

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

**SALA DE DECISIÓN No. 7 DE LA CÁMARA DISCIPLINARIA DE LA BMC BOLSA MERCANTIL
DE COLOMBIA S.A.**

**RESOLUCIÓN No. 124
(7 DE OCTUBRE DE 2010)**

POR MEDIO DE LA CUAL SE DECIDE UNA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

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

I. ANTECEDENTES

El Área de Seguimiento de la Bolsa, el día 16 de abril de 2010, radicó en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.4.3.7 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, el pliego de cargos elevado contra la sociedad comisionista de bolsa **AGROBOLSA S.A.**

La Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.3.2.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa y en desarrollo de la metodología establecida en el Reglamento Interno de la Cámara Disciplinaria, procedió a conformar la Sala de Decisión No. 7 la cual quedó integrada por los doctores Fabio Guerrero Vargas, Luis Fernando Diago Ramírez y Juan Carlos Cardozo Cruz, quienes conocieron del respectivo proceso disciplinario hasta su culminación.

En sesión No. 140 del 23 de abril de 2010, la Sala de Decisión No. 7 encontró que se cumplieron los requisitos establecidos en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa para la formulación del pliego de cargos y por tanto, mediante Resolución 108 de 2010 admitió el pliego de cargos presentado por el Jefe del Área de Seguimiento y ordenó el correspondiente traslado.

En sesión 145 del 28 de mayo de 2010, la Sala de Decisión No. 7 estudia los descargos presentados y decreta pruebas documentales y testimoniales mediante Resolución 112 de 2010, las cuales, se practicaron en la sesión 152 del 30 de junio de 2010 y se encuentran incorporadas al expediente.

En sesiones 156, 163 y 168 del 12 de julio y 11 y 25 de agosto, la Sala de Decisión No. 7, estudió las pruebas practicadas y los demás documentos que obran en el expediente y en sesión 174 del 27 de septiembre de 2010 se aprueba el presente fallo.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

2.1. De la Competencia de la Cámara Disciplinaria

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

En desarrollo de dicha facultad la Sala de Decisión No. 7 de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa procede a pronunciarse sobre el caso objeto de la presente investigación.

Siendo competente la Sala, procede a estudiar de fondo el caso objeto de investigación. Sin embargo, para efectos metodológicos, se estudiarán de manera separada las distintas conductas endilgadas, conforme a la presentación de las mismas en el pliego de cargos y las respuestas dadas por la sociedad investigada en los descargos, así: i) Incumplimiento en la entrega de operaciones de físicos MCP; ii) Incumplimiento en el pago de operaciones de físicos; iii) Incumplimiento en obligaciones referidas a operaciones financieras

2.2. De las pruebas que obran en el expediente

La Sala de Decisión para efectos de la valoración de las conductas sobre las cuales se admitieron cargos mediante Resolución de Admisión 108 de 2010, estudió las pruebas obrantes en el expediente original remitido por el Área de Seguimiento en tres (3) cuadernos originales de 1332 folios

Así mismo, fueron valoradas las pruebas aportadas por el investigado en sus descargos en 35 folios.

Adicionalmente la Sala de Decisión No. 7 decretó mediante Resolución 112 de 2009 pruebas documentales las cuales fueron allegadas e incorporadas al expediente y la práctica del testimonio de la doctora Clara Sarmiento de Helo en su calidad de representante legal de la sociedad comisionista **AGROBOLSA. S.A.** con el fin que se pronunciara sobre los hechos materia de investigación. Dicha audiencia se llevó a cabo el día 30 de junio de 2010 en sesión 152 y la grabación y transcripción de la misma hace parte del expediente.

III. INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA EN OPERACIONES DE FÍSICOS MCP

3.1. INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DE LAS OPERACIONES NOS. 8063881, 8063882, 8063885, 8063993, 8065023, 8066297, 8066318, 8066324, 8066325, 8066828. (LICENCIAS SOFTWARE).

3.1.1. Hechos.

3.1.1.1. La sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** celebró en calidad de comisionista vendedor 10 operaciones de físicos MCP en el mercado abierto de la Bolsa, con la sociedad comisionista A.R. Triple A como contraparte y con las condiciones se exponen a continuación¹:

Tipo	Número	Fecha celebración	Valor	Producto	Fecha entrega inicial	Fecha entrega final	Cantidad pactada	Forma de pago
DISP MCP	8063881	24-sep-08	\$ 1,500,000	CAL STD SQL (licencias)	24-sep-08	24-oct-08	5	50% de anticipo dentro de los 15 días hábiles siguientes a la realización de la operación. El 50% restante dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibo a satisfacción
DISP MCP	8063882	24-sep-08	\$ 22,000,000	CAL Windows 2003 SRV (licencias)	24-sep-08	24-oct-08	400	
DISP MCP	8063885	24-sep-08	\$ 570,000,000	Office 2007 STD (licencias)	24-sep-08	24-oct-09	1,322	
DISP MCP	8063993	24-sep-08	\$ 179,700,000	CAL Windows 2008 SRV (licencias)	24-sep-08	24-oct-09	5,184	
DISP MCP	8065023	24-sep-08	\$ 650,000	Kit de legalización Windows XP (licencias)	24-sep-08	24-oct-09	2	
DISP MCP	8066297	25-sep-08	\$ 78,900,000	Windows 2008 SRV STD (licencias)	25-sep-08	25-oct-08	81	
DISP MCP	8066324	25-sep-08	\$ 2,350,000	Office 2007 ENT (licencias)	25-sep-08	25-oct-08	3	
DISP MCP	8066318	25-sep-08	\$ 7,050,000	Office Project 2007 (licencias)	25-sep-08	25-oct-08	7	
DISP MCP	8066325	25-sep-08	\$ 390,000	Office Sharepoint Designer (licencias)	25-sep-08	25-oct-08	1	
DISP MCP	8066828	25-sep-08	\$ 17,600,000	Kit Windows Vista Business (licencias)	25-sep-08	25-oct-08	50	

3.1.1.2. La administración de la Bolsa, mediante comunicaciones 333 y 334 del 30 de octubre de 2008, declaró el incumplimiento en la entrega de las operaciones Nos. 8063881, 8063882, 8063885, 8063993, 8065023,

¹ Impresión del detalle de las operaciones Nos. 8063881, 8063882, 8063885, 8063993, 8065023, 8066297, 8066318, 8066324, 8066325, 8066828 en el Sistema de Operación Bursátil y Comprobantes de negociación. (Cuaderno No. 3 Folios 1045 a 1093). Es preciso aclarar que tal y como se explicará posteriormente, en el caso de las operaciones Nos. 8063885, 8063993 y 8065023, había producto que debía entregarse en una fecha posterior, sin embargo las fechas que se toman en los hechos corresponden a las establecidas en los comprobantes de negociación y en el sistema de información bursátil.



8066297, 8066318, 8066324, 8066325, 8066828 por la cantidad total del producto negociado².

3.1.2. Solicitud de Explicaciones Formales.

El Área de Seguimiento, con fundamento en el artículo 2.4.3.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, solicitó explicaciones institucionales a la sociedad comisionista investigada **AGROBOLSA S.A.** mediante documento escrito ASI-119 del 15 de octubre de 2009³ encontrando que en las operaciones Nos. 8063881, 8063882, 8063885, 8063993, 8065023, 8066297, 8066318, 8066324, 8066325 y 8066828 con la conducta asumida la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** *“podría dar lugar a la vulneración del artículo 29 numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; situación que configuraría eventualmente la conducta objeto de investigación y sanción prevista en el numeral 13 del artículo 2.2.2.1. del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, así como la contenida en el numeral 3.11.1. del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la CRCBNA en lo que se refiere al incumplimiento final de la operación en cuanto a la entrega del producto”*.

Así mismo, considera que podría haber vulnerado el artículo 97 del EOSF, el artículo 1.5.3.3. de la resolución 400 de 1995, el artículo 42 literales d) y e) y numeral 10 del artículo 29 del decreto 1511 de 2006, el numeral 1-1.1. del artículo 5.2.1.15 y el numeral 6 del artículo 5.2.2.1 del Libro V del Reglamento de la Bolsa en lo que se refiere a la debida asesoría a sus clientes.

3.1.3. Explicaciones Formales.

La sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.**, presentó en término las correspondientes explicaciones formales, mediante escrito ABOL/0002819 del 5 de noviembre de 2009⁴.

Explica en primer lugar, sobre las operaciones celebradas sobre el producto Licencia Microsoft que su mandante Software y Algoritmos S.A. no pudo cumplir con la entrega del producto dentro del plazo establecido, debido a que la parte compradora no cumplió con su obligación de hacer el pago anticipado del 50% del valor de la negociación. De esta manera manifiesta que:

“La comitente vendedora debía hacer entrega de las licencias negociadas el día 24 de octubre de 2008, plazo que se prorrogó hasta el 29 de octubre de 2008, para lo cual era indispensable que se hiciera efectivo el pago anticipado del 50% del valor de la negociación.

² Cuaderno No. 1 Folio 172-174.

³ Cuaderno No. 2 Folio 536-557.

⁴ Cuaderno No. 2 Folio 563-588



Conforme a la ficha técnica, el Ministerio de Defensa Nacional tenía la obligación de abonar a la cuenta de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la BNA S.A. el 50% del valor total de la operación como pago anticipado dentro de los quince días hábiles siguientes a la realización de la operación en Bolsa y previa entrega por parte del comisionista del comprobante de operación de mercado abierto (papeleta) al Ministerio de Defensa Nacional.....” A su turno, la CRCBNA debía pagar anticipadamente al proveedor ese mismo porcentaje dentro de los diez días hábiles siguientes, contados a partir de la recepción del pago anticipado por parte del Ministerio.

De acuerdo con lo anterior, afirma la investigada que el Ministerio de Defensa abonó a la CRC Mercantil, antes CRCBNA, el pago del anticipo entre el 6 y el 15 de octubre de 2008 y para el efecto presenta un cuadro de los pagos realizados. Sin embargo, menciona que la CRC Mercantil no hizo el pago anticipado a su mandante Software y Algoritmos S.A. *“probablemente debido a que el comisionista comprador no impartió la correspondiente autorización, por lo cual, en los términos previstos en el artículo 1609 del Código Civil Colombiano, la sociedad Software y Algoritmos S.A no incumplió sus obligaciones, dado que dicho pago era esencial para dejar en firme la orden de compra de las licencias que oportunamente el comitente vendedor formuló ante Microsoft, único proveedor de licencias en el mercado, para cumplir con su obligación de entrega”.*

Agrega que la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** no incumplió las normas reglamentarias y legales citadas en lo que se refiere al presunto incumplimiento en la entrega, ni tampoco las referidas al deber de asesoría ya que *“En el caso particular la sociedad comisionista suministró en forma diligente y profesional y la sociedad Software y Algoritmos S.A. recibió la información necesaria acerca del mercado de compras públicas en la Bolsa, lo que le permitió tener elementos de juicio claros y objetivos que permitieron su participación en el mercado. De hecho, el texto del mandato de venta suscrito por el representante legal de la sociedad representada, precisó que conocían todas las condiciones requeridas en la negociación, de conformidad con lo dispuesto en la ficha técnica que dio a conocer el Ministerio de Defensa y que se publicó en la página WEB de la Bolsa. También certificó la mencionada sociedad que conocía los reglamentos y estatutos de la Bolsa Nacional Agropecuaria y por lo tanto sus obligaciones de entrega de los productos adquiridos, en los términos y plazos establecidos”.*

Agrega que en la página web de la Bolsa se encuentra publicado el Reglamento de la Bolsa lo que permite su conocimiento y adicionalmente la asesoría *“se prestó a través de profesionales certificados vinculados laboralmente a AGROBOLSA S.A y en virtud de la misma se analizó el perfil del cliente y se estudió previamente la historia económica de la sociedad, su experiencia y trayectoria, así como el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Ministerio para permitir su participación en la puja del negocio. (...) Este previo conocimiento del mercado y del tipo de operación por parte de las empresas que participan en las operaciones sobre físicos, dada su experiencia y trayectoria, así como su profesionalidad en la actividad que desarrollan, permiten considerar que la labor de asesoría prevista en las disposiciones citadas están más encaminadas a la protección de los clientes inversionistas que realizan operaciones a través de los intermediarios*

de valores, en desarrollo de sus actividades de intermediación en los términos previstos en los artículos 1.5.1.1 y 1.5.1.2, de la resolución 400 de 1995, reformada en este aspecto por el artículo 3 del Decreto 1121 de 2008, como sería el caso de los negocios financieros, por lo cual se justifica plenamente que el deber de asesoría en las operaciones sobre físicos deba adecuarse a la naturaleza y a las características y condiciones de estas operaciones”.

Anexa como prueba la documentación que considera confirma los argumentos esgrimidos.

3.1.4. Evaluación de las Explicaciones por parte del Área de Seguimiento y Pliego de Cargos.

Analiza en primer lugar las circunstancias ocurridas alrededor de las operaciones y las pruebas obrantes en el expediente, concluyendo que los productos objeto de las operaciones Nos. 8063881, 8063882, 8066297, 8066318, 8066324, 8066325 y 8066828 no fueron entregados en las fechas pactadas, ni posteriormente. Así mismo menciona sobre las operaciones Nos. 8063885 y 8063993 que en efecto no fueron incumplidas en su totalidad en las fechas aducidas en la declaratoria de incumplimiento expedida por la Bolsa, ya que algunos productos tenían una fecha de entrega posterior. Así mismo, frente a la operación No. 8065023 explica que no debió ser objeto de la declaratoria de incumplimiento toda vez que la entrega estaba prevista para el 30 de enero de 2009.

De acuerdo con lo anterior, considera que el hecho de existir un error en la declaratoria de incumplimiento no implicaba que la investigada no debería realizar las actividades tendientes a honrar su obligación de entrega.

En lo que se refiere al pago del anticipo menciona: *“(…) el Área de Seguimiento, una vez realizada la respectiva consulta en el SIB, evidenció que tal como lo afirma la memorialista, al mandante vendedor no le fueron realizados los giros correspondientes al pago de los anticipos⁵ los cuales debían ascender al 50% del valor de las operaciones celebradas. No obstante, tal situación no enerva el incumplimiento de las operaciones en estudio, toda vez, que en el mercado administrado por la Bolsa Nacional Agropecuaria no son aplicables los preceptos del artículo 1609 del Código Civil en concordancia con el artículo 1546 del mismo corpus normativo, en el entendido que del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los comisionistas miembros de la BNA solo son responsable los mismos, por lo que dichos miembros como sujeto de derechos y obligaciones independientemente considerados, deben sujetarse a las condiciones pactadas en las negociaciones con el fin de preservar los principios de seriedad, transparencia y seguridad que rigen el mercado Bursátil; por tal razón los incumplimientos en que pudo haber incurrido la contraparte no inciden en la responsabilidad disciplinaria de la encartada, toda vez, que las obligaciones adquiridas dentro de este mercado no solo son oponibles frente a la contraparte sino también frente al mercado en sí, por lo que su cumplimiento o incumplimiento afectan*

⁵ Oficio del 28 de octubre de 2008. folios 894 a 896 cuaderno No.2

inexpugnablemente los principios fundantes de éste y la credibilidad que los demás actores tengan en el mismo”.

Agrega que la sociedad comisionista debió prever tal circunstancia ya que acorde con los tiempos límite de giro era posible que el mismo excediera la fecha límite de cumplimiento de la operación, debido a la amplitud de los plazos otorgados, considerando al respecto que: *“Dicha situación nos permite colegir que los pagos anticipados no fueron concebidos, dentro de la negociación, para servir de soporte a unas simples ordenes de pedido, las cuales debían haberse confirmado con prescindencia de tales recursos, en consideración a la extensión del término para el giro de los mismos. Admitir lo contrario sería caer en el absurdo de cavilar que el cumplimiento de las operaciones estaba sujeto a la condición del giro previo de los anticipos a que se refiere la investigada, situación que no se compadece con la realidad de la operación objeto de estudio”.* Agrega que las órdenes de pedido fueron extemporáneas.

De otra parte, se refiere al deber de asesoría encontrando que la sociedad comisionista debía realizar un análisis profundo de su mandante toda vez que no había participado previamente en el mercado de la Bolsa y resalta que el análisis de riesgos no haya sido objeto de revisión por parte del Comité de Riesgos de la sociedad. Por último señala que: *“de haberse brindado la debida asesoría al mandante éste no hubiera incurrido en la imprevisión de no tener en cuenta la tasa representativa del mercado y la influencia que la variación en la misma tendría en el precio de los productos a suministrar y, por ende, en la rentabilidad del negocio. Adicionalmente, de haber contado el mandante con la asesoría deseada, tendría conocimiento de la improcedencia de las modificaciones cuando las mismas son realizadas con transgresión de los preceptos del artículo 75 del Reglamento de Funciones y Operaciones de la BNA”.*

3.1.5. Descargos presentados por la Sociedad Comisionista AGROBOLSA S.A.

Se refiere en primer lugar a las operaciones Nos. 8063881, 8063882, 8063885, 8063993, 8065023, 8066297, 8066318, 8066324, 8066325, 8066828 y ratifica los argumentos expuestos en la solicitud de explicaciones formales reiterando que *“la no entrega de las licencias dentro del plazo previsto obedeció a que nuestro Mandante Software y Algoritmos S.A. quedó en imposibilidad de cumplir debido al incumplimiento de la contraparte derivada de la falta de entrega del anticipo previsto en la ficha técnica de negociación”.* De acuerdo con lo anterior, invoca la aplicación del artículo 1609 del código civil explicando que el mismo es aplicable a las operaciones de bolsa, difiriendo así de la posición esgrimida por el Área de Seguimiento al respecto.

Manifiesta posteriormente que no le cabe responsabilidad toda vez que se ajustó a las condiciones pactadas en la negociación y explica que:

“En efecto, el Ministerio de Defensa Nacional tenía la obligación de abonar a la cuenta de la Cámara Central de Riesgo de Contraparte de la BNA el 50% del valor de las operaciones como

pago anticipado dentro de los 15 días hábiles siguientes a su realización en Bolsa y previa entrega por parte del comisionista del comprobante de operación de mercado abierto (papeleta) al Ministerio de Defensa Nacional y, a su turno, la CRCBNA debía pagar anticipadamente al proveedor ese mismo porcentaje dentro de los 10 días hábiles siguientes contados a partir de la recepción del pago anticipado por parte del Ministerio.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta el oficio MDS GDFGCT-74.5 de diciembre 10 de 2008 emitido por el Ministerio de Defensa, la CRCBNA ha debido hacer entrega de los anticipos al vendedor para permitirle cumplir su obligación de entregar las licencias negociadas a favor de cada una de las unidades ejecutoras en las fechas límites que se indican en el siguiente cuadro, todas anteriores a las fechas de cumplimiento de las correspondientes operaciones, teniendo en cuenta los plazos iniciales del 24 y 25 de octubre de 2008 y la prórroga acordada hasta el 29 de octubre de 2008, así como la operación a favor de la Fuerza Aérea Colombiana que se debía cumplir el 30 de enero de 2009 (...).

Agrega que no fue informada del comunicado DO-1064 del 27 de octubre enviado a la contraparte y presenta en un cuadro la fecha de giro del anticipo a la CRC Mercantil por cada unidad ejecutora, el valor girado, la fecha límite de giro, la fecha de la operación, presentando como observación que ninguno de esos giros se recibió.

De acuerdo con lo anterior explica que: *“Contrario a lo afirmado en el pliego de cargos, los anticipos si se concibieron dentro de la negociación para permitirle a la punta vendedora confirmar los pedidos al único proveedor del mercado (nacional e internacional) de las licencias negociadas, quien en toda compra exige el pago previo de las mismas. De no haberse consagrado la entrega del anticipo del 50%, la parte vendedora no habría realizado las operaciones de bolsa ni asumido las obligaciones derivadas de las mismas”.* Agrega que la orden de compra no implica que no se hubiese contactado al proveedor Microsoft antes de la fecha de la misma, sin embargo dicha empresa no realiza ningún pedido sin previo pago. Así menciona que: *“no hubo pedido u orden de compra en firme porque el pago de las licencias no se hizo previamente por causa no imputable a la parte vendedora; en el caso particular ni la orden de fecha 24 de octubre quedó en firme, ni ninguna otra orden que se hubiese podido documentar con fecha anterior hubiese podido quedar en firma, porque el pago previo exigido por Microsoft no se hizo debido a que la parte compradora no hizo el anticipo a que estaba obligada, hecho éste último que está plenamente acreditado en el expediente y demuestra el incumplimiento de la parte compradora de sus obligaciones contractuales nacidas de las operaciones de bolsa realizadas”.*

Posteriormente se refiere a la declaratoria de incumplimiento expedida por la Bolsa. Aclara en primer lugar, que no acudió al organismo arbitral porque el mismo no se constituyó desconociendo el derecho de **AGROBOLSA S.A.** de utilizar este mecanismo ya que la CRC Mercantil salió a honrar el compromiso de manera inmediata. De otra parte a las circunstancias presentadas, cuando la CRC Mercantil salió al cumplimiento de las operaciones sin tener en cuenta el plazo de tres de las operaciones que se encontraba

estipulado para el 30 de enero de 2009, resaltando que estas operaciones se dieron por incumplidas sin tener en cuenta los términos de la negociación.

De esta manera reitera que no incumplió con las obligaciones reglamentarias y legales que le asisten y se refiere al deber de asesoría en los siguientes términos:

Insistimos en que nunca se faltó al deber de información que le compete a la sociedad comisionista y que nuestro mandante Software y Algoritmos S.A. recibió la información necesaria para participar en el mercado de compras públicas en forma diligente y profesional, lo que le permitió tener elementos de juicio claros y objetivos para participar en él. El hecho de que sobrevengan circunstancias ajenas al giro del negocio, como fue la de no contar con los recursos ofrecidos como anticipo en la ficha técnica de negociación, no puede calificarse como de mala asesoría o desconocimiento del reglamento.

Así mismo se refiere al argumento esgrimido en el pliego de cargos en los que se refiere a la previsión que debía tenerse frente a la tasa representativa del mercado y menciona:

Al respecto permítasenos comentar que en un análisis retrospectivo resulta fácil afirmar que ha debido preverse la devaluación que ocurrió en el mes de octubre de 2008 para endilgarle a la sociedad que represento la responsabilidad disciplinaria por la falta de debida asesoría e información. Nada más injusto que esa apreciación, máxime si se tiene en cuenta que ni las propias autoridades financieras, cambiarias y bursátiles del país previeron ese hecho.

Continúa mencionando:

“De otra parte, queremos insistir en no obstante lo anterior y como ya lo anotamos no es de recibo para el caso que nos ocupa la concordancia que se cita con el desconocimiento del deber de asesoría prevista por la Resolución 400 frente a los “clientes inversionistas”. Las operaciones de físicos cuestionadas distan de las operaciones realizadas por los intermediarios de valores, en desarrollo de las actividades de intermediación, en las que si se requieren recomendaciones individualizadas acerca de los elementos relevantes.

Si bien la resolución 400 de 1995 se aplica por remisión del artículo 5.2.1.15 del Reglamento de Funcionamiento y Operación no puede desconocerse el Decreto 1121 de 2008 por medio del cual se reglamenta la actividad de intermediación en el mercado de valores. Definitivamente en tratándose de negocios financieros es de recibo la clasificación del decreto 1121 de los clientes en inversionista o en inversionista profesional, a fin de hacerse acreedor a un régimen de protección pero en los físicos es discutible.

El tratamiento de cliente inversionista previsto para el mercado de valores lo faculta para solicitar está (sic) categoría de manera general o particular respecto “de un tipo de operaciones en el mercado de valores” clasificación que si bien se aplica a los clientes que transan en la B.N.A, el campo de acción es como se anotó para los financieros”.

3.1.6. Consideraciones de La Sala.

3.1.6.1. *De las condiciones de entrega pactadas y traza de las operaciones.*

Teniendo en cuenta que en la celebración de las operaciones y en su desarrollo se presentaron diferentes circunstancias que podrían incidir en el análisis de la conducta, entrará la Sala a explicar la situación presentada.

En primer lugar tenemos que las operaciones fueron celebradas los días 24 y 25 de septiembre de 2008 con las condiciones mencionadas en el numeral 3.1.1. de los *Hechos*. Ahora bien, frente a las condiciones pactadas se deben precisar algunos puntos.

Las operaciones Nos. 8063881, 8063882, 8066297, 8066318, 8066324, 8066325 y 8066828 fueron pactadas con fecha de entrega los días 24 y 25 de octubre de 2008. Sin embargo, para las operaciones 8063885, 8063993 y 8065023 se pactó una fecha diferente toda vez que el producto podía ser entregado hasta el 30 de enero de 2009, en relación con las entregas destinadas a la FAC de acuerdo con las fichas técnicas.

En efecto, en el anexo B de la Ficha técnica de la operación en donde se determinan las cantidades de producto a entregar por cada fuerza del Ministerio de Defensa, los plazos de entrega, las características técnicas generales y específicas del producto entre otras condiciones, se puede leer que los plazos de entrega para todas las operaciones es *“Treinta (30) días contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del contrato”*, esto es el 24 y 25 de octubre de 2008. Sin embargo, para aquellas operaciones cuyo producto se encontraba destinado a la FAC se determina que la entrega se deberá realizar el *“Treinta (30) de enero de dos mil nueve (2009)”*.⁶ Así mismo, en la Ficha de Negociación para la Adquisición de Licencias Microsoft⁷, se previó como plazo para la entrega el siguiente: *“dentro de las treinta (30) días calendario siguientes a la expedición del comprobante de negociación (papeleta), excepto para la FAC, donde se tiene prevista entrega total para el 30 de enero de 2009”*. Recuérdese que en el mismo comprobante de negociación de la operación, se sujeta a las condiciones pactadas en la ficha técnica de la negociación al establecer *“demás condiciones publicadas en la página web de la BNA”*.

Ahora bien, para efectos de determinar cuáles productos se encontraban destinados a la FAC y por ende determina la fecha de entrega de los mismos, se debe realizar un análisis de la ficha técnica de negociación de cara al producto negociado en cada operación. Así, tenemos que acorde a la ficha técnica de negociación, la FAC necesitaba los siguientes productos: (i) 1032 unidades de licencias CAL Exchange Server 2003 English Enterprise; (ii)

⁶ Cuaderno No. 1 Folio 111.

⁷ Cuaderno No. 2 Folio 901-909

10 unidades de Project Profesional 2007; (iii) 84 unidades de licencias CAL Windows 2008; (iv) 2 unidades de office 2007 estándar y (v) 2 kit de legalización Windows XP.

En el grupo de operaciones que se encuentran bajo estudio, únicamente fueron objeto de negociación, los productos licencias CAL Windows 2008, office 2007 estándar y kit de legalización Windows XP mediante las operaciones identificadas con los números 8063885, 8063993 y 8065023.

Ahora bien, en la operación No. 8063885 se pactó un total de 1322 unidades del producto office 2007, de las cuales 2 se encontraban dirigidas a la FAC, el restante estaba destinado para las unidades ejecutoras Policía Nacional de Colombia –PONAL- (1300 unidades) y Armada Nacional de Colombia –ARC- (20).

En la operación No. 8063993 se pactó un total de 5184 licencias CAL Windows 2008, de las cuales 84 iban dirigidas a la FAC, el restante de 5100 unidades estaba destinado a la unidad ejecutora PONAL.

Finalmente, en la operación No. 8065023, se negoció la entrega de 2 unidades de kit de legalización Windows XP, las cuales se encontraban destinadas únicamente a la FAC⁸. Así es claro que esta operación no fue cantada de forma correcta por en realizada era una operación forward y fue cantada como disponible.

Así las cosas, tenemos que una parte del producto pactado en estas operaciones tenía fecha de entrega posterior, precisión que resulta de importancia teniendo en cuenta que la declaratoria de incumplimiento de la Bolsa no tuvo en cuenta estas fechas de entrega ya que fueron por la cantidad total negociada, lo cual será analizado posteriormente frente a la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista.

De otra parte, y en punto de las condiciones de las operaciones se debe mencionar que obra en el expediente comunicación AAA-08-2150 del 24 de septiembre de 2008, en la cual AR Triple A solicita la “modificación” de los comprobantes de negociación así⁹:

“La fecha de entrega para Licencias es dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la negociación, esto es 24 de octubre para las negociaciones de del (sic) día de hoy.

Solicitamos aclarar igualmente en las observaciones lo siguiente:

⁸ Obra en el expediente comunicación DO-1089 del 6 de noviembre de 2008, en la cual el departamento de operaciones solicita informar sobre entregas que se deben realizar el 30 de enero de 2009, a la cual da respuesta la sociedad comisionista compradora AR Triple A Corredores de Bolsa S.A. mediante comunicación del mismo día e informa que las operaciones 8063885, 8063993 y 8065023 tienen entregas de producto hasta en 30 de enero de 2009 por una cantidad de producto de 2, 84 y 2 unidades respectivamente. (Cuaderno No. 3 Folio 1147 y 1079)

⁹ Cuaderno No. 3 Folios 1149-1150



“Dentro de este lapso (30 días) se incluye la labor de recepción a satisfacción por parte del Interventor y/o supervisor delegado para la recepción de Equipos por cada una de las unidades Ejecutoras que mínimo debe ser de cinco (5) días”

(...)

La forma de pago es: Anticipo inicial dentro de los términos establecidos en la FTN y saldo restante dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibo a satisfacción de la totalidad de los bienes en los sitios de entrega determinados la cual será certificada por el Supervisor del Contrato.

(...)

Hace falta agregar el valor del IVA de los equipos de cómputo y las licencias. Tanto los equipos como las licencias tienen IVA del 16%, teniendo en cuenta como única excepción que el valor de la base de IVA cambia para los microcomputadores, de los cuales adjuntamos relación del valor del IVA”.

Se debe aclarar que estas “modificaciones” fueron plasmadas en la ficha técnica de negociación de las operaciones. En efecto, el departamento de operaciones de la Bolsa, informa al Área de Seguimiento mediante comunicación DO-354 del 8 de febrero de 2010 que *“La firma comisionista A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A., AAA-08-2150 el 24 de septiembre de 2008, le solicito (sic) a este Departamento modificación en los comprobantes de negociación, (...) la fecha de entrega para las licencias es siguiente dentro de los 30 días se incluye la labor de recepción a satisfacción por parte del interventor por cada una de las unidades como mínimo 5 días. La forma de pago es anticipo dentro de los términos de la ficha técnica de negociación y saldo dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibo a satisfacción de la totalidad, el IVA es del 16%”*¹⁰.

