podido generar una solución previa y eficaz que evitara observaciones en las visitas realizadas por la Secretarías de Educación Distrital y por consiguiente no se hubiera generado el incumplimiento por requisitos incluidos en la ficha técnica de negociación.

Ahora bien, entiende la Sala que la disciplinada actuó de manera diligente al aceptar de buena fe las sugerencias hechas en la visita realizada por la Secretaria de Educación Distrital y en consecuencia proceder a hacer las modificaciones estructurales respectivas. Sin embargo es evidente que las mismas pudieron ser previstas por la investigada en las múltiples visitas que manifestó que realizó a la planta por lo que la Sala fallará de conformidad, encontrando que faltó al deber de asesoría toda vez que tuvo la oportunidad de prever que su cliente no iba a estar en condiciones de cumplir con lo exigido a través de la ficha técnica de negociación.

## 6.2. Consideraciones de la sala en relación con incumplimientos en la entrega

El Área de Seguimiento en relación con las operaciones Nos. **12259054**, **12529754**, **14153573**, **15670458** y **15670263**, imputó a la sociedad comisionista de bolsa Reyca S.A., de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso y el análisis efectuado por esta área, la vulneración de los numerales 6<sup>94</sup>, 8, 11 y 20 del 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.

En ese orden de ideas, la actuación de la firma comisionista investigada configura las conductas objeto de investigación y sanción previstas en los numerales 11, 13 y 21 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., por el incumplimiento de las operaciones en cuanto a la entrega.

### 6.2.1. Incumplimiento parcial en la entrega del producto en la operación No. 12259054

La operación forward MCP No. **12259054** fue celebrada por Reyca S.A. en calidad de comisionista vendedor el 12 de diciembre de 2010, por cuenta de Industria Manufacturera de Calzado LTDA con las condiciones que se muestran a continuación<sup>95</sup>:

<sup>94</sup> "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."

<sup>95</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 200.



| Operación No. 12259054              |                             |                     |          |   |                |                         |  |
|-------------------------------------|-----------------------------|---------------------|----------|---|----------------|-------------------------|--|
| Rueda de Negociación                | Producto                    | Valor negociación   | Cantidad | Mandante Comprador                            | SCB compradora | Fecha entrega           | Fecha entrega Prorroga   |
| No. 213 del 12 de noviembre de 2010 | Botas de Combate Media Caña | \$ 2.330.847.292.17 | 18.522   | Armada Nacional – Dirección de Abastecimiento | Agrored S.A.   | 27 de diciembre de 2010 | Del 27 de diciembre de 2010 al 31 de enero de 2011 <sup>96</sup> |

El 16 de diciembre de 2010, el vendedor sustentó que para el proceso de fabricación era necesario contar con tela y el cuero, los cuales no fueron entregados por su proveedor en los tiempos estimados por problemas climáticos y de importación.<sup>97</sup> Por lo tanto, el vendedor solicitó prórroga el 16 de diciembre de 2010 bajo la comunicación REYCA#2010-2339 hasta el 31 de enero del 2011<sup>98</sup>, la cual fue aceptada por la entidad compradora mediante comunicación 211144 del 21 de diciembre de 2010<sup>99</sup> en la cual se estableció que se debe compensar con 80 pares de botas adicionales por el tiempo autorizado.

Posteriormente, el 21 de enero de 2011 Reyca S.A solicitó nuevamente a Agrored S.A una prórroga a la fecha de entrega hasta el 15 de marzo de 2011 debido a inconvenientes en la producción<sup>100</sup>, sin embargo, dichos argumentos no fueron aceptados por parte del comprador, lo cual fue comunicado por Reyca S.A. a su cliente el 24 de febrero de 2011 mediante comunicación 2011-0309.<sup>101</sup> En consecuencia, Agrored S.A. solicitó decretar el incumplimiento de la operación mediante comunicación CTA. AG. 2011-0383 el 1 de febrero de 2011.<sup>102</sup> En consecuencia, la Bolsa declaró el incumplimiento de la operación el 3 de febrero de 2011 mediante oficio PSD-056.<sup>103</sup> Durante la etapa de arreglo directo, el 9 de febrero de 2011 se firmó entre Agrored S.A y Reyca S.A. el Acta de arreglo Directo 007 de 2011, por medio de la cual se acordó lo siguiente:

1. El 10 de febrero se entregarán 9.900 unidades de botas con el certificado de calidad.
2. El 7 de marzo se entregaran 6.500 pares de botas.
3. El 15 de marzo se entregarán 2.200 pares de botas.

<sup>96</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 201.

<sup>97</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 815 y 816.

<sup>98</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 817.

<sup>99</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 807.

<sup>100</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 805 y 806.

<sup>101</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 802.

<sup>102</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 204.

<sup>103</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 205 y 206.

4. Se entregarán como indemnización 430 pares de botas con fecha máxima el 1 de junio de 2011.<sup>104</sup>

El 2 de marzo de 2011 Agrored S.A solicitó nuevamente a la Bolsa que se declarara el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Acta de Arreglo Directo 007 de 2011, debido a que a esa fecha no habían entregado 9.900 unidades.<sup>105</sup> En respuesta a la solicitud, la Bolsa declaró el incumplimiento parcial de la operación debido que si bien se había hecho entrega de 6.504 pares de botas correspondientes a la segunda entrega de acuerdo con el Acta 007 de 2011, tal como muestra el Acta de recepción de bienes No.070955R MAR/2011<sup>106</sup>, no se había realizado la entrega de las 9.900 unidades correspondientes a la primera entrega acordada puesto que según afirma el comitente comprador no contaba con el certificado de calidad exigido.<sup>107</sup>

Posteriormente, se hicieron diversas entregas, tal como consta en las respectivas Actas de recibo a satisfacción con fechas del 10 de marzo de 2011 (2.304 pares)<sup>108</sup>, 14 de marzo de 2011 (2.304 pares)<sup>109</sup>, 24 de marzo de 2011 (2.796 pares).<sup>110</sup> Sin embargo, el 24 de marzo de 2011, con el fin de propiciar nuevamente un arreglo directo por los conflictos derivados en la entrega, se firmó el Acta de arreglo directo No. 012 entre las partes y se acordó:

1. La entrega de 9.900 unidades de botas con certificado de calidad, el día 28 de marzo de 2011;
2. La entrega como indemnización de 250 pares de botas adicionales, sumadas con 430 acordadas en Acta No. 007 del 8 de febrero de 2011, para un total de 680 pares para entregar el 1 de junio de 2011;
3. Que el pago y la liberación de garantías está sujeto al cumplimiento en la entrega de la indemnización.<sup>111</sup>

No obstante lo pactado, se siguieron haciendo entregas con cantidades diferentes, de acuerdo con las Actas de recibo a satisfacción con fecha de 25 de marzo de 2011 (1.656 pares)<sup>112</sup>, el 28 de marzo de 2011 (1.644 pares)<sup>113</sup>, el 30 de marzo de 2011 (1.314 pares)<sup>114</sup>.

<sup>104</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 194 a 195.

<sup>105</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 217.

<sup>106</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 175.

<sup>107</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 218-220.

<sup>108</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 3 folio 174.

<sup>109</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 3 folio 173.

<sup>110</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 3 folio 172.

<sup>111</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 3 folio 185-187.

<sup>112</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 3 folio 171.

<sup>113</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 3 folio 170.

<sup>114</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 3 folio 169.



| Entregas     | Acta    | Fecha     | Objeto                     | Cantidad      | Valor Total             |
|--------------|---------|-----------|----------------------------|---------------|-------------------------|
| 1            | 070955R | 07-mar-11 | Bota de combate media caña | 6.504         | 949.433.307,04          |
| 2            | 101755R | 10-mar-11 | Bota de combate media caña | 2.304         | 336.330.617,99          |
| 3            | 141800R | 14-mar-11 | Bota de combate media caña | 2.304         | 336.330.617,99          |
| 4            | 241700R | 24-mar-11 | Bota de combate media caña | 2.769         | 408.151.218,71          |
| 5            | 251600R | 25-mar-11 | Bota de combate media caña | 1.656         | 241.737.631,68          |
| 6            | 281400R | 28-mar-11 | Bota de combate media caña | 1.644         | 239.985.909,04          |
| 7            | 301430R | 30-mar-11 | Bota de combate media caña | 1.314         | 191.813.555,57          |
| <b>TOTAL</b> |         |           |                            | <b>18.522</b> | <b>2.703.782.858,69</b> |

Presentadas las entregas realizadas, el 31 de marzo de 2011 la Armada Nacional presentó informe de recepción final del contrato en el que afirmó que a la fecha se habían recibido a satisfacción los bienes o servicios en un 100% del total del contrato, adicionalmente, que el contratista había dado cumplimiento total a los cronogramas pactados en el contrato, teniendo en cuenta que se aprobaron prórrogas hasta el día 30 de marzo de 2011.<sup>115</sup>