En este punto es necesario llamar la atención en cuanto acorde al artículo 75 del Reglamento de la Bolsa¹¹, la modificación de las operaciones procede por convenio expreso y escrito entre las partes, lo cual en el caso concreto, tal y como se evidencia de las pruebas, no sucedió ya que se modifica la operación con la sola voluntad de la

¹⁰ Cuaderno No. 3 Folio 1153

¹¹ El artículo 75 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de las Bolsa determina: *“Por convenio expreso y escrito entre las partes, el cual debe ser entregado oportunamente a la Bolsa, se podrán modificar por una sola vez, dentro de la semana siguiente a la fecha en que se realizó la negociación y antes del vencimiento de los plazos pactados, las siguientes condiciones de la negociación: Fecha límite de entrega y de recibo; sitio de entrega; fecha y forma de pago; presentación del producto; compensaciones acordadas y cantidad.*

No serán objeto de modificación la naturaleza del producto y el precio, salvo cuando al momento del registro, se hubieren convenido bonificaciones o castigos.

Si al liquidar la operación con las modificaciones convenidas, resultare un mayor valor, se deberá pagar a la Bolsa el costo de registro correspondiente. En caso contrario, la Bolsa reintegrará el monto correspondiente.

En aquellos casos en que la operación haya sido aceptada para su compensación y liquidación por una entidad distinta de la Bolsa, ésta informará a dicha entidad para que proceda a realizar los ajustes que correspondan en el sistema de compensación y liquidación”.

sociedad comisionista compradora. Sin embargo se observa que esta es una aclaración de condiciones que estaban previstas en la ficha técnica y por lo tanto eran conocidas por las partes.

Siguiendo con la traza de las operaciones, tenemos que el día 22 de octubre de 2008, el mandante vendedor envía comunicación a la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** en la cual pone en conocimiento diferentes circunstancias frente al plazo de entrega del producto. En primer lugar explica, que la compañía fabricante de las licencias aprobó un 30% de descuento, sin embargo, les fue informado posteriormente que tenían hasta el día 26 de septiembre para realizar la orden de pedido con el descuento acordado lo cual no fue posible, toda vez que los comprobantes de negociación únicamente los obtuvieron hasta el día 29 de septiembre. Agrega que durante ese proceso les fue solicitado un 10% de tolerancia de más, lo cual fue aceptado, todo lo cual conlleva a un detrimento económico en cabeza del mandante vendedor y de la sociedad comisionista en virtud de las obligaciones contraídas en el marco del contrato de comisión¹². Por lo anterior solicita *“se gestione un plazo prudente en día para realizar la entrega pactada, con el fin de solucionar en este lapso otorgado, este hecho imprevisto sobre el cambio intempestivo y exorbitante sobre el precio de las licencias (...)”*¹³.

De acuerdo con lo anterior, mediante comunicación del 23 de octubre de 2008, **AGROBOLSA S.A.** solicita a A.R. Triple A Corredores de Bolsa que de acuerdo a reunión sostenida ese día, se sirvan gestionar prórroga hasta el 31 de octubre de 2008¹⁴. Dicha solicitud fue atendida por la contraparte, toda vez que obra en el expediente acuerdo de prórroga celebrado el 24 de octubre de 2008 entre AR Triple A Corredores de Bolsa en representación del Ministerio de Defensa y Software y Algoritmos S.A. –mandante vendedor- por medio del cual se conviene otorgar una prórroga para la entrega del producto en las operaciones hasta el 29 de octubre de 2008¹⁵.

No obstante lo anterior, mediante comunicación DO-1064 del 27 de octubre de 2008, el departamento de operaciones de la Bolsa informa a la sociedad comisionista AR Triple A Corredores de Bolsa que no procede la solicitud de prórroga debido a que las operaciones ya fueron modificadas¹⁶.

Así las cosas, es claro que la prórroga acordada por las partes no fue avalada por la Bolsa, por lo cual, en el escenario bursátil no gozaba de validez. Se debe aclarar que si bien es

¹² En efecto el 1 de octubre de 2008, antes de la fecha de entrega pactada, la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** informa a la contraparte que su mandante Software y Algoritmos S.A. ha accedido a dar cumplimiento a la solicitud del 10% de tolerancia (Cuaderno No. 2 Folio 724)

¹³ Cuaderno No. 2 Folio 726.

¹⁴ Cuaderno No. 2 Folio 899.

¹⁵ Cuaderno No. 1 Folio 178 y Cuaderno No. 2 Folio 898

¹⁶ Cuaderno No. 3 Folio 1129.

cierto que la primera modificación a la cual alude la Bolsa no se realizó en estricto cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 75 del reglamento, no es menos cierto que la modificación posterior solicitada por las partes de todas formas no era procedente, ya que se encontraba por fuera del término establecido en la disposición reglamentaria comentada.

Ahora bien, en este punto, el día 29 de octubre de 2008, comienzan a presentarse inconvenientes con el pago del anticipo ya que el mismo no había sido recibido por parte del mandante vendedor, sin embargo, las circunstancias presentadas frente al pago del anticipo pactado, serán analizadas posteriormente en el siguiente acápite.

El día 30 de octubre de 2008, el mandante comprador -Ministerio de Defensa Nacional- solicita a la sociedad comisionista A.R. Triple A, que se lleve a cabo el trámite ante la CRC Mercantil teniendo en cuenta el incumplimiento en la entrega que debió efectuarse el 29 de octubre¹⁷. Nótese que la fecha mencionada tiene en cuenta el acuerdo de prórroga celebrado entre las partes. De acuerdo con lo anterior, A.R. Triple A Corredores de Bolsa mediante comunicación AAA-08-2505 del 30 de octubre de 2008, informa a la Bolsa sobre el incumplimiento en la entrega de las operaciones Nos 8063881, 8063882, 8063885, 8063993, 8065023, 8066297, 8066318, 8066324, 8066325 y 8066828¹⁸; incumplimiento que es declarado mediante comunicación PSD-333 del 30 de octubre de 2008, en la cual se certifica el incumplimiento de la totalidad de las operaciones y de la totalidad de producto pactado¹⁹:

De esta manera, la CRC Mercantil salió a demandar el producto en la Rueda de la Bolsa, para dar cumplimiento a las operaciones declaradas incumplidas, tal y como se puede comprobar en los boletines informativos No. 16, 17, 18, 19, 20 y 21 del 4 de noviembre al 10 de noviembre de 2008²⁰.

Obra en el expediente de otra parte, comunicación ABOL/4930 del 4 de noviembre de 2008, en la cual **AGROBOLSA S.A** informa a AR Triple A que *“como consecuencia del incumplimiento decretado por la BOLSA NACIONAL AGROPECUARIA en la entrega previstas en las operaciones de bolsa Nos. 8063885, 8063993 y 8065023 además (sic) de las otras que involucran licencias para las distintas fuerzas armadas, con la presente nos permitimos manifestar que las entregas para la FUERZA AEREA COLOMBIANA que tenían prevista una fecha diferente a las relacionadas en la cartas PSD-334 esto es Enero 2009, no se realizarán por ya haberse decretado el*

¹⁷ Cuaderno No. 1 Folio 169.

¹⁸ Cuaderno No. 1 Folio 170.

¹⁹ Cuaderno No. 1 Folio 172. Obra así mismo en el expediente la declaratoria de de incumplimiento PSD-334 del 30 de octubre de 2008, por medio de la cual la administración de la Bolsa declara el incumplimiento de las operaciones en los mismo términos de la comunicación PSD-333 por lo cual, al parecer se trata de un error y se tendrá en cuenta una de estas certificaciones. (Cuaderno No. 1 Folio 174)

²⁰ Cuaderno No. 4 Folio 109-118

incumplimiento²¹". Así mismo, mediante comunicación ABOL-4943 del 6 de noviembre de 2008, **AGROBOLSA S.A.** informa que no realizara las entregas programadas para enero 30 como lo manifestó en comunicación ABOL/4930²².

De esta manera, existiendo claridad sobre la traza de las operaciones y las circunstancias presentadas en el desarrollo de las mismas, entrará la Sala a analizar los argumentos de defensa presentados por la sociedad comisionista investigada y la imputación efectuada por el Área de Seguimiento.

3.1.6.2. *Del anticipo pactado.*

Las operaciones sobre licencias software fueron pactadas con pago de un anticipo, el cual acorde a la ficha técnica de negociación debía pagarse de la siguiente forma:

*"Respecto de las entregas al Ministerio de Defensa Nacional, sus Unidades Ejecutoras y la Policía Nacional, se abonará a la cuenta de la Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la BNA S.A., el 50% del valor total de la operación como pago anticipado dentro de los **15 días hábiles siguientes** a la realización de la operación en bolsa y previa entrega por parte del Comisionista del comprobante de operación de mercado abierto (papeleta) al Ministerio de Defensa Nacional con el fin de cumplir procedimientos de orden financiero ante la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional.*

(...)

La Cámara de Riesgo Central de Contraparte de la BNA S.A. pagará al proveedor dentro de los diez (10) días hábiles siguientes contados a partir de la recepción del pago anticipado que reciba la CRCBNA por parte del Ministerio de Defensa y previo cumplimiento de los requisitos exigidos al proveedor por la CRCBNA (...)"²³.

De acuerdo con lo anterior los plazos máximos para el pago del anticipo eran los siguientes²⁴:

Operación	Fecha celebración	Fecha entrega	Fecha de pago del anticipo (giro del comprador a la CRC Mercantil)	Fecha de pago por parte de la CRC Mercantil a los proveedores
8063881	24-sep-08	24-oct-08	16-oct-08	29-oct-08
8063882	24-sep-08	24-oct-08	16-oct-08	29-oct-08

²¹ Cuaderno No. 1 Folio 175.

²² Cuaderno No. 3 Folio 1046.

²³ Cuaderno No. 2 Folio 903

²⁴ En el comprobante de negociación, en el caso de las operaciones Nos. 8063885, 8063993 y 8065023, la entrega final correspondía al 24 de octubre de 2008 y el 30 de enero de 2009 para las licencias con destino a la FAC, como ha quedado explicado en precedencia.



8063885	24-sep-08	30-ene-09	16-oct-08	29-oct-08
8063993	24-sep-08	30-ene-09	16-oct-08	29-oct-08
8065023	24-sep-08	30-ene-09	16-oct-08	29-oct-08
8066297	25-sep-08	25-oct-08	17-oct-08	30-oct-08
8066324	25-sep-08	25-oct-08	17-oct-08	30-oct-08
8066318	25-sep-08	25-oct-08	17-oct-08	30-oct-08
8066325	25-sep-08	25-oct-08	17-oct-08	30-oct-08
8066828	25-sep-08	25-oct-08	17-oct-08	30-oct-08

De lo anterior claramente se establece que el pago inicial pactado no corresponde a un anticipo propiamente dicho, toda vez que la fecha de entrega es anterior a la fecha de tal desembolso.

Ahora bien, el día 28 de octubre de 2008, el mandante vendedor solicita a **AGROBOLSA S.A.** el pago de los anticipos y menciona que *“El cumplimiento en la entrega de los recursos económicos son vitales para el cumplimiento en la entrega, el incumplimiento en estos pagos generan desequilibrio económico al proveedor por lo que les solicitamos realizar los pagos de la manera en que se encuentran establecidos en las condiciones iniciales”*²⁵. Igualmente, mediante comunicación de este mismo día, el mandante vendedor solicita a la sociedad comisionista compradora A.R. Triple A Corredores de Bolsa el pago de los anticipos establecidos como forma de pago en las operaciones realizadas con el Ministerio de Defensa²⁶. En efecto, para esta fecha no habían sido recibidos los dineros para el pago del anticipo.

Sin embargo, las fechas en que se realizaron los pagos del anticipo, se aclaran en comunicación posterior del 10 de diciembre de 2008, en la cual el Ministerio de Defensa responde el derecho de petición solicitado por Software y Algoritmos S.A. señalando las fechas de los desembolsos de los mismos en los siguientes términos²⁷:

Fecha de giro	Valor girado
10-oct-08	\$ 226,000.00
7-oct-08	\$ 7,526,212.50
9-oct-08	\$ 11,216,906.32
7-oct-08	\$ 17,956,678.77
15-oct-08	\$ 2,596,768.16
6-oct-08	\$ 520,680,741.20
TOTAL	\$ 560,203,306.95

²⁵ Cuaderno No. 2 Folio 894.

²⁶ Cuaderno No. 2 Folio 897

²⁷ Cuaderno No. 2 Folio 900.



Así mismo, la sociedad comisionista AR Triple A Corredores de Bolsa allegó al órgano disciplinario las pruebas solicitadas por la Sala de Decisión No. 7 mediante Resolución No. 112 de 2010, de la cual se desprende que la orden de giro por parte de la punta compradora para el pago del anticipo se dio el día 15 de octubre de 2008. En efecto, remite la sociedad comisionista comunicación de este día, dirigida a la Jefe de Garantías de la CRC Mercantil en la cual relaciona las consignaciones realizadas por el Ministerio de Defensa Nacional y determina la forma como deben ser distribuidas dichas consignaciones, asignándole un valor total de \$3.776.823.655,81 por concepto de giro proveedor – anticipo; sin embargo este valor incluye operaciones que no se encuentran bajo investigación y las operaciones sobre equipos de cómputo, pero acorde al cuadro que se anexa a la comunicación en donde se determina la distribución del anticipo para cada una de las operaciones tenemos que el mismo se debía girar así:

Operación	Valor Operación	Anticipo
8063881	\$ 1,500,000	\$ 879,894.60
8063882	\$ 22,000,000	\$ 14,181,120.80
8063885	\$ 570,000,000	\$ 367,369,932.87
8063993	\$ 179,700,000	\$ 115,825,930.95
8065023	\$ 650,000	\$ 381,287.66
8066297	\$ 78,900,000	\$ 50,802,159.66
8066324	\$ 2,350,000	\$ 1,378,501.54
8066318	\$ 7,050,000	\$ 4,135,504.62
8066325	\$ 390,000	\$ 228,772.60
8066828	\$ 17,600,000	\$ 11,344,896.64
TOTAL ANTICIPOS	\$ 566,528,001.94	

Así las cosas, tenemos que la ficha técnica menciona que el giro debía efectuarse a los 10 días hábiles a partir del recibo del pago, por lo tanto de acuerdo al cuadro de giros enviado por el Ministerio de Defensa, la CRC Mercantil debía girar los recursos así:

fecha de giro	valor girado	giro CRC
10-oct-08	\$ 226,000.00	24-oct-08
7-oct-08	\$ 7,526,212.50	21-oct-08
9-oct-08	\$ 11,216,906.32	23-oct-08
7-oct-08	\$ 17,956,678.77	21-oct-08
15-oct-08	\$ 2,596,768.16	28-oct-08
6-oct-08	\$ 520,680,741.20	20-oct-08



TOTAL	\$ 560,203,306.95
--------------	-------------------

Los anteriores giros, según se desprende del sistema de compensación y liquidación, no fueron realizados. Ahora bien, aún contando el término desde la orden impartida por A.R. Triple A Corredores de Bolsa el 15 de octubre, tenemos que el giro tendría que haberse realizado el 28 de octubre de 2008. No obstante lo anterior, para el 28 de octubre de 2008 según se desprende, del Sistema de Información Bursátil este anticipo no fue girado por la CRC Mercantil, y se deduce de la comunicación citada previamente enviada por el mandante vendedor el 28 de octubre de 2008, en la cual solicita este pago.

Así las cosas, es claro que hubo un retraso en el pago del anticipo o al menos el mandante vendedor no lo recibió el día que debía hacerlo, sin embargo se debe entrar a analizar la incidencia de dicho retraso en la responsabilidad disciplinaria de la investigada.

En primer lugar, tenemos que la investigada en sus descargos, invoca la aplicación del artículo 1609 del Código Civil toda vez que según argumenta, al tratarse de operaciones mercantiles se encuentran cobijadas por dicha disposición. El artículo 1609 del Código Civil consagra, la excepción de contrato no cumplido²⁸ que determina que en los contratos bilaterales cuando una de las partes deja de cumplir, la otra parte no puede constituirse en mora para efectos del contrato, siempre y cuando no haya estado obligado a satisfacer sus obligaciones de forma previa.

Al respecto aclara la Sala que en el mercado bursátil administrado por la Bolsa no son aplicables las previsiones del artículo 1609 ni del artículo 1546²⁹ que establece la condición resolutoria tácita, por tratarse éste de un mercado con regulación específica y propia. En efecto en este mercado el incumplimiento por parte de una de las puntas de determinada operación, no justifica el correlativo incumplimiento por parte de la otra punta.

Las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa no pueden justificar su propia infracción mediante el argumento del incumplimiento de la contraparte pues precisamente para estas situaciones se encuentran establecidos mecanismos específicos dentro de los reglamentos de la Bolsa y de la CRC Mercantil, tales como la solicitud de declaratoria de incumplimiento y todo el mecanismo desplegado después de su certificación. Es por esto además, que la operación bursátil celebrada por los miembros de

²⁸ Código Civil de Colombia. Artículo 1609: *“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.*

²⁹ Código Civil de Colombia. Artículo 1546: *“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.*

la Bolsa, debe sujetarse a los términos pactados y comunicados a la Bolsa, pues están en juego los principios de transparencia y seguridad, pilares de los escenarios bursátiles y principios consonantes con la responsabilidad profesional que deben asumir los comisionistas de la Bolsa. Ahora, si la sociedad comisionista no comunica aspectos tales como el incumplimiento de la contraparte a la Bolsa, entonces deberá cumplir acorde a lo negociado en el momento de la celebración de la operación pues es claro el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa al establecer la obligación de las sociedades comisionistas de cumplir los contratos celebrados con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza.

Así las cosas le asiste razón al Jefe del Área de Seguimiento cuando menciona: *“(...) los incumplimientos en que pudo haber incurrido la contraparte no inciden en la responsabilidad disciplinaria de la encartada, toda vez, que las obligaciones adquiridas dentro de este mercado no solo son oponibles frente a la contraparte sino también frente al mercado en si, por lo que su cumplimiento o incumplimiento afectan inexpugnablemente los principios fundantes de éste y la credibilidad que los demás actores tengan en el mismo”.*

Obsérvese que en el caso concreto, el anticipo se pactó pago posterior a las entregas, es decir, no como prerrequisito para efectuar las mismas.

En efecto, como otro argumento de defensa menciona la sociedad comisionista investigada que la no entrega del producto dentro del plazo pactado, tiene su origen en el incumplimiento por parte de la contraparte en el pago del mencionado anticipo, toda vez que dicho pago se concibió dentro de la negociación para permitirle a la punta vendedora confirmar los pedidos al proveedor.

Sin embargo, del análisis de las fechas máximas para el pago del anticipo, se evidencia claramente que acorde con las condiciones establecidas en la ficha técnica no era posible que el anticipo fuera condición para la entrega pues el mismo, podía girarse al proveedor hasta el 29 y 30 de octubre de 2008, esto es después de la fecha pactada para entregar el producto, por lo cual al parecer se trata de un error en la ficha técnica. Lo anterior, ratifica la no procedibilidad de la aplicación de la excepción de contrato no cumplido ya que de acuerdo con las condiciones pactadas, la entrega debía cumplirse incluso antes del pago del anticipo lo cual elimina la posibilidad de aplicar esta figura que procede únicamente en caso de que las obligaciones de quien la alega, no hayan tenido que satisfacerse de forma previa.

En efecto, si el anticipo se hubiese concebido como lo menciona la investigada, entonces en la ficha técnica se debieron pactar unos plazos más reducidos para su pago, pero no fue así ya que desde la fecha en que el mandante comprador girara los recursos había un plazo de 25 días hábiles en total para que estos llegaran al mandante vendedor y teniendo en cuenta que las entregas debían efectuarse a los 30 días comunes de celebradas las

operaciones, era claro que las fechas no encajarían para recibir el anticipo antes de la fecha de entrega, más aún teniendo en cuenta que según la modificación realizada a las operaciones se había pactado la labor de recepción a satisfacción por parte del interventor y/o supervisor delegado como mínimo de cinco (5) días dentro del plazo señalado para la entrega.

Ahora bien, esta discordancia en las fichas técnicas tiene implicaciones que involucran a todas las partes en la negociación y se origina en el comitente comprador y su comisionista pues en el mercado de compras públicas son los responsables de estructurar, revisar y validar la ficha técnica de negociación. Sin embargo, dentro las responsabilidades que como profesional experto y prudente tenía la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** en su calidad de comisionista vendedor, se encontraba la de estudiar y analizar las fichas técnicas para efectos de determinar la capacidad de cumplimiento, de acuerdo con las condiciones previstas incluyendo para el efecto, las fechas de pago del anticipo. Al parecer, la sociedad comisionista no evidenció dicho error o si lo hizo, asumió el riesgo de cumplir bajo esas condiciones.

Así las cosas no puede ser eximente de responsabilidad el hecho que las fichas técnicas hayan establecido de forma errónea el anticipo, ya que era responsabilidad de la sociedad comisionista el determinar la viabilidad de dichas negociaciones, en especial para efectos de poder brindar una correcta asesoría a su cliente. No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la concurrencia de responsabilidades frente a la correcta estructuración de la ficha técnica, si podría ser una situación que atenúe la responsabilidad disciplinaria frente al incumplimiento en el entrega.

3.1.6.3. De la declaratoria de incumplimiento de las operaciones

Tal y como se mencionó en el análisis de la traza de las operaciones, había tres operaciones que tenían fecha de entrega parcial para el día 30 de enero de 2009, estas operaciones estaban identificadas con los números 8063885, 8063993 y 8065023. No obstante lo anterior, la declaratoria de incumplimiento de la Bolsa con fecha de 30 de octubre de 2008, incluye estas operaciones como incumplidas.

Al respecto menciona el Jefe del Área de Seguimiento: *“(...) se estima que de haber existido error en la certificación del incumplimiento la misma no era óbice para que la encartada, como profesional del mercado, responsable por las obligaciones adquiridas en éste, hubiese realizado las actividades necesarias tendientes a honrar las obligaciones de entrega de los productos “Kit de Legalización Windows XP (2), Office 2007(84) y CAL Windows 2008 SRV (2)” prevista para el 30 de enero de 2009. Sin embargo, a contrario sensu, la investigada manifestó por escrito su voluntad de no dar cumplimiento a tales operaciones aduciendo que éstas ya contaban con certificación de incumplimiento, actitud a todas luces deliberada y tendiente a la configuración del hecho lesivo del mercado”.*

Al respecto encuentra la Sala que si bien es cierto que los días 4 y 5 de noviembre de 2008, la sociedad comisionista envía comunicación a la contraparte informando que no se realizarán las entregas de las operaciones Nos. 8063885, 8063993 y 8065023 toda vez que ya se había decretado el incumplimiento, no es menos cierto que ese mismo día ya se había expedido el Boletín Informativo No. 16 del 4 de noviembre de 2008 en el cual la sociedad comisionista Agrored S.A. informa que comprará los productos correspondientes a las operaciones sobre licencias declaradas incumplidas, por cuenta de la CRC Mercantil.

De esta manera, no era factible que la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** diera cumplimiento a la entrega parcial del producto cuando la CRC Mercantil ya lo estaba haciendo, aunque la misma realmente no estuviese incumplida ya que las fechas pactadas para la entrega no se habían vencido. Así, no considera la Sala que se trate de una actitud deliberada de incumplimiento, sino que no podía entrar a entregar un producto sobre el cual ya se había realizado una nueva negociación.

No obstante lo anterior, si bien no se trata de incumplimiento deliberado si se presenta de todas formas un incumplimiento de la operación ya que el producto que debía entregarse en 30 de enero, no correspondía a la totalidad del producto pactado y por tanto se incumplió con las entregas que estaban dirigidas a otras unidades ejecutoras como lo era la PONAL y la ARC, a excepción de la operación No. 8065023 en la cual la totalidad del producto pactado -2 unidades- estaba dirigido a la FAC.

Así las cosas encuentra la Sala que frente a las operaciones Nos. 8063885, 8063993 y 8065023 se produce un error tanto en la solicitud del incumplimiento como en la certificación del mismo, que conlleva a que la CRC Mercantil salga a dar cumplimiento a una operación aún vigente de manera parcial, lo cual no exime de responsabilidad toda vez que existió incumplimiento más aún cuando se trataba de operaciones de físicos disponibles cuya fecha de entrega no se compadecía con su naturaleza, sin embargo se tendrá en cuenta que el mismo es parcial.

3.1.6.4. *Del incumplimiento en la entrega del producto y la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista AGROBOLSA S.A.*

Una vez realizado el análisis correspondiente sobre cada una de las circunstancias presentadas alrededor de las operaciones y los argumentos esgrimidos por la sociedad comisionista en su defensa, encuentra la Sala que en efecto se presentó un incumplimiento en la entrega del producto acorde a las condiciones pactadas sin que exista causal que pueda eximir de responsabilidad disciplinaria.

En efecto, el no pago del anticipo pactado no exime de responsabilidad tal y como se mencionó previamente, de una parte porque no es procedente la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, más aún cuando la obligación de entrega se pactó antes del pago del anticipo y de otra, porque si se trató de un error en la estructuración de la ficha técnica, existe responsabilidad de la sociedad comisionista al no ser admisible que un profesional del mercado no haga una revisión profunda de las mismas y evalúe las posibilidades de cumplimiento de la operación en las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se pactaron esas operaciones. No obstante lo anterior, tal y como se mencionó previamente sí determina circunstancias atenuantes de la conducta ya que la elaboración de las fichas técnicas es una responsabilidad que se encuentra en cabeza de la punta compradora y su revisión claramente debe realizarse por quien va a salir a vender el producto solicitado.

Ahora bien, a pesar de que se otorgó una prórroga en las entregas hasta el día 29 de octubre, la cual si bien no fue avalada por la Bolsa se puede notar que el incumplimiento sólo se declaró hasta el 30 de octubre es decir, que ni siquiera en la fecha establecida en la prórroga otorgada fueron cumplidas las operaciones.

No obstante lo anterior, tal y como se ha mencionado, encuentra la Sala que se presentan diferentes circunstancias que atenúan la responsabilidad, las cuales serán analizadas y tenidas en cuenta en la graduación de la sanción.

En efecto se cometieron diversos errores en la negociación los cuales no pueden ser imputables en su totalidad a la sociedad comisionista investigada. Tal y como se ha mencionado, en las fichas técnicas, no se determinó de forma correcta el pago del anticipo y el tiempo establecido desde un primer momento como límite para la entrega, al parecer, no era factible de cumplir. Así las cosas, si bien es cierto que frente al error de las fichas técnicas le asiste responsabilidad a la sociedad comisionista investigada por cuanto como punta vendedora debía verificar que las condiciones establecidas fueran congruentes y factibles de cumplir toda vez que el estudio juicioso de cada ficha técnica es una labor de la sociedad comisionista; no es menos cierto que se presenta imputabilidad de dicho error a otras partes en la negociación lo cual atenúa la responsabilidad disciplinaria de **AGROBOLSA S.A.**

Ahora bien, en este punto es importante resaltar las circunstancias presentadas una vez se certificó el incumplimiento y la CRC Mercantil salió a cumplir las operaciones. Al respecto menciona la sociedad comisionista en sus descargos que cuando la CRC Mercantil salió al cumplimiento de la operación *“la compra definitiva se hizo por la totalidad de las licencias sin importar las condiciones especiales de tres de las operaciones, en su cumplimiento y en el plazo. La entrega de las licencias a la FAC estaban pactadas para el 30 de enero de 2009. Es de mencionar que se nos facturaron costos y comisiones por parte de la Cámara del orden de los \$5.574.876.00,*

que pagamos en forma inmediata”. Así mismo anota que: “la Comisionista Comfia S.A. las vendió todas en noviembre 10 de 2008, con la operación de Bolsa número 8290983. En sana lógica es esta sociedad la obligada al 10% de adición por ficha técnica y no Agrobolsa S.A.”. De acuerdo con lo anterior manifiesta que “no es posible cuestionar a la sociedad que represento por no haber “realizado las actividades necesarias tendientes a honrar las obligaciones de entrega de las licencias de la FAC prevista para el 30 de enero de 2009”, cuando ya el 10 de noviembre de 2008, por instrucciones precisas de la Bolsa, dichas obligaciones se cumplieron, previa certificación de su incumplimiento por parte de la misma Bolsa y la entrega le correspondía a Comfia”.

Frente a lo anterior, encuentra la Sala que la sociedad comisionista pagó los costos y comisiones de las operaciones celebradas por la CRC Mercantil para dar cumplimiento a la negociación, tal como era su obligación reglamentaria, a pesar de que como se ha dicho, en tres operaciones el incumplimiento era parcial.

En sentir de la Sala esta situación debe ser tenida en cuenta en el análisis de la responsabilidad disciplinaria ya que si bien se presenta de forma posterior al incumplimiento de sus obligaciones, demuestra una conducta responsable por parte de la sociedad comisionista que propende por que la falta cometida no produzca mayores daños en el mercado.

En adición a lo anterior se debe tener en cuenta lo dicho por la representante legal de la sociedad comisionista investigada en audiencia practicada por la Sala de Decisión, en donde manifiesta:

Debo decir que pagamos la ‘primiparada’ con ese primer negocio que hizo una entidad oficial en la Bolsa Nacional Agropecuaria. Por mucho tiempo la agencia logística y en ocasiones el Bienestar familiar, habían llegado a la Bolsa Nacional, pero en ese entonces el Ministerio de Defensa tocó la prueba, tocó las puertas, se le abrieron las puertas nos emocionamos todos, salimos a negociar un paquete de licencias, un paquete de computadores. Agrobolsa tuvo a bien ganarse esa asignación.

Y cuando cerramos el negocio y empezamos a mirar en lo que estábamos, se evidenciaron varios temas. El primero, estábamos frente a una negociación de commodities o insumos o productos que no se consiguen en el país en esas cantidades; son productos que hay que importar frente a una orden que se hace sobre eso.

Hay todo un montaje en el tema de las compras de computadores y licencias, están los mayoristas, están los productores que son las grandes firmas, están los mayoristas, están los distribuidores y demás.

Entonces en ese orden de ideas se empezaron las operaciones, se registraron, y desafortunadamente el tema de las licencias pues Agrobolsa no pudo llevarlas adelante porque tenía pactadas unas condiciones especiales sobre la base de que había que importarlas, pedir las



oficialmente a Hewlett Packard que era la persona que tenía para hacerlas, pero el negocio se había estipulado sobre la base de un anticipo necesario para adquirir las licencias. (...)

En efecto, para la época de los hechos, esto es el mes de septiembre de año 2008, se trataba de una nueva experiencia de negocio por tipo de producto, lo cual puede conllevar a ciertos inconvenientes por falta de previsión; previsión que no podría ser totalmente imputable a la sociedad comisionista ya que se trata de un nuevo tipo de negociación. En efecto, antes de la celebración de las operaciones en la Rueda de Negocios se realizaron demos de compra, observaciones a la negociación y extensión del horario habitual de la Rueda de negocios, lo cual demuestra que se trataba de una negociación compleja y novedosa para el mercado³⁰. Lo anterior podría aclarar las equivocaciones cometidas en la ficha técnica que conllevaron a múltiples inconvenientes en la negociación.

De esta manera, considera la Sala que se debe realizar un llamado de atención a la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** para que en nuevas oportunidades estudie cuidadosamente las fichas técnicas con su mandante, lo cual, le permitiría proponer oportunamente los ajustes y correcciones que requieran las mismas y que posibiliten su participación y cumplimiento.