El 11 de diciembre de 2012, dados los incumplimiento presentados, el área de seguimiento envió Solicitud de Explicaciones Formales a Reyca S.A.<sup>116</sup>, quien el 14 de enero de 2013 realizó un recuento de los hechos acontecidos concluyendo que no existió perjuicio para la contraparte ni para el mercado, acotando que:

A pesar de ser la primera vez que se elaboraba este tipo de bota de combate en Colombia, con la experiencia de nuestro mandante se pudo cumplir con la calidad del producto y se entregó la totalidad de los pares negociados como también la totalidad de los pares indemnizados por los inconvenientes presentados en la negociación, por lo cual el comprador obtuvo un mayor número de pares a los esperados con la asignación presupuestal correspondiente.<sup>117</sup>

El 8 de julio de 2013, el Área de Seguimiento elevó pliego de cargos mediante oficio ASI-469-13 por el incumplimiento de la operación, pues sostiene que no existe causal válida de exoneración de responsabilidad por la no entrega del producto en las fechas previstas, cuya ejecución se tenía planeada en razón de la única prórroga solicitada de acuerdo a los procedimientos de la Bolsa para el 31 de enero de 2011, fundamentado en el artículo 3.2.1.5 de la Circular Única de Bolsa<sup>118</sup>, vigente para la época de los hechos y en el artículo 3.6.2.1.4.7 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa.<sup>119</sup>

<sup>115</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 3 folio 183 y 184.

<sup>116</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 416-430.

<sup>117</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 466 y 467.

<sup>118</sup> Circular Única de la Bolsa, **artículo 3.2.1.5.- Término para solicitar modificación a las condiciones de entrega.** La aplicación del mecanismo previsto en el artículo 3.6.2.1.4.7 del Reglamento de la Bolsa deberá solicitarse con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles a la fecha en que se pretenda o se haya debido realizar la entrega o prestación, o informarlo con la misma antelación tratándose de lo señalado en el numeral 2 del mismo artículo.

Adicionalmente el Área de seguimiento sostuvo que:

[...] en lo que respecta a la razón esgrimida por la sociedad investigada respecto a que el incumplimiento de la obligación obedeció a que era la primera vez que se fabricaba este producto en Colombia y que se basaba en una ficha técnica militar de un producto similar y que por tanto el desarrollo del mismo sería más complejo, es del caso resaltar que ReycaS.A. en el presente caso actuó como sociedad comisionista vendedora, es decir, que tenía la obligación de ilustrar y asesorar en debida forma al mandante tanto en lo estipulado en la ficha técnica, como en las demás condiciones que pudiera conocer de la negociación, incluyendo aquella relacionada con el cumplimiento estricto dentro de los términos pactados, como que se trataba de la elaboración de un producto nuevo y de compleja fabricación, pues son estos los elementos que le permiten a su cliente o mandante hacer una evaluación adecuada de si debe o no participar en la negociación a celebrarse en el mercado administrado por la BMC Exchange y si dentro de los términos previstos para la entrega se encuentra en capacidad de cumplir.<sup>120</sup>

En sus descargos, la disciplinada manifestó haber sido afectada por la temporada invernal, lo cual afectó los procesos logísticos asociados al manejo de la materia prima e insistió en que tratándose de una operación que no tenía antecedente en Colombia y en consideración a la experiencia de su cliente, los retrasos en la operación habrían sido normales. En relación con este punto, la sala comparte las consideraciones expuestas por el Área de Seguimiento anteriormente y no considera que las mismas sean causal para exonerar del cumplimiento de una operación a la disciplinada. En efecto, correspondía a la

---

Dicha información deberá ser presentada en medio electrónico ante el director del Departamento de Operaciones de la Bolsa quien, verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Reglamento, deberá informarlo a más tardar el día hábil siguiente a la CRC Mercantil.

<sup>119</sup>Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, **artículo 3.6.2.1.4.7. Modificación a las condiciones de entrega.** Sólo podrá modificarse el sitio y fecha de entrega pactado en la negociación, en los siguientes casos: 1. A solicitud de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa que actúe por cuenta de la entidad estatal, dentro de las tolerancias que en materia de distancia de entrega fije la Bolsa mediante Circular, lo cual no supondrá una modificación a las condiciones de negociación; 2. Las fechas de entrega del bien y/o producto o prestación del servicio, siempre que se trate de un acuerdo celebrado directamente entre las partes intervinientes en la operación y que lo hagan constar ante la Bolsa de conformidad con lo señalado a continuación; 3. Las fechas de entrega del bien y/o producto o prestación del servicio, siempre que las partes de la negociación atiendan ante el Comité Arbitral a un arreglo directo previo a las fechas de cumplimiento de las obligaciones.

Tratándose del evento regulado en los numerales 2 y 3, la modificación deberá ser informada conjuntamente por las partes intervinientes a la entidad a través de la cual se realice la compensación y liquidación y adicionalmente cumplir con los siguientes requisitos: 1. Haber sido aceptadas por las partes intervinientes en la operación; 2. Haber sido aceptadas por los clientes de las partes intervinientes en la operación, sin que ello afecte la validez del acuerdo; 3. Realizar el trámite de arreglo directo ante el Comité Arbitral con una antelación de por lo menos "X" días hábiles a la fecha en que se pretenda o se haya debido realizar la entrega o prestación, o informarlo con la misma antelación tratándose de lo señalado en el numeral 2; 4. Obedecer a situaciones justificadas por los comitentes de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa intervinientes en la operación, de conformidad con lo que la Bolsa determine mediante Circular, en razón de las características connaturales al negocio celebrado.

<sup>120</sup> Expediente 087-2013Cuaderno No. 3 folio 53.



disciplinada, en ejercicio de su deber de asesoría, prever la posibilidad de que esto pasara y analizar el riesgo respectivo para tener una contingencia del mismo. Sin embargo, la responsabilidad que pretende endilgársele no está asociada con este deber sino con la derivada del incumplimiento mismo que fue declarado por la Bolsa y que conllevó a la prórroga de la operación en varias ocasiones a través de la cámara arbitral.

En efecto, la posición de ésta Sala de la Cámara Disciplinaria es que en un mercado bursátil y específicamente en el administrado por la Bolsa sobre productos agropecuarios, agroindustriales o de otros *commodities*, el riesgo que se debe analizar y sobre el cual las sociedades comisionistas deben evaluar las posibilidades de cumplimiento, es aquél que se deriva del propio mercado y del producto negociado. Si bien pareciera que, dentro del término, trataron de dar aplicación a los mecanismos previstos en el Reglamento de la Bolsa para prorrogar las fechas de entrega nuevamente, la propuesta no fue aceptada por la contraparte. En consecuencia, se terminó presentando y declarando un incumplimiento en la operación por la ausencia de la entrega en los términos pactados, por lo que esta Sala reconocerá la existencia de responsabilidad disciplinaria por los hechos descritos en este numeral. Sin embargo, resulta pertinente tener en cuenta que en el caso en particular, la operación fue cumplida a satisfacción de la entidad estatal compradora, conjuntamente con la indemnización mencionada anteriormente y que se realizaron varios acuerdos buscando dar cumplimiento a la operación sin necesidad de llegar a nuevos incumplimientos, lo cual evidencia una actitud proactiva y diligente de parte de la disciplinada, todo lo cual será tenido en cuenta al momento de graduar la sanción.

### 6.2.2. Incumplimiento en la entrega del producto en la operación No. 12529754

La operación forward MCP **No. 12529754** fue celebrada por Reyca S.A. en calidad de comisionista vendedor el 28 de diciembre de 2010, actuando por cuenta de su cliente Manufacturas Cadugi S.A. con las condiciones que se muestran a continuación:<sup>121</sup>

| Operación No. 12529754              |                         |                   |          |                         |                    |                      |                        |
|-------------------------------------|-------------------------|-------------------|----------|-------------------------|--------------------|----------------------|------------------------|
| Rueda de Negociación                | Producto                | Valor negociación | Cantidad | Mandante Comprador      | SCB compradora     | Fecha entrega        | Fecha entrega Prorroga |
| No. 243 del 28 de diciembre de 2010 | Camiseta interior negra | \$ 36,832,320     | 6.600    | Comando Armada Nacional | Torres Cortés S.A. | 30 de marzo del 2011 | 8 de abril de 2011     |

Mediante Acta 01 de acuerdo entre las partes con fecha del 30 de marzo de 2011, estas acordaron la prórroga de la entrega del producto para el 8 de abril de 2011.<sup>122</sup>

<sup>121</sup> Comprobante de negociación Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 245.

<sup>122</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 244.