3.2. INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DE LAS OPERACIONES NOS. 8058477, 8058607 Y 8059057 (EQUIPOS DE CÓMPUTO).

3.2.1. Hechos.

3.2.1.1. La sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** celebró en calidad de comisionista vendedor 3 operaciones de físicos MCP en el mercado abierto de la Bolsa, con la sociedad comisionista A.R. Triple A como contraparte y con las condiciones se exponen a continuación³¹:

Tipo	Número	Fecha celebración	Valor	Producto	Fecha entrega inicial	Fecha entrega final	Cantidad pactada	Forma de pago
FW MCP	8058477	23-sep-08	\$ 329,800,000	Computador de escritorio Tipo 4	23-sep-08	23-nov-08	145	50% de anticipo dentro de los 15 días hábiles siguientes a la realización de la operación. El 50% restante dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibo a satisfacción
FW MCP	8058607	23-sep-08	\$ 624,300,000	Computador de escritorio Tipo 3	23-sep-08	23-nov-08	270	
FW MCP	8059057	23-sep-08	\$ 2,344,000,000	Computador de escritorio Tipo 1	23-sep-08	23-nov-08	1,225	

³⁰ Se puede ver para el efecto los Boletines 644, 648, 649, 652 y 661 de septiembre de 2008.

³¹ Impresión del detalle de las operaciones Nos. 8063881, 8063882, 8063885, 8063993, 8065023, 8066297, 8066318, 8066324, 8066325, 8066828 en el Sistema de Operación Bursátil y Comprobantes de negociación. (Cuaderno No. 3 Folios 1045 a 1093). Impresión de detalle de las operaciones Nos. 8058477, 8058607 y 8059057 en el Sistema de Información Bursátil (Cuaderno No. 1 Folios 185-190) y Comprobantes de Negociación (Cuaderno No. 1 Folios 193-195).



3.2.1.2. La administración de la Bolsa, declaró el incumplimiento mediante la comunicación PSD-473 del 23 de diciembre de 2008, en la entrega de las operaciones 8058477, 8058607 y 8059057 por una cantidad de 145, 279 y 1333 respectivamente³².

3.2.2. Solicitud de Explicaciones Formales.

El Área de Seguimiento, con fundamento en el artículo 2.4.3.1 del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, solicitó explicaciones institucionales a la sociedad comisionista investigada **AGROBOLSA S.A.** mediante ASI-119 del 15 de octubre de 2009³³ encontrando que en las operaciones Nos. 8058477, 8058607 y 8059057 con la conducta asumida la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** *“podría dar lugar a la vulneración del artículo 29 numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria; situación que configuraría eventualmente la conducta objeto de investigación y sanción prevista en el numeral 13 del artículo 2.2.2.1. del Libro II del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Nacional Agropecuaria, así como la contenida en el numeral 3.11.1. del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la CRCBNA en lo que se refiere al incumplimiento final de la operación en cuanto a la entrega del producto”*.

Así mismo considera que podría haber vulnerado el artículo 97 del EOSF, el artículo 1.5.3.3. de la Resolución 400 de 1995, el artículo 42 literales d) y e) y numeral 10 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006, el numeral 1.1.1. del artículo 5.2.1.15 y el numeral 6 del artículo 5.2.2.1 del Libro V del Reglamento de la Bolsa en lo que se refiere a la debida asesoría a sus clientes.

3.2.3. Explicaciones Formales.

Menciona sobre las operaciones Nos. 8058477, 8058607 y 8059057 celebradas sobre equipos de cómputo que las comunicaciones citadas por el Área de Seguimiento no pueden interpretarse aisladamente del contexto general de la operación.

Se refiere a los inconvenientes que han tenido las negociaciones sobre estos commodities y manifiesta que: *“Frente a esa nueva realidad, todas las partes que participaron en la operación fueron concientes (sic) de la imposibilidad de cumplir con la entrega de los equipos en el plazo inicialmente previsto, teniendo en cuenta, de una parte, que los equipos demandados necesariamente debían comprarse en el exterior y, de otra parte, que el primer desembolso que habría servido para confirmar el pedido se hizo prácticamente en vísperas del vencimiento del plazo inicial”*.

³² Cuaderno No. 3 Folio 1122.

³³ Cuaderno No. 2 Folio 536-557.



Continúa explicando lo sucedido en la negociación en los siguientes términos:

Confirmado el pedido por parte de Hewlett Packard, como proveedor de los equipos, y de que su proceso de fabricación en Guadalajara- México y Miami –Estados Unidos, implicaba cierta demora, las partes establecieron que la entrega debía hacerse en plazo diferente al inicial, que al comienzo se estimó en el mes de diciembre de 2008, teniendo en cuenta el interés del Ministerio de Defensa Nacional de ejecutar la partida presupuestal en el mismo año 2008.

Efectivamente en el mes de diciembre de 2008 se cumplió parcialmente con la entrega de los equipos, pero surgieron algunas situaciones que impidieron la entrega total de los mismos, tales como la congestión de vuelos aéreos en la época decembrina, el represamiento de las mercancías en los aeropuertos y en las zonas francas, las demoras en los trámites de nacionalización (...)

Los hechos y circunstancias que rodearon la celebración de la operación y su desarrollo, además de la buena voluntad de todas las partes interesadas y la gestión de nuestra parte para cumplir a cabalidad con la entrega de los equipos, facilitó el acuerdo indemnizatorio con el Ministerio de Defensa Nacional y Triple A, como comisionista vendedor, en el cual AGROBOLSA S.A asumió con sus propios recursos el pago de la suma de \$15.000.000, a título de indemnización a favor del Ministerio de Defensa Nacional, y se prorrogaron los plazos para la entrega de los equipos restantes en la forma allí establecida.

Menciona que se entregaron los equipos restantes dentro los plazos acordados y se hizo entrega del producto lectores biométricos que solicitó el Ministerio de Defensa de forma adicional.

Expone frente al deber de asesoría que: *“(...) no faltó ni ha faltado a sus deberes de suministrar a los clientes la suficiente y debida asesoría e información en relación con los contratos celebrados en el mercado de la Bolsa, en especial en lo que se refiere a sus obligaciones, deberes y derechos emanados de dichos contratos. Nunca se dejó de asesorar al proveedor de los equipos, Software y Algoritmos S.A. Desde el momento mismo en que decidió participar en las operaciones de bolsa conoció las condiciones de la negociación a través de las fichas técnicas y los Reglamentos de la BNA en lo que respecta a sus derechos y obligaciones. Como lo mencionamos anteriormente este negocio, al igual que el de las licencias, abrió un espacio en las negociaciones de bolsa, a costa de las firmas comisionistas que participamos, de los mandantes y de las distintas dependencias de la Bolsa que forjamos camino, en la medida que se iban cumpliendo”.*

Finalmente agrega que con posterioridad a la entrega total del producto, se presentaron inconvenientes en la liquidación de la operación y que esta sólo fue pagada en su totalidad hasta el mes de octubre de 2009.

Anexa como prueba la documentación que considera confirma los argumentos esgrimidos.

3.2.4. Evaluación de las Explicaciones por parte del Área De Seguimiento y Pliego De Cargos.

Realiza un análisis de los hechos y las pruebas obrantes en el expediente resaltando las modificaciones realizadas por las partes por fuera de los términos reglamentarios. Al respecto menciona: *“En efecto, aun cuando la fecha de celebración de las operaciones data del 23 de septiembre de 2008, la primera de las prórrogas fue solicitada el 7 de noviembre y aceptada mediante comunicado AAA-08-2772 del 25 de noviembre de 2008 e igualmente ratificada en Comité Arbitral el 26 del mismos mes y año. Es decir, la primitiva solicitud de modificación se demandó un mes y medio después de la celebración de las operaciones y se consintió pasados dos días de la fecha límite para dar cumplimiento a las mismas, lo que hace a todas luces inoportuna la reforma efectuada, convirtiéndola, en una simple prórroga extemporánea carente de efectos vinculantes ante la Bolsa”.*

Agrega que las modificaciones fueron realizadas en el marco de la Cámara Arbitral y las mismas fueron asumidas erróneamente por las partes como válidas para modificar las condiciones iniciales pactadas, como tales cuando las operaciones ya estaban incumplidas. Resalta que los arreglos realizados en este marco no pueden modificar las condiciones de la operación ni *“legitimar las reformas extemporáneas que las partes deseen llevar a cabo, con total desconocimiento de los preceptos del Reglamento de la BNA”.* Agrega que las múltiples prórrogas realizadas y la duración del acuerdo de arreglo directo contraría el artículo 212 del Reglamento de la Bolsa.

De acuerdo con lo anterior considera que *“dado que las prórrogas iniciales, concedidas hasta el 12 y 19 de diciembre de 2008, carecen de carácter modificatorio de las condiciones de negociación, al realizarse fuera de los términos preceptuados por el artículo 75, se mantiene incólume la fecha primitiva de entrega, es decir, 60 días después de la celebración de las operaciones, fecha que coincide con el 23 de noviembre de 2008”.* Agrega que el incumplimiento en la entrega del producto es de carácter total y no parcial como la declarada incumplida por la administración de la Bolsa.

En cuanto a la extemporaneidad de los giros dados como anticipo manifiesta: *“tal situación no enerva el incumplimiento de las operaciones en estudio, en el entendido que del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los comisionistas miembros de la BNA solo son responsable los mismos, por lo que cada uno de los miembros, como sujeto de derechos y obligaciones independientemente considerado, debe sujetarse a las condiciones pactadas en las negociaciones con el fin de preservar los principios de transparencia y seguridad que rigen el mercado Bursátil. Por tal razón, los incumplimientos en que pudo haber incurrir la contraparte no inciden en la responsabilidad disciplinaria de la encartada”.*

Resalta de otra parte que las actividades desarrolladas por la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.**

Finalmente menciona frente al deber de asesoría que: *“de haberse dado la debida asesoría al mandante éste no hubiera incurrido en la imprevisión de no tener en cuenta que los equipos objeto del negocio debían importarse, por lo cual la solicitud de los mismo se tendría que haber realizado en el menor tiempo posible, con prescindencia de los tiempos pactados para el giro de los anticipos. Adicionalmente, de haber contado el mandante con la asesoría deseada, habría podido conocer que las modificaciones a las condiciones del negocio tienen unos tiempos específicos conforme al reglamento de la bolsa y por ende habría sabido de la improcedencia de éstas cuando las mismas son realizadas con transgresión de los preceptos del artículo 75 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BNA, así como la imposibilidad de su legitimación mediante Acta de Arreglo Directo emitida en el marco de una Comité Arbitral”.*

3.2.5. Descargos presentados por la Sociedad Comisionista AGROBOLSA S.A.

Reitera sus explicaciones formales y anota que las operaciones se cumplieron a satisfacción de la punta compradora a pesar del incumplimiento inicial.

Se refiere a las consideraciones del Área de Seguimiento en cuanto las modificaciones realizadas por fuera de los términos del artículo 75 de Reglamento no tienen validez frente a la Bolsa y menciona:

“(…) debemos destacar que si se aplica el mencionado reglamento, sin tener en cuenta para nada las circunstancias que rodean la celebración y la ejecución de las operaciones de bolsa, debe admitirse en el caso concreto que el incumplimiento de la parte compradora, reconocido por el Despacho a su digno cargo, consistente en la falta de entrega de los anticipos acordados dentro de los plazos establecidos en las respectivas operaciones, habría dado lugar a la parte vendedora a invocar, como en el caso anterior, el artículo 1609 del código civil para verse relevada de las obligaciones derivadas de las dichas operaciones, como quiera que dicho incumplimiento implica una variación o modificación de las condiciones del negocio inicialmente pactadas.

(…)

Pues bien, no obstante el incumplimiento de la parte compradora, que conlleva una variación o modificación de las condiciones del negocio inicialmente pactadas, como quiera que no se recibió el anticipo en la debida oportunidad para efecto de la confirmación de los pedidos, las partes quedaron habilitadas, a nuestro juicio, para evitar la declaratoria del incumplimiento, con las consecuencias derivadas de la misma, y para adecuar el negocio a nuevas condiciones que faciliten el cumplimiento de las obligaciones.

Bajo este entendimiento y en ese ambiente de confianza legítima creado en el seno de la misma Bolsa, la sociedad que represento actuó con el convencimiento de que los acuerdos celebrados

por ambas partes tienen plena legitimidad y por la misma razón deben cumplirse, como en efecto se cumplieron”.

En lo que se refiere a los lectores biométricos, menciona que no se trata de imprevisión del mandante, sino de desarrollo tecnológico y que los errores en la configuración de los mismos y en la compatibilidad, no obedecen a culpa del mandante.

Se refiere posteriormente al deber de asesoría llamando la atención en cuanto los equipos no se fabrican en Colombia y debían importarse al país a través de un intermediario autorizado y agrega que no comparte *“la consideración relacionada con que la solicitud de los equipos se tendría que haber realizado en el menor tiempo posible, con prescindencia de los tiempos pactados para el giro de los anticipos”.* En efecto, menciona que se trata de contratos bilaterales en donde no se cumplió con la obligación de hacer el anticipo y por tanto *“la parte incumplida, en el caso la punta compradora, coloca a la otra parte en la imposibilidad de cumplir y la habilita, entre otras cosas para proponer con éxito la excepción de contrato no cumplido”.*

Por último menciona que la operación No. 8058236 también se cumplió a cabalidad y que no incumplió con las normas reglamentarias y legales reiterando lo expuesto anteriormente frente al deber de asesoría.

3.2.6. Consideraciones de La Sala.

3.2.6.1. De las condiciones pactadas.

Las operaciones Nos. 8058477, 8058607 y 8059057 sobre equipos de cómputo fueron celebradas el día 23 de septiembre de 2008 con entregas dentro de los 60 días siguientes a la celebración de la operación, esto es, el 23 de noviembre de 2008, con las condiciones mencionadas en el numeral 3.2.1 de los *Hechos*.

Ahora bien, el día 24 de septiembre de 2008 mediante comunicación AAA-08-2150 la sociedad comisionista compradora AR Triple A Corredores de Bolsa S.A., solicita la modificación de los comprobantes de negociación incluyendo en la fecha de entrega: *“la labor de recepción a satisfacción por parte del interventor y/o supervisor delegado para la recepción de equipos por cada una de las unidades ejecutoras que como mínimo deben ser 5 días”*, así mismo se determina en la forma de pago un anticipo inicial y saldo restante dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibo a satisfacción de la totalidad de los bienes en los sitios de entrega y se menciona que hace falta agregar IVA de equipos de cómputo³⁴.

³⁴ Cuaderno No. 3 Folios 1149-1150

Al igual que en las operaciones estudiadas previamente sobre licencias, estas modificaciones fueron plasmadas en las fichas técnicas de negociación de las operaciones³⁵, es decir, fueron aprobadas por la Bolsa aunque hubiesen sido solicitadas por la punta compradora únicamente y no por ambas partes en la negociación. Así mismo, mediante comunicación del 1 de octubre de 2008 la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** informa a la contraparte que su mandante Software y Algoritmos S.A. ha accedido a dar cumplimiento a la solicitud del 10% de tolerancia³⁶.

Ahora bien, el día 22 de octubre de 2008, el mandante vendedor envía comunicación al mandante comprador para efectuar una propuesta de mejora tecnológica de los equipos adquiridos. La propuesta acorde a la comunicación consistía en: *“(…) el cambio de los teclados USB con lector biométrico integrado por teclados USB marca HP mas un lector biométrico USB marca HP (…)”*. Después de explicar las razones de la propuesta menciona: *“Finalmente ofrecemos como propuesta de la mejora tecnológica el cambio de los doscientos setenta y nueve (279) teclados USB con lector biométrico integrado por doscientos setenta y nueve (279) teclados USB marca HP con trescientos setenta y nueve (379) lectores biométricos USB marca HP, con el fin que la entidad coloque los cien (100) lectores biométricos adicionales en los equipos Hewlett Packard adquiridos con anterioridad y que en la actualidad no cuentan con lectores biométricos, que representa un importante beneficio adicional para la DIPOL”*³⁷.

Ahora bien, a partir de este momento en el desarrollo de las operaciones comienzan a presentarse inconvenientes con el pago del anticipo pactado y las modificaciones recurrentes de las condiciones de la operación, por lo cual se entrará a analizar cada una de estas circunstancias.

3.2.6.2. Del pago del anticipo pactado.

Las operaciones Nos. 8058477, 8058607 y 8059057 sobre equipos de cómputo fueron pactadas con un pago del 50% de anticipo dentro de los 15 días hábiles siguientes a la celebración de la operación y la CRC Mercantil debía pagar al proveedor dentro de los 10 días hábiles siguientes contados a partir de la recepción del pago.

De acuerdo con lo anterior los plazos máximos para el pago del anticipo eran los siguientes:

Operación	Fecha celebración	Fecha entrega	Fecha de pago del anticipo (giro del comprador a la CRC Mercantil)	Fecha de pago por parte de la CRC Mercantil a los proveedores
-----------	-------------------	---------------	--	---

³⁵ Mediante comunicación DO-354 del 8 de febrero de 2010 el departamento de operaciones ratifica al Área de Seguimiento las modificaciones realizadas. (Cuaderno No. 3 Folio 1153)

³⁶ Cuaderno No. 2 Folio 724

³⁷ Cuaderno No. 2 Folios 728-729.



8058477	23-sep-08	23-nov-08	15-oct-08	28-oct-08
8058607	23-sep-08	23-nov-08	15-oct-08	28-oct-08
8059057	23-sep-08	23-nov-08	15-oct-08	28-oct-08

Ahora bien, el día 28 de octubre de 2008, el mandante vendedor solicita a **AGROBOLSA S.A.** el pago de los anticipos y menciona que los mismos son vitales para el cumplimiento en la entrega y que el no pago genera desequilibrio económico al proveedor³⁸.

El día 3 de noviembre de 2008, el mandante vendedor nuevamente solicita el pago de los anticipos para las operaciones sobre equipos de cómputo³⁹. La sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** da respuesta a esta comunicación el día 5 de noviembre de 2008 e informa a su mandante que una vez se recibió el pago del anticipo por parte de la contraparte, se procedió a girarlo de acuerdo con sus instrucciones del día 4 de noviembre de 2008. Así mismo, hace entrega de cheque de gerencia por un valor de \$1.873.875.239,27.⁴⁰

Ahora bien, de las pruebas allegadas por la sociedad comisionista AR Triple A Corredores de Bolsa, se tiene una comunicación del día 15 de octubre de 2008 en donde consta la instrucción del giro de los recursos correspondientes a los anticipos pactados, por lo cual, la fecha en la cual se giraran los recursos al mandante vendedor debía ser el 28 de octubre de 2008. Sin embargo la CRC Mercantil informa que los pagos de la operación se realizaron como se muestra a continuación⁴¹:

Operación	Fecha compensación	Valor	Total
8058477	31-oct-08	\$ 159,379,182.45	\$333,337,000.00
	22-jul-09	\$ 173,957,817.55	
8058607	31-oct-08	\$ 349,440,189.73	\$725,748,874.00
	5-nov-08	\$ 375,912.27	
	22-ene-09	\$ 375,932,772.00	
8059057	31-oct-08	\$ 1,246,702,856.72	\$1,878,268,700.39
	5-nov-08	\$ 65,684.24	
	18-may-09	\$ 405,476,239.98	

³⁸ Cuaderno No. 2 Folio 894.

³⁹ Cuaderno No. 2 Folio 736.

⁴⁰ Cuaderno No. 2 Folio 739

⁴¹ Mediante comunicación DFAC-014 del 3 de febrero de 2010 la CRC Mercantil da respuesta a prueba solicitada por el Área de Seguimiento, mencionando que esta entidad efectúa los giros correspondientes al pago de las obligaciones a través del sistema de compensación y liquidación el mismo día en que estos se reflejan en el sistema, siempre y cuando exista un cumplimiento previo en el giro de los recursos por parte de la sociedad comisionista que tenga el compromiso a cargo.



	22-jul-09	\$ 175,943,224.45	
	7-oct-09	\$ 50,080,695.00	

En efecto, si el giro se realizó el día 31 de octubre de 2008, era probable que la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** lo recibiera al día hábil siguiente tal y como lo menciona en su comunicación, esto es el 4 de noviembre de 2008.

En este punto es necesario analizar si dicho retraso en el pago del anticipo es la causa de los retrasos en la entrega. Para el efecto, se hace necesario entrar a revisar el desarrollo de toda la operación y se deben entrar a evaluar los esfuerzos realizados por todas las partes involucradas, dirigidos fundamentalmente al cumplimiento de las operaciones, sin afectar a comitentes, ni al mercado y determinar si se presenta una conducta diligente y profesional del comisionista vendedor.

3.2.6.3. De las modificaciones efectuadas y desarrollo de las operaciones.

El día 6 de noviembre de 2008, antes de la fecha de entrega pactada, el mandante vendedor envía comunicación a **AGROBOLSA S.A.** solicitando gestionar prórroga para la entrega de los equipos de cómputo teniendo en cuenta que el anticipo que debía pagarse el 28 de octubre se hizo efectivo hasta el 5 de noviembre por lo cual, el proceso logístico de la importación se afectó. De esta manera solicita un plazo adicional de 20 días hábiles⁴². Así mismo informa que *“la orden de adquisición de estos equipos fue prepagada con el fin de garantizar que los mismos son desde ya, de propiedad de Ministerio de Defensa y que una vez arriben a Colombia se entregarán de forma inmediata a sus destinatarios”*⁴³.

De acuerdo con lo anterior **AGROBOLSA S.A.** mediante comunicación ABOL-4960A del 7 de noviembre de 2008, solicita a AR Triple A Corredores de Bolsa una prórroga hasta el 12 de diciembre⁴⁴. Posteriormente el día 19 de noviembre de 2008, el mandante vendedor explica inconvenientes en la fabricación, importación y nacionalización del producto⁴⁵ y solicita nuevamente el plazo hasta el 12 de diciembre de 2008⁴⁶ enviando cronograma de entregas hasta esa fecha⁴⁷. De esta manera mediante comunicación ABOL-5079 del 20 de

⁴² Cuaderno No. 2 Folio 749

⁴³ Obra así mismo en el expediente comunicación de Software y Algoritmos S.A. del 6 de noviembre de 2008, en la cual informa a AGROBOLSA S.A. que se realizó el pago a la compañía HP para la adquisición de los equipos de cómputo y ⁴³ adjunta copia del soporte de pago mencionado (Cuaderno No. 2 Folio 740-744)

⁴⁴ Cuaderno No. 2 Folio 751

⁴⁵ De hecho obra en el expediente comunicación del proveedor Hewlett Packard del 19 de noviembre de 2008, en la cual informa a la Bolsa que los productos están siendo producidos en la planta de México e informan la fecha en que estarán listos (22 y 26 de noviembre). Después son 20 días para nacionalización, transporte y entrega. (Cuaderno No. 3 Folios 1138)

⁴⁶ Cuaderno No. 2 Folio 758

⁴⁷ Cuaderno No. 3 Folios 1139-1141



noviembre **AGROBOLSA S.A.** solicita nuevamente a AR Triple A gestionar prórroga hasta el 12 de diciembre de 2008⁴⁸ y el día 24 de noviembre de 2008 remite copia de comunicación del mandante vendedor en la que se aclaran cantidades a entregar según cronograma⁴⁹.

El día 25 de noviembre de 2008, esto es 2 días después de la fecha pactada para la entrega, mediante comunicación AAA-08-2772, la sociedad comisionista AR Triple A Corredores de Bolsa informa a **AGROBOLSA S.A.** que el Ministerio de Defensa autoriza prórroga hasta el 12 de diciembre de 2008⁵⁰.

En este punto, es preciso aclarar que las partes acuden al organismo arbitral de la Bolsa, y acorde al acta de Arreglo Directo No. 001 de 2009⁵¹, las conversaciones al interior de este órgano continúan hasta el mes de febrero de 2009.

Ahora bien, en reunión sostenida el 26 de noviembre de 2008, en el marco de la Cámara Arbitral, en la cual **AGROBOLSA S.A.** manifiesta que entregará el producto entre el 4 y el 12 de diciembre, la contraparte manifiesta que *“su mandante el Ministerio de Defensa Nacional, acepta la entrega hasta la fecha mencionada, luego de efectuarse las respectivas consultas”*. Así, se suspende la sesión hasta que comiencen a efectuarse las entregas. Posteriormente se realiza una nueva reunión en el órgano arbitral, el día 2 de diciembre de 2008, en la cual el comisionista comprador *“ratifica que por instrucciones de su mandante comprador acepta recibir el día 12 de diciembre de 2008 los productos adquiridos”*. De esta manera, se suspende la reunión en espera del recibo de los productos⁵².

Ahora bien, el día 10 de diciembre de 2008, el mandante vendedor nuevamente solicita a **AGROBOLSA S.A.**, gestionar un plazo para la entrega, explicando diferentes situaciones de logística presentadas en los vuelos y en el trámite aduanero. Aclara que *“la totalidad de los Monitores ya esta (sic) en Colombia los cuales llegaron de los Estados Unidos y el problema logístico se presento en México donde se fabrican las CPUs”*⁵³. De acuerdo con lo anterior, obra en el expediente Informe de Visita del 10 de diciembre de 2008, sobre la visita especial de verificación de existencia de los equipos de la negociación realizada por **AGROBOLSA S.A.** y las partes en la negociación, a la Zona Franca⁵⁴. Así, mediante comunicación del 11 de diciembre de 2008, **AGROBOLSA S.A.** de acuerdo a petición de su mandante, solicita a AR Triple A gestionar una prórroga en la entrega de los equipos⁵⁵.

⁴⁸ Cuaderno No. 2 Folio 761

⁴⁹ Cuaderno No. 3 Folios 1132-1133

⁵⁰ Cuaderno No. 2 Folio 766

⁵¹ Cuaderno No. 1 Folios 234-243 y Cuaderno No. 2 Folios 864-873

⁵² Cuaderno No. 1 Folios 234-243 y Cuaderno No. 2 Folios 864-873

⁵³ Cuaderno No. 2 Folio 769

⁵⁴ Cuaderno No. 2 Folio 768

⁵⁵ Cuaderno No. 2 Folio 772



De esta manera, las partes en la negociación se reúnen nuevamente en el marco de la Cámara Arbitral en donde se solicita la nueva prórroga hasta el día 19 de diciembre de 2008 la cual, es concedida por el Ministerio de Defensa⁵⁶.

Ahora bien, el día 19 de diciembre de 2008⁵⁷, mediante comunicación AAA-08-2938, A.R. Triple A Corredores de Bolsa informa a la Bolsa sobre el incumplimiento en la entrega de las operaciones Nos. 8058477, 8058607 Y 8059057⁵⁸ y en respuesta a dicha comunicación el Ministerio de Defensa el mismo día, manifiesta su intención de que se declare el incumplimiento y de seguir el trámite correspondiente ante la CRC Mercantil y la Cámara Arbitral⁵⁹. Así mismo, el día 20 de diciembre de 2008 el Ministerio de Defensa envía a la sociedad comisionista AR Triple A el informe de estado de entrega de equipos de cómputo⁶⁰.

De acuerdo con lo anterior, mediante comunicación AAA-08-2955 del 23 de diciembre de 2008, la sociedad comisionista A.R. Triple A solicita a la Bolsa declarar el incumplimiento en la entrega de las operaciones Nos. 8058477, 8058607 y 8059057 por las siguientes cantidades⁶¹:

Operación	Cantidad a entregar	Tolerancia 10%	Total a entregar	Cantidad entregada	Cantidad no entregada
8059057	1225	122.5	1347	14	1333
8058477	145	0	145	0	145
8058607	270	9	279	0	279
TOTAL	1640	131.5	1771	14	1757

De esta manera, la administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-473 del 23 de diciembre de 2008, declara el incumplimiento en la entrega pactada para el 23 de septiembre hasta el 23 de noviembre de 2008, de las operaciones 8058477, 8058607 y 8059057⁶². Se debe anotar que el incumplimiento se declara por la totalidad del producto pactado.

⁵⁶ Cuaderno No. 1 Folios 234-243 y Cuaderno No. 2 Folios 864-873

⁵⁷ En acta de Arreglo Directo se menciona así mismo lo siguiente: "Terminada la jornada del viernes 19 de diciembre y sin que existiera reporte alguno de entrega, el Ministerio de Defensa da la instrucción al comisionista comprador de declarar el incumplimiento parcial de las operaciones en cuestión, declaratoria que se efectúa el mismo día".

⁵⁸ Cuaderno No. 3 Folio 1118 y Cuaderno No. 1 Folio 221.

⁵⁹ Cuaderno No. 3 Folio 1119 y Cuaderno No. 1 Folio 222.

⁶⁰ Cuaderno No. 1 Folio 184.

⁶¹ Cuaderno No. 3 Folio 1120 y Cuaderno No. 1 Folio 223.

⁶² Cuaderno No. 3 Folio 1122 y Cuaderno No. 1 Folio 225.

Ahora bien, el día 24 de diciembre de 2008, **AGROBOLSA S.A.** informa a AR Triple A Corredores de Bolsa los computadores que han sido entregados a la fecha para las 7 Unidades Ejecutoras, entregando un total de 844 equipos.⁶³ Así mismo, mediante comunicación del 29 de diciembre de 2008, el mandante vendedor, remite a **AGROBOLSA S.A.** el estado de las entregas realizadas a la fecha y explica inconvenientes presentados en el proceso de nacionalización, menciona que se ha entregado un total de 1047 unidades de producto entre computador hpdc5850 más monitor HP⁶⁴. Así mismo explica la situación de los productos pendientes de entrega y solicita se gestione un término de entrega hasta el 23 de enero para los 910 equipos pendientes de entrega.

A su vez **AGROBOLSA S.A.**, el día 29 de diciembre de 2008 solicita a AR Triple que A Corredores de Bolsa que se mantenga la reserva presupuestal del Ministerio de Defensa mientras se llega a una solución en Cámara Arbitral⁶⁵ y mediante comunicación del 30 de diciembre de 2008, remite comunicación de su mandante del 29 de diciembre con el informe de las entregas efectuadas al Ministerio de Defensa Nacional⁶⁶.

Ahora bien, siguiendo esta línea, tenemos que el 30 de diciembre de 2008, el proveedor Hewlett-Packard informa a la Policía Nacional que los lectores biométricos marca HP fueron retirados del mercado y por tanto se sugiere el cambio a otro producto que será entregado por INTURIA –mandante vendedor-⁶⁷, esta solicitud de cambio de los lectores biométricos se hace extensiva por parte de **AGROBOLSA S.A.** a la sociedad comisionista compradora mediante comunicación del 2 de enero de 2009⁶⁸.

El día 13 de enero de 2009, las partes se reúnen nuevamente en el marco de la Cámara Arbitral de la Bolsa, en donde **AGROBOLSA S.A.** manifiesta que las fiestas de fin de año provocaron represamiento en los muelles. Se determina que el Ministerio de Defensa informará la totalidad de los bienes recibidos a satisfacción y se definirá un nuevo cronograma de entregas para el producto faltante. El Ministerio de Defensa presentará propuesta de indemnización y destaca actitud positiva de **AGROBOLSA S.A.** frente al manejo y cumplimiento de la negociación y la seriedad de la firma. Así mismo, Se acepta la entrega hasta el 30 de enero de 2009 y **AGROBOLSA S.A.** se compromete a ampliar pólizas.⁶⁹

⁶³ Cuaderno No. 2 Folio 776.

⁶⁴ Cuaderno No. 2 Folio 802.

⁶⁵ Cuaderno No. 2 Folio 804.

⁶⁶ Cuaderno No. 2 Folio 806.

⁶⁷ Cuaderno No. 2 Folio 829.

⁶⁸ Cuaderno No. 2 Folio 808-810.

⁶⁹ Cuaderno No. 1 Folios 234-243 y Cuaderno No. 2 Folios 864-873

De acuerdo con lo anterior, el 19 de enero de 2009, **AGROBOLSA S.A.** remite a AR Triple A Corredores de Bolsa cronograma de entregas de acuerdo con reunión de Cámara Arbitral. Se menciona que las entregas se realizarán hasta el 23 de enero de 2009⁷⁰.

No obstante lo anterior el 29 de enero de 2009 el mandante vendedor solicita a **AGROBOLSA S.A.** gestionar un plazo para la entrega de lectores biométricos⁷¹. En efecto, mediante comunicación del 30 de enero de 2009, el proveedor Hewlett Packard informa a la Policía Nacional que las unidades de lectores biométricos que van a ser entregadas en reemplazo de los accesorios marca HP no se encuentran disponibles en stock y que por esto serán entregadas para la semana de 23 de febrero⁷². Así, **AGROBOLSA S.A.** el 30 de enero de 2009, informa a AR Triple A Corredores de Bolsa el problema surgido con los lectores biométricos y menciona que fueron solicitados los nuevos productos, los cuales se esperan recibir para la semana del 23 de febrero. Por lo anterior solicita prórroga hasta el 2 de marzo⁷³.

De esta manera el día 3 de febrero de 2009, se reúnen las partes en el marco de la Cámara Arbitral de la Bolsa, autorizando un último plazo para la entrega de los lectores biométricos y tarjetas controladoras de video hasta el 20 de marzo de 2009.

Ahora bien, el día 20 de febrero de 2009, **AGROBOLSA S.A.** informa a AR Triple A Corredores de Bolsa que⁷⁴: (i) A la fecha está pendiente de entrega lo correspondiente a los lectores biométricos computadores tipo 3 y las tarjetas controladoras de video adicionales a las integradas a los computadores, (ii) En cuanto a los lectores biométricos se viene cumplimiento el cronograma previsto para su entrega en el plazo concedido y (iii) Respecto de los demás productos informa que el fabricantes los ha descontinuado ya que en su lugar se encuentra produciendo nuevos con avances tecnológicos. Teniendo en cuenta esta circunstancia solicita plazo hasta el 20 de marzo⁷⁵. De acuerdo con lo anterior, mediante comunicación de 17 de marzo de 2009, **AGROBOLSA S.A.** informa a su mandante que no se otorgará ningún plazo adicional para la entrega de tarjetas de video y lectores biométricos más allá del 20 de marzo de 2009 y le explica las consecuencias de incumplir dicho plazo⁷⁶.

Finalmente, mediante comunicación del 20 de marzo de 2009, el mandante vendedor reporta a **AGROBOLSA S.A.** que las entregas pendientes de las tarjetas de video y lectores

⁷⁰ Cuaderno No. 2 Folio 813.

⁷¹ Cuaderno No. 2 Folio 825.

⁷² Cuaderno No. 2 Folio 830.

⁷³ Cuaderno No. 2 Folio 826.

⁷⁴ Cuaderno No. 2 Folio 832.

⁷⁵ Cuaderno No. 2 Folio 832.

⁷⁶ Cuaderno No. 2 Folio 833.

biométricos se realizaron ese día de acuerdo con el plazo dado por el Ministerio de Defensa⁷⁷.

En efecto mediante comunicación del 28 de abril de 2009, **AGROBOLSA S.A.** explica a AR Triple A que recibió el acta de recibo a satisfacción de los equipos de computo y accesorio⁷⁸ y el Ministerio de Defensa informa, el día 7 de mayo de 2009 a AR Triple A Corredores de Bolsa el recibo a satisfacción de la totalidad de productos de licencias y equipos de cómputo⁷⁹. Así mismo, mediante comunicación del 11 de mayo de 2009, AR Triple A Corredores de Bolsa informa a Cámara Arbitral el cumplimiento y recibo a satisfacción de las operaciones 8058477, 8058607 y 8059057⁸⁰.

Así las cosas después de analizar al traza completa de las operaciones bajo estudio, queda claro que se presentaron diferentes circunstancias que dificultaron el cumplimiento en término de las operaciones. En efecto, independientemente de la validez o no de las modificaciones realizadas en el marco de la Cámara Arbitral queda claro que aún estas prórrogas no fueron cumplidas. De esta manera, el retraso en el pago del anticipo, tampoco se puede tener como una justificación válida del incumplimiento en las entregas, ya que del análisis de la traza de la operación se evidencia que se presentaron múltiples circunstancias que impidieron la entrega en término y adicionalmente, el tiempo de retraso en el pago del anticipo no es equivalente ni cercano al retraso en la entrega de acuerdo con las fechas pactadas en la negociación.

Ahora bien, una vez declarado el incumplimiento se continúan realizando prórrogas y acuerdos de modificación de plazos de entrega, en el marco de la Cámara Arbitral y con el aval de esta instancia. Es claro para la Sala que estos acuerdos no enervan el incumplimiento, sin embargo, se trata de un mecanismo importante para poder cumplir aunque sea extemporáneamente las obligaciones asumidas.

Ahora bien, **AGROBOLSA S.A.** menciona que actuó bajo la confianza legítima creada en el seno de la misma Bolsa, con el convencimiento de que los acuerdos celebrados por ambas partes tenían plena legitimidad y por la misma razón debían cumplirse como en efecto ocurrió. Al respecto se debe aclarar que si bien es cierto que se trata de acuerdo legítimo y que deben cumplirse de forma estricta, no es menos cierto que proceden a partir de un incumplimiento. En efecto, esta figura encuentra su razón de ser en el hecho de disminuir la afectación patrimonial de aquel a quien le ha sido incumplida una operación celebrada en Bolsa, pero en ningún momento podría constituirse en un mecanismo para enervar dicho incumplimiento. Es así, como un acuerdo de arreglo directo de ninguna manera

⁷⁷ Cuaderno No. 2 Folio 834.

⁷⁸ Cuaderno No. 2 Folio 836.

⁷⁹ Cuaderno No. 3 Folios 919

⁸⁰ Cuaderno No. 3 Folios 920

tiene la facultad de modificar los términos establecidos en la negociación para el cumplimiento de las operaciones, ni de aplazar el cumplimiento de las mismas.

Así, el incumplimiento de un acuerdo de arreglo directo consistiría en una conducta reprochable que difiere del incumplimiento de la operación celebrada en Bolsa. Lo anterior no implica que el hecho de haberse finalmente cumplido la operación de acuerdo con la última fecha de entrega pactada dentro del arreglo directo, no pueda tenerse como un atenuante de la conducta ya que las obligaciones deben cumplirse aunque sea de forma extemporánea, para ocasionar la menor afectación posible a la contraparte.

3.2.6.4. De la indemnización pagada por AGROBOLSA S.A.

En reunión sostenida el 13 de enero de 2009 en el marco de la Cámara Arbitral de la Bolsa, se menciona que el Ministerio de Defensa presentará una propuesta de indemnización que estime conveniente por los perjuicios derivados del incumplimiento y el día 16 de enero de 2009, al reanudarse la reunión, realiza una propuesta consistente en el pago del 5% de los equipos de cómputo que a la fecha no se habían recibido a satisfacción.

De acuerdo con lo anterior, el mandante vendedor presenta una contrapropuesta mediante comunicación del 27 de enero de 2009 la cual es plasmada así mismo en reunión de Cámara Arbitral sostenida el 29 de enero de 2009 y menciona que ha sufrido pérdidas económicas en la negociación y que por el desequilibrio económico generado, sólo puede dar como indemnización prestación de servicios adicionales de la empresa⁸¹. Esta propuesta de indemnización no es aceptada por el Ministerio de Defensa.

La sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.**, informa a su mandante el día 28 de enero de 2009, que la oferta de indemnización propuesta por ellos ha sido rechazada por el Ministerio de Defensa y reitera la importancia de llegar a un acuerdo⁸².

Ahora bien, el día 30 de enero de 2009, **AGROBOLSA S.A.** remite una nueva propuesta de indemnización al Ministerio de Defensa, explicando todas las situaciones presentadas en la operación y las pérdidas ocasionadas a su mandante con la negociación. Agrega que **AGROBOLSA S.A.** asumirá el pago de dicha indemnización ofreciendo una suma de \$14.950.954,80⁸³. Esta indemnización es aceptada por el Ministerio de Defensa el día 3 de febrero de 2009⁸⁴ y AR Triple A Corredores de Bolsa informa a **AGROBOLSA S.A.** de la aceptación el día 4 de febrero de 2009⁸⁵.

⁸¹ Cuaderno No. 2 Folio 817.

⁸² Cuaderno No. 2 Folio 818.

⁸³ Cuaderno No. 2 Folio 821.

⁸⁴ Cuaderno No. 2 Folio 827.

⁸⁵ Cuaderno No. 2 Folio 828.

Se debe anotar que obra en el expediente comprobante de egreso de **AGROBOLSA S.A.** por concepto de cancelación de indemnización según acta de Cámara Arbitral con fecha del 24 de marzo de 2009 y un valor de \$15.000.000⁸⁶. Así mismo, obra recibo de consignación realizada el 24 de marzo de 2009 por concepto de acta de arreglo directo 001-09 por un valor de \$15.000.000⁸⁷, todo lo cual demuestra que en efecto el valor de la indemnización pagada al mandante comprador fue asumida en su totalidad por la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.**

De acuerdo con lo anterior se debe resaltar la diligencia y responsabilidad desplegada por la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.**, ya que al asumir con sus propios recursos el pago de la indemnización minimizó los daños económicos causados a la contraparte y además propendió por la estabilidad del mercado.

En efecto, la actitud adoptada no sólo demuestra diligencia y responsabilidad sino una especial preocupación por parte de la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** por su contraparte y el mercado en general al permitir que la operación aunque incumplida pudiese llegar a términos conciliadores y aceptables para todas las partes involucradas.

3.3. Normas vulneradas por el incumplimiento en la entrega en las operaciones de físicos MCP Nos. 8063881, 8063882, 8066297, 8066318, 8066324, 8066325, 8066828, 8058477, 8058607 y 8059057 (licencias) y en las operaciones Nos. 8058477, 8058607 y 8059057 (equipos de cómputo).

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

⁸⁶ Cuaderno No. 2 Folio 863.

⁸⁷ Cuaderno No. 2 Folio 862

ley, los estatutos y reglamentos de la Bolsa y las determinaciones de sus áreas u órganos de dirección, administración, operación, supervisión, disciplina y de solución de conflictos, sin que sirva de excusa o defensa la ignorancia de dichos reglamentos, circulares, instructivos operativos, acuerdos y laudos.”. En efecto, en el caso concreto, independientemente de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad disciplinaria que se hayan podido identificar, lo cierto es que no se entregó el producto pactado en la fecha establecida para el efecto, sin que haya una causal que pueda eximir de responsabilidad por dicha conducta.

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

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

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

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

De otra parte entiende la Sala que con la conducta adoptada la sociedad comisionista vulneró así mismo la disposición contenida el numeral 6° del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en concordancia con el numeral 8° del artículo 29 del Decreto 1511⁸⁸, que establece que será obligación de los miembros de la Bolsa: *“Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”*. Así, el nivel de profesionalidad que se le exige al comisionista implica que debe llevar sus negociaciones con la mayor claridad y precisión posibles. De esta manera, al realizar una actividad dentro del mercado público, es claro que deben

⁸⁸ Artículo 29. Obligaciones generales de los miembros. *“8. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, y precisión, procurando la satisfacción de los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia, lo cual implica el sometimiento de su conducta a las diversas normas que reglamentan su actividad profesional, ya provengan del Estado, de las mismas bolsas o constituyan parte de los sanos usos y prácticas del comercio o del mercado público de valores”.*

actuar con la diligencia propia de un profesional que actúa en el mercado bursátil, toda vez que se encuentra en juego la confianza y credibilidad depositada por el público.

Por lo anterior, resulta claro que denota falta de precisión, claridad y diligencia el no realizar una revisión profunda de las fichas técnicas de negociación y evaluar las posibilidades de cumplimiento de la operación en las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se pactaron esas operaciones, imprecisión que no puede ocurrirle a quienes deben tener un nivel de profesionalismo y experticia superior.

No obstante lo anterior, se debe aclarar que en los momentos posteriores al incumplimiento y en el desarrollo de la operación hubo gestiones por parte de la investigada que demuestran diligencia, como ha quedado probado en el proceso ya que de la traza de las operaciones y las pruebas obrantes en el expediente se evidencia que la sociedad comisionista realizó múltiples gestiones tendientes al cumplimiento de la operación, acompañó en todo momento a su mandante y mantuvo una actitud conciliadora y de minimización de los daños a la contraparte. Tanto así que en Acta de Arreglo Directo No. 001 de 2009 se *“destaca la actitud positiva de Agrobolsa frente al manejo y cumplimiento de la negociación y de la seriedad de la firma para honrar sus compromisos”*⁸⁹. A lo anterior se suma que pagó una indemnización tres veces mayor a la comisión neta que ganó con la negociación lo cual demuestra responsabilidad no sólo con su contraparte sino con el mercado en general al permitir que el incumplimiento no generara consecuencias más nocivas que las propias del incumplimiento. De la misma manera en las operaciones sobre licencias software, asumió los costos frente a un producto cuya fecha de entrega final no se había vencido, cuando la CRC Mercantil salió a comprarlo de manera total.

De acuerdo con lo anterior si bien hay diligencia en la ejecución y en el tratar de dar cumplimiento a la operación y en el tratar de mitigar el impacto adverso que genera el incumplimiento por la vía de llevar el caso a cámara arbitral y de reconocer en esa instancia una indemnización, lo que es claro es que en el estudio previo a la celebración de la operación, no hay el juicioso análisis de riesgo pues como quedó estructurada la operación, era previsible el incumplimiento de la misma sobre la base de la imposibilidad práctica de cumplir las condiciones de tiempo y modo. Por lo anterior y teniendo en cuenta que los deberes de diligencia, precisión, claridad y especial responsabilidad deben profesarse constantemente y no sólo en determinados momentos, encuentra la Sala que existe vulneración de la norma citada.

Ahora bien, el Jefe del Área de Seguimiento imputa así mismo, el incumplimiento del artículo 213 del reglamento toda vez que considera que no se dio cumplimiento a lo establecido en el Acta de Arreglo directo No. 001 de 2009. Al respecto evidencia la Sala

⁸⁹ Cuaderno No. 1 Folio 240

que si bien en el marco de las reuniones celebradas en Cámara Arbitral se establecieron diferentes fechas de entrega que se fueron modificando de acuerdo a las circunstancias de las operaciones, el arreglo directo concluyó con una fecha final de entrega, la cual fue cumplida. En efecto, si bien las modificaciones realizadas al interior de la Cámara Arbitral no pueden ser tenidas en cuenta para efectos del cumplimiento de la operación bursátil, en el caso concreto, los acuerdos llegados al interior de este órgano finalmente fueron cumplidos hasta el punto de pagar una importante indemnización por parte de **AGROBOLSA. S.A.** En concepto de esta Sala no es posible tomar sólo una de las entregas acordadas para determinar el incumplimiento de un acuerdo que duró prácticamente 2 meses, ya que el acuerdo comienza su ejecución el día 29 de noviembre de 2008 y termina en el mes de febrero de 2009. En todo caso, es claro que estos acuerdos no tienen la virtualidad de modificar las condiciones de las operaciones y en eso consiste precisamente el reproche disciplinario.

Por último, debe analizarse si a la luz de los hechos estudiados la sociedad **AGROBOLSA S.A.** vulneró las disposiciones contenidas en el artículo 97 del EOSF, en concordancia con el artículo 1.5.3.3 de la Resolución 400 de 1995, el numeral 10 del artículo 29 y el artículo 42 literales d) y e) del Decreto 1511 de 2006, en la medida en que no brindó a sus clientes la suficiente y debida asesoría e información en relación con los contratos celebrados en el mercado de la Bolsa, en especial, en lo que se refiere a las obligaciones, deberes y derechos emanados de dichos contratos.

El Jefe del Área de Seguimiento considera que se vulneran las normas referidas al deber de asesoría toda vez que: *“de haberse brindado la debida asesoría al mandante éste no hubiera incurrido en la imprevisión de no tener en cuenta la tasa representativa del mercado y la influencia que la variación en la misma tendría en el precio de los productos a suministrar y, por ende, en la rentabilidad del negocio”* y tendría claridad sobre la forma de realizar las modificaciones de acuerdo con el Reglamento de la Bolsa. Así mismo considera que: *“(…) de haberse dado la debida asesoría al mandante éste no hubiera incurrido en la imprevisión de no tener en cuenta que los equipos objeto del negocio debían importarse, por lo cual la solicitud de los mismo se tendría que haber realizado en el menor tiempo posible, con prescindencia de los tiempos pactados para el giro de los anticipos”*.

Hechos como los anotados por el área de seguimiento, no son plena prueba del incumplimiento del deber de asesoría predicable de estos profesionales del mercado. Obsérvese que en las consideraciones ha quedado demostrado que la sociedad comisionista realizó diferentes gestiones de acompañamiento y seguimiento a su mandante, informándole en todo momento sobre las circunstancias propias de la operación bursátil. Además es preciso anotar que tal y como se mencionó previamente, se trataba de un negocio nuevo en el mercado en cuanto al producto objeto de las operaciones, y en este sentido el conocimiento del comisionista como profesional experto



del mercado y el deber de asesoría que como tal le es predicable es en relación con el escenario de negociación.

IV. INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE OPERACIONES

4.1. INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LA OPERACIÓN DE DISPONIBLE MCP No. 9296637.

4.1.1. Hechos.

- 4.1.1.1. La sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** celebró en calidad de comisionista comprador, la operación de disponible MCP No. 9296637 el día 3 de junio de 2009 sobre 1 lote de plántulas varias, con la sociedad comisionista Agropar S.A. como contraparte, pactando como fecha de entrega final el 27 de junio de 2009⁹⁰.
- 4.1.1.2. Mediante comunicación No. 0705 del 3 de junio de 2009 la sociedad comisionista Agropar S.A. solicita a **AGROBOLSA S.A.**, a petición del mandante vendedor, tramitar ante su mandante una prórroga para la entrega de las plántulas Persea americana (hass y Lorena), así como la redefinición de las entregas de las demás plántulas a fin de dar flexibilidad a las mismas⁹¹.
- 4.1.1.3. Mediante comunicación del 11 de junio de 2009 y radicada el 1 de julio, Agropar S.A. solicita a **AGROBOLSA S.A.** lo siguiente: (i) dar inicio a las entregas de los productos existentes a partir de la fecha para facilitar logística de transporte; (ii) cambiar el producto carbonero (Calliadra pitieri) por Ocobo-Flor Morada (Tabebuia rosea); (iii) aplazar por tres meses las entregas del producto Aguacate Hass y modificar la forma de pago concediendo anticipo del 50 % del precio de los productos⁹².
- 4.1.1.4. Mediante comunicación del 3 de julio 2009, el mandante comprador CORTOLIMA informa a **AGROBOLSA S.A.** las decisiones tomadas respecto a la propuesta de modificaciones: (i) que el recibo y distribución del material vegetal debe realizarse acorde con los sitios establecidos tal como se observa en la ficha técnica, (ii) accede al remplazo de los arboles Carboneros (Calliadra pitieri) por Ocobo-Flor Morada (Tabebuia rosea), (iii) que por cuestiones climáticas y de pisos térmicos, CORTOLIMA acepta el cambio del Aguacate Hass por el Lorena e igualmente aprueba dar un término de dos

⁹⁰ Comprobante de negociación de la operación (Cuaderno No. 1 Folio 363) y Detalle de la operación en el SIB (Cuaderno No. 1 Folios 328-329). Contrato de comisión No. 349 del 21 de mayo de 2009, celebrado entre la Corporación Autónoma Regional del Tolima y **AGROBOLSA S.A.** (Cuaderno No. 1 Folios 331-353). Ficha técnica de negociación (Cuaderno No. 2 Folios 712-715)

⁹¹ Cuaderno No. 2 Folios 711

⁹² Cuaderno No. 2 Folios 707-708



meses para la entrega de los mismos, iv) accede a realizar la modificación del contrato para incluir el pago de anticipos por el 50% del valor total de la operación⁹³.

- 4.1.1.5.** Mediante comunicación ABOL-001622 del 6 de julio de 2009 **AGROBOLSA S.A.** informa al Departamento de Operaciones de la Bolsa, que debido a consideraciones técnicas y por solicitud del mandante vendedor CORTOLIMA ha otorgado un plazo adicional de dos meses para la entrega de algunos productos y adicionalmente ha considerado realizar una modificación en la forma de pago de la operación⁹⁴.
- 4.1.1.6.** Mediante comunicación DO-898 del 8 de julio de 2009 el Director del Departamento de Operaciones del Bolsa informa a la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** la improcedencia de las modificaciones en los plazos y forma de pago de la operación, al haberse realizado las mismas fuera de los términos⁹⁵.
- 4.1.1.7.** Mediante comunicación ABOL-001651 del 9 de julio de 2009 **AGROBOLSA S.A.** solicita nuevamente que se acepten los acuerdos realizados entre las partes en cuanto a la entrega y los productos y se enmarque dentro del plazo previsto en la negociación⁹⁶.
- 4.1.1.8.** La administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-353 del 5 de agosto de 2009 declaró en incumplimiento de la operación No. 9296637⁹⁷.

4.1.2. Solicitud de Explicaciones Formales.

En la solicitud de explicaciones formales, el Área de Seguimiento consideró que con la conducta asumida de haber presuntamente incumplido en el pago podría haber vulnerado el artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de la Bolsa, el numeral 3.11.1 del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 y el numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento de la Bolsa.

4.1.3. Explicaciones Formales.

Aclara en primer lugar que actuó como comisionista compradora y solicita al Área de Seguimiento *“(...) objetividad, equilibrio jurídico y, por supuesto, una interpretación acorde entre el comportamiento del mercado y las disposiciones del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la B.N.A. en el caso que nos ocupa (...) en donde por circunstancias ajenas a la*

⁹³ Cuaderno No. 2 Folios 705-706

⁹⁴ Cuaderno No. 2 Folios 704

⁹⁵ Cuaderno No. 1 Folios 358

⁹⁶ Cuaderno No. 1 Folios 364-355

⁹⁷ Cuaderno No. 1 Folios 364-366

voluntad de la comisionista no pueden cumplirse las operaciones en los plazos señalados, debiendo modificarse las fechas de entrega y pago por la especialidad del producto negociado”.

Explica que se trata de conciliar los productos que actualmente se negocian en el MCP y que *“En varias oportunidades la sociedad Comisionista se ve en dificultades para conciliar la aplicación del Reglamento por fenómenos climáticos, de orden público, de fabricación, de importación o de producción, por solo citar algunos casos. De ahí que siempre las partes involucradas aceptan extender los plazos ó cambiar alguna especificación si existen razones fundadas para hacerlo, pero la Bolsa no lo dimensiona ni acepta”.* A continuación explica los inconvenientes de este mercado frente a los productos y las entidades oficiales de cara a la reglamentación vigente.

De acuerdo con lo anterior manifiesta:

Partiendo de este supuesto y de las condiciones especiales de negociación es por lo que, con la aprobación de Cortolima, se autorizó al Mandante Vendedor representado por Agropar S.A. para que entregara las plántulas de aguacate Lorena y Hass en la medida en que el cultivo y crecimiento de las mismas lo permitiera.(V. Anexo 16)

Todo lo anterior lleva a preguntarnos si las modificaciones acordadas entre las partes que intervienen en una operación de bolsa no pueden ser de recibo y en su defecto hay que partir del supuesto del incumplimiento de la operación, porque el reglamento no lo autoriza, a pesar de existir, por ejemplo, circunstancias de fuerza mayor que hacen imposible e irresistible su cumplimiento. En el caso que nos ocupa, la variedad de los aguacates no existían, además de que el piso térmico que se incluyó en las fichas técnicas no era el correcto y por eso Cortolima dio su conformidad (V Anexos 17 y 18)

El Departamento de Operaciones de la Bolsa siempre estuvo informado de estos hechos (V Anexos 19 y 20). Su respuesta rechazando la modificación en el plazo de entrega se sustentó en la extemporaneidad. Las razones de logística que se pusieron de presente, como la imposibilidad de contar con el pronunciamiento oficial de Cortolima en el tiempo previsto, no fueron de recibo, no obstante demostrar que cuando se solicitó la prórroga en junio 12 de 2009 estábamos dentro del plazo pactado en la ficha técnica.

En lo que se refiere al deber de asesoría manifiesta:

“Vale la pena precisar, con el respeto que nos merece la Institución, que una cosa es el deber de asesoría al que nos obliga la ley en materia bursátil para con los mandantes, concretamente en lo que respecta a derechos, deberes y obligaciones y conveniencia de precios en las operaciones que se realicen en bolsa, y otra muy distinta es la asesoría que se le reclama a la comisionista que represento para que conozca de la especialidad de las negociaciones que realiza, en el caso que nos ocupa de condiciones climáticas, de cultivo y de crecimiento de las plántulas requeridas por Cortolima en los pisos térmicos que determine.

Nadie mejor que la Entidad que acude a la Bolsa para identificar sus necesidades. Si existe responsabilidad de asesoría frente esa Entidad para que conozca el escenario de la BNA como instrumento para realizar sus compras, es la misma Bolsa, porque ella, a través del Departamento de Mercadeo o de Compras Públicas, es la que determina las condiciones de vinculación. Si así no fuera, no existe asesor que pueda fungir como comisionista y como técnico especialista si su obligación es la de conocer de todos los commodities y productos que a diario se negocian en este mercado”.

Agrega que la operación no se cumplió por parte de la punta vendedora en los nuevos plazos acordados y que se tomó la decisión de liquidar la operación con un cumplimiento del 96.10%. Así, precisa que: *“de acuerdo con la ficha técnica de negociación el pago de la operación solo se efectuaría a los 30 días siguientes del recibo a satisfacción de las plántulas, por lo que podemos afirmar que AGROBOLSA S.A. no ha incumplido el Reglamento ni su obligación de pagar la operación, porque a la fecha no se ha liquidado el contrato, por el pendiente en plántulas de aguacate”.* Anota que se hizo de todas formas un abono parcial.

4.1.4. Evaluación de las Explicaciones por parte del Área de Seguimiento y Pliego de Cargos.

Menciona en primer lugar que las sociedades comisionistas partes en la negociación, llevaron a cabo modificaciones de las condiciones de la negociación sin tener en cuenta los requisitos establecidos por el artículo 75 del Reglamento de la Bolsa ya que tanto la solicitud de modificación como su aceptación fueron extemporáneas. Al respecto menciona que: debe precisarse que no basta el simple acuerdo de las partes para que las modificaciones que se proponen realizar sean vinculantes y oponibles ante la Bolsa, es imprescindible, que dicho consenso se dé dentro de los términos y siguiendo las condiciones de perfeccionamiento y comunicación prescritas en el artículo 75 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa.

De otra parte manifiesta que acorde a las pruebas obrantes en el expediente, la operación se cumplió finalmente en la entrega el 20 de octubre de 2009, de esta manera el cómputo para el pago debía contarse desde ese día y sin embargo no se cumplió sino 14 días después.

En lo que se refiere al deber de asesoría difiere de la argumentación de la investigada y aclara que: *“el deber de asesoría no se puede pensar en abstracto, como un simple deber de informar a los mandantes de las condiciones en las cuales se llevará a cabo la negociación en un escenario de compras públicas, habida consideración que el deber de asesoría, por el contrario, tiene que sufrir una adecuación, entrar en contexto con el caso en particular; de tal manera que el profesional del mercado, después de realizar un estudio del negocio, esté en la capacidad de advertir a su cliente las situaciones generales del mercado y las vicisitudes que puedan influir en el cumplimiento de las condiciones de éste y en el quebrantamiento de los principios del mercado entre otros. Así las cosas, es claro que gran parte de las dificultades presentadas en el*

cumplimiento de la operación analizada, pudieron haber sido soslayadas si solo se hubiera hecho un somero estudio a los productos demandados por la mandante compradora, los pisos térmicos en los cuales dichos productos pueden ser sembrados y los meses de cosecha de los mismos”.

Explica que por lo anterior el Área de Seguimiento no consideró el argumento de fuerza mayor enunciado por la investigada toda vez que *“nadie puede beneficiarse de su propia culpa para salir adelante en una situación que a todas luces se muestra como producto de la falta de atención, previsión e incluso información del profesional del mercado que, valga decirlo, se desenvuelve dentro de un mercado de productos agropecuarios, por lo que le es exigible un mínimo conocimiento de la naturaleza, siembra y cosecha de los mismos”.*

4.1.5. Descargos presentados por la Sociedad Comisionista AGROBOLSA S.A.

Anota en primer lugar que: *“el Jefe del Área de Seguimiento admite en el pliego de cargos que AGROBOLSA, no estaba obligada a la entrega del producto por ser punta compradora y no vendedora, y, de otra parte, que la solicitud de explicaciones se formuló sobre la base del supuesto errado de ser AGROBOLSA la comisionista de la parte vendedora, por lo cual la sociedad que represento no dio explicaciones por supuestos incumplimientos en calidad de comisionista de la parte compradora sino que se limitó a informar sobre el desarrollo de la operación y a formular algunas consideraciones que considera válidas para el desarrollo del mercado de compras públicas”.*

Ahora bien, pasa a dar las explicaciones respectivas sobre la operación bajo estudio manifestando en primer lugar que la conclusión sobre la fecha de pago a la cual llega el Área de Seguimiento no es correcta toda vez que la entrega no se realizó el 20 de octubre de 2009. Así menciona:

En efecto, mediante comunicación de esa misma fecha se presentó como anexo 25 a nuestra carta de explicaciones de fecha 5 de noviembre de 2009, Agropar S.A. solicitó a AGROBOLSA “adelantar ante el mandante comprador la aceptación de entrega de un 5% menos debido a las condiciones climáticas las cuales han impedido la maduración del producto de Aguacate Lorena o en su defecto la autorización para entrega en las siguientes tres semanas del producto pendiente de entregar”. Agropar remata su carta diciendo que a la misma fecha del 20 de octubre de 2009 se ha entregado plántulas varias equivalente al 96.10%.