El 12 de abril del 2011, la sociedad comisionista Torres Cortés mediante oficio TC-733 solicitó la declaración de incumplimiento de la operación, de acuerdo con la comunicación.<sup>123</sup> La Bolsa solicitó a Reyca S.A. el 13 abril del 2011 el informe de entrega y los soportes correspondientes de la operación No. 12529754,<sup>124</sup> a la cual respondió la disciplinada mediante comunicación 2011-0560 señalando que hasta el momento no había sido entregada de acuerdo al acta de prórroga firmada puesto que la materia prima requerida para la elaboración del producto no había llegado a tiempo.<sup>125</sup> Mediante PSD-241 de 13 de abril de 2011, la Bolsa declaró el incumplimiento total de la entrega de la operación No. 12529754.<sup>126</sup>

En respuesta a la solicitud de explicaciones formales solicitadas el 11 de diciembre de 2012 mediante oficio ASI-417-12<sup>127</sup>, Reyca S.A., informa que para ésta operación:

[...] se presentó un retraso en la entrega de 5 días, retraso que obedeció netamente a la demora por el proveedor de la tela, debido a que el diseño de la misma presentaba características especiales de acuerdo a la ficha técnica del producto. Sin embargo, con el propósito de dirimir el conflicto generado y darle tranquilidad a la entidad estatal, se asistió a una cámara arbitral en la cual se estableció la nueva fecha de entrega del producto y la indemnización a entregar, como resultado, la operación se cumplió a satisfacción tanto en entrega como en pago, los soportes de la entrega (factura, acta de ingreso almacén y acta de recibo a satisfacción por parte del mandante comprador) se remitieron al comisionista comprador oportunamente y al departamento de operaciones de la BMC a través del comunicado REYCA 2011-0960, documentos que solicitamos se tengan como prueba dentro del expediente. [...] REYCA [...] actuó con diligencia y máximo cuidado en el desarrollo de la operación, por lo anterior y atendiendo que no existió perjuicio alguno ni a la contraparte ni al mercado, solicitamos a su despacho se sirva proceder con el archivo de la presente solicitud de explicaciones, y que no se continúe con actuación disciplinaria alguna en contra de REYCA por los hechos referidos.<sup>128</sup>

El 1 de abril de 2013 mediante comunicación AS-081-13 el Área de Seguimiento solicitó a la sociedad comisionista compradora Torres Cortés S.A en liquidación que remitiera copia de los documentos que acreditaran la entrega del producto correspondiente a la operación No. 12529754.<sup>129</sup>

<sup>123</sup> Expediente 087-2013Cuaderno No. 2 folio 246.

<sup>124</sup> Expediente 087-2013Cuaderno No. 2 folio 248.

<sup>125</sup> Expediente 087-2013Cuaderno No. 2 folio 249.

<sup>126</sup> Expediente 087-2013Cuaderno No. 2 folio 250 y 251.

<sup>127</sup> Expediente 087-2013Cuaderno No. 2 folio 416-430.

<sup>128</sup> Expediente 087-2013Cuaderno No. 2 folio 465.

<sup>129</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 603.



El 8 de julio de 2013 el Área de Seguimiento elevó pliego de cargos en contra de la sociedad comisionista Reyca S.A.<sup>130</sup> por la existencia de un incumplimiento parcial en la entrega, basado en el artículo 3.2.1.5 de la Circular Única referente al término para solicitar modificación a las condiciones de entrega<sup>131</sup> y el artículo 3.6.2.1.4.7 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa referente a la modificación de las condiciones de entrega.<sup>132</sup>

Al respecto es pertinente hacer referencia a lo manifestado en el numeral 5.3 de esta resolución donde se señala que la entrega extemporánea del producto implica un incumplimiento de las condiciones pactadas en este escenario de negociación, toda vez que las operaciones celebradas en la Bolsa deben cumplirse de manera estricta en las condiciones de tiempo, modo y lugar pactadas. Por esta razón los acuerdos de arreglo directo celebrados a instancias del Comité Arbitral de manera posterior a la ocurrencia del incumplimiento buscan la solución de controversias surgidas en desarrollo de las operaciones pero cuando el mismo se presenta a partir del incumplimiento de la operación celebrada en Bolsa, como ocurrió en este caso, no puede ser tenido como justificación de la conducta, toda vez que únicamente representa una compensación a la contraparte por el incumplimiento presentado y no modifica la integralidad de la operación, ni enerva la responsabilidad disciplinaria de la investigada quien incumplió con los deberes reglamentarios y legales que le atañen. De igual manera, es evidente que las modificaciones adicionales realizadas no cumplieron con el procedimiento establecido en el Reglamento a pesar de haber sido realizadas con el objetivo de subsanar los perjuicios y lograr el cumplimiento de la operación.

Sin embargo, resulta pertinente tener en cuenta que en el caso en particular, la operación fue cumplida a satisfacción de la entidad estatal compradora, conjuntamente con la indemnización y que se realizó acuerdo con el fin de dar cumplimiento a la operación sin necesidad de llegar a nuevos incumplimientos, lo cual evidencia una actitud proactiva y diligente de parte la disciplinada, todo lo cual será en cuenta al momento de graduar la sanción.

### **6.2.3. Incumplimiento total en la entrega del producto en la operación No. 14153573.**

La operación forward MCP **No. 14153573** fue celebrada por la sociedad comisionista Reyca S.A. en calidad de comisionista vendedor el 30 de septiembre de 2011, por cuenta de su

<sup>130</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 3 folio 1-83.

<sup>131</sup> Ver. Supra página 5.

<sup>132</sup> Ver. Supra página 5.



mandante Manufacturas Cadugi S.A.S con las condiciones que se muestran a continuación<sup>133</sup>:

| Operación No. 14153573               |                     |                   |          |                    |                |                    |
|--------------------------------------|---------------------|-------------------|----------|--------------------|----------------|--------------------|
| Rueda de Negociación                 | Producto            | Valor negociación | Cantidad | Mandante Comprador | SCB compradora | Fecha entrega      |
| No. 186 del 30 de septiembre de 2011 | Pantaloneta de baño | \$ 111.509.937    | 11.550   | Policía Nacional   | Bursagan S.A.  | Del 1 de diciembre |

| Fechas de entrega - Operación No. 14153573 |                     |                    |   |  |   |
|--|---------------------|--------------------|---|--|---|
| Rueda de Negociación                       | Producto            | Fecha entrega      | Fecha entrega Prorrogada  | Fecha entrega Prorroga   | Fecha de muestreo   |
| No. 186 del 30 de septiembre de 2011       | Pantaloneta de baño | Del 1 de diciembre | Del 1 al 15 de diciembre de 2011 <sup>134</sup><br>(Solicitado el 01/12/2011) | 27 de diciembre de 2011 (solicitado el 09/12/2011) (no se solicitó muestreo) | 13 de enero de 2012<br>24 de enero de 2012<br>27 de enero de 2012 |

El 28 de octubre de 2013, Manufacturas Cadugi S.A.S, envió muestra de producto a la Policía Nacional con el fin de que fuera evaluada la de acuerdo con las especificaciones generales dadas en ET PN 101 A4 y poder dar inicio a la elaboración del mismo.<sup>135</sup>

El grupo de calidad de la Policía Nacional realizó la evaluación de inspección respectiva el 11 de noviembre de 2011 en la cual se estableció que no cumplía con el registro en dos aspectos el primero trataba de los remates en los dos extremos para evitar que se deshilara y el segundo que se debía empacar en bolsas de polietileno con cierre hermético que las conservara limpias y en buen estado.<sup>136</sup>

El día 9 de diciembre de 2011 la empresa Manufacturas Cadugi S.A.S envió comunicación a la Policía Nacional solicitando prórroga de 12 días a la fecha de entrega del producto contados a partir del último plazo prorrogado a saber el 15 de diciembre. Es decir que la entrega del producto debería efectuarse el 27 de diciembre de 2011, lo anterior sustentado en que el 20% del material utilizado en la confección de las pantalonetas de baño solicitadas, contenían elastómero, material que es importado al puerto de Buenaventura y debido a la ola invernal y al derrumbe que tuvo lugar en la carretera de la línea en la segunda semana del mes de noviembre del 2011, se presentó un atraso en la fabricación debido a que los materiales fueron entregados el 3, 5 y 6 de diciembre de

<sup>133</sup> Comprobante de negociación Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 264.

<sup>134</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 295.

<sup>135</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 287.

<sup>136</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 282-286.