A partir de ese momento se adelantó la gestión solicitada y fue así como el 4 de noviembre de 2009 CORTOLIMA da por recibida las plántulas a entera satisfacción atendiendo la propuesta del 96.10%, cuando se terminaron de remitir por la comisionista vendedora las facturas y las actas de entrega pendientes del producto en octubre 30 y no el 20 como menciona, con el “Acta Final de recibo” de dicha fecha, suscrita por Cortolima y Agrobolsa S.A. Así las cosas, el pago debió hacerse el 4 de diciembre de 2009, como en efecto se hizo y como se reconoce en el pliego de cargos que se contesta.

Manifiesta de otra parte que por las condiciones especiales de la negociación, su mandante aceptó modificar varias veces el plazo de entrega para la entrega de las plántulas *“en la medida que el crecimiento de las plantas lo permitiera, modificaciones que se hicieron con los correspondientes ajustes en las garantías y mediante la suscripción de las correspondientes adiciones (otrosis) al contrato, con la finalidad de facilitar el cumplimiento de la operación y contribuir en alguna medida a la creación de un clima de confianza de las partes en el mercado”*. Agrega que parten del convencimiento de la validez y legitimidad de los acuerdos celebrados por las partes, por lo cual no comparte la posición del Área de Seguimiento en cuanto se encontraban por fuera de los términos establecidos en el artículo 75 de Reglamento.

Así, menciona que no incumplió obligación alguna ya que el pago se surtió en la fecha prevista en la ficha técnica de negociación, *“en septiembre se hizo un abono de \$141.449.000 y el saldo por valor de \$100.551.000.00 se pagó el 4 de diciembre de 2009, esto es 30 días después de que CORTOLIMA recibió a satisfacción las plántulas negociadas”*.

Se refiere finalmente al incumplimiento frente al deber de asesoría y menciona que:

“(…) una cosa es el deber de asesoría al que nos obliga la ley en materia bursátil para con los mandantes, concretamente en lo que respecta a derechos, deberes y obligaciones y conveniencia de precios en las operaciones que se realicen en bolsa y otra la asesoría solicitada para subsanar un error de compra de plántulas para determinada región, como efectivamente sucedió. En nuestra opinión lo que sería censurable y falta de asesoría no sería no permitirle a la Entidad la ampliación del plazo para la variedad acordada y por lo tanto la pérdida de la partida presupuestal correspondiente a las plántulas dejadas de entregar.

(…) las entidades oficiales son las que contactan directamente a la Bolsa cuando deciden acudir a esta instancia para comprar sus productos y es en esta Entidad en donde determinan si el Mercado de Compras Públicas es compatible con las adquisiciones que pretenden al conocer en una primera instancia el reglamento y la operatividad. La comisionista seleccionada presta la asesoría que necesita en el escenario de la Bolsa, así como en los derechos y obligaciones que le competen en este recinto, en especial en la entrega y pago de los productos, y es por ello que la asesoría prestada no puede centrarse únicamente en el cumplimiento del plazo pactado si para entonces existen circunstancias de fuerza mayor que hacen imposible el cumplimiento”.

4.1.6. Consideraciones de la Sala.

4.1.6.1. De las modificaciones realizadas y traza de la operación.

Se encuentra probado en el expediente que la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** celebró en calidad de comisionista comprador, la operación de disponible MCP No. 9296637 el día 3 de junio de 2009 sobre 1 lote de plántulas varias, con la sociedad comisionista Agropar S.A. como contraparte, pactando como fecha de entrega final el 27



de junio de 2009⁹⁸. Ahora bien, de acuerdo con la ficha técnica de negociación, el lote de plántulas se encontraba conformado por los siguientes productos⁹⁹:

1	Erythrina poeppigiana	12,420
2	Cedrella odorata	29,500
3	Calliandra pittieri	12,530
4	Cordia alliodora	49,020
5	Erythrina fusca	13,970
6	Pseudosamanea guachapele	14,100
7	Inga spectabilis	9,000
8	Tabebuia roseae	12,420
9	Erythrina edulis	8,100
10	Persea americana (Hass)	22,250
11	Persea americana (Lorena)	22,250
	TOTAL	205,560

No obstante lo anterior, el mismo día de celebración de la operación esto el 3 de junio de 2009, el mandante vendedor certifica a la sociedad comisionista vendedora Agropar S.A. su capacidad de cumplir los requisitos exigidos para la celebración de la operación, sin embargo manifiesta su intención de cierre de acuerdo con lo siguiente¹⁰⁰:

“Redefinición de entregas de las plántulas Persea americana (Hass) y Persea americana (Lorena), por 22.250 unidades cada una, a fin de que sean prolongadas hasta por tres (3) meses.

Redefinición de entregas demás plántulas a fin de dar flexibilidad en las mismas y no solamente el 27 de Junio”.

Dicha solicitud es trasladada por Agropar S.A. el mismo día 3 de junio de 2009 a la sociedad comisionista compradora **AGROBOLSA S.A.**¹⁰¹

Mediante comunicación del 11 de junio de 2009 y radicada el 1 de julio, Agropar S.A. solicita a **AGROBOLSA S.A** lo siguiente¹⁰²: (i) dar inicio a las entregas de los productos existentes a partir de la fecha para facilitar logística de transporte ya que resulta complejo realizar las entregas en un mismo día; (ii) cambiar el producto carbonero (Calliandra pittieri)

⁹⁸ Comprobante de negociación de la operación (Cuaderno No. 1 Folio 363) y Detalle de la operación en el SIB (Cuaderno No. 1 Folio 328-329)

⁹⁹ Cuaderno No. 2 Folios 712-715

¹⁰⁰ Cuaderno No. 2 Folios 710

¹⁰¹ Cuaderno No. 2 Folios 711

¹⁰² Cuaderno No. 2 Folios 707-708

por Ocobo- Flor Morada (*Tabebuia rosea*) ya que la mayor distribución del producto carbonero se encuentra en regiones del país en donde la cosecha es en el mes de marzo y por tanto no cuentan con esa especie; (iii) aplazar por tres meses las entregas del producto *Persea americana* Hass toda vez que para la fecha propuesta de entrega no hay disponibilidad del producto y (iv) modificar la forma de pago concediendo anticipo del 50 % del precio de los productos. En este punto es preciso anotar que de acuerdo a la disposición contenida en el artículo 75 del Reglamento que permite modificar las operaciones celebradas en Bolsa, el término para llevar a cabo dicha modificación vencía el día 12 de junio de 2009.

Ahora bien, **AGROBOLSA S.A.** remite la solicitud realizada por la comisionista vendedora a su mandante CORTOLIMA el día 1 de julio de 2009 y solicita respuesta oficial a la misma para tramitar lo respectivo ante la Bolsa¹⁰³ y mediante comunicación del 3 de julio 2009, CORTOLIMA informa a **AGROBOLSA S.A.** las decisiones tomadas respecto a la propuesta de modificaciones, mencionando lo siguiente:

Con relación al recibo del material vegetal su distribución debe realizarse acorde a los sitios establecidos en cada uno de los municipios tal como se presenta en el anexo de la ficha de negociación.

*En cuanto a la solicitud del cambio de la especie Carbonero (*Calliandra pitieri*). Cuyo argumento se refiere a que la cosecha de semilla está prevista para el mes de marzo, y teniendo en cuenta su poca comercialización en el país no se dispone de este material, razón por la cual solicitan en cambio por la especie Ocobo (*Tabebuia rosea*), solicitud que se acepta por los argumentos expuestos.*

*Referente a la especie *Persea Americana* (Aguacate Hass y Lorena), donde ustedes manifiestan que para la especie Lorena tienen disponible todo el material, pero la especie Hass ésta (sic) se encuentra en producción y solicitan un tiempo adicional para su entrega final, me permito informarles que mediante oficio de Junio 25 de 2009 el doctor Jaime Mañozca Ruiz Director Técnico Actividad Adam – IICA manifiesta que de acuerdo con los expertos en el cultivo de aguacate, mencionan que la variedad Hass solo está adaptada a los 1600 msnm, por lo tanto el proceso de rehabilitación de los cultivos y siembra de clones de cacao que se adelanta con recursos del programa Adram en las veredas de los municipios de Planadas, Ataco (Santiago Perez), Chaparral (El Limón), Rioblanco, San Antonio y Rovira, se realiza en promedio sobre los 1200 msnm, por estas circunstancias no se recomienda la siembra del aguacate variedad Hass, y solicita el cambio por la especie Lorena.*

En razón de lo anterior se aprueba el cambio del aguacate Hass por el aguacate Lorena (...).

¹⁰³ Cuaderno No. 2 Folios 709

Así mismo se otorga el plazo adicional de 2 meses para la entrega del aguacate Lorena y accede a realizar la modificación del contrato para incluir el pago de anticipos por el 50% del valor total de la operación¹⁰⁴.

De acuerdo con lo anterior, mediante comunicación ABOL-001622 del 6 de julio de 2009, **AGROBOLSA S.A.** informa al Departamento de Operaciones de la Bolsa, que debido a consideraciones técnicas y por solicitud del mandante vendedor CORTOLIMA ha otorgado un plazo adicional de dos meses para la entrega de algunos productos y adicionalmente ha considerado realizar una modificación en la forma de pago de la operación¹⁰⁵.

Así mismo, el día 7 de julio de 2009, se realiza Acta de modificación del contrato de comisión No. 349 del 7 de julio de 2009, suscrita entre CORTOLIMA como comitente comprador y **AGROBOLSA S.A.** En dicha acta se encuentran incorporadas las modificaciones aprobadas por CORTOLIMA en su comunicación del 1 de julio de 2009¹⁰⁶.

Ahora bien, el departamento de operaciones de la Bolsa el día del 8 de julio de 2009, mediante comunicación DO-898, informa a **AGROBOLSA S.A.** la improcedencia de las modificaciones en los plazos y forma de pago de la operación, al haberse realizado las mismas fuera de los términos. Agrega que de no haber recibido la totalidad del producto debió solicitar la declaratoria de incumplimiento en la entrega¹⁰⁷.

La sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** da respuesta a comunicación del departamento de operaciones, mediante comunicación ABOL-001651 del 9 de julio de 2009, y manifiesta que la modificación cuenta con la aprobación de su mandante y por tanto solicita que *“se acepte la voluntad de la Corporación para que el cumplimiento integral de la operación se enmarque dentro del plazo previsto en la negociación y que la entrega planteada no se defina como prórroga afectando las condiciones iniciales de la operación, al tratarse de una fuerza mayor”*. Agrega que existen circunstancias ajenas a la voluntad de **AGROBOLSA S.A.** como lo es que se determine comprar plántulas que no existen en el mercado. Así mismo, menciona que la modificación en las entregas no afecta el reglamento toda vez que se trata de subsanar un error inicial de contratación¹⁰⁸.

Siguiendo esta línea tenemos que el día 28 de julio de 2009, **AGROBOLSA S.A.** remite al Director de Operaciones de la Bolsa Acta de Ejecución y cumplimiento suscrita en reunión sostenida por las sociedades comisionistas participantes en la operación No. 9296637, la

¹⁰⁴ Cuaderno No. 2 Folios 705-706

¹⁰⁵ Cuaderno No. 2 Folios 704

¹⁰⁶ Cuaderno No. 2 Folios 695-700

¹⁰⁷ Cuaderno No. 1 Folios 358

¹⁰⁸ Cuaderno No. 1 Folios 354-355

cual se eleva “a razón de que a la fecha y por motivos de fuerza mayor a título de los dos mandantes, no ha sido posible efectuar la entrega de la totalidad del lote negociado, por lo cual el día de hoy no se puede efectuar pago del mismo”. Se explican los motivos que llevan a tal determinación, los cuales se resumen a continuación:

- El día 3 de junio de 2009 el comisionista vendedor solicita formalmente prórroga para entregas del producto Persea Americana Hass.
- El mandante comprador Cortolima de acuerdo con lo anterior y notando fallas en la ficha técnica reevalúa la solicitud y redefine las entregas para el 16 de junio. Por lo anterior, el día 6 de julio el comisionista comprador remitió al comisionista vendedor respuesta de aceptación de las solicitudes realizadas.
- **AGROBOLSA S.A.** informa y solicita colaboración de la Bolsa y explica situaciones presentadas.
- Desde el 6 de julio se realizaron entregas y a la fecha hay un consolidado superior al 46% del total.
- Se menciona que por motivos de fuerza mayor no se ha entregado el faltante de producto, y que el faltante corresponde al plazo otorgado.

De acuerdo con lo anterior se acuerda: “Pago del 30% de la totalidad del negocio dentro de los próximos diez (10) días hábiles, como **plazo tentativo** y sujeto al trámite interno de Cortolima para la realización del pago” y “Pago del 70% restante, de acuerdo a las condiciones de negociación, una vez se haya recibido la entrega a satisfacción de la totalidad de las plántulas del lote, en la fecha otorgada por los motivos expuestos”¹⁰⁹.

La administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-353 del 5 de agosto de 2009 encontró que los términos pactados en la operación No. 9296637 fueron incumplidos por **AGROBOLSA S.A.**¹¹⁰, toda vez que las modificaciones realizadas por las partes no eran válidas para la entidad y representan un incumplimiento de la normatividad vigente y en especial de lo señalado en el artículo 75 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa.

Ahora bien, el 13 de agosto de 2009, según consta en Acta de arreglo directo No. 011, las partes se reunieron en el marco de la Cámara Arbitral de la Bolsa. En esta reunión el comisionista vendedor explica que se realizaron ajustes a las entregas por problemas de pisos términos y variedades de plántulas y que las mismas se realizarán hasta el 10 de septiembre de 2009, decisión que fue tomada en conjunto con los compradores. Se aclara por parte de **AGROBOLSA S.A.** que la solicitud de modificación fue realizada en término pero por el manejo propio de la entidad estatal se obtuvo respuesta fuera del término reglamentario. Las partes manifiestan en conjunto que: “frente al reglamento ciertamente el

¹⁰⁹ Cuaderno No. 1 Folios 359-361

¹¹⁰ Cuaderno No. 1 Folios 364-366



anuncio del cambio de la variedad se presentó a la BNA por fuera del periodo establecido en el reglamento para presentar la modificación y fuera del periodo de entrega, pero dentro de la vigencia de la operación; también hacen un llamado a la BNA en el manejo que se dio a la negociación; concluyen que ninguna de las partes solicita indemnización por cuanto consideran que el objeto de la negociación se cumplió y que las partes realizaron su mejor esfuerzo para el efecto”¹¹¹.

De acuerdo con lo anterior mediante comunicación ABOL-1974 del 18 de agosto de 2009, **AGROBOLSA S.A.** solicita al Representante Legal suplente de la Bolsa reconsiderar la declaratoria de incumplimiento de la operación No. 9296637 y por consiguiente aceptar la modificación en el plazo de entrega de los productos, consentido por las partes hasta el 27 de agosto de 2009. Así considera que la declaratoria de incumplimiento no era procedente y que se realizó arreglo directo sin solicitarse por las partes indemnización alguna por no existir incumplimiento ni en la entrega ni en el pago. Así mismo explica las circunstancias presentadas tales como el manejo de la ficha técnica y la demora de la entidad estatal en dar respuesta oficial a la solicitud de modificación aunque según explica había aceptado la misma dentro del término reglamentario. De esta manera manifiesta que: *“Ratificamos, no hay incumplimiento en la entrega, ni en el pago. **Se está respetando la voluntad de la entidad oficial que cambió dos especies de plántulas y amplió (sic) el plazo de entrega.** No existen atenuantes para calificar las actuaciones de la sociedad comisionista y medirlas contextualizadas, analizando las circunstancias que rodearon la negociación sin llegar a medidas extremas, máxime cuando se está frente a la entrega de plantas con condiciones especiales para su cultivo y transporte y así lo conoció el Departamento de Bolsa, cuando le remitimos la carta de Cortolima autorizando el cambio y la prórroga”.*¹¹².

Sin embargo, mediante comunicación PSD-406 del 27 de agosto de 2009 la administración de la Bolsa ratifica el incumplimiento de la operación No. 9296637 toda vez que el departamento de operaciones informó sobre la no procedencia de la prórroga solicitada y la naturaleza y finalidad de la operación bursátil implica el cumplimiento de la misma en los términos y condiciones que fueron informados al mercado. Agrega que en el mercado administrado por la Bolsa los únicos intereses que están en juego no son los de las puntas que actúan en la negociación¹¹³.

De acuerdo con todo lo anterior, es fundamental entrar a analizar un punto básico que impidió el normal desarrollo de la operación, cual es la inconsistencia en la ficha técnica de negociación.

4.1.6.2. De las fichas técnicas de negociación e inconsistencias en el producto pactado.

¹¹¹ Cuaderno No. 1 Folios 325-326 y Cuaderno No. 2 Folios 693-694

¹¹² Cuaderno No. 2 Folios 701-703

¹¹³ Cuaderno No. 1 Folios 323-324

El parágrafo segundo, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, establece *“sin excepción las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o su equivalente”*.

En el caso de la Bolsa se aplican las reglas contenidas en las fichas técnicas. Las Corporaciones Autónomas Regionales, como Cortolima, tienen como función primordial la preservación del medio ambiente y la protección de las fuentes de aguas y la conservación de los suelos, para lo cual, promueve la siembra de árboles de acuerdo a los pisos térmicos, calidad de los suelos, régimen de lluvias etc. Para cumplir sus objetivos debe adquirir plántulas para sembrarlas en sus zonas de influencia. Estas organizaciones han encontrado que la Bolsa es el mecanismo idóneo para adquirir este tipo de productos de una manera económica y eficiente. Para poder participar en la Bolsa, deben inscribir los productos a comprar en el SIBOL, en otras palabras es este tipo de entidades las que deben determinar con precisión lo que requiere para cumplir la tarea que les es propia. En efecto, mientras que la ficha técnica de negociación se realiza en conjunto con el comisionista comprador, la ficha técnica del producto corresponde únicamente a la entidad estatal.

De acuerdo con lo anterior, es el comitente comprador quien tiene la responsabilidad de estructurar las fichas técnicas de producto, que son las que interesan al caso concreto, no solamente porque así lo determina las disposiciones contenidas en el Decreto 2474 de 2008 sino, por el nivel de conocimientos técnicos especializados que deben poseer los profesionales que cumplan esta labor.

Ahora bien, **AGROBOLSA S.A.** como comisionista comprador no puede eximirse de responsabilidad únicamente mediante el argumento de un error en las fichas técnicas del producto, toda vez que como profesional del mercado tiene deberes y obligaciones frente a la operación bursátil que se desarrollará, más aún teniendo en cuenta que en virtud del contrato de comisión efectuará una negociación a nombre propio pero cuenta ajena, recayendo todos los efectos en cabeza suya. En efecto, si bien el error en la ficha técnica del producto podría haberse subsanado, no se realizó en los términos establecidos en el Reglamento para el efecto. Adicionalmente, salir al mercado abierto de la Bolsa a demandar producto que no será el adecuado para los objetivos buscados o que no se encuentra en el mercado, no es transparente. Al respecto, la Sala considera que esta es la causa próxima de los inconvenientes posteriores que concluyeron en el incumplimiento de la operación.

Así, si bien **AGROBOLSA S.A.** argumentó la imposibilidad de obtener respuesta oficial de su mandante antes de la fecha reglamentaria para efectuar la modificación de la

operación, esta no es razón para que se pueda inaplicar el Reglamento y no es aceptable que se argumente la ocurrencia de una fuerza mayor cuando no se siguió el procedimiento reglamentario establecido para esta situación y adicionalmente y de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, no se evidencia la existencia de una situación imprevisible e irresistible que impida el cumplimiento de la operación, lo que está probado es el error en el diseño de la ficha técnica en cuanto a la calidad y especificación de producto.

Así las cosas, si bien no considera la Sala que se pueda imputar a la sociedad comisionista en su calidad de comisionista compradora la obligación de elaborar de forma adecuada la ficha técnica del producto, ya que el conocimiento técnico sobre las plántulas pareciera exceder del marco de sus deberes como comisionista, si le es imputable como comisionista miembro de la Bolsa, que no se hayan seguido los procedimientos reglamentarios de forma estricta para efectos de subsanar la situación presentada, ya que de lo contrario, debía cumplirse la operación de acuerdo con las condiciones informadas al mercado, máxime cuando la primera solicitud se efectúa el 3 de junio, esto es el mismo día en que se celebró la operación.

No obstante lo anterior, en el marco de la responsabilidad disciplinaria se debe analizar la conducta asumida por la sociedad comisionista y no únicamente el incumplimiento objetivo de la norma, por lo cual si bien queda claro de la traza de la operación que las modificaciones efectuadas no se encontraban dentro del marco del reglamentario y por ende, no fueron avaladas por la Bolsa; en este ámbito se estudiarán las mismas frente a la responsabilidad disciplinaria que le asiste a la sociedad comisionista investigada.

4.1.6.3. De las modificaciones efectuadas de común acuerdo por las partes.

En el análisis de la traza de la operación, quedó claro que desde la primera modificación efectuada por las partes se excedió el término reglamentario para el efecto y por tanto, las prórrogas y acuerdos efectuados por las partes en ningún momento fueron avalados por la Bolsa.

Dicha situación encuentra su fundamento en la naturaleza del mercado administrado por la Bolsa y de las negociaciones que en él se realizan. En efecto nos encontramos frente a un mercado regulado que involucra una actividad de interés público. Es por lo anterior que si bien es cierto las modificaciones efectuadas por las partes propendían por proteger los intereses de las partes en la negociación; no es menos cierto que en este mercado existe multiplicidad de intereses involucrados y no es aceptable privilegiar unos en detrimento de otros.

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

En efecto, no puede ser de recibo en este mercado las modificaciones efectuadas por fuera de las disposiciones reglamentarias toda vez que dicha situación podría ir en contra de la transparencia del mercado toda vez que quienes ofertaron en la Rueda de Negocios, lo hicieron de acuerdo con las condiciones establecidas en las fichas técnicas que habían sido publicadas. En efecto, se trataba de una operación de físico disponible, lo que implica que la modificación en los plazos de entrega en la amplitud con que se realizó en este caso, modifica de manera sustancial todos los parámetros de negociación.

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

4.1.6.4. Del incumplimiento en el pago.

En lo que se refiere de forma específica al incumplimiento en el pago, tenemos que acorde al sistema de información bursátil la fecha final establecida para efectuar el mismo era el día 28 de julio de 2009, por el valor total de la operación que ascendía a la suma de \$ 242.000.000. Por su parte, las condiciones de la operación establecidas en la ficha técnica de negociación determinaban que el pago se realizaría “(...) dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo a satisfacción del producto. Una vez suscrita la respectiva acta de recibo a satisfacción y de terminación del contrato, (...)”.

Mediante Acta parcial Nro. 2 del 24 de agosto de 2009 se autoriza la cancelación parcial de los productos plántulas varias entregadas a la fecha por valor \$141.449.000, según factura de venta No. 0001 presentada por el señor Polidoro García Sanabria-mandante vendedor-¹¹⁴. Quedando así un saldo por pagar de \$100.551.000.

Ahora bien, mediante comunicación 1740 del 20 de octubre de 2009, Agropar S.A. solicita a **AGROBOLSA S.A.** gestionar ante el mandante comprador la aceptación de entregar el 5% menos de producto Aguacate Lorena, o en su defecto la autorización para hacer las entregas en las siguientes tres semanas por problemas climáticos. Adicionalmente afirma

¹¹⁴ Cuaderno No. 2 Folios 690

que a la fecha se han entregado 197.543 plántulas equivalentes a un 96,10% de la totalidad del producto negociado¹¹⁵.

Así mismo, mediante comunicación del 2 de diciembre de 2009, el mandante vendedor Polidoro García solicita a la sociedad comisionista Agropar S.A. su colaboración en el trámite del pago de la operación No. 9296637, toda vez que los productos fueron entregados en su totalidad el 20 de octubre de 2009 y hasta la fecha el pago no se ha registrado¹¹⁶.

Si bien el Área de Seguimiento toma la fecha anterior, como la de entrega para computar el término para el pago, fue allegada al expediente por **AGROBOLSA S.A.** en sus descargos, “Acta de Recibo Final” de la operación con fecha del 4 de noviembre de 2009, por lo cual y teniendo en cuenta que en la forma de pago se determina que el término para el pago se comenzará a contar “Una vez suscrita la respectiva acta de recibo a satisfacción y de terminación del contrato” tenemos que realmente es esta la fecha que se debe tomar en cuenta para efectos de determinar la oportunidad del pago.

Así las cosas, **AGROBOLSA S.A.**, pagó a los 30 días contados a partir del 4 de noviembre esto es, el 4 de diciembre de 2009. En efecto, acorde al reporte del sistema de información bursátil el día 4 de diciembre se acreditó el pago de la suma de \$100.551.000 que corresponde al saldo de la operación.

Si bien el pago realizado por **AGROBOLSA S.A.**, atenúa la conducta ya que en efecto se hizo después de entregado el producto total, no puede ser tenido como eximente de responsabilidad ya que al no ser precedentes las modificaciones efectuadas a las entregas, la sociedad comisionista debió efectuar el pago en las fechas inicialmente pactadas en el comprobante de negociación e informadas a la Bolsa y al mercado. En efecto, encuentra la Sala que las modificaciones y acuerdos realizados por fuera de las disposiciones reglamentarias, son precisamente lo que llevan al incumplimiento en el pago en la fecha establecida en la negociación que correspondía al 28 de julio de 2009. Así, independiente de la forma de pago establecida, existe una fecha final en la cual se debe realizar el mismo, y si ésta no es modificada legítimamente, quedará indemne.

4.1.6.5. De la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista AGROBOLSA S.A.

Encuentra la Sala que en el presente caso es reprochable la falta de rigurosidad de las firmas comisionistas para hacer respetar la normatividad vigente y dar cumplimiento a las operaciones en los términos reglamentarios y tal y como fueron celebradas en este

¹¹⁵ Cuaderno No. 2 Folios 691

¹¹⁶ Cuaderno No. 3 Folios 1313

escenario, aunque se denota de las pruebas obrantes en el expediente, que en varias ocasiones la sociedad comisionista intentó que la Bolsa diera el aval a las modificaciones realizadas, probado que tales modificaciones se efectuaron fuera del marco del artículo 75 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, es claro para la Sala que esta entidad no podía dar su aprobación cuando no sólo se estaban cambiando circunstancias de la negociación, sino que la naturaleza misma de la operación al extender las fechas de entrega a tal punto, que dejaba de ser un físico disponible. Y es precisamente esta falta de rigurosidad en el cumplimiento de las normas lo que trae como consecuencia el incumplimiento en el pago en las fechas pactadas. En efecto, la gestión de la sociedad comisionista debió encaminarse a propender por el cumplimiento de las normas reglamentarias y no a intentar que se avalaran modificaciones que contrariaban las disposiciones reglamentarias.

Así, en vez de una solución apropiada se utilizó la situación planteada para tomarse más de 4 meses para la entrega del producto, modificar los plazos y condiciones de la operación, retrasándose así mismo el pago de la operación en más de cuatro meses de acuerdo con la fecha final establecida en la negociación.

Por lo anterior, encuentra la Sala, que existe una conducta objeto de reproche por parte de la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.**, en cuanto no cumplió con las normas establecidas en el reglamento frente a la modificación de las operaciones realizadas en Bolsa lo cual conllevó así mismo al incumplimiento en el pago en la fecha pactada, lo cual afecta al mercado ya que el pilar de la transparencia y seguridad del mercado bursátil es el cumplimiento de las operaciones tal y como se cantaron en la Rueda de negocios y de la forma cómo se informó al mercado, ya que nos encontramos frente a un mercado regulado en donde la mera voluntad de las partes no puede modificar las condiciones de la negociación pues la actividad bursátil involucra un interés público que cede ante el interés particular.

4.1.6.6. Normas vulneradas por la conducta de AGROBOLSA S.A. y concepto de la violación.

El incumplimiento en el pago de la operación corresponde a un incumplimiento final de la misma, acorde a lo establecido en el Boletín Instructivo No. 09 del 19 de febrero de 2006. En efecto esta disposición establece que frente a las operaciones forward el incumplimiento en el pago de la operación es el *“Evento presentado cuando en la fecha de pago pactada, no se realiza o acredita el pago mediante la transferencia de fondos o entrega de cheque.”* Todo lo cual, como ha quedado probado en el expediente, ocurrió en el caso concreto.

Adicionalmente, la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.**, incumplió con los deberes generales que como miembro de la Bolsa le son aplicables, no sólo porque no se cumplió

con el pago de la operación en la fecha pactada sino porque desde el inicio de la negociación no se llevó a cabo el procedimiento reglamentario para efectuar las correspondientes modificaciones, o en caso de que las mismas no fuesen procedentes, solicitar la declaratoria de incumplimiento en la entrega del producto. En efecto, la sociedad comisionista investigada debió apegarse al procedimiento reglamentario, lo cual en el caso concreto no ocurrió.

De esta manera no cumplió con lo establecido en los numerales 2 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento -en concordancia con lo establecido en el numeral 11 del artículo 29 del decreto 1511 de 2006¹¹⁷- que establecen las siguientes obligaciones para las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa:

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

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

En efecto, en el presente proceso no se siguió con el procedimiento establecido en el artículo 75 del Reglamento de la Bolsa¹¹⁸, lo cual implica no realizar la negociación dentro del marco reglamentario y por ende, incumplir el mismo. En el caso concreto, dicho incumplimiento afecta la transparencia del mercado, ya que quienes acuden al mercado bursátil confían en que las negociaciones se cumplirán de acuerdo con las condiciones establecidas en las fichas técnicas elaboradas y según lo que fue cantado en la Rueda de

¹¹⁷ Decreto 1511 de 2006. Artículo 29. Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: (...) 11. Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva.

¹¹⁸ Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa. Artículo 75. Por convenio expreso y escrito entre las partes, el cual debe ser entregado oportunamente a la Bolsa, se podrán modificar por una sola vez, dentro de la semana siguiente a la fecha en que se realizó la negociación y antes del vencimiento de los plazos pactados, las siguientes condiciones de la negociación: Fecha límite de entrega y de recibo; sitio de entrega; fecha y forma de pago; presentación del producto; compensaciones acordadas y cantidad. No serán objeto de modificación la naturaleza del producto y el precio, salvo cuando al momento del registro, se hubieren convenido bonificaciones o castigos.

Si al liquidar la operación con las modificaciones convenidas, resultare un mayor valor, se deberá pagar a la Bolsa el costo de registro correspondiente. En caso contrario, la Bolsa reintegrará el monto correspondiente.

Negocios, así, al efectuarse modificaciones por fuera de las disposiciones reglamentarias y por el simple acuerdo entre las partes afecta dicha confiabilidad que tienen los integrantes del mercado en el mismo.

Por lo anterior, es claro que la sociedad comisionista como profesional del mercado tiene absoluta claridad sobre los procedimientos que se deben seguir para efectuar cualquier cambio a las condiciones pactadas e intentar efectuar modificaciones sin seguir dicho procedimiento, es una conducta reprochable. En efecto, es claro que el arbitrio de las partes en el mercado bursátil no puede modificar las condiciones pactadas, toda vez que como se ha mencionado reiterativamente se encuentran diferentes intereses involucrados y la afectación de cualquiera de ellos implica la afectación del mercado.

De esta manera, encuentra la Sala que si bien es cierto se denota en las pruebas obrantes en el expediente que durante el desarrollo de la negociación intentó subsanar la situación presentada y conseguir el aval de la Bolsa; no es menos cierto que esa no era forma profesional y reglamentaria como proceder sino que debió apegarse en todo momento a las disposiciones reglamentarias y legales que le eran aplicables.

Por lo anterior, encuentra la Sala que se vulnera así mismo la disposición contenida en el numeral 6° del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en concordancia con el numeral 8° del artículo 29 del Decreto 1511¹¹⁹. En efecto esta disposición reglamentaria establece que será obligación de los miembros de la BNA: *“Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”*. En efecto, es contrario a la diligencia, claridad y precisión el intentar realizar modificaciones por fuera de las normas reglamentarias, sin percatarse del hecho que precisamente estas normas se encuentran encaminadas a proteger a los demás integrantes del mercado, quienes se ven afectado por situaciones como la presentada en el presente caso, todo lo cual conllevó adicionalmente al incumplimiento en el pago de la operación en la fecha pactada.

En lo que se refiere a la vulneración del deber de asesoría que le asiste a la sociedad comisionista considera la sala que no es procedente afirmar la violación de esas normas, considerando que la operación en las condiciones de plazo, entrega, objeto y lugar de entrega fue conocida plenamente por el comprador, pues este tuvo acceso a las fichas técnicas y la operación en ese sentido se gestó sobre un marco de transparencia y de

¹¹⁹ Artículo 29. Obligaciones generales de los miembros. *“8. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, y precisión, procurando la satisfacción de los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia, lo cual implica el sometimiento de su conducta a las diversas normas que reglamentan su actividad profesional, ya provengan del Estado, de las mismas bolsas o constituyan parte de los sanos usos y prácticas del comercio o del mercado público de valores”*.

suficiencia de información para que este mandante y su mandatario **AGROBOLSA S.A.** tomaran una decisión razonada de celebrar o no la misma, considerando adicionalmente la experiencia y el conocimiento del mandante en la demanda de los bienes objeto material de la operación.

En efecto hay diligencia y suficiencia en la información durante la ejecución de la operación y en el tratar de dar cumplimiento a las condiciones de la operación pactada y en el tratar de mitigar el impacto adverso que genera el incumplimiento por la vía de intentar conseguir el aval de la Bolsa para las modificaciones realizadas, sin embargo, lo que es claro es que en el estudio previo a la celebración de la operación, no hay el juicioso análisis de riesgo pues la operación como quedó estructurada era previsible el incumplimiento de la misma sobre la base de la imposibilidad práctica de cumplir las condiciones de tiempo y modo.

4.2. INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LAS OPERACIONES FORWARD Nos. 6185441 y 6185442

4.2.1. Hechos.

- 4.2.1.1.** La sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.**, celebró en calidad de comisionista comprador las operaciones de forward simple Nos. 6185441 y 6185442 el día 28 de agosto de 2007 sobre 1.500.000 kilogramos de Maíz Blanco Nacional en cada operación, con la sociedad comisionista Coragro Valores como contraparte. Se pactaron entregas del 1 de septiembre de 2007 al 31 de octubre del mismo año, con forma de pago a plazo cortos semanales los viernes, pago 15 días después. El valor total de las operaciones ascendía a la suma de \$1.057.500.000 en cada una¹²⁰.
- 4.2.1.2.** Mediante comunicación PSD-356 del 24 de octubre de 2007, la administración de la Bolsa declara el incumplimiento en el pago de la operación No. 6185441 toda vez que no se realizó el pago del 23 de octubre de 2007 por un valor de \$175.000.000¹²¹.
- 4.2.1.3.** El 25 de octubre de 2007, las sociedades comisionistas **AGROBOLSA S.A.** y Coragro Valores S.A. realizan acuerdo de pagos y entregas sobre las operaciones Nos. 6185441 y 6185442.
- 4.2.1.4.** Mediante comunicación DO-1341 del 26 de octubre de 2007 el Departamento de Operaciones de la Bolsa le informa a **AGROBOLSA S.A.** que acepta el acuerdo de pago firmado por las partes de las operaciones en estudio, pero

¹²⁰ Comprobantes de negociación de las operaciones (Cuaderno No. 1 Folios 064-065). Detalle de las operaciones en el SIB (Cuaderno No. 1 Folios 062-063)

¹²¹ Cuaderno No. 1 Folio 030



que de no darse cumplimiento del mismo se declarará el incumplimiento respectivo¹²²

- 4.2.1.5.** El 1 de noviembre de 2007 mediante comunicación PSD-372, la administración de la Bolsa declara el incumplimiento de las operaciones por el pago correspondiente al 31 de octubre de 2007. Se declara por un valor de \$157.500.000 para la operación No. 6185441 y por \$22.340.618 para la operación No. 6185442¹²³.
- 4.2.1.6.** El 8 de noviembre de 2007 mediante comunicación PSD-385, la administración de la Bolsa declara el incumplimiento de las operaciones por el pago correspondiente al 7 de noviembre de 2007. Se declara por un valor de \$157.500.000 para la operación No. 6185441 y por \$96.814.913,28 para la operación No. 6185442¹²⁴.
- 4.2.1.7.** El 15 de noviembre de 2007 mediante comunicación PSD-398, la administración de la Bolsa declara el incumplimiento de la operación No. 6185441 por \$157.500.000 y de la operación No. 6185442 por \$96.814.913,28 por el pago correspondiente al 14 de noviembre de 2007¹²⁵.
- 4.2.1.8.** El 19 de noviembre de 2007 mediante comunicación PSD-401, la administración de la Bolsa declara el incumplimiento de la operación No. 6185441 por \$683.323.142 y la operación No. 6185442 por \$625.242.362 por el pago correspondiente al 16 de noviembre de 2007¹²⁶.

4.2.3. Solicitud de Explicaciones Formales.

En la solicitud de explicaciones formales, el Área de Seguimiento consideró que con la conducta asumida de haber presuntamente incumplido en el pago podría haber vulnerado el artículo 29, numerales 6, 8 y 11 del Decreto 1511 de 2006; los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de la Bolsa, el numeral 3.11.1 del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 y el numeral 13 del artículo 2.2.2.1 del Libro II del Reglamento de la Bolsa.

4.2.4. Explicaciones Formales.

Menciona que las operaciones bajo investigación fueron pactadas con forma de pago a plazo conforme lo establece el artículo 60 del Reglamento de la Bolsa vigente para la época de los hechos. De esta manera cita el artículo 60, el artículo 73 del Reglamento y el Boletín Instructivo No. 125 del 30 de octubre de 2006 concluyendo que “*Lo anterior*

¹²² Cuaderno No. 1 Folio 084

¹²³ Cuaderno No. 1 Folio 049

¹²⁴ Cuaderno No. 1 Folio 049

¹²⁵ Cuaderno No. 1 Folio 067

¹²⁶ Cuaderno No. 1 Folio 034

significa que en estas operaciones el vendedor otorgó un crédito al comprador y, en consecuencia, asumió el riesgo de crédito derivado de dichas operaciones como otorgante del crédito”. Agrega que los comprobantes de negociación corroboran lo dicho y que la garantía FAG constituida “era la básica suscrita en todas las operaciones de mercado abierto y cubría volatilidad del precio, pero no el riesgo de crédito. Este riesgo lo asumió quien lo otorgó, en este caso, se repite, el vendedor del producto”.

*De otra parte explica que: “el incumplimiento parcial en el pago fue ajeno a la voluntad del mandante y coincidió con el mal momento que vivió el producto en el segundo semestre del 2007. El fuerte invierno, sumado a una caída del precio, afectó el mercado y, por ende, la posibilidad de negociar maíz y por ello el acuerdo privado de pago suscrito exclusivamente entre comprador y vendedor y que finalmente no se pudo cumplir”. Al respecto aclara que la declaratoria de incumplimiento de la Bolsa, fue objetada mediante comunicación de **AGROBOLSA S.A.** “no solo por el valor citado como incumplido sino por la improcedencia de los mismos al tratarse de operaciones con financiación privada, conforme a las disposiciones antes citadas (V. Anexo 32)”. A lo anterior agrega que: “Con respecto a la presunta responsabilidad de las comisionistas en este tipo de operaciones, no compartimos la interpretación que pretende involucrar patrimonialmente a la comisionista que represento, desconociendo la aplicación de los artículos 60 y 73 del reglamento. El hecho de acudir al escenario de la Bolsa para realizar estas operaciones en las que media financiación privada, no excluye la aplicación de las reglas especiales establecidas en los citados preceptos del reglamento”.*

Menciona que siempre intentaron buscar soluciones al incumplimiento y que “a pesar de la aplicación de las normas reguladoras de las operaciones de financiamiento privado, propiciamos varias reuniones con la punta vendedora presionando el compromiso de nuestro mandante en la atención del pago pendiente. Por ello cuando se citó a la compañía para que asistiera a Cámara Arbitral, en seguimiento de lo previsto por el Reglamento, dejamos en claro que dada la naturaleza y modalidad de las operaciones celebradas el riesgo de crédito lo había asumido directa y exclusivamente el vendedor y que el acuerdo de pago lo debían suscribir comprador y vendedor, como en efecto lo hicieron. Adicionalmente pusimos de manifiesto la labor de acompañamiento realizada por AGROBOLSA S.A en carta GG 5685 de diciembre 6 de 2007 (V. Anexos 33, 34, 35 y 36)”.

Manifiesta que no ha vulnerado las normas legales reglamentarias y se pronuncia sobre las mismas manifiesta que el negocio se condujo con lealtad, claridad, buen fe, precisión y especial responsabilidad, con sujeción a los términos pactados. Así mismo anota que: “(...) AGROBOLSA S.A. tampoco infringió el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el artículo 1.5.3.3 de la Resolución 400 de 1995, el artículo 42 literales d) y e) del decreto 1511 de 2006 y el numeral 10 del artículo 29 del mismo decreto en la medida que siempre brindó a su cliente la suficiente y debida asesoría e información en relación con los contratos celebrados en el mercado de la Bolsa, en especial en lo que se refiere a las obligaciones, deberes y derechos emanados de dichos contratos”.

Finalmente aclara que: “En cuanto al presunto desconocimiento del instructivo 09 que prevé que el incumplimiento inicial de la operación se presenta cuando en la fecha de compensación y liquidación no se efectúa el pago mediante la transferencia o entrega física, reiteramos que como estas operaciones son la excepción a la regla, la compensación no se realizó por la CRCBNA en seguimiento de los cánones del reglamento sino que en la medida que el mandante comprador abonaba recursos se le informaba a la Cámara para que los transfiriera, pero nunca por efectos de la compensación. (V. Anexos 37 y 38)”.

4.2.5. Evaluación de las Explicaciones por parte del Área de Seguimiento y Pliego de Cargos.

Realiza un análisis de las circunstancias presentadas alrededor de las operaciones y las pruebas obrantes en el expediente resaltando que hay una falta de estipulación en cuanto a fechas exactas de entrega, lo cual conlleva una dificultad en la determinación de las fechas exactas en las cuales debían llevarse a cabo los pagos parciales, por lo cual establece que se enfocará en la cancelación total de las obligaciones de pago de las operaciones.

Analiza los pagos que se encuentran certificados en el Sistema de Información Bursátil de la Bolsa y el acuerdo de pagos realizados por las partes en la negociación para efectos de determinar las sumas canceladas y los saldos pendientes. Al respecto aclara que el acuerdo de pago celebrado por las partes, aún con la aceptación del departamento de operaciones de la Bolsa no tiene el carácter de vinculante y por lo tanto *“para el Despacho es claro que las condiciones de negociación de entrega y pago se mantienen indemne, por tanto, con prescindencia de las certificaciones de incumplimiento de los pagos parciales, emitidas erróneamente por el Representante Legal de la BNA, el Despacho considera probados solo los incumplimientos en el pago a realizarse el día 23 de octubre de 2007, por valor de \$175.000.000¹²⁷ frente a la operación No. 6185441 y por la suma de \$31.013.614 y \$22.509.439 frente a la operación No. 6185442, así como, el incumplimiento en la cancelación de la totalidad de la obligación en la fecha pactada para tal fin, el 16 de noviembre de 2007; pues, como ya se indicó, para esa fecha se adeudaban \$683.323.142 pesos de la operación No. 6185441 y \$625.323.142 de la operación No. 6185442”*

Respecto del argumento de la investigada en cuanto a la forma de pago pactada en las operaciones manifiesta:

Ahora bien, en punto a los argumentos de la encartada, si bien es cierto que las operaciones en estudio se encuentran enmarcadas en la modalidad de pago a plazos y que dicha modalidad implica el otorgamiento de un crédito, regido por los preceptos del anterior artículo 73 del Reglamento, el cual expresa que es posible pactar garantías específicas a favor del otorgante del crédito y que de no pactarse expresamente dichas garantías, se presume que el crédito ha sido otorgado sin garantía, lo que indica que todo el riesgo lo asume el otorgante, es igualmente cierto que dicho artículo en su parte final parte final preceptúa “(...) Si se convienen

¹²⁷ PSD-356 del 24 de octubre de 2007 folio 30 cuaderno No.1
Página 64 de 141



créditos en garantía, la Bolsa se limitará a certificar las condiciones de negociación, en el evento de un incumplimiento en la atención de tales créditos (...)" No obstante lo anterior, no puede soslayarse que la misma reglamentación, en artículo posterior al citado estatuye ; (...)
ARTÍCULO 81.-*Cuando un Miembro incumpliera los términos pactados en una negociación, la Bolsa Nacional Agropecuaria, a solicitud escrita de la parte afectada o de oficio , certificará su incumplimiento y dará traslado de inmediato al Organismo Arbitral (...). Por ello, el Despacho considera que las declaratorias de incumplimiento, atacadas por la memorialista, proferidas por la BNA frente a los incumplimientos en los pagos parciales de la operación en estudio, tienen sustento, más que en la norma que la faculta para ello, en la responsabilidad que le asiste como administradora del mercado de bienes agropecuarios, habida cuenta que es de su resorte tratar de mantener incólumes los principios de transparencia, seriedad y seguridad del mismo. A lo anterior se agrega que en todo caso, el que se haya declarado o no un incumplimiento por parte de la Bolsa, no afecta la competencia del órgano de supervisión para adelantar la investigación disciplinaria correspondiente, cuando efectivamente ésta observe que se han incumplido las normas del mercado sobre ese particular; ni se constituye como, ya se anotó, en requisito de procedibilidad para adelantar la investigación que sea del caso.*

Finalmente menciona que si bien la sociedad investigada propició reuniones entre las partes, las mismas fueron infructuosas y llama la atención frente a *"la falta de voluntad conciliadora que mostró la sociedad encartada cuando al ser citada a Comité Arbitral, respondió asegurando no estar interesada en la intervención de dicho estamento, y al asistir al mismo, reitero en múltiples sesiones la no voluntad de llegar a un acuerdo por considerar que se encontraban exentos de responsabilidad por virtud del artículo 73 del Reglamento"*.

4.2.6. Descargos presentados por la Sociedad Comisionista AGROBOLSA S.A.

Reitera lo manifestado en las explicaciones formales, refiriéndose a la aplicación del artículo 73 del reglamento y del Boletín Instructivo 125 de octubre 30 de 2006.

Se refiere así mismo al acuerdo suscrito entre las partes y aclara:

"(...) dicho acuerdo lo suscribieron las firmas comisionistas en nombre y representación de sus respectivos mandantes, en razón de lo cual AGROBOLSA no adquirió obligaciones de pago derivadas del citado acuerdo. Las obligaciones de pago las asumió exclusivamente la sociedad mandante PROBACOL S.A. teniendo en cuenta la naturaleza de las respectivas operaciones. Por esta razón, cuando dicha sociedad incumplió el acuerdo en relación con las dos operaciones citadas, las dos firmas comisionista se reunieron varias veces, en presencia del representante de Probacol, para tratar de encontrar alguna solución a la situación presentada".

Menciona que en dichos acercamientos se intentó llegar a un nuevo acuerdo entre las firmas comisionista, sin embargo Agrobolsa fue enfática en sostener que *"no asumía obligación alguna derivada del incumplimiento de Probacol, debido a que por la categoría y naturaleza de las operaciones realizadas de financiación privada el riesgo de crédito lo había asumido el vendedor (...)"*.

Agrega que asistió a reuniones de Cámara Arbitral pero no en calidad de parte interesada sino como *“invitados para prestar toda la colaboración que se requiriera”*. Así misma manifiesta que: *“En cuanto al presunto desconocimiento del instructivo 09 que prevé que el incumplimiento inicial de la operación se presenta cuando en la fecha de compensación y liquidación no se efectúa el pago mediante transferencia o entrega física, reiteró (sic) que como estas operaciones son la excepción a la regla, la compensación no se realizó por la CRCBNA en seguimiento de los cánones del reglamento sino que en la medida que el Mandante Comprador abonaba recursos se le informaba a la Cámara para que los transfiriera, pero nunca por efectos de la compensación”*.

Así manifiesta que no ha incumplido norma legal o reglamentaria, ni con su deber de asesoría refiriéndose a la trayectoria del mandante y su conocimiento del mercado.

4.2.7. Consideraciones de la Sala.

4.2.7.1. De la traza de las operaciones y el incumplimiento en el pago.

Se encuentra suficientemente probado en el expediente que la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.**, celebró en calidad de comisionista comprador las operaciones de forward simple Nos. 6185441 y 6185442 el día 28 de agosto de 2007 sobre 1.500.000 kilogramos de Maíz Blanco Nacional en cada operación, con la sociedad comisionista Coragro Valores como contraparte. El valor total de las operaciones ascendía a la suma de \$1.057.500.000 en cada una con fecha de pago final el día 16 de noviembre de 2007¹²⁸. Ahora bien, la forma de pago de las operaciones se pactó a plazo cortos semanales los viernes, pago 15 días después.

El día 22 de octubre de 2007, mediante comunicación GC-067-07 Coragro Valores solicita la inclusión de la operación No. 6185441 en la compensación de ese día. Se detalla un pago de \$350.000.000 por una cantidad de 500.000 kilos de maíz blanco¹²⁹. Sin embargo, mediante comunicación ABOL-4912 del 25 de octubre, **AGROBOLSA S.A.** da alcance a esta comunicación mencionando que no es procedente el pago de la operación toda vez que se incluyó en un programa acordado entre los mandantes, por lo anterior, solicita excluir la operación de la compensación¹³⁰.

Ahora bien, en el interregno, la administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-356 del 24 de octubre de 2007, declara el incumplimiento en el pago de la operación No.

¹²⁸ Comprobantes de negociación de las operaciones (Cuaderno No. 1 Folios 064-065). Detalle de las operaciones en el SIB (Cuaderno No. 1 Folios 062-063)

¹²⁹ Cuaderno No. 1 Folio 028

¹³⁰ Cuaderno No. 1 Folio 031. Como se verá posteriormente la suma de \$350.000.000 mencionada por la sociedad comisionista vendedora, corresponde a factura No. 85213 en la cual se detalla la entrega de 500 toneladas de maíz.

6185441 toda vez que no se realizó el pago del 23 de octubre de 2007 por un valor de \$175.000.000¹³¹.

El día 25 de octubre de 2007, se suscribe un acuerdo entre las sociedades **AGROBOLSA S.A.** y Coragro Valores S.A. en los siguientes términos:¹³²

Operación No. 6185441: *“Para subsanar el incumplimiento en el pago del día martes 23 de octubre de 2007 por \$175.000.000, las partes efectúan un acuerdo voluntario de la operación Forward 6185441, entre Coagroc, quien actúa como punta vendedora, representado por Coragro Valores S.A. y Probacol S.A. quien actúa como punta compradora, representado por Agrobolsa S.A.*

El acuerdo estipulado por las partes es el siguiente: El pago de la operación Forward 6185441 por 1.500 toneladas de Maíz Blanco, correspondientes a las facturas 85213 por 500 toneladas y 85469, por 400 toneladas por valor de \$350.000.000 y \$280.000.000, respectivamente, se realizará en cuatro cuotas de \$157.500.000 cada una, para un total de \$630.000.000. El primer pago se realizará miércoles 31 de Octubre, el segundo pago miércoles 7 de noviembre, el tercer pago miércoles 14 de noviembre y el cuarto pago miércoles 21 de noviembre del año en curso.”

Operación No. 6185442: *“Con el fin de terminar las entregas de los saldos equivalentes a 835 ton de la operación forward 6185442 por 1.500.000 de maíz amarillo, que han tenido demoras en el recibo a granel y diferencias entre las partes en los parámetros de calidad y deseando resolver la situación anteriormente mencionada, las partes acuerdan extender el plazo de entrega hasta el 15 de noviembre de 2007.*

El pago de los saldos de las facturas pendientes 85376 -85888 por \$31.013.614 y \$22.509.439 y los valores que generen las entregas del producto pendiente de recibo se realizarán también en cuatro cuotas del mismo valor así: el primer pago miércoles 31 de octubre, el segundo pago miércoles 7 de noviembre, el tercer pago miércoles 14 de noviembre y el cuarto pago el miércoles 21 de noviembre.

Mediante comunicación DO-1341 del 26 de octubre de 2007, el Departamento de Operaciones de la Bolsa le informa a **AGROBOLSA S.A.** que *“este acuerdo se debe cumplir en las condiciones establecidas por ustedes, si esto no sucediera la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A. procederá de acuerdo al Reglamento de Funcionamiento y Operación del Mercado Público de la BNA, a declarar el incumplimiento respectivo”.*¹³³ Así mismo ratifica que el acuerdo suscrito determina las siguientes fechas de pago:

Operación	Fecha pago	Valor
-----------	------------	-------

¹³¹ Cuaderno No. 1 Folio 030. El valor declarado incumplido por la Bolsa corresponde a

¹³² Cuaderno No. 1 Folio 045-046

¹³³ Cuaderno No. 1 Folio 084-043



6185441	31/10/2007	\$ 157,500,000
	07/11/2007	\$ 157,500,000
	14/11/2007	\$ 157,500,000
	21/11/2007	\$ 157,500,000
	Total	\$ 630,000,000
6185442	31/10/2007	\$ 22,509,439
	07/11/2007	\$ 22,509,439
	14/11/2007	\$ 22,509,439
	21/11/2007	\$ 22,509,439
	Total	\$ 90,037,756

Ahora, mediante comunicación DT-824 del 29 de octubre de 2007, el Departamento Técnico de la Bolsa informa que el producto correspondiente a la operación No. 6185442 no cumple con las especificaciones de calidad pactadas¹³⁴. De esta manera, mediante comunicación DO-1347 del 30 de octubre de 2007, el departamento de operaciones solicita a Coragro Valores S.A. la sustitución del producto¹³⁵. Posteriormente mediante comunicación DT-836 del 1 de noviembre de 2007, en la cual el departamento técnico informa que producto muestreado en uno de los camiones cumple con las condiciones de calidad establecidas en la negociación¹³⁶.

En este punto, la administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-372 del 1 de noviembre de 2007 declara el incumplimiento de las operaciones por el pago correspondiente al 31 de octubre de 2007, que se encontraba establecido en el acuerdo y por los valores establecidos en el mismo¹³⁷.

Ahora bien, mediante comunicación GG-5141 del 8 de noviembre de 2007, **AGROBOLSA S.A.** pone en conocimiento del representante legal de la Bolsa que las situaciones difíciles presentadas en el departamento de Córdoba “*como lo anuncio Fenalce y la edición de Portafolio del 31 de octubre de 2007*”, han dificultado el cumplimiento de las obligaciones de entrega y pago derivadas de las operaciones No. 6185441 y 6185442. Así mismo menciona que: “*Hasta donde lo permitió el endeudamiento de **AGROBOLSA S.A. Comisionista de Bolsa** asumimos con recursos propios la financiación del pago de los dos contratos ya liquidados, a nombre de Probacol S.A. Para los que están pendientes como los anotamos, supervisamos una fórmula de pago en un mercado expectante y ávido de oportunidades, pero lamentablemente estos pagos no se pudieron atender de acuerdo con lo señalado, porque Probacol S.A. es un comerciante de maíz y su actividad de compra y venta esta (sic) paralizada*”. Agrega que existe

¹³⁴ Cuaderno No. 1 Folio 048

¹³⁵ Cuaderno No. 1 Folio 047

¹³⁶ Cuaderno No. 1 Folio 050

¹³⁷ Cuaderno No. 1 Folio 049

un cumplimiento parcial de las operaciones aproximadamente de un 50%¹³⁸. Así considera que si bien la declaratoria de incumplimiento debe seguir su procedimiento, da a conocer esta información para aminorar el impacto del mismo.

El día 8 de noviembre de 2007, la administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-385 declara el incumplimiento de la operación No. 6185441 por \$157.500.000 y de la operación No. 6185442 por \$96.814.913,28 por el pago correspondiente al 7 de noviembre de 2007 (segunda cuota de pago pactada en el acuerdo)¹³⁹.

Ahora bien, después de las declaraciones de incumplimiento citadas, la Directora de Cámara Arbitral, mediante comunicación CA-258 del 15 de noviembre de 2007, informa a la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** que por solicitud de Coragro Valores se realizará reunión de comité arbitral el día 22 de noviembre de 2007¹⁴⁰. A lo anterior, da respuesta **AGROBOLSA S.A.**, mediante comunicación ABOL-5250 del 15 de noviembre de 2007, y le manifiesta a la Directora de Cámara Arbitral que no tiene interés en acudir al organismo arbitral, en razón a que existen en curso un proceso de acuerdo entre las partes¹⁴¹.

Ahora bien, mediante comunicaciones PSD-398 del 15 de noviembre de 2007¹⁴² y PSD-401 del 19 de noviembre de 2007¹⁴³, la administración de la Bolsa declara el incumplimiento de los pagos correspondientes a los días 14 de noviembre de 2007 y 16 de noviembre de 2007. Ahora bien, se debe aclarar que si bien el pago correspondiente al día 14 de noviembre se encontraba estipulado en el acuerdo de pago efectuado y avalado por la Bolsa, no así el correspondiente al día 16 de noviembre de 2007, sin embargo, este último incumplimiento se declara por los saldos faltantes.

En efecto de acuerdo con el reporte en el Sistema de Información Bursátil¹⁴⁴ y los cuadros de pagos remitidos por el Departamento de Operaciones de la Bolsa¹⁴⁵, se realizaron pagos parciales de la operación así:

Operación	Pagos realizados	Valor
6185441	24-Sep-07	\$ 250,108,735
	09-Oct-07	\$ 124,068,123

¹³⁸ Cuaderno No. 1 Folios 053-054

¹³⁹ Cuaderno No. 1 Folio 049

¹⁴⁰ Cuaderno No. 2 Folio 661

¹⁴¹ Cuaderno No. 2 Folio 660

¹⁴² Cuaderno No. 1 Folio 067

¹⁴³ Cuaderno No. 1 Folio 034

¹⁴⁴ Reporte de compensación operación No. 618544 (Cuaderno No. 1 Folios 036) y Reporte de compensación operación No. 6185441 (Cuaderno No. 1 Folios 038).

¹⁴⁵ Cuaderno No. 1 Folio 026 y 044



	Saldo	\$ 683,323,142
6185442	24-Sep-07	\$ 69,898,217
	28-Sep-07	\$ 52,149,556
	09-Oct-07	\$ 27,069,376
	17-Oct-07	\$ 22,800,489
	Saldo	\$ 625,242,362

Así las cosas queda claro que en efecto, no sólo los pagos pactados en la celebración de la operación no fueron cumplidos sino que los pagos acordados en el acuerdo de pago realizado tampoco se efectuaron.

Ahora bien, mediante comunicación ABOL-5414 del 22 de noviembre de 2007, **AGROBOLSA S.A.** expresa al representante legal de la Bolsa que las operaciones Nos. 6185441 y 6185442 se rigen por el artículo 73 del Reglamento, al tratarse de operaciones sin garantía de crédito en Cámara y por tanto, no se puede aplicar el procedimiento ordinario ni los incumplimientos decretados. Así mismo, remite una liquidación definitiva de las operaciones.¹⁴⁶ En dicha liquidación, se establecen los mismos pagos señalados previamente, que se encuentran acreditados en el Sistema de información Bursátil, determinando que en efecto existe un saldo por pagar de \$630.000.000 para la operación 6185441 y de \$589.837.362 para la operación No. 6185442. Es preciso aclarar que la diferencia entre este saldo y el que aparece en el SIB y en el cuadro del departamento de operaciones, tiene lugar debido a que el valor facturado acorde a la liquidación de **AGROBOLSA S.A.** es menor y adicionalmente se aplica un descuento de Fenalce, no obstante lo anterior, una vez descontados estos ítems el valor es exactamente el mismo.

Así las cosas se encuentra probado en el expediente que, para el 22 de noviembre de 2007, aún existía un saldo por pagar en ambas operaciones cuando acorde al acuerdo de pagos celebrado, el último saldo debía consignarse el día 21 de noviembre de 2007, en ambas operaciones. Por lo anterior, probado como se encuentra el incumplimiento en el pago de las operaciones se tenga o no como válido el acuerdo logrado entre las partes, entrará la Sala a estudiar los argumentos de defensa esgrimidos por la sociedad comisionista y la imputación realizada por el Jefe del Área de Seguimiento.

4.2.7.2. Del artículo 73 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa y las operaciones sin garantía de crédito en Cámara.

Manifiesta la sociedad comisionista investigada en sus escritos de defensa que las operaciones se enmarcaron en la modalidad de pago a plazo de acuerdo con el artículo 60

¹⁴⁶ Cuaderno No. 1 Folio 071-073 y Cuaderno No. 2 Folio 666-667
Página 70 de 141

de Reglamento de la Bolsa y sin garantía de crédito en Cámara, lo cual complementado con lo establecido en el Boletín Instructivo No. 125 de octubre 30 de 2006 implica que el vendedor otorgó un crédito al comprador y por tanto asumió el riesgo de crédito derivado de las operaciones. De acuerdo con lo anterior considera que las declaratorias de incumplimiento no son procedentes.

En efecto, de conformidad con el artículo 73 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, las partes pueden convenir operaciones a crédito, por parte del comprador o del vendedor¹⁴⁷, en cuyo caso el riesgo de no pago o de no entrega lo asume la parte respectiva. Así, se trata de operaciones sin garantía de crédito en Cámara, y por lo mismo quien otorga el crédito y en últimas asume el riesgo del pago es el vendedor.