2011, contando adicionalmente que el grupo de control de calidad de la Policía Nacional requería de 15 días calendario para realizar pruebas debidas en la certificación del producto.<sup>137</sup>

La empresa Manufacturas Cadugi S.A.S, mandante vendedor, envió comunicación dirigida a la Policía Nacional el día enero 25 de 2012, solicitando la inspección del producto 100% empacado y rotulado, sugiriendo como fecha de inspección el 26 de enero de 2013,<sup>138</sup> la cual se lleva a cabo al día siguiente del propuesto.<sup>139</sup>

Siendo así, el 31 de enero de 2012 la empresa Manufacturas Cadugi S.A.S, mandante vendedor, nuevamente envió comunicación al mandante comprador poniendo en conocimiento el inconveniente presentado por la demora en la entrega de la tela principal por parte del fabricante, por lo cual contrataron servicios de un satélite para cumplir con la obligación, sin embargo, éste último tampoco cumplió con tiempos de entrega ni calidad, por lo cual se tomó la decisión de reemplazar las unidades entregadas por el satélite que no cumplían los parámetros establecidos y elaborar las que no fueron entregadas lo cual implicó un retraso en la entrega pero que a la fecha se encontraban a la espera del resultado por parte del grupo de control de calidad de la Policía Nacional quien realizó el muestreo el 27 de enero con la producción completa.<sup>140</sup>

La Policía Nacional informó mediante comunicación No. S-2012-028203 con fecha del 2 de febrero de 2012 a Bursagan S.A el incumplimiento por parte de Manufacturas Cadugi S.A.S de las condiciones generales de la fecha de entrega del producto, exponiendo que:<sup>141</sup>

1. El 27 de diciembre de 2011 cuando se practicó la visita por parte del grupo de calidad de la policía, el producto no se encontraba rotulado ni empacado.
2. El 30 de diciembre de 2011 envía el mandante vendedor un correo electrónico al grupo de intendencia de la policía informando que tendrían lista el 100% de la producción el 10 de enero de 2012, por lo cual se programa visita para inspección el 13 de enero de 2012.
3. El 19 de enero de 2012 mediante correo electrónico el mandante vendedor solicitó aplazar la fecha de muestreo que se realizaría el mismo 19 de enero de 2012 dado que faltaban 987 unidades para completar el 100% del producto.
4. El 19 de enero de 2012 el mandante vendedor mediante correo electrónico solicita el muestreo final dado que cuanta con la producción completa, dicha inspección se realiza el 24 de enero de 2013, más el 100% de la producción no estaba lista.

<sup>137</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 276 y 277.

<sup>138</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 272.

<sup>139</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 272.

<sup>140</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 266-267.

<sup>141</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 290-291.



Razón por la cual el 8 de febrero de 2012 Bursagan S.A envió comunicado a la Bolsa Mercantil solicitando el decreto del incumplimiento total en la entrega de la operación No. 14153573 por parte de Reyca S.A., debido a que no cumplió con la fecha de entrega inicial, ni con las fechas de prorrogas solicitadas.<sup>142</sup>

El 10 de febrero de 2012 la Policía Nacional informó a Bursagan S.A que de acuerdo con una inspección realizada el 9 de febrero de 2012<sup>143</sup> el lote presentado no cumplió técnicamente con las especificaciones técnicas exigidas respecto de la longitud del cordón y de la realización de las costuras pues se encontraban torcidas<sup>144</sup>. Con misma fecha envió Manufacturas Cadugi S.A.S a Reyca S.A. algunas observaciones sobre el informe presentado por el grupo de control de calidad de la Policía Nacional, informando que la revisión de la longitud hecha a los cordones de las pantalonetas no puede ser verificada con la prenda terminada, además, que la longitud tomada fue de 1250 mm y la requerida era de 1220 mm. A su vez afirmó haber iniciado el proceso de verificación de las inconformidades para cumplir con todos los requerimientos técnicos y entregar a satisfacción.<sup>145</sup>

Dado lo anteriormente expuesto, el representante legal suplente de la BMC Exchange mediante PSD-093 del 17 de febrero de 2012 declaró el incumplimiento en la entrega total de la operación No. 14153573, solicitada por el mandante comprador en comunicación BSGN-GER-842-12 del 8 de febrero de 2013.<sup>146</sup>

El 6 de marzo del 2012 fue firmada el Acta de Arreglo Directo No. 006 respecto de la operación No. 14153573, entre la sociedad comisionista compradora Bursagan S.A. y la sociedad comisionista vendedora Reyca S.A.<sup>147</sup> En ésta se afirmó que a la fecha no se había hecho entrega del producto negociado, por lo cual convinieron la entrega de 866 pantalonetas como indemnización en el incumplimiento de la operación, adicionalmente acordaron:

1. Que se lleve a cabo el muestreo por parte de la Policía Nacional el 5 de marzo de 2013, con el fin de dar recibo al producto.
2. Que se hará entrega del producto objeto de negociación al día siguiente que sea aprobado por el resultado de evaluación.
3. Que siete (7) días hábiles después del muestreo al producto objeto de negociación, se hará el respectivo muestreo a las prendas objeto de indemnización.

<sup>142</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 292-293.

<sup>143</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 269-271.

<sup>144</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 268.

<sup>145</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 265.

<sup>146</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 297-298.

<sup>147</sup> Expediente 087-2013 CD en cuaderno No. 2, carpeta No. 6, denominado "AS-080-13- REYCA exp.087-13".

4. Que una vez aprobada la evaluación del muestreo hecho a las prendas con carácter de indemnización las mismas serán entregadas al día siguiente.<sup>148</sup>

El Área de Seguimiento elevó pliego de cargos el día 8 de julio de 2013, mediante oficio ASI-469-13, en el cual sostiene principalmente frente al argumento de la disciplinada respecto de que las operaciones fueron llevadas a comité arbitral, que los acuerdos de arreglo directo a los que lleguen las partes en este tipo de comités no enervan los incumplimientos generados y en consecuencia no pueden oponerse como causal de cumplimiento de las operaciones investigadas. A su vez, afirma que de acuerdo a los artículos 81 y 211 del reglamento de la Bolsa, el arreglo directo celebrado tiene carácter indemnizatorio y no enerva la acción disciplinaria a la que haya lugar.<sup>149</sup>

Frente a los argumentos dados por Reyca S.A. sobre los retrasos presentados en la entrega del producto, el Área de Seguimiento tiene que los:

[...] diferentes factores tales como la entrega de la materia prima generada por problemas viales causados por el invierno, debe precisarse que si bien puede ser cierto dicho hecho, en el expediente no se encuentra prueba que acredite lo manifestado por la investigada, luego no puede ser de recibo y menos objeto de análisis el argumento expuesto sobre ese particular.<sup>150</sup>

Adicionalmente el Área de Seguimiento sostuvo que la sociedad comisionista Reyca S.A. debió llevar a cabo la entrega del producto el 1 de diciembre de 2011 y no en días posteriores, ya que si bien la sociedad comisionista Bursagan S.A. informó a la Bolsa Mercantil que había otorgado una prórroga para llevar a cabo la entrega hasta el 15 de diciembre de 2011, dicha modificación se realizó sin cumplir con los términos permitidos previstos en los artículos 3.2.1.5 de la Circular Única de Bolsa vigente para la época de los hechos<sup>151</sup> y el artículo 3.6.2.1.4.7 del Reglamento de Funcionamiento y Operaciones de la Bolsa<sup>152</sup>. Por lo cual concluyó el Área de Seguimiento que la investigada habría incumplido con la entrega pactada en la operación No.14153573.

Durante su ampliación de descargos la disciplinada insistió en que el origen del incumplimiento en la entrega radicó en retrasos en la materia prima del producto ya que la producción habría iniciado correctamente con la compra de la tela pero que ésta presentó retrasos por el proveedor y, por consiguiente, no les alcanzó el tiempo para la entrega. Manifiesta que en aplicación de un plan de contingencia, se contrató una maquila

<sup>148</sup> *Ibidem*.

<sup>149</sup> Comparar con: Expediente 087-2013 Cuaderno No. 3 folio 38.

<sup>150</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 3 folio 59 y 60.

<sup>151</sup> Circular Única de Bolsa, artículo 3.2.1.5.- **Término para solicitar modificación a las condiciones de entrega.** V. *supra*.

<sup>152</sup> Reglamento de la Bolsa, artículo 3.6.2.1.4.7. **Modificación a las condiciones de entrega**



que fabricaría una parte de la producción, pero ésta no cumplió con las condiciones de la ficha técnica del producto por lo que el cliente tuvo que volver a confeccionar el producto. La disciplinada afirma que la situación se le informó al comprador con el fin de obtener una prórroga.<sup>153</sup>

En relación con lo expuesto por la disciplinada, es pertinente traer a colación lo manifestado en los numerales 5.3 y 5.5 de esta resolución sobre la responsabilidad que le asiste a las sociedades comisionistas en relación con el incumplimiento de las obligaciones de cualquier género que asuman con otros participantes a través del mercado administrado por la Bolsa así como lo señalado respecto de las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor en donde como profesionales diligentes y responsables, las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa deben prever las circunstancias que podrían afectar el cumplimiento de la operación en virtud de los productos negociados.

En el caso en particular, se encuentra que la disciplinada faltó a dichos deberes, poniendo en riesgo el adecuado funcionamiento del mercado. Adicionalmente, falló en su deber de cumplir con la entrega del producto tanto en las condiciones requeridas como en la fecha de entrega pactada pues como se puede observar en el acervo probatorio, cuando se realizaba la verificación de calidad de las pantalonetas, estas no tenían las características requeridas y en consecuencia el producto no se podía recibir.

Respecto al retraso de la materia prima, de acuerdo a lo afirmado por la investigada, es claro para la Sala que ésta conocía las características especiales exigidas del material solicitado por el comprador pues estas se incluyen previamente en la ficha técnica del producto en consecuencia debió prever que podrían existir dificultades para obtenerlo y se podrían generar inconvenientes en la fecha de entrega.

Ahora bien, de acuerdo a lo afirmado por la investigada en sus descargos respecto del plan de contingencia efectuado para la producción de las pantalonetas, se evidencia diligencia por parte de ésta para solucionar el inconveniente inicial presentado pero esto no enerva el incumplimiento en las fechas de entrega pactadas, por lo que la Sala fallará de conformidad.

#### **6.2.4. Incumplimiento total en la entrega del producto en la operación No. 15670263.**

La operación forward MCP **No. 15670263** fue celebrada por la sociedad comisionista Reyca S.A. en calidad de comisionista vendedor el 14 de junio de 2012, por cuenta de su

<sup>153</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 4, folio 400



mandante vendedor Discovery Enterprise Business S.A.S con las condiciones que se muestran a continuación<sup>154</sup>:

| Operación No. 15670263          |  |                   |          |                             |                   |                       |                          |
|---------------------------------|--|-------------------|----------|-----------------------------|-------------------|-----------------------|--------------------------|
| Rueda de Negociación            | Producto   | Valor negociación | Cantidad | Mandante Comprador          | SCB compradora    | Fecha entrega         | Fecha entrega Prorroga   |
| No. 112 del 14 de junio de 2012 | Computador portátil Sony Vaio serie z Ref. VPCZ235GL | \$23.438.210      | 1 lote   | Presidencia de la República | Plus Valores S.A. | 14 de agosto del 2012 | 21 de septiembre de 2012 |

El 26 de junio de 2012 Reyca S.A. envió correo electrónico a Plus Valores S.A donde reiteró el cumplimiento de los requisitos técnicos por parte del mandante vendedor Discovery Enterprise Business S.A.S solicitados en la ficha técnica.<sup>155</sup>

| Activo          | Cantidad | Unidad | Presupuesto  |
|-----------------|----------|--------|--------------|
| Portátil tipo 1 | 5        | Unidad | \$23.438.210 |

El 13 de agosto de 2012 el mandante vendedor Discovery Enterprise Business S.A.S comunicó a Reyca S.A. que una vez consultado a Sony Colombia sobre los equipos portátiles Sony Vaio serie z Ref. VPCZ235GL, solicitados con procesadores de 4 núcleos y memoria RAM de 8gb, informan que dicha referencia solicitada viene de fábrica con memoria de 6 Gb integrada a la MotherBoard sin la posibilidad de actualización a 8gb, por lo cual requeriría la compra de una nueva MotherBoard para expandirla a 8gb<sup>156</sup> y adicionalmente no viene con procesadores de 4 núcleos si no con un procesador Core i5-2450M, 2.5Ghz con Turbo Boost hasta 3.10 GHz, los cuales vienen con 2 núcleos físicos y 4 hilos de trabajo, por lo cual ofrece al mandante comprador una compensación equivalente a la entrega de un computador de la misma referencia.<sup>157</sup>

La sociedad comisionista compradora Plus Valores S.A., el 13 de agosto de 2012, mediante comunicación OPE 0838/2012 solicitó a la Bolsa la declaración de incumplimiento por parte de Reyca S.A. por la no entrega total del producto solicitado. Adicionalmente, comunicó que su cliente comprador no aceptó las razones dadas por la empresa Discovery Enterprise Business S.A.S, ni la compensación ofrecida.<sup>158</sup> Por lo cual mediante comunicación DO-985 del 22 de agosto de 2012 la Bolsa solicitó a la sociedad comisionista compradora que aclarara si las especificaciones contenidas en la ficha técnica del

<sup>154</sup> Comprobante de negociación, Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 379.

<sup>155</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 800.

<sup>156</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 381.

<sup>157</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 380-384.

<sup>158</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 385 y 386.

producto existían realmente en el mercado para lo cual la sociedad comisionista envió los soportes de SONY informando que el equipo puede ser expandido hasta 8 GB de RAM,<sup>159</sup> como lo sostenía la vendedora mediante comunicación DO-989 de misma fecha.<sup>160</sup>

El 28 de agosto de 2012 mediante comunicación REYCA#2012-1927, la vendedora informó acerca de la existencia de inconvenientes técnicos presentados en la revisión de los equipos Vaio serie z Ref. VPCZ235GL adquiridos por su cliente al fabricante Sony Vaio, pues los equipos no venían con procesador de 4 núcleos, sino con un procesador Core i5-2450M, 2.5Ghz con Turbo Boost hasta 3.10 GHz, con 2 núcleos físicos y 4 hilos de trabajo y respecto de la memoria RAM solicitada, no venía de 8gb sino que venía de fábrica con memoria de 6gb integrada a la MotherBoard sin la posibilidad de actualización a 8gb, motivos por los cuales la entidad estatal rechazó la entrega de los mismos.<sup>161</sup>

Por su parte Plus Valores S.A el 23 de agosto de 2011, dio respuesta a la comunicación DO-985 informando que hecho un estudio de mercado para soportar el proceso de contratación de la Bolsa, se obtuvo cotizaciones con el cumplimiento de las características técnicas solicitadas, adicionalmente, que según información recibida de SONY, era posible la ampliación de memoria a 8gb sobre el modelo requerido.<sup>162</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior la Bolsa declaró el incumplimiento total en la entrega de la operación el día 29 de agosto de 2012 mediante oficio PSD-700.

El 19 de septiembre de 2013 se firmó el Acta No. 027 de 2012, con el fin de propiciar un arreglo directo de carácter indemnizatorio por el incumplimiento total en la entrega declarado por la Bolsa, en el cual con respecto a la operación No. 15670263, se reconoció que el modelo inicialmente requerido por la entidad en la Ficha Técnica de Negociación se encontraba discontinuado y que los equipos rechazados correspondían a la referencia que reemplazo dicho equipo. De acuerdo con lo anterior, las partes acordaron que el vendedor entregaría el 17 de septiembre de 2012 la certificación expedida por Sony donde se indicaría el modelo que iba a ser entregado como discontinuado y que el modelo que lo reemplazó sería el que se entregaría. Adicionalmente, que como indemnización el vendedor entregaría un equipo de las mismas características aceptadas por el comprador y un equipo de las características entregadas como tipo 2 en la misma ficha de negociación, los cuales serían entregados el 21 de septiembre de 2012.<sup>163</sup>

<sup>159</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 387.

<sup>160</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 388.

<sup>161</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 395.

<sup>162</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 389-394.

<sup>163</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 132-137.



Teniendo en cuenta los hechos acontecidos el Área de Seguimiento elevó pliego de cargos el día 8 de julio de 2013, mediante oficio ASI-469-13 por el incumplimiento total en la entrega de la operación No. 15670263, en el cual reitera que los acuerdos en comité arbitral no enervan los incumplimientos de operaciones. De igual manera, precisa que de acuerdo con la comunicación dada por el mandante vendedor Discovery Enterprise Business S.A.S del 13 de agosto de 2012, manifestó con respecto a la presente operación *“por error involuntario en el análisis hecho por nosotros de las fichas técnicas al momento de ofertar no es posible entregar con las especificaciones técnicas exigidas por la entidad para las referencias anteriormente citadas. [...]”*<sup>164</sup>.

La Sala considera que, como sociedad vendedora, Reyca S.A. tenía la obligación de asesorar debida forma a su cliente tanto sobre lo estipulado en la ficha técnica, como sobre las demás condiciones que pudiera conocer de la negociación, permitiéndole a este hacer una evaluación adecuada de si debía o no participar en la operación a celebrarse en el mercado administrado por la Bolsa. De acuerdo a lo evidenciado en la presente investigación la disciplinada muestra falencias en su labor como profesional del mercado en especial frente a la obligación de revisar los términos de negociación, pues previo a la celebración de la operación objeto de debate, la investigada debió conocer todos los pormenores de la misma para poder cumplir con la entrega del producto negociado.

Ahora bien, respecto a lo expuesto por la disciplinada, es pertinente traer a colación lo manifestado en los numerales 5.3 y 5.4 de esta resolución sobre la responsabilidad que le asiste a las sociedades comisionistas en relación con el incumplimiento de las obligaciones de cualquier género que asuman con otros participantes a través del mercado administrado por la Bolsa así como lo señalado en materia del profesionalismo en el que se encuentra enmarcada la actividad de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, en lo que toca al conocimiento del cliente y al deber de asesoría.

En el caso en particular, se encuentra que la disciplinada faltó a dichos deberes, afectando de manera negativa el adecuado funcionamiento del mercado. Para la Sala es claro que la investigada tenía previo conocimiento de las características de los computadores requeridos en la operación, en consecuencia debió sugerirle a su cliente que se asegurara de poder obtener los equipos específicos previo a la celebración de la operación para lograr el cumplimiento en la entrega de los mismos, por lo que la sala fallará de conformidad.

---

<sup>164</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 3 folio 60.