Así mismo el Boletín Instructivo No. 125 del 30 de octubre de 2006 expedido por la Bolsa y dirigido a las sociedades comisionistas, establece que las OPERACIONES SIN GARANTÍA DE CRÉDITO EN CÁMARA – FINANCIACIÓN PRIVADA, implican (i) que la parte otorgante del crédito asume todo el riesgo del incumplimiento del mismo y (ii) que la responsabilidad de la hoy CRC Mercantil se circunscribe a hacer efectiva la garantía básica constituida previamente por la parte incumplida.

El mismo Boletín señala obligaciones a la parte que recibe la financiación en este tipo de operaciones. En tal sentido se hace necesario resaltar, que es el mismo Boletín Instructivo que establece en el capítulo de cumplimiento ante el sistema de compensación y liquidación previsto en el numeral II, que las obligaciones señaladas para las operaciones con las modalidades con garantía y sin garantía de crédito en Cámara son adicionales al resto de obligaciones que en condición de comisionistas asumen los miembros en las negociaciones de Mercado Abierto. Es en los siguientes términos como lo precisa el Boletín en comento:

“El cumplimiento en el sistema de compensación y liquidación comprende tanto la entrega de los documentos, tales como el contrato de mandato, las garantías y la información requerida para el efecto, como la satisfacción de las obligaciones derivadas de las condiciones en que se celebra la operación.”

En relación con las modalidades antes enunciadas en materia de otorgamiento de crédito (refiriéndose a aquellas con garantía y sin garantía en CRC Mercantil), el cumplimiento

¹⁴⁷ El artículo 73 señala “Cuando las partes convengan operaciones a crédito, sea éste otorgado por el comprador o por el vendedor, se podrá pactar garantía específica a favor del otorgante del crédito. Si ella no se pacta expresamente, se presume que el crédito ha sido otorgado sin garantía y todo su riesgo lo asume quien lo otorga.

Corresponde a la Bolsa vigilar que las garantías específicas pactadas sean entregadas en las condiciones establecidas en la negociación. Si se convienen créditos sin garantía, la Bolsa se limitará a certificar las condiciones de la negociación, en el evento de un incumplimiento en la atención de tales créditos”

deberá atender de manera adicional a los siguientes parámetros (...) (subrayado fuera del texto original).

Siendo obligaciones adicionales dependiendo de la modalidad en que se pacten las operaciones en el mercado abierto, el numeral 2.2.5, en cuanto al cumplimiento por parte del comprador financiado, establece:

“Si el comprador es quien recibe la financiación, (en cualquier caso de entrega previa al pago), a la fecha de recibo del producto deberá remitir ante el sistema de compensación y liquidación una certificación en la cual conste que aceptó, a través de representante legal autorizado para ello, la factura cambiaria de compraventa de la mercancía y que entregó al vendedor el documento que a juicio del comisionista vendedor le otorgue seguridad y credibilidad en cuanto concierne el pago del producto

La aceptación de la factura cambiaria de compraventa deberá ser efectuado por un representante legal con facultades para comprometer a la entidad en el monto de correspondiente a la operación”

En relación con las obligaciones específicas y adicionales según la modalidad de la operación, se establece que el incumplimiento en operaciones sin garantía de crédito en cámara, bien puede darse por la no constitución de la garantía básica y los llamados al margen, y adicionalmente, el incumplimiento de las obligaciones del comprador financiado en estas operaciones se presenta:

“Si el comprador incumple la obligación de aceptar las facturas cambiarias de compraventa que le presente el vendedor, lo cual se entenderá cuando no allegue al sistema de compensación y liquidación, la certificación prevista en el numeral 2.2.5 de este documento, la Bolsa declarará el incumplimiento de dicha obligación a cargo del comprador y dará traslado al órgano disciplinario.

El mismo procedimiento aplicará si la aceptación de la factura cambiaria de compraventa no se realiza por un representante legal con facultades para comprometer a la entidad en el monto correspondiente a la operación”

Es clarísimo para esta Sala de Decisión que, tal como ha quedado mencionado en el Boletín antes transcrito, se trata de obligaciones adicionales y especiales que deben cumplir las sociedades comisionistas en las OPERACIONES SIN GARANTÍA DE CRÉDITO EN CÁMARA – FINANCIACIÓN PRIVADA, pero de ninguna manera pueden entenderse estas como obligaciones exclusivas en operaciones de físicos disponibles o forwards, como al parecer lo pretende la investigada.

En efecto, las sociedades comisionistas no pueden abstraerse del cumplimiento del resto de obligaciones que se generan por la participación en el mercado abierto de la Bolsa,



como lo es en este caso el pago, so pretexto de que se trata ésta de una operación sin garantía de crédito. Desde ningún punto de vista es posible sostener que el incumplimiento en el pago en la fecha acordada, tratándose de operaciones sin garantía de crédito, signifique que éstas pueden no pagarse y que sea su contraparte quien soporte la pérdida, sin que esto tenga ninguna incidencia en su responsabilidad que como profesional le corresponde.

En concepto de la Sala, la condición establecida, esto es que se trate de OPERACIONES SIN GARANTÍA DE CRÉDITO EN CÁMARA – FINANCIACIÓN PRIVADA, no modifica la responsabilidad del comisionista en la Bolsa, frente a su contraparte y frente al mercado en general.

En efecto, el eje primordial del mercado de la Bolsa consiste en realizar una operación a nombre de un tercero pero bajo responsabilidad propia. Por esto, resulta totalmente ajeno a este mercado la interpretación de la sociedad comisionista según la cual el comisionista traslada toda la responsabilidad a su mandante pues el punto diferenciador del mercado bursátil es la seguridad y el cumplimiento, obligaciones ambas en cabeza de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa. Es claro entonces para la Sala que si no se exigiera el cumplimiento a los comisionistas, no podría existir el mercado bursátil de la Bolsa.

De hecho, por las razones expuestas el artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa establece en sus numerales 1 y 5 que todos los miembros de la Bolsa están obligados a:

1. *Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación;*
7. *Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, reglamentario, consuetudinario y con respecto a su natural equilibrio. En ningún caso será admisible al momento del cumplimiento la excepción de falta de provisión de fondos o la inexistencia del producto, documento o servicio negociado;*

De esta manera es claro que no puede confundirse la asunción de los riesgos con la responsabilidad que le asiste a cada una de las partes en la negociación, en el caso concreto a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa como profesionales del mercado quienes de acuerdo con la normatividad vigente, se encuentran obligados en el marco de la operación bursátil a nombre propio recayendo por tanto, las obligaciones de cumplimiento en su cabeza.

De otra parte manifiesta la sociedad comisionista que *“como estas operaciones son la excepción a la regla, la compensación no se realizó por la CRC Mercantil en seguimiento de los*

cánones del reglamento sino que en la medida que el Mandante Comprador abonaba recursos se le informaba a la Cámara para que los transfiriera, pero nunca por efectos de la compensación”.

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

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

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

De esta forma, queda claro que en la disposición citada no se establecen excepciones para la utilización del sistema de compensación y liquidación sino que al contrario desde ese momento todas las operaciones celebradas en la Bolsa debían utilizar dicho sistema y teniendo en cuenta que las operaciones bajo estudio fueron celebradas en el mes de agosto del año 2007, queda claro que debían atenerse a esta regulación.

De hecho, obra en el expediente comunicación DFAC-0014 del 3 de febrero de 2010 en la cual la CRC Mercantil dando respuesta a solicitud elevada por el Área de Seguimiento,

informa "(...) Por último, con respecto a las operaciones Nos. 6185441, 6185442 me permito informar que estas fueron objeto de compensación y liquidación y que en la fecha de negociación de las mismas la Cámara de Riesgo de la BNA, se encontraba prestando el servicio de Compensación de liquidación tal como se refleja en los soportes adjuntos¹⁴⁸". Para el efecto adjunta detalle de la operación en el SIB y detalle en compensación y liquidación.

Así las cosas, no es de recibo el argumento esgrimido por la investigada por cuanto no sólo es claro que las operaciones debían utilizar el sistema de compensación y liquidación según la normatividad vigente para la época de los hechos sino que adicionalmente la CRC Mercantil corrobora que las operaciones fueron objeto de compensación y liquidación por parte de esa entidad.

4.2.7.3. De la voluntad conciliadora de la sociedad comisionista AGROBOLSA S.A.

De acuerdo con la interpretación de la sociedad comisionista al artículo 73 del Reglamento de la Bolsa, durante el desarrollo de las operaciones bajo investigación propendió por que las obligaciones derivadas de los diferentes acuerdos celebrados recayeran en cabeza de su mandante y no de la sociedad comisionista.

En primer lugar, se debe aclarar que en el marco de la Cámara Arbitral, cuando ya se presenta el incumplimiento, ya no nos encontramos frente a la operación bursátil celebrada sino en un marco diferente en donde se buscan acuerdos indemnizatorios para resarcir los perjuicios causados. Así las cosas, las consideraciones realizadas frente al contrato de comisión y la obligatoriedad de cumplimiento en cabeza de la sociedad comisionista durante la ejecución de la operación bursátil por ellas celebradas, no necesariamente puede aplicarse en el marco del acuerdo arbitral.

Ahora bien, obra en el expediente Acta de Arreglo directo No. 015 del 22 de noviembre de 2007, la cual da cuenta de múltiples reuniones sostenidas entre las partes con el objeto de solucionar la situación presentada¹⁴⁹.

En efecto, se reúnen las partes el día 22 de noviembre y el mandante comprador hace un recuento de la situación de maíz indicando que no puede vender el maíz y cumplir con su obligación de pago, por lo cual solicita unos días de plazo para proponer un acuerdo de pago.

Posteriormente, las partes se vuelven a reunir el día 29 de noviembre de 2007 y **AGROBOLSA S.A.** deja expreso que las operaciones se realizaron con base en el art. 73 del Reglamento y el boletín No. 125 de la CRC Mercantil y por tanto no tiene obligación de

¹⁴⁸ Cuaderno No. 1 Folio 1009-1011

¹⁴⁹ Cuaderno No. 2 Folio 653-658

pago y no hace parte del acuerdo a que se llegue en la reunión. Agrega que no firmará el acuerdo a que lleguen las partes.

El día 6 de diciembre de 2007, las partes vuelven a reunirse y se deja constancia del acuerdo logrado para efectuar los pagos de la operación. En este punto de la reunión **AGROBOLSA S.A** ratifica su posición en el sentido de *“no tener ninguna responsabilidad en el cumplimiento del pago de las operaciones y en consecuencia no firmará el acuerdo”*.

El mismo 6 de diciembre de 2007, **AGROBOLSA S.A.** envía comunicación GG-5685 a la directora de la Cámara Arbitral de la Bolsa para efectos de *“dejar constancia sobre las gestiones adelantadas de manera voluntaria por Agrobolsa S.A. a favor de Probacol S.A. para minimizar los incumplimientos de las cuatro operaciones forward registradas (...)”*. Así, informa los pormenores de las operaciones, y se refiere a diferentes reuniones sostenidas con su mandante y la contraparte para intentar solucionar las situaciones presentadas. Así concluye mencionando que nunca estuvo ausente ni dejó de prestarle asesoría a Probacol y agrega que honró por Probacol cuatro obligaciones financieras evitando la declaratoria de incumplimiento¹⁵⁰.

De acuerdo con lo anterior, no encuentra la Sala que la posición asumida por **AGROBOLSA S.A.**, pueda interpretarse como una falta de voluntad conciliatoria toda vez que asistió a las reuniones y acompañó a su mandante durante todo momento para intentar solucionar la situación presentada. En efecto considera la Sala que por la relevancia que tiene un acuerdo de arreglo directo y las consecuencias que su incumplimiento conlleva, es una decisión de la sociedad comisionista si quiere comprometerse a su cumplimiento analizando la viabilidad de las obligaciones pactadas y su posibilidad de cumplimiento. En el caso concreto, el mandante ya había incumplido un acuerdo logrado previamente, por lo cual, parece una posición prudente la adoptada por la sociedad comisionista en cuanto no asumir obligaciones que posteriormente podrían ser incumplidas, teniendo en cuenta claro, que ya no se encontraba en el marco de la operación bursátil celebrada en la Rueda de negocios de la Bolsa sino en un acuerdo de arreglo directo.

Ahora bien, los argumentos esgrimidos por la sociedad comisionista no logran desvirtuar el incumplimiento en el pago probado en el proceso y no existe causal que la exima de responsabilidad por el incumplimiento de las normas legales y reglamentarias que le eran aplicable tal y como se pasará a explicar a continuación.

4.2.7.4. Normas vulneradas por la conducta de AGROBOLSA S.A. y concepto de la violación.

¹⁵⁰ Cuaderno No. 2 Folio 662-664

El incumplimiento en el pago de la operación corresponde a un incumplimiento final de la misma, acorde a lo establecido en el Boletín Instructivo No. 09 del 19 de febrero de 2006. En efecto esta disposición establece que frente a las operaciones forward el incumplimiento en el pago de la operación es el *“Evento presentado cuando en la fecha de pago pactada, no se realiza o acredita el pago mediante la transferencia de fondos o entrega de cheque.”* Todo lo cual, como ha quedado probado en el expediente, ocurrió en el caso concreto.

Así mismo, el incumplimiento final de la operación implica además la vulneración de los numerales 2 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Libro I del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, que establecen que los miembros de la Bolsa se encuentran obligados a:

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

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

En efecto, el argumento esgrimido por la sociedad comisionista encaminado a justificar el incumplimiento por las dificultades de su mandante frente a la situación del maíz no es procedente en este mercado toda vez que tal y como se lee en la disposición citada previamente, no es posible alegar la falta de provisión de fondos. Así, con fundamento en estas disposiciones se consigna que es la sociedad comisionista investigada, en este caso **AGROBOLSA S.A.**, quien debe responder por el cumplimiento de las operaciones convenidas, en este caso las propias del comisionista comprador: pagar el producto objeto de la negociación.

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

Pues bien, las razones expuestas no desvirtúan el incumplimiento de las operaciones y es claro que en el presente caso se infringió el artículo 1.6.5.1, numerales 1, y 7 en concordancia con el numeral 11 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006¹⁵¹, pues la

¹⁵¹ Decreto 1511 de 2006. *“Artículo 29 Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones (...) 11. Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de*

operación no se cumplió en la fecha convenida, ni tampoco se cumplió con el pago en las fechas acordadas por las partes en el acuerdo celebrado el 25 de octubre de 2007, que fue avalado por la Bolsa.

Adicionalmente considera el área de seguimiento que la conducta desplegada por la sociedad comisionista investigada, se encuentra vulnerando la disposición establecida en el numeral 6 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento que establece que los miembros de la BNA, estarán obligados a: “6. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 29 numeral 8 del Decreto 1511 de 2006¹⁵² y la vulneración de las disposiciones referidas al deber de asesoría que deben cumplir las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa.

En lo que se refiere a los deberes de claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad, encuentra la Sala que en virtud de las obligaciones propias del contrato de comisión en donde se celebra una operación a nombre propio pero por cuenta ajena, es claro que la diligencia y responsabilidad de la firma no fue suficiente para evitar el incumplimiento de la operación. Así, en el caso concreto en donde se incumplieron incluso los mismos acuerdos celebrados dentro de la operación bursátil, se evidencia una falta de precisión que no puede ocurrirle a quienes deben tener un nivel de profesionalismo y experticia superior.

En lo que se refiere a la vulneración del deber de asesoría encuentra la Sala que de la situación fáctica presentada y del análisis de las pruebas obrantes en el expediente no se encuentra un fundamento que pueda llevar a concluir que se vulneran las normas citadas. En efecto, en concepto de esta Sala el incumplimiento de una operación y de la obligación de pago que le asiste a la sociedad comisionista no puede conllevar per se al incumplimiento de los deberes de asesoría e información y que tienen que ver con el profesionalismo de la sociedad comisionista; sin que en la imputación se encuentre probado de forma específica dicho incumplimiento.

V. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES REFERIDAS A OPERACIONES FINANCIERAS

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”.

¹⁵² Decreto 1511 de 2006. “Artículo 29 Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones (...) 8. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, y precisión, procurando la satisfacción de los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia, lo cual implica el sometimiento de su conducta a las diversas normas que reglamentan su actividad profesional, ya provengan del Estado, de las mismas bolsas o constituyan parte de los sanos usos y prácticas del comercio o del mercado público de valores”.



5.1. INCUMPLIMIENTO EN LA RECOMPRA DE LAS OPERACIONES CAT Nos. 9324048, 9324049, 9324050, 9329455 y 9329456

5.1.1. Hechos.

5.1.1.1. La sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** realizó en calidad de comisionista vendedor, 6 operaciones sobre contratos avícolas a término por cuenta de su mandante Pollosan S.A., con las condiciones que se exponen a continuación¹⁵³:

Operación	Fecha celebración	Cantidad	Valor Futuro	Días Plazo	Tasa	Fecha Máxima Recompra
9324047	9-jun-09	20,000	\$ 86,400,000	90	10.20%	9-sep-09
9324048	9-jun-09	20,000	\$ 86,400,000	90	10.15%	9-sep-09
9324049	9-jun-09	20,000	\$ 86,400,000	90	10.15%	9-sep-09
9324050	9-jun-09	40,000	\$ 172,800,000	90	10.05%	9-sep-09
9329455	10-jun-09	20,000	\$ 86,400,000	90	9.90%	10-sep-09
9329456	10-jun-09	40,000	\$ 172,800,000	90	9.90%	10-sep-09

5.1.1.2. Mediante comunicación ABOL-1945 del 13 de agosto de 2009 la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** informa a la CRC Mercantil que se encuentra en conversaciones con los representantes autorizados de Pollosan para desmontar en principio la posición abierta, si no es posible encontrar compañía aseguradora que respalde la operación. Menciona que el mandante tiene 300.000 aves que respaldan las operaciones a disposición.¹⁵⁴

5.1.1.3. El 18 de agosto de 2009, el mandante Pollosan S.A. presenta propuesta para atender sus compromisos y desmontar gradualmente los CAT. Menciona que ha adelantado gestiones con varias aseguradoras y está a la espera de respuesta. Agrega que ha tenido una situación económica compleja y que debido a su reciente acuerdo de restructuración de pasivos y de la limitación de los flujos de caja, no pueden cumplir en el presente inmediato las obligaciones contraídas, propone la cancelación de las obligaciones con la venta de 20.000 pollos mensuales progresivamente, a

¹⁵³ Comprobantes de negociación y detalle de las operaciones en el sistema de información bursátil: Operación No. 8789958 (Cuaderno No. 1 Folios 308-309), Operación No. 8798100 (Cuaderno No. 1 Folios 313-314), Operación No. 8798118 (Cuaderno No. 1 Folios 318-319)

¹⁵⁴ Cuaderno No. 2 Folio 619



partir del mes de agosto de 2009 y hasta el pago total de los valores adeudados¹⁵⁵.

- 5.1.1.4.** Mediante comunicación ABOL/2174 del 9 de septiembre de 2009, **AGROBOLSA S.A.** informó a la CRC Mercantil sobre el incumplimiento en el pago de la recompra de las operaciones Nos. 9324047, 9324048, 9324049, 9324050¹⁵⁶. Así mismo, mediante comunicación ABOL/2186 del 10 de septiembre de 2009, informó a la CRC Mercantil sobre el incumplimiento en el pago de las operaciones 9329455 y 9329456¹⁵⁷.
- 5.1.1.5.** Mediante comunicación OC-378 del 9 de septiembre de 2009, la CRC Mercantil solicitó a la Bolsa evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento en la recompra de las operaciones Nos. 9324047, 9324048, 9324049, 9324050¹⁵⁸ y mediante comunicación OC-382 del 10 de septiembre de 2009, solicitó a la Bolsa evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento en la recompra de las operaciones Nos. 9329455 y 9329456¹⁵⁹.
- 5.1.1.6.** La administración de la Bolsa mediante comunicaciones PSD-474 del 10 de septiembre de 2009¹⁶⁰, PSD-475 del 10 de septiembre de 2009, PSD-476 del 10 de septiembre de 2009¹⁶¹, PSD-477 del 10 de septiembre de 2009¹⁶², PSD-478 del 11 de septiembre de 2009¹⁶³, PSD-479 del 11 de septiembre de 2009¹⁶⁴ declaró el incumplimiento de las operaciones Nos. 9324048, 9324049, 9324050, 9329455 y 9329456 respectivamente, por el valor futuro total de las mismas.
- 5.1.1.7.** Mediante comunicación ABOL/2190 del 10 de septiembre de 2009, la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.**, da alcance a los comunicados ABOL/2174 y 2186, y manifiesta al Presidente de la CRC Mercantil su inquietud por el manejo de esa entidad a la propuesta presentada por su mandante. Señala que su mandante no está en condiciones de cumplir y explica los inconvenientes que se han presentado con la expedición de pólizas. De acuerdo con lo anterior, solicita el estudio y aceptación de la propuesta de desmonte gradual de las operaciones o en su defecto, se

¹⁵⁵ Cuaderno No. 2 Folio 410 y 617

¹⁵⁶ Cuaderno No. 1 Folio 384, 391, 378 y 372

¹⁵⁷ Cuaderno No. 1 Folio 399 y 406

¹⁵⁸ Cuaderno No. 1 Folio 385, 392, 379 y 373

¹⁵⁹ Cuaderno No. 1 Folio 400 y 407

¹⁶⁰ Cuaderno No. 1 Folio 393

¹⁶¹ Cuaderno No. 1 Folio 380

¹⁶² Cuaderno No. 1 Folio 374

¹⁶³ Cuaderno No. 1 Folio 401

¹⁶⁴ Cuaderno No. 1 Folio 401



proceda al retiro de las 300.000 aves que respaldan los contratos o a hacer efectivas las pólizas de cumplimiento¹⁶⁵.

- 5.1.1.8.** El día 19 de octubre de 2009 se suscribe Plan de desmonte entre el representante legal de la sociedad Pollosan S.A. las firmas comisionistas **AGROBOLSA S.A.** y Llano Bolsa S.A. como comisionistas vendedoras y los representantes legales de la CRC Mercantil¹⁶⁶.

5.1.2. Solicitud de Explicaciones Formales.

El Área de Seguimiento frente al presunto incumplimiento en la recompra de las operaciones Nos. 9324048, 9324049, 9324050, 9329455 y 9329456 considera que la sociedad comisionista podría haber vulnerado los numerales 8, 11 y 20 del artículo 29 del decreto 1511 de 2006, los numerales 2, 6, 7 y 29 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de la Bolsa, los numerales 13 y 21 del artículo 2.2.2.1. de Reglamento de la Bolsa, el numeral 4 del artículo 6 de la Resolución 003 de 2008 y el numeral 3.11.2. del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la CRC Mercantil.

Así mismo considera que podría haber vulnerado las normas relativas al deber de asesoría que les compete a las sociedades comisionista miembros de la BMC.

5.1.3. Explicaciones Formales.

Menciona en primer lugar que con anterioridad al vencimiento de las operaciones el mandante Pollosan S.A. *“manifestó su dificultad de cumplirlas de una sola vez, esto es, de un solo contado, debido a que sus ventas y sus proyecciones se afectaron seriamente con motivo de la situación que atraviesa la economía con el vecino país Venezuela, por lo cual, reconociendo la existencia de sus compromisos, expresó su voluntad de desmontar las operaciones en un tiempo prudencial en desarrollo de un programa que quería acordar con las autoridades bursátiles, en especial con la CRCBNA S.A. (V. Anexos 60, 61 y 62)”*. Agrega que esta situación coincidió con múltiples incumplimientos que se presentaron en el mercado y con el cese de expedición de pólizas por parte de la compañía Seguros del Estado. Así, explica que aunque las sociedades comisionistas intentaron buscar otras aseguradores no fue posible lograr su vinculación inmediata al mercado bursátil”.

Explica que: *“En el caso de Pollosan, Seguros Colpatria manifestó su voluntad de apoyarla y exigió para la renovación de las pólizas la constitución de garantías especiales de parte de Pollosan, además de la aquiescencia del Banco Colpatria, en consideración al proceso de reestructuración administrativa en que se encuentra dicha empresa con el sector financiero, siendo una de sus principales acreedores la mencionada entidad bancaria”*.

¹⁶⁵ Cuaderno No. 2 Folio 413-414 y 612-613

¹⁶⁶ Cuaderno No. 2 Folios 605-608

Posteriormente menciona que para atender las inquietudes de la CRC Mercantil se envió comunicación en donde *“reiteró que Pollosan había manifestado su interés en desmontar los contratos y si ello no era posible poner a su disposición la totalidad del subyacente que respaldaba las operaciones y, en tales circunstancias, estaba dispuesta a entregar las 300.000 aves a la Cámara en el momento y lugar que esta entidad indicara (V. Anexo 64)”*. Así, menciona que en el caso de su mandante siempre existió el interés de renovar posiciones y que la Cámara siempre estuvo enterada del proceso de desmonte y renovación simultáneo.

Explica así mismo que, este proceso *“se inició mucho antes del vencimiento de las operaciones en septiembre de 2009, porque se buscaba que para el vencimiento estuviera firmado el acuerdo de desmonte. El mandante nunca dejó de reconocer su deuda y siempre manifestó su voluntad de pago, bajo una fórmula de abonos mensuales dada la condición de la empresa en donde el proceso de reestructuración está soportado en la actividad misma de la sociedad. De ahí el gran interés en la viabilidad del desmonte de las operaciones antes del vencimiento, a través de la renovación de los contratos, pero definitivamente la alarma en el mercado asegurador impidió la consecución de las pólizas de cumplimiento en este tiempo. Se precisa que la Cámara nunca mostró interés en quedarse con el subyacente (V. Anexos 65 y 66)”*.

Como conclusión anota que: *“la no recompra de los contratos el día del vencimiento, no es premeditado ni ajeno al conocimiento de la Cámara. Se buscó por todos los medios desmontar las posiciones lo que implicaba vincular a una compañía de seguros que garantizara las operaciones. El hecho de que Seguros Colpatria había sido la anterior entidad emisora de las pólizas no aseguraba que actuara como tal para efecto de la renovación; la relación comercial que existe entre la sociedad y la aseguradora por otros negocios y la recomendación del Banco Colpatria como firmante del acuerdo de reestructuración abrió el camino para que la aseguradora fuera garante. Una hipoteca de segundo grado sobre un inmueble de Pollosan S.A fue la condición y así se procedió”*.

Menciona que se ajustó el documento del Plan de Desmonte el cual se firmó el 19 de octubre de 2009 y explica que *“El desmonte ya se dio con el registro de ocho nuevos contratos avícolas, reintegrándosele a la Cámara los recursos que financió el día del vencimiento, más intereses. El desmonte se dará en un plazo máximo de quince meses y todas las operaciones se encuentran vigentes (V. Anexo 67)”*.

5.1.4. Evaluación de las Explicaciones por parte del Área De Seguimiento y Pliego De Cargos.

Anota en primer lugar que *“las operaciones en análisis fueron celebradas en el mes de junio de 2009, fechas para las cuales el mandante se encontraba adelantando un acuerdo de reestructuración de pasivos con sus acreedores¹⁶⁷, situación que era de conocimiento de la sociedad comisionista¹⁶⁸ por lo que ésta, a pesar de lo expuesto en acta No. 92 de reunión de Junta*

¹⁶⁷ Comunicado del 18 de agosto de 2009. Folio 411 cuaderno No.1

¹⁶⁸ Comunicado ABOL-00173 del 22 de enero de 2010. Folios 989 a 992 cuaderno No.3

Directiva¹⁶⁹ realizada el 10 de junio de 2009 y, a sabiendas de que su cliente posiblemente no pudiese, por las circunstancias en que se encontraba, realizar con prontitud los bienes objeto de las negociaciones de bolsa afectos a la misma, alterando así el flujo de caja necesario para el pago de las operaciones; decidió tomar el riesgo y actuar como su sociedad comisionista en la celebración de las operaciones en el escenario de la BNA¹⁷⁰.”.

Resalta que la renovación de operaciones no puede convertirse en una práctica natural para cumplir las obligaciones, por lo anterior considera que *“no se evidencia que el profesional del mercado haya asesorado a sus cliente en debida forma, pues en lugar de requerir los recursos para estar en capacidad de cumplir con las obligaciones asumidas, se observa que le propuso como forma de pago de las operaciones a punto de vencerse, la renovación de las mismas”.*

De otra parte menciona que: *“resalta la propuesta hecha por la mandante compradora relativa a realizar los semovientes afectos a las operaciones^{171, 172}, para con las resultas de la venta llevar a cabo abonos mensuales que a la postre permitirían el pago total de la obligación; toda vez, que en estricto sentido dichos semovientes constituyen la garantía natural del pago de los contratos financieros celebrados en bolsa, por lo que naturalmente, es con el dinero de la venta de los mismos que se garantizaría la efectividad del pago de las obligaciones derivadas de los mismos”.* Manifiesta que no obstante lo anterior se dio cumplimiento a las obligaciones mediante la realización de nuevas operaciones de acuerdo a lo establecido en el Plan de Desmonte pactado.

5.1.5. Descargos presentados por la Sociedad Comisionista AGROBOLSA S.A.

Reitera que su mandante Pollosan S.A. manifestó su dificultad de cumplir con las operaciones de contado por su situación económica y que por tanto manifestó su voluntad de acordar un plan de desmonte, coincidiendo esta situación de incumplimientos del mercado, lo cual, demoró la aceptación de la propuesta por parte de la CRC Mercantil.

Así manifiesta que una vez establecidos los términos del desmonte, vino el inconveniente del cese de expedición de pólizas por parte de Seguros del estado y en intento de buscar otras aseguradoras. Reitera que su mandante siempre manifestó voluntad de pago *“pero para ello requería un acuerdo de desmonte antes de la fecha señalada para la recompra”.* Agrega que: *“La renovación de las posiciones fue la única salida porque como se anotó la CRC Mercantil no tenía interés en asumir el encasamiento y crianza de las aves por lo que la entrega del subyacente no era discutible. La renovación de operaciones en este caso fue la consecuencia de los términos verbales que impuso la Cámara en varias reuniones en sus oficinas, pero definitivamente*

¹⁶⁹ Folios 1307 a 1310 cuaderno No.3

¹⁷⁰ Copia de acta No. 92 de reunión de Junta Directiva. Folios 1307 a 1310 cuaderno No.3

¹⁷¹ Comunicado del 18 de agosto de 2009. folio 411 cuaderno No.1

¹⁷² Oficio del 9 de septiembre de 2009. Folios 412 cuaderno No.1

la alarma en el mercado asegurador impidió la consecución de pólizas de cumplimiento en tiempo”.

Agrega que la no recompra no fue premeditada ni ajena al conocimiento de la CRC Mercantil, reitera el inconveniente con las pólizas mencionando que se debió constituir una hipoteca de segundo grado sobre un inmueble del mandante para conseguir la póliza.