### 6.2.5. Incumplimiento en la entrega del producto en la operación No. 15670458.

La operación forward MCP No. **15670458** fue celebrada por la sociedad comisionista Reyca S.A. en calidad de comisionista vendedor el 14 de junio de 2012, por cuenta de su mandante Discovery Enterprise Business S.A.S. con las condiciones que se muestran a continuación<sup>165</sup>:

| Operación No. 15670458          |  |                   |          |                             |                   |                       |                        |
|---------------------------------|--|-------------------|----------|-----------------------------|-------------------|-----------------------|------------------------|
| Rueda de Negociación            | Producto   | Valor negociación | Cantidad | Mandante Comprador          | SCB compradora    | Fecha entrega         | Fecha entrega Prorroga |
| No. 112 del 14 de junio de 2012 | Plataforma Tecnológica (Equipos de cómputo especializados) | \$ 43,630,000     | 1 lote   | Presidencia de la República | Plus Valores S.A. | 14 de agosto del 2012 | 5 de octubre de 2012   |

El 26 de junio de 2012 Reyca S.A. envió correo electrónico a Plus Valores S.A donde reiteró el cumplimiento de los requisitos técnicos por parte del mandante vendedor Discovery Enterprise Business S.A.S solicitados en la ficha técnica.<sup>166</sup>

| FICHA TÉCNICA DE NEGOCIACIÓN <sup>167</sup>   |          |        |              |
|---|----------|--------|--------------|
| Activo  | Cantidad | Unidad | Presupuesto  |
| Computador de Escritorio MC814E/A iMac  | 5        | Unidad | \$44.894.397 |
| Portátil MD314E/A Mac Book Pro  | 4        | Unidad |              |
| Licenciamiento Mac  | 1        | Unidad |              |
| Microsoft Office 2008 for Mac (licencia corporativa)  | 2        | Unidad |              |
| Adobe Photoshop Light room 3 Software for Mac & Windows (licencia corporativa)                          | 2        | Unidad |              |
| Adobe Photoshop CS5 Extended Software for Mac (Upgrade from Photoshop CS2/CS3/CS4) licencia corporativa | 1        | Unidad |              |

Más el 28 de junio de 2012, Reyca S.A. solicita la convocatoria de comité arbitral de acuerdo a lo estipulado en el Reglamento de la Bolsa en el artículo 3.6.2.1.4.3, con el propósito de dirimir controversias técnicas presentadas sobre los equipos de computo especializados, afirmando que su mandante se encuentra en toda la disposición para efectuar las entregas con las condiciones de calidad estipuladas.<sup>168</sup>

<sup>165</sup> Comprobante de negociación, Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 378.

<sup>166</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 800.

<sup>167</sup> Expediente 087-2013 CD en cuaderno No. 2, carpeta No. 6, denominado "AS-080-13- REYCA exp.087-13"

<sup>168</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 799.

En julio 6 de 2012 se firmó Acta de Arreglo Directo No. 012, entre las sociedades Plus Valores S.A y Reyca S.A., en el cual acordaron, que el plazo máximo para entrega de la documentación sería el 10 de julio de 2012, establecieron que la entrega de los equipos marca Sony y Apple se realizaría dentro del plazo establecido en la negociación y los computadores marca Lenovo al igual de los 5 correspondientes a la indemnización, es decir un total de 161 equipos se realizaría el 3 de septiembre de 2012.<sup>169</sup>

El 13 de agosto de 2012, la empresa Discovery Enterprise Business S.A.S envió a Reyca S.A. un comunicado informando que respecto de la operación No. 1567048, referente al Lote 4, del computador de Escritorio Apple MC814E/A iMac con procesador 3.4 GHz y cache L3 compartida de 8MB, solamente se puede configurar y adquirir a través de Apple Online Store, mas no como a través del mayorista autorizado por lo cual los equipos que podría entregar serían con procesador Core i5 de Intel de cuatro núcleos a 3,1 GHz con 6 MB de caché en chip de nivel 3 compartida y propone una compensación.<sup>170</sup>

Dado lo anterior el 13 de agosto de 2012 la sociedad comisionista compradora, mediante comunicación OPE 0838/2012 solicitó a la Bolsa declarar el incumplimiento parcial en la entrega de 5 unidades de computadores de escritorio MC814AE/A iMac,<sup>171</sup>

El 29 de agosto de 2012, Lenovo informó a la empresa Discovery Enterprise Business S.A.S que por la migración de los procesadores Intel Core i de segunda generación a la nueva familia Intel Core i de tercera generación, estaban presentando un retraso de las ordenes, por lo cual esperaban arribo a Colombia en la semana del 25 de septiembre de 2012.<sup>172</sup>

La Bolsa teniendo en cuenta la solicitud de declaración de incumplimiento declaro mediante oficio PSD-700 del 29 de agosto de 2012 el incumplimiento parcial en la entrega de la operación No. 15670458.<sup>173</sup>

El 19 de septiembre de 2013 se firmó el Acta No. 027 de 2012, con el fin de propiciar un arreglo directo de carácter indemnizatorio por el incumplimiento parcial en la entrega declarado por la Bolsa, en el cual con respecto a la operación No. 15670458, acotan que una vez hecha la importación de los equipos, los mismos concuerdan con el número de parte (código o denominación del equipo) más no corresponden con las especificaciones técnicas del equipo solicitadas en la Ficha Técnica de Producto, por lo que acordaron tres semanas adicionales para la entrega de los equipos en las condiciones solicitadas, es decir el 5 de octubre de 2013 para la entrega de los cinco computadores de escritorio iMac con

<sup>169</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 138-143.

<sup>170</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 792 y 793.

<sup>171</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 385-386.

<sup>172</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 796.

<sup>173</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 397 y 396.



las características establecidas en la ficha técnica de producto, más el software adquirido y los computadores portátiles MacBook Pro, y por carácter indemnizatorio acuerdan la entrega para el 14 de septiembre, 2 Mac Book Pro por la entrega tardía junto las licencias respectivas.<sup>174</sup>

El día 16 de octubre de 2012 las sociedades comisionistas Plus Valores S.A y Reyca S.A. firmaron nuevamente un Acta de Arreglo Directo No. 034 de 2012, para solucionar las controversias que se presentaron por el incumplimiento de la entrega de los computadores Mac de la operación No. 15670458, la cual estaba acordada para el 5 de octubre de 2012. Por lo cual explicó Reyca S.A. que estos equipos llegaron al país el 4 de octubre de 2012 y solamente fueron librados por la DIAN el 10 de octubre del mismo año y afirmó que los equipos ya estaban disponibles para la entrega, por lo cual se propone y acepta que los equipos sean entregados el 11 de octubre y como indemnización la entrega de un ipad de 16gb como máximo el 24 de octubre de 2012.<sup>175</sup>

Teniendo en cuenta lo hechos acontecidos el Área de Seguimiento eleva pliego de cargos el día 8 de julio de 2013, mediante oficio ASI-469-13 reitera que los arreglos ante Comité Arbitral no enervan el incumplimiento ni la existencia de responsabilidad disciplinaria. Precisa, igualmente, que de acuerdo con la comunicación dada por el mandante vendedor Discovery Enterprise Business S.A.S del 13 de agosto de 2012, manifiesta con respecto a la presente operación *“por error involuntario en el análisis hecho por nosotros de las fichas técnicas al momento de ofertar no es posible entregar con las especificaciones técnicas exigidas por la entidad para las referencias anteriormente citadas. [...]”*<sup>176</sup>.

Adicionalmente el Área de Seguimiento destacó que Reyca S.A. faltó a sus obligaciones de ilustrar y asesorar al mandante sobre lo estipulado en la ficha técnica y las demás condiciones de la negociación permitiéndole hacer una evaluación adecuada de si debía participar o no en la negociación de la Bolsa. Por esta razón consideró esa omisión como negligencia por parte de la disciplinada como profesional del mercado ya que desde antes de la celebración de la operación ésta debió conocer todos los términos de la misma para poder cumplir con la entrega del producto, teniendo en cuenta que como sociedad comisionista de bolsa según el numeral 7 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de la bolsa, debe cumplir estrictamente con los términos pactados en los contratos celebrados.<sup>177</sup>

La Sala considera que, al igual que en la operación anterior, como sociedad comisionista vendedora la disciplinada tenía la obligación de asesorar en debida forma a su cliente

<sup>174</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 132-137.

<sup>175</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 2 folio 128-131.

<sup>176</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 3 folio 60.

<sup>177</sup> Expediente 087-2013 Cuaderno No. 3 folio 60.



tanto sobre lo estipulado en la ficha técnica, como sobre las demás condiciones que pudiera conocer de la negociación, permitiéndole a estehacer una evaluación adecuada de si debía o no participar en la operación a celebrarse en el mercado administrado por la Bolsa. De acuerdo a lo evidenciado en la presente investigación la disciplinada muestra falencias en su labor como profesional del mercado en especial frente a la obligación de revisar los términos de negociación, puesprevio ala celebración de la operación objeto de debate, la investigada debió conocer todos los pormenores de la misma para poder cumplir con la entrega del producto negociado.

De acuerdo a las explicaciones dadas por la disciplinada es claro para la Sala que la investigada tenía previo conocimiento de las características de los computadores requeridos en la operación, en consecuencia debió sugerirle a su cliente que se asegurara de poder obtener los equipos específicos previo a la celebración de la operación para lograr el cumplimiento en la entrega de los mismos. A diferencia del caso anterior, el incumplimiento declarado fue parcial pero de acuerdo alacervo probatorio, la Sala evidencia que en efecto,la entrega de los 5 computadores de escritorio MC814E/A iMac, no se llevó acabo. En consecuencia la Sala fallará teniendo en cuenta el numeral 5.3 de ésta resolución que hace referencia ala responsabilidad que le asiste a las sociedades comisionistas en relación con el incumplimiento de las obligaciones de cualquier género que asuman con otros participantes a través del mercado administrado por la Bolsa.

### **6.3. Consideraciones de la sala en relación con incumplimientos en operaciones financieras**

#### **6.3.1. Incumplimiento de la obligación de recompra en la operación financiera No. 13882024**

La sociedad comisionista Reyca S.A.realizó en calidad de comisionista vendedor, laoperación sobre contrato porcino a término CPT con las condiciones que se muestran a continuación<sup>178</sup>:

| Tip o | No. Operación | Fecha celebración | Mandante Vendedor              | Cantidad | Valor Presente | Valor Futuro  | Días Plazo | Tasa | Fecha Máxima Recompra |
|-------|---------------|-------------------|--------------------------------|----------|----------------|---------------|------------|------|-----------------------|
| CPT   | 13882024      | 19/08/2011        | Inversiones Ardila Peña S en C | 200      | \$ 55,443,154  | \$ 56,868,000 | 106        | 9%   | 05/12/2011            |

<sup>178</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 2 folio 258-259



Una vez llegada la fecha de recompra de las operaciones celebradas, la sociedad comisionista Reyca S.A., informó a la CC Mercantil en comunicación del 5 de diciembre de 2011:

“El flujo de caja de nuestro cliente no se ajusta al desmonte inmediato que requieren dichas condiciones. Sin embargo el cliente cuenta con 1600 animales en piso, en fase de engorde y con 22 bovinos que en marzo alcanzarán su peso para comercializarlos, están dispuestos para el cumplimiento de la obligación.”<sup>179</sup>

Dicha situación junto con solicitud de declaración de incumplimiento de la operación fue informada por la CC Mercantil a la Bolsa<sup>180</sup>, que certificó el incumplimiento de la operación.<sup>181</sup> En respuesta a la solicitud de explicaciones hecha por el Área de Seguimiento, la sociedad comisionista de bolsa afirmó haber hecho una labor de gestión que incluyó varias visitas al mandante, aceptación de parte de pago con animales para sacrificio y contacto permanente con el abogado que lidera el proceso de reorganización empresarial del mandante, con el fin de lograr el pago de la deuda.

[...] con nuestra gestión, el mandante estuvo reunido en las oficinas de la Cámara de Compensación, en dos oportunidades donde se comprometió con el pago con la venta de animales bovinos de ceba y el saldo con la venta de cerdos gordos. La primera parte se cumplió y la segunda no ha podido cumplirse aun. [...]

[...] Desafortunadamente como exponíamos antes, Inversiones Ardila Peña se encuentra en proceso de Reorganización bajo el expediente No 57276 desde el 12 de febrero de 2012, motivo por el cual el Mandante ha manifestado que hasta tanto culmine ese proceso no puede pagar las obligaciones producto de la negociación de los CPT's, de lo contrario la Superintendencia de Sociedades podría tomar acciones en su contra.<sup>182</sup>

Al respecto el Área de Seguimiento manifestó en el pliego de cargos:

“Ahora bien, en relación con los argumentos de la investigada en el sentido de que la firma ha venido realizando el cobro de la operación al mandante incumplido (Inversiones Ardila Peña), tales gestiones no enervan el incumplimiento presentado en la operación glosada. Debe recalcarse que como profesional de mercado, la sociedad comisionista está en la obligación de cumplir con cada una de las operaciones que realiza en el mercado administrado por la Bolsa en la fecha acordada.”<sup>183</sup>

<sup>179</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 2 folio 260

<sup>180</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 2 folio 261

<sup>181</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 2 folio 262

<sup>182</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 2 folio 447

<sup>183</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 3 folio 9



En sus descargos la sociedad comisionista insistió en las apreciaciones hechas en la respuesta a la solicitud de explicaciones formales y adicionó argumentos de acuerdo a lo señalado por el Área de Seguimiento.

Reyca S.A. sostuvo que para la fecha en que presentó sus explicaciones formales, toda la operación se encontraba pagada y que el remanente no podía ser cancelado debido a la reorganización empresarial del mandante, ya que la Superintendencia de Sociedades no se lo permitía pero que a la fecha de presentación de sus descargos, agosto 9 de 2013, el pago se encontraba hecho en su totalidad.

Frente al conocimiento de su cliente afirmó:

“Inversiones Ardila Peña es una compañía dedicada por muchos años a la porcicultura, su granja es propia y ubicada en un sitio de alta valorización (a 5 Km de Ubaté, Cundinamarca), tiene todo el proceso productivo de cerdos, esto es cerdas para cría, reproductores, inseminación artificial, cría y levante de cerdas para cría, y cría, pre-cebos, levante y engorde de cerdos para ceba, sus inventarios de animales siempre han estado por encima de 2.000 cerdos en todas las etapas de producción, nunca negó la deuda, por el contrario siempre ha estado dispuesto en la medida de sus posibilidades a atender el valor adeudado, prueba de ellos es la disminución importante del valor adeudado de 56 a 9 millones y hoy en día el pago total.”<sup>184</sup>

De acuerdo con todo lo anterior, evidencia la Sala que la sociedad comisionista efectivamente desplegó gestiones concomitantes y después de presentado el incumplimiento para efectos de honrar la obligación adquirida. Es así como se evidencia un seguimiento permanente de la operación y de su mandante, y la adopción de medidas luego de presentado el incumplimiento para evitar la propagación del daño causado y pagar finalmente las obligaciones adquiridas, aunque de manera extemporánea.

No obstante lo anterior, debe señalarse que el incumplimiento en la recompra de una operación celebrada en el escenario de la Bolsa implica una vulneración de los deberes que como sociedad comisionista miembro le son aplicables. En efecto, la obligación de recompra se encuentra en cabeza de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa toda vez que se encuentra actuando en virtud del contrato de comisión y por tanto, frente a la Bolsa y para efectos disciplinarios, es el comisionista quien debe cumplir con las obligaciones derivadas de la celebración de negocios, ya que el eje primordial del mercado de la Bolsa consiste en realizar una operación a nombre propio pero por cuenta de un tercero. Es por esto que en lo que se refiere estrictamente al pago de la recompra, no pueden tenerse como eximentes de responsabilidad las circunstancias analizadas aunque si atenúan en gran medida la conducta, y al igual que el hecho de que finalmente el pago

<sup>184</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No. 3 folio 307



fue efectuado, por lo que serán tenidas en cuenta para efectos de graduación de la sanción.

### 6.3.2. Consideraciones de la sala en relación con el incumplimiento de la obligación de constituir garantías en la operación No. 12139282

De conformidad con las pruebas obrantes en el proceso, se imputa a Reyca S.A. la vulneración de los numerales 8, 11 y 12<sup>185</sup> del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010; los numerales 1, 2, 6, 7 y 11<sup>186</sup> del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de la Bolsa, así como lo establecido en el numeral 4.2.5<sup>187</sup> del artículo 4 del Reglamento de la CC Mercantil, por no constituir la garantía para la operación en la operación No. **12139282**.

La actuación de la investigada configura las conductas objeto de investigación y sanción previstas en los numerales 11, 12<sup>188</sup> y 21 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de la Bolsa, así como la establecida en el numeral 11.6<sup>189</sup> del artículo 11 del Reglamento de la CC Mercantil por el incumplimiento de la operación en cuanto a constitución de las garantías.

La operación forward MCP No. **12139282** fue celebrada por la sociedad comisionista Reyca S.A. en calidad de comisionista vendedor el 25 de octubre de 2010, por cuenta de su cliente Industria Manufacturera de Calzado LTDA con las condiciones que se muestran a continuación<sup>190</sup>:

| Operación No. 12139282            |                             |                   |          |                         |                |                         |
|-----------------------------------|-----------------------------|-------------------|----------|-------------------------|----------------|-------------------------|
| Rueda de Negociación              | Producto                    | Valor negociación | Cantidad | Mandante Comprador      | SCB compradora | Fecha entrega           |
| No. 200 del 25 de octubre de 2010 | Botas de Combate Media Caña | \$ 2.330.847.292  | 18.222   | COMANDO ARMADA NACIONAL | Agrored S.A.   | 27 de noviembre de 2010 |

<sup>185</sup> "12. Otorgar las garantías que sean exigidas por el reglamento de la bolsa de la cual sea miembro."

<sup>186</sup> "11. Constituir las garantías generales, especiales y las demás que exija el presente reglamento en la oportunidad y condiciones establecidas, las cuales deberán mantenerse vigentes y libres de gravámenes o limitaciones. Asimismo, esta obligación deberá cumplirse de conformidad con los reglamentos de otras entidades cuando la Bolsa efectúe la compensación y liquidación de operaciones y administración de garantías por conducto de terceros;"

<sup>187</sup> "4.2. Las obligaciones de los Miembros Comisionistas, son las siguientes:

(...)

4.2.5. Constituir y mantener vigentes y libres de todo gravamen las Garantías."

<sup>188</sup> "12. No constituir, no mantener vigentes y libres de gravámenes, las garantías generales, básicas y especiales en la oportunidad y condiciones requeridas por la Bolsa o por la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la Bolsa, o desatender los llamados al margen efectuados por esta última;

<sup>189</sup> "Artículo 11- Incumplimiento de las obligaciones de los Miembros Comisionistas:

(...)

11.6. La no constitución de las Garantías Básicas, de Crédito o la de Llamado al margen originarán un incumplimiento".

<sup>190</sup> Expediente 087-2013Cuaderno No. 2 folio 200.



El 3 de noviembre de 2010 mediante comunicación DO-2283 el Director de Operaciones de la Bolsasolicitó a Reyca S.A. las razones por las cuales a la fecha no había constituido las garantías generales de la operación No. 12139282, además requirió la constitución inmediata de las mismas, con base en la información enviada por la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la Bolsa Mercantil el 2 de noviembre de 2010.<sup>191</sup>

Dado el incumplimiento en la obligación de constituir la garantía básica en la operación No. 12139282, el Área de seguimiento eleva pliego de cargos el 8 de julio de 2013, en el cual expone que:

[...] el artículo 2 del Reglamento de la Cámara de Compensación de la Bolsa vigente para la época de los hechos objeto de estudio, se debe entender que se trataba de una operación de entrega futura<sup>192</sup>, pues en la misma se conjugan los supuestos de hecho previstos en la citada disposición en la medida en que la entrega, debía hacerse sesenta (60) díasdespués de la fecha de celebración de la operación.<sup>193</sup>

Durante sus descargos la disciplinada afirmó que:

“[...] cumpliendo con el deber de asesoría REYCA S.A. le presentó al mandante toda la información, condiciones y requisitos relacionados con la negociación [...] lo cual fue recibido y aceptado por él mediante la suscripción del respectivo mandato. [...] de la misma maneraeste describe las condiciones y requisitos que se deben cumplir antes, durante y después de la negociación, que son de obligatorio cumplimiento, dentro de los que se encuentra la constitución de las garantías de la CRC Mercantil.

Adicionalmente nuestro mandante siempre nos indicó que disponía de liquidez suficiente para constituir las garantías ante la CRC Mercantil y sus estados financieros daban cuenta de ello.”<sup>194</sup>

Al tratarse de una operación que se clasifica como una operación de entrega futura, es pertinente para el Despacho entrar a analizar y estudiar el régimen de determinación de garantías, con el fin de establecer si en una operación cuya modalidad es la entrega futura, como la es la operación No. 12139282, cabela obligación de constituir la garantía

<sup>191</sup> Expediente 087-2013Cuaderno No. 2 folio 68.

<sup>192</sup> Artículo 2.- Definiciones. 2.1. Los términos definidos a continuación tendrán en el texto del presente reglamento el significado que se atribuye a cada uno:

(...)

2.1.24. Entrega futura: Cuando su liquidación y compensación deberá efectuarse entre el día 30 y el día 180 calendario, siguientes a la fecha en que se realizó la operación en la BNA, según lo convenido entre los miembros comisionistas.

(...)

<sup>193</sup> Expediente 087-2013Cuaderno No. 3 folio 11 y 12.

<sup>194</sup> Expediente 087-2013. Cuaderno No.3 folio 312



básica contenida en el reglamento. El artículo 10 del Reglamento de la Cámara de Compensación, vigente para la época de los hechos señaló:

ARTÍCULO 10 –REGIMEN DE DETERMINACIÓN Y METODO DE CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS (...) 10.5 Para las operaciones de Pago de Contado y Entrega Inmediata, y Pago a Plazo y Entrega a Plazo o Futura, se deberá constituir la Garantía Básica por parte de los Comisionistas Vendedor y Comprador, y atender los llamados al margen que efectúe la CAMARA. (...)

De la anterior normatividad se advierte con nitidez que de una operación de entrega futura nace la obligación para la sociedad comisionista vendedora de constituir la garantía básica, pues como quedó visto, la obligación surge en aquellos eventos en los que se esté en presencia de una operación con entrega futura para la firma comisionista vendedora. Lo anterior guarda lógica en la medida que la garantía básica<sup>195</sup> está establecida para cubrir el riesgo y asegurar tanto la entrega como el pago cuando se presentan variaciones en los precios de los productos negociados durante el plazo que dura la operación. Por esta razón encuentra la Sala que le asiste responsabilidad disciplinaria a la sociedad comisionista por la conducta objeto de investigación.

## VII. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

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

Siendo esto así y considerando el acervo probatorio, y la defensa presentada por la sociedad investigada Reyca S.A., la Sala de Decisión No. 15 de la Cámara Disciplinaria encuentra mérito suficiente para sancionar. En efecto, en el caso concreto, la sociedad comisionista incumplió sus deberes como profesional pues no dio cumplimiento a la principal obligación que surge de la celebración de una negociación en este mercado en virtud del contrato de comisión, esto es, el cumplimiento de la operación.

<sup>195</sup> Reglamento de la Cámara de la BNA, artículo 2.1.11 dispone: “GARANTÍA BÁSICA: Es la que se constituye para asegurar el cumplimiento del pago de las variaciones conocidas en los precios de los productos. Se calcula teniendo en cuenta la variación del precio del producto por el plazo que dure el contrato, (...)”



Encuentra la Sala que existe una vulneración de las normas legales y reglamentarias aplicables por el incumplimiento de las obligaciones de la sociedad comisionista en las operaciones 10422119, 12033606, 12249917, 15455137, 15462474, 15462475, 15420317, 12259054, 12529754, 14153573, 15670458, 15670263, 13882024 y 12139282, 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.

Debe anotarse en primer lugar, que los mercados bursátiles fundan sus pilares fundamentales en el cumplimiento de las operaciones en ellos celebradas, la transparencia de las negociaciones y la seguridad del mercado. Estas circunstancias son a su vez fácilmente afectables, ya que al realizarse la actividad con dineros del público, cualquier indicio de incumplimiento, inseguridad o falta de transparencia podría afectar la confianza de estos inversionistas y por lo tanto, alejarlos del mercado.

Es por esto, que en este mercado un incumplimiento de una operación genera en sí mismo, una afectación a los pilares fundamentales del mercado. En efecto, en los mercados bursátiles las operaciones deben cumplirse.

De esta manera, debe precisarse que la seguridad del mercado que se sustenta en que se trata éste 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, se ve afectada por el incumplimiento de una operación. En efecto, con este principio, 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.

Por su parte, 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 los involucrados en el mismo.

De otra parte debe aclararse que si bien existen atenuantes de la responsabilidad que deberán tenerse en cuenta en la ponderación de la sanción a imponer, no se encontró



probada ninguna circunstancia que pueda tenerse como constitutiva de caso fortuito o fuerza mayor.

Así las cosas, la Sala analiza en conjunto los incumplimientos estudiados, teniendo en cuenta para el efecto, todas las circunstancias atenuantes y agravantes de la conducta e impone una sanción pecuniaria en relación con todas ellas. De esta forma, ponderando los elementos de graduación de la sanción, 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. 15 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de MULTA DE TRES(3) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES por el incumplimiento de las obligaciones en cabeza de la sociedad comisionista Reyca S.A.

#### VIII. RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO:** Sancionar disciplinariamente al miembro comisionista de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. Reyca S.A. con MULTA DE TRES (3) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES por el incumplimiento en los requisitos de la ficha técnica de negociación de las operaciones 10422119, 12033606, 12249917, 15455137, 15462474, 15462475 y 15420317; el incumplimiento en la entrega de las operaciones 12259054, 12529754, 14153573, 15670458 y 15670263; el incumplimiento de la obligación de recompra en la operación financiera 13882024 y el incumplimiento de la obligación de constituir garantías en la operación No. 12139282, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

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

**ARTICULO TERCERO:** Notificar a la sociedad, Reyca 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 dieciséis (16) días del mes de diciembre de 2013

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**(Original Firmado)**  
**REINALDO VÁSQUEZ ARROYAVE**  
Presidente

**(Original Firmado)**  
**ÁLVARO ARANGO GUTIÉRREZ**  
Secretario