Manifiesta que no se puede cuestionar la vinculación del mandante debido a su situación financiera en el momento de la celebración de las operaciones ya que dicha vinculación data de tiempo atrás con la Bolsa y otras sociedades comisionistas. Agrega que no puede censurarse la solidaridad ofrecida al empresa avícola y que *“una entidad, de las condiciones de Pollosan, debe tener la oportunidad de recuperarse, como lo está haciendo, no solamente para la salvación de su empresa sino también para el bienestar de todas personas (sic) y familias que trabajan para ella”.*

Finalmente menciona que la recompra *“se ha venido realizando en los términos y condiciones del acuerdo de desmonte suscrito en octubre de 2009. A la fecha se puede afirmar que se ha cumplido con el desmonte previsto respondiendo a satisfacción con los pagos a efectuar y que la aceptación de la CRCBNA a los términos del acuerdo subsana la recompra ante el cumplimiento del pago efectuado con los intereses establecidos”.*

5.1.6. Consideraciones de la Sala.

5.1.6.1. Del incumplimiento en la recompra y naturaleza del contrato avícola a término.

Se encuentra suficientemente probado dentro del expediente que la sociedad comisionista celebró las operaciones Nos. 9324047, 9324048, 9324049, 9324050, 9329455 y 9329456 con las condiciones mencionadas en el numeral 5.1.1. de los *Hechos*. Así mismo, se encuentra probado que no cumplió con la recompra de las mismas en la fecha de pago pactada. En efecto obran en el expediente las comunicaciones de la CRC Mercantil solicitando el incumplimiento¹⁷³ y las certificaciones del mismo por parte de la Bolsa¹⁷⁴. El no pago de la recompra en la fecha es así mismo aceptado por la investigada quien en sus escritos de defensa pues no niega el hecho sino que presenta las explicaciones de su ocurrencia.

Al respecto debe resaltar la Sala la importancia de cumplir con la recompra en las operaciones financieras toda vez que se trata de una obligación que hace parte esencial del contrato. En efecto, los contratos a término son instrumentos financieros que

¹⁷³ Cuaderno No. 1 Folio 385, 392, 379, 373,400 y 407

¹⁷⁴ Cuaderno No. 1 Folio 393, 380, 374 y 401.

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

De forma específica, los contratos avícolas a término se encuentran regulados mediante la Resolución 03 de 2008. Acorde a esta disposición, se entiende por éstos *“la operación celebrada a través de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., consistente en una compraventa con pacto de recompra de pollos y la prestación del servicio de custodia y engorde de dicha especie de semovientes por el vendedor, hasta el vencimiento del término establecido para el cumplimiento de la obligación de recompra”*. En el artículo 6° de la mencionada resolución se encuentran previstas las obligaciones de la sociedad comisionista que actúa por cuenta del mandante vendedor, dentro de las cuales se encuentra la de: 4) *Efectuar la recompra en el término y condiciones pactadas*.

En el párrafo del artículo mencionado, se señala que *“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 1172 de 1980, norma que regula la actividad de las sociedades comisionistas de la bolsa, el mandante ‘está obligado a poner a su comisionista en capacidad de cumplir todas las obligaciones inherentes a su encargo y éste no podrá oponer a la bolsa o a sus miembros, en las diferencias que surjan al liquidar la operación, excepciones derivadas del incumplimiento del comitente”*. Así mismo, el decreto 1511 de 2006¹⁷⁵ señala dentro del catálogo de obligaciones de las sociedades comisionistas miembros de bolsas de productos y bienes agropecuarios la de *“Pagar el precio de compra o hacer la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión de los mismos”*¹⁷⁶. Por lo anterior, es claro que es la sociedad comisionista la obligada al cumplimiento de la operación celebrada en Bolsa.

Así las cosas, y teniendo claridad sobre las obligaciones que se encuentran en cabeza del comisionista vendedor, entrará la Sala a analizar los argumentos de defensa esgrimidos por la sociedad comisionista, la imputación realizada por el área de seguimiento y las gestiones desplegadas, para efectos de determinar la responsabilidad disciplinaria que le asiste a **AGROBOLSA S.A.** por el incumplimiento endilgado.

De acuerdo con lo anterior, en primer lugar entrará la Sala a analizar las gestiones desplegadas por **AGROBOLSA S.A.**, la asesoría brindada a su cliente y renovación de las operaciones.

5.1.6.2. De las gestiones desplegadas por AGROBOLSA S.A. de forma previa a la celebración de las operaciones.

¹⁷⁵ Includido hoy en el decreto 2555 de 2010.

¹⁷⁶ Decreto 1511 de 2006. Artículo 29, numeral 6.

Para efectos de determinar las gestiones adelantadas por la sociedad comisionista en las operaciones bajo investigación, se debe analizar tanto aquellas realizadas de forma previa a la celebración de la operación en términos de conocimiento del cliente y de brindar la adecuada asesoría al mismo; en el desarrollo de la operación e incluso en los momentos posteriores a la declaratoria de incumplimiento para determinar las actividades despegadas para cumplir con las obligaciones pendientes y reconstruir el patrimonio de la CRC Mercantil.

En lo que se refiere al conocimiento del cliente y su vinculación, **AGROBOLSA S.A.** en respuesta a solicitud de pruebas realizada por el área de seguimiento menciona en comunicación ABOL-00173 del 22 de enero de 2010 lo siguiente: *“Con respecto a las operaciones realizadas por el mandante Pollosan S.A. y a los antecedentes que rodearon la determinación de realizar contratos Avícolas a Término para esta sociedad, es de recibo mencionar que en el momento en que se recibió la solicitud del cliente en AGROBOLSA S.A. Comisionista de Bolsa en junio de 2009 se analizó la situación financiera de la sociedad, al ser de público conocimiento el acuerdo de reestructuración financiera que suscribieron con varias entidades del sector. La relación comercial con nuestra compañía se dio con anterioridad a la realización de los contratos y de ahí el conocimiento del cliente y su actividad”*. Se refiere posteriormente a la vinculación que hace varios años ha tenido el mandante con la Bolsa y al buen nombre del mandante lo que hizo que se adoptara la determinación de realizar los contratos *“equilibrando la posición abierta de Pollosan S.A. entre AGROBOLSA S.A. y otra Sociedad Comisionista”*. Agrega que: *“Por ello nos desplazamos a Bucaramanga para conocer en forma directa las fincas en especial, la infraestructura de los galpones, el encasamiento de las aves y el desarrollo del negocio”*. Menciona así mismo que la situación financiera del cliente fue conocida por la Junta Directiva de **AGROBOLSA S.A.** y por su comité de riesgos y fueron analizados los estados financieros, encontrando que se trataba de una sociedad activa y con respaldo del mercado. De acuerdo con lo anterior, obran en el expediente los Estados Financieros y Notas a los estados financieros de Pollosan S.A. de los años 2005, 2006¹⁷⁷, 2007¹⁷⁸, 2008 y 2009¹⁷⁹, el informe de Gestión Pollosan S.A. del año 2007¹⁸⁰, el informe del Revisor Fiscal de Pollosan S.A. de auditoría a 31 de diciembre de 2006 y 2007 que en términos generales menciona que se ha dado cumplimiento a las normas¹⁸¹ y la relación Garantías Reales de Pollosan S.A. a entidades financieras¹⁸². Así mismo, obran en el expediente las Actas de visita de inspección a predios avícolas del 28 de abril de 2009 y del 22 de octubre de 2009 y formatos de evaluación avicultura¹⁸³. Finalmente obra en el

¹⁷⁷ Cuaderno No. 3 Folios 1155-1176

¹⁷⁸ Cuaderno No. 3 Folios 1194-1215 y 1177-1193

¹⁷⁹ Cuaderno No. 3 Folios 1223-1306

¹⁸⁰ Cuaderno No. 3 Folios 1218-1222

¹⁸¹ Cuaderno No. 3 Folios 1216-1217

¹⁸² Cuaderno No. 3 Folio 1154

¹⁸³ Cuaderno No. 3 Folio 978-988

expediente, el Acta No. 92 de reunión de Junta Directiva de **AGROBOLSA S.A.** realizada el 10 de junio de 2009, en la cual consta que la sociedad intermedió el registro de Contratos Avícolas a Término con el respaldo de la Aseguradora Colpatria para el mandante Pollosan S.A. a pesar de las circunstancias del mercado¹⁸⁴.

En este punto es importante precisar que resulta fundamental el conocimiento que las firmas comisionistas tengan de sus clientes, su solvencia económica y reputación, pero también de las situaciones de mercado que puedan afectar su operación comercial y que incidan en su situación financiera. Así mismo, para efectos de desarrollar la operación bursátil de forma profesional y responsable, deben tener un conocimiento profundo de los instrumentos financieros que utilizan, conocer sus riesgos, alcances y las obligaciones y derechos que de los mismos se derivan no sólo para su firma sino para el cliente al que representará en el escenario de negociación.

En el caso concreto, de las pruebas obrantes en el expediente se evidencia el trabajo realizado por la sociedad comisionista frente al conocimiento del cliente y por lo tanto se entiende que asumió el riesgo de que su comitente se encontrara en la situación financiera evidenciada; riesgo que implica que al encontrarse la obligación de pago de la recompra en cabeza de la sociedad comisionista, debió prever la posibilidad de tener que cumplir con recursos propios las operaciones celebradas ya que la sociedad comisionista se hace responsable de la capacidad de pago de su mandante y por esto, decide hasta qué punto está dispuesta asumir un riesgo de no provisión de los recursos por parte de este último.

5.1.6.3. De las gestiones desplegadas por AGROBOLSA S.A. en el desarrollo de las operaciones.

En el desarrollo de las operaciones, tenemos que la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.**, antes del vencimiento de las operaciones comenzó a realizar las gestiones tendientes a lograr un proceso de desmonte de su cliente, toda vez que se encontraba con inconvenientes de liquidez.

Así, mediante comunicación ABOL-1945 del 13 de agosto de 2009, **AGROBOLSA S.A.** informa a la CRC Mercantil que ha sostenido reuniones con funcionarios de Pollosan S.A. para encontrar una fórmula que permita las posiciones abiertas en caso de no conseguirse compañía aseguradora que expida las pólizas para la renovación. Así mismo menciona que el mandante tiene 300.000 aves a disposición, que respaldan las operaciones.¹⁸⁵ Adicionalmente, obra en el expediente comunicación del 18 de agosto de 2009 en la cual Pollosan S.A. presenta propuesta para atender sus compromisos y desmontar

¹⁸⁴ Cuaderno No. 3 Folios 1307-1310

¹⁸⁵ Cuaderno No. 2 Folio 619

gradualmente los CAT. En la anterior comunicación menciona que ha adelantado gestiones con varias aseguradoras y está a la espera de respuesta, explicando que ha tenido una situación económica compleja y que debido a su reciente acuerdo de reestructuración de pasivos y de la limitación de los flujos de caja, no pueden en el presente inmediato cumplir con las obligaciones contraídas pero propone la cancelación de las obligaciones con la venta de 20.000 pollos mensuales progresivamente, a partir del mes de agosto de 2009 y hasta el pago total de los valores adeudados¹⁸⁶.

Posteriormente, mediante comunicación del 21 de agosto de 2009 el mandante Pollosan S.A. informa a la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** que el día 19 de agosto los representantes de la CRC Mercantil sostuvieron una reunión con el Asesor Financiero de la sociedad y presentaron el acuerdo de reestructuración de pasivos, frente a lo cual se decidió seguir en la búsqueda de compañía de seguros que expida las pólizas que permitan la renovación¹⁸⁷. Posteriormente el día 9 de septiembre de 2009 informa que está en capacidad de cubrir los incumplimientos decretados los días 9 y 10 de septiembre, pero en cuotas mensuales por espacio de 15 meses¹⁸⁸.

En efecto las operaciones Nos. 9324047, 9324048, 9324049 y 9324050 tenían pactada como fecha máxima de recompra el día 9 de septiembre de 2009 y las operaciones Nos. 9329455 y 9329456 debían recomprarse el 10 de septiembre de 2009. Así, frente a la situación presentada, el mismo 9 de septiembre de 2009, se reúne el comité de riesgos de **AGROBOLSA S.A.**, según consta en Acta No. 7 para exponer la coyuntura del mandante Pollosan S.A., proponiendo un desmonte en 15 meses con abono de capital mensual por ventas de pollos o la compra por parte de una entidad financiera de la cartera pendiente¹⁸⁹.

De acuerdo con lo anterior, mediante comunicación ABOL/2190 del 10 de septiembre de 2009, **AGROBOLSA S.A.**, da alcance a los comunicados ABOL/2174 y 2186 –mediante los cuales se informó sobre el no pago de la recompra- y manifiesta al Presidente de la CRC Mercantil su inquietud por el manejo de esa entidad a la propuesta presentada por su mandante. Así, manifiesta que la representante legal de Pollosan S.A. señaló que: *“no estaba en condiciones de reintegrar el valor total de las posiciones por sus compromisos actuales y que si no se aceptaba el desmonte gradual, estaban a disposición de la CRCBNA las 300.000 aves que respaldan los Contratos de AGROBOLSA S.A. y Llanobolsa S.A.”*. Así mismo, explica los inconvenientes que se han presentado con la expedición de pólizas. De acuerdo con lo anterior, solicita el estudio y aceptación de la propuesta de desmonte gradual de las operaciones No. 9324047, 9324048, 9324049, 9324050, 9329455 y 9329456 o en su

¹⁸⁶ Cuaderno No. 2 Folio 410 y 617

¹⁸⁷ Cuaderno No. 2 Folio 411 y 615

¹⁸⁸ Cuaderno No. 2 Folio 412 y 614

¹⁸⁹ Cuaderno No. 3 Folio 976

defecto, se proceda al retiro de las 300.000 aves que respaldan los contratos o a hacer efectivas las pólizas de cumplimiento¹⁹⁰.

Posteriormente, mediante comunicación C-0537-09 del 17 de septiembre de 2009, Pollosan S.A. informa a **AGROBOLSA S.A.**, que se han seguido realizando los contactos con la aseguradora Colpatria para la consecución de las pólizas y que igualmente se le ha ofrecido a la CRC Mercantil un plan de desmonte a 15 meses¹⁹¹. En comunicación del 13 de octubre de 2009 Pollosan S.A., menciona que acude a suscribir el acuerdo pero solicita a la CRC Mercantil reconsiderar la tasa de interés a tenerse en cuenta dentro del plan de desmonte de las operaciones de Pollosan, toda vez que dicha tasa es muy alta y por el apretado flujo de caja que la entidad maneja no puede comprometerse al pago de dichos intereses¹⁹².

El plan de desmonte se suscribe finalmente el día 19 de octubre de 2009, entre el representante legal de la sociedad Pollosan S.A. las firmas comisionistas **AGROBOLSA S.A.** y Llanobolsa S.A. como comisionistas vendedoras y los representantes de la CRC Mercantil¹⁹³. En dicho documento se establece que por las gestiones adelantadas por el mandante vendedor con la aseguradora Seguros Colpatria, esta entidad expedirá pólizas que garanticen las operaciones hasta la conclusión del plan de desmonte. De acuerdo con lo anterior, obra en el expediente copia de Acta No. 9 del Comité de Riesgos de **AGROBOLSA S.A.**, celebrada el 11 de noviembre de 2009 en el cual se pone de presente que después de haber realizado una visita al mandante Pollosan S.A. se llevó a cabo la firma del acuerdo de desmonte y pago de las obligaciones adquiridas con la CRC Mercantil¹⁹⁴.

El plan de desmonte suscrito, contemplaba de esta manera la realización de nuevas operaciones para desmontar de forma gradual las posiciones abiertas del mandante. En efecto, menciona la sociedad comisionista y del desarrollo de las operaciones se puede concluir que la CRC Mercantil prefirió optar por la opción de la renovación de las operaciones toda vez que se contaba con los subyacentes y con las garantías necesarias para la celebración de nuevas negociaciones. Así, la CRC Mercantil asumió el riesgo de permitir que se realizaran nuevas operaciones, seguramente porque se trataba de un cliente confiable a pesar de su situación financiera y que en todo momento, según las pruebas obrantes en el expediente, tuvo disposición de cumplimiento y mantuvo el subyacente a disposición de la CRC Mercantil, tal y como lo asumió la sociedad comisionista para la celebración de las operaciones.

¹⁹⁰ Cuaderno No. 2 Folio 413-414 y 612-613

¹⁹¹ Cuaderno No. 2 Folio 611

¹⁹² Cuaderno No. 2 Folios 609-610

¹⁹³ Cuaderno No. 2 Folios 605-608

¹⁹⁴ Cuaderno No. 3 Folio 977



De acuerdo con los hechos y pruebas estudiadas previamente y que se presentan durante el desarrollo de las operaciones y después de certificado el incumplimiento, encuentra la Sala que se evidencian dos puntos a saber: la diligencia desplegada por la sociedad comisionista para efectos de intentar minimizar los daños del incumplimiento y que se realizó un adecuado acompañamiento y seguimiento del cliente. No obstante lo anterior, se debe aclarar que tal y como se mencionó previamente, en efecto se presentó un incumplimiento y las justificaciones argumentadas por la sociedad comisionista no desvirtúan su responsabilidad disciplinaria, sin embargo se consideran las gestiones desplegadas antes y durante el desarrollo de las operación.

En efecto, en lo que se refiere a la diligencia desplegada y las gestiones realizadas, encuentra la Sala que el hecho de que antes del vencimiento de las operaciones la sociedad comisionista mostrara su preocupación por su mandante, demuestra responsabilidad por parte de la misma ya que no esperó pasivamente a que se presentara el incumplimiento, si no que intentó buscar alternativas para evitar el mismo o minimizar sus daños. Lo anterior, no exime de responsabilidad ya que es claro, tal y como se explicará posteriormente, que la sociedad comisionista debía proceder al pago de la recompra independientemente de la situación de mandante toda vez que es la obligada al mismo, sin embargo si demuestra diligencia y una actitud proactiva, lo cual debe resaltarse. Así mismo, de las demás comunicaciones relacionadas se evidencia que hubo diligencia durante los momentos previos a la celebración de la operación, durante su desarrollo y después de presentado el incumplimiento.

De otra parte y en lo que se refiere al conocimiento que tenía el cliente sobre la estructura y naturaleza de la operación, encuentra la Sala que el mandante Pollosan S.A. tenía absoluta claridad sobre sus obligaciones y deberes en el marco de la operación realizada en Bolsa así como suficiente información para la toma de sus decisiones. En efecto, de las comunicaciones remitidas por el mandante se evidencia claramente que era consciente de su obligación de pago y por tanto, daba propuestas para el pago dentro de las cuales se encontraban la renovación de las operaciones.

Al respecto el Área de Seguimiento manifestó lo siguiente en el pliego de cargos: *“frente a la renovación de las operaciones, el Despacho considera importante anotar que la realización de nuevas operaciones, cuyas resultas serían imputables a los pagos de las obligaciones primigenias; aun cuando es una práctica común, en manera alguna puede convertirse en práctica aceptable como forma natural de solventar los compromisos adquiridos en Bolsa, por tanto, en opinión del Área no se evidencia que el profesional del mercado haya asesorado a sus cliente en debida forma, pues en lugar de requerir los recursos para estar en capacidad de cumplir con las obligaciones asumidas, se observa que le propuso como forma de pago de las operaciones a punto de vencerse, la renovación de las mismas”.*

Sin embargo, encuentra la Sala que el simple hecho de intentar renovar una operación no puede conllevar *per se* a determinar que no se efectuó una adecuada asesoría ya que si bien es cierto que la renovación no es la forma propia de dar cumplimiento a las operaciones tal y como lo ha afirmado en reiteradas ocasiones la Cámara Disciplinaria, no es menos cierto que es una figura válida dentro de la Bolsa y lo que se debe analizar es si el cliente sabía que su obligación de pago tenía una fecha de vencimiento específica y no le fue vendida la operación como un mecanismo para transformar una financiación a corto plazo por una de largo plazo. Así, encuentra la Sala que en el caso concreto, no había un desconocimiento por parte del mandante de la fecha de pago de las operaciones, de hecho en una de sus comunicaciones menciona específicamente las fechas y resalta que ese día vencen las operaciones. De otra parte, demuestra el conocimiento del cliente sobre la operación celebrada el hecho que en todo momento haya puesto a disposición el subyacente objeto de la operación. En efecto esta demuestra que tenía conocimiento que dicho subyacente no le pertenecía y que era la principal garantía de la operación.

Las anteriores circunstancias atenúan la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista toda vez que se evidencia diligencia, debida asesoría y no hay mala fe en el incumplimiento probado, sin embargo no exonera de responsabilidad toda vez que tal y como se mencionó, la obligación de recompra se encuentra en cabeza de la sociedad comisionista y no es posible en el escenario de la Bolsa alegar la falta de provisión de fondos, así, en el caso concreto no cumplió con su obligación sin existir causal que pueda constituirse en un factor eximente de responsabilidad.

En efecto es claro para la Sala que es el comisionista quien tiene a su cargo la obligación de recompra y por tanto se hace responsable de la capacidad de pago del mandante. Por lo anterior, resulta fundamental que se realice un adecuado análisis de la capacidad de pago del cliente, lo cual en el caso concreto se realizó y se asumió el riesgo de contratar con el mismo. En efecto, al asumir dicho riesgo, **AGROBOLSA S.A.** debió prever que si el cliente no giraba los recursos, la sociedad comisionista debía cumplir la negociación con recursos propios ya que realizó una operación a nombre propio, de acuerdo con los elementos de la esencia del contrato de comisión.

En efecto, los argumentos de defensa expuestos por la sociedad comisionista no la eximen del cumplimiento de sus obligaciones como punta vendedora de la operación, entre las cuales se encuentra la de efectuar la recompra en la fecha pactada toda vez, que el incumplimiento de esta obligación genera además un riesgo en cabeza de la CRC Mercantil quien tendrá que salir a honrar las operaciones el día de su vencimiento, lo cual puede eventualmente afectar su liquidez. En el caso concreto nos encontramos ante incumplimientos que sumaban un total \$691.200.000, que tuvieron una primera solución en la realización de un plan de desmonte con el mandante y la sociedad comisionista, lo cual, es beneficioso para la entidad que actúa como contraparte, ya que le permite al

menos reconstruir su patrimonio en el futuro mediano y por tanto, se resaltan las gestiones realizadas por la investigada para que dicho acuerdo tuviera lugar.

5.1.6.4. Normas vulneradas por la conducta de la sociedad comisionista AGROBOLSA S.A. y concepto de la violación.

El numeral 3.11.2 del Boletín Instructivo No. 09 de 2007 de la CRC Mercantil determina que el incumplimiento final de la operación financiera se refiere al “*Evento presentado cuando en la fecha donde la obligación de pago debe ser cumplida, la recompra no es efectuada por parte de la sociedad comisionista que tiene a cargo dicha obligación; es decir, no se efectúa el pago mediante la transferencia de fondos o entrega de cheque en la CCBNA*”, lo cual en el caso concreto es exactamente lo que ocurrió.

Tal y como se mencionó previamente, las Resolución 03 de 2008 que regula los contratos avícolas a término prevé como obligaciones de la sociedad comisionista que actúa por cuenta del mandante vendedor entre otras, la de efectuar la recompra de la operación en el término y condiciones pactadas.

La sociedad comisionista investigada no cumplió con esta obligación en las operaciones de contratos avícolas a término bajo investigación y por tanto, al incumplir con la recompra se encuentra vulnerando las disposiciones establecidas en el artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento que señalan de forma general por parte de los miembros de la Bolsa, la obligación de cumplimiento de los contratos celebrados en el marco de la misma, las obligaciones adquiridas y el cumplimiento de las normas, en los siguientes términos¹⁹⁵:

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

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

¹⁹⁵ Estas disposiciones se encuentran así mismo establecidas en el Decreto 1511 de 2006 en los siguientes términos: “*Artículo 29 Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: “(...) Num 11° Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva”.*



En efecto, acorde a la normatividad vigente, es claro que el comisionista tiene a su cargo la obligación de recompra ya que se encuentra actuando en virtud de un contrato de comisión el cual es una especie de mandato no representativo, celebrado con un cliente plenamente conocido por ellos y para el cual decidieron hacer los negocios correspondientes y por tanto, se hace responsable de la capacidad de pago del mandante. De esta manera queda claro que la sociedad comisionista en el marco del mercado administrado por la Bolsa si no realiza un adecuado análisis de riesgos sobre su cliente y sobre la negociación en sí misma, se expone abiertamente a tener que salir a cumplir con su propio patrimonio las operaciones celebradas, ya que sólo en cabeza de la sociedad comisionista recae la obligación de cumplimiento que en el caso concreto consistía en la recompra de la operación.

Ahora bien en lo que se refiere a la disposición contenida en el numeral 6 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento en concordancia con lo establecido en el numeral 8 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006, no encuentra la Sala que haya vulneración de dichas disposiciones toda vez que de las pruebas obrantes en el expediente no se deduce que la investigada haya actuado de forma contraria a los deberes de lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad tal y como se expuso en las consideraciones de la Sala.

Tampoco encuentra la Sala que se hayan vulnerado las normas referidas al deber de asesoría inherente al contrato de comisión celebrado entre la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** y su cliente Pollosan S.A. ya que tal y como se mencionó en las consideraciones de la Sala de las pruebas obrantes en el expediente se evidencia que dicho cliente tenía claridad sobre las obligaciones y deberes que la operación en Bolsa le imponía y así mismo hubo una adecuada información por parte de la sociedad comisionista.

5.2. INCUMPLIMIENTO POR INEXISTENCIA DE GARANTÍAS EN LAS OPERACIONES CPT Nos. 7520893, 7555375 y 7627722.

5.2.1. Hechos.

5.2.1.1. La sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** realizó en calidad de comisionista vendedor, 3 operaciones sobre contratos porcícolas a término, con las condiciones que se exponen a continuación¹⁹⁶:

¹⁹⁶ Comprobantes de negociación de las operaciones (Cuaderno No. 1 Folios 097-102)

Operación	Fecha celebración	Cantidad	Valor Futuro	Días Plazo	Tasa	Fecha Máxima Recompra
7520893	19-jun-08	100	\$ 28,644,000	135	15.20%	4-nov-08
7555375	26-jun-08	100	\$ 28,770,000	135	14.70%	11-nov-08
7627722	10-jul-08	100	\$ 29,742,999	135	14.50%	25-nov-08

- 5.2.1.2.** El 31 de julio de 2008, funcionarios de **AGROBOLSA S.A.**, realizaron visita a la finca Villa Sandra ubicada en el municipio de Fusagasuga, encontrando que: “ (...) *La señora Sandra Olaya informo a los funcionarios de AGROBOLSA S.A. que esos animales eran de propiedad suya y servirían para cumplir con la obligación incumplida del día 29 de julio (...)* Sin embargo estando realizando la visita, se presentó el señor WILSON GONZALEZ, comercializador de ganado porcino, afirmando que esos setenta y cinco animales eran de propiedad suya, información no desmentida por la señora Sandra Olaya Escobar. (...) *Es importante aclarar que la señora Olaya el día de la visita informó telefónicamente que la única granja con animales era Villa Sandra y que las otras granjas que relacionó en los contratos de depósito firmados para las operaciones con vencimiento en noviembre estaban desocupadas (...)*¹⁹⁷.”
- 5.2.1.3.** Mediante comunicación PC-059 del 26 de agosto de 2008, el Presidente de la CRC Mercantil solicitó al Vicepresidente de Gestión y Desarrollo de la Bolsa, evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento de las operaciones 7520893, 7555375 y 7627722 debido a que “*la sociedad comisionista AGROBOLSA S.A. mediante comunicación ABOL/3827 informó la inexistencia del subyacente objeto de dichas operaciones*”¹⁹⁸. Así mismo, mediante comunicación CP-63 del 28 de agosto de 2008, informa las normas en las cuales se basa dicha solicitud de declaratoria de incumplimiento¹⁹⁹.
- 5.2.1.4.** El día 17 de octubre de 2008, la administración de la Bolsa mediante comunicación PSD-320, declaró el incumplimiento de las operaciones Nos. 7520893, 7555375 y 7627722 toda vez que no se encontró el subyacente objeto de las mismas²⁰⁰.

5.2.2. Solicitud de Explicaciones Formales.

El Área de Seguimiento frente al presunto incumplimiento en el deber de mantener vigentes las garantías de las operaciones Nos. 7520893, 7555375 y 7627722 considera que la sociedad comisionista podría haber vulnerado los numerales 8, 11, 12 y 20 del artículo

¹⁹⁷ Cuaderno No. 3 Folios 930

¹⁹⁸ Cuaderno No. 1 Folio 108

¹⁹⁹ Cuaderno No. 1 Folio 106

²⁰⁰ Cuaderno No. 1 Folio 109

29 del decreto 1511 de 2006, los numerales 1, 2, 6, 7, 11 y 29 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de la Bolsa, los numerales 12 y 13 del artículo 2.2.2.1. de Reglamento de la Bolsa.

Así mismo considera que podría haber vulnerado las normas relativas al deber de asesoría que les compete a las sociedades comisionista miembros de la Bolsa.

5.2.3. Explicaciones Formales.

Se refiere a la vinculación de su mandante y la actividad del mismo mencionando que: *“Los documentos exigidos en su oportunidad por la Cámara para celebrar este tipo de operaciones se diligenciaron en su totalidad todas las veces que se renovaron las posiciones, por lo que se conoció de cerca el negocio en las visitas frecuentes que se practicaron a las fincas, concluyendo que el manejo que le daban a la actividad era profesional”.*

Menciona que por rumores del gremio contactaron al mandante quien les contó que había desmontado el negocio al respecto menciona que: *“cuando se conocieron los hechos AGROBOLSA S.A se hizo presente en las oficinas de la CRCBNA para comunicarle lo sucedido al Presidente de esa época doctor Montejo y determinar el procedimiento en el cobro de las garantías y lo relativo a las acciones judiciales procedentes (V. Anexos 68, 69, 70, 71 y 72)”.*

Posteriormente explica que: *“AGROBOLSA S.A. pagó con recursos propios la primera operación vencida, en el entendido que las garantías constituidas por Seguros del Estado y FINAGRO eran suficientes para recuperar el dinero. Desafortunadamente ello no fue así. El propio Presidente de la Cámara le confirmó a AGROBOLSA S.A. que el no haberse permitido que se declarara el incumplimiento por parte de la BNA, impidió que operaran las garantías, por lo que en los otros tres contratos se esperó al vencimiento para anunciar la no recompra y proceder a la declaratoria del incumplimiento. La compañía aseguradora atendió los compromisos adquiridos por ella (V. Anexo 73)”.*

De acuerdo con lo anterior menciona que la actitud de honrar el compromiso fue lo que puso en evidencia el procedimiento a seguir en estas situaciones ya que era primera vez que se presentaba. Así menciona que: *“AGROBOLSA tuvo la plena convicción y la confianza legítima de que el procedimiento para hacer efectivas las garantías constituidas, especialmente la de la entidad aseguradora que había asumido el riesgo del incumplimiento de la operación, era el indicado por la misma Cámara, el cual cumplía con las finalidades de la operación y de las garantías constituidas”.*

Posteriormente frente a la imputación sobre inexistencia de garantías menciona:

Es de anotar que las operaciones se registraron en bolsa, todas las veces, bajo la existencia del subyacente. Sobre este aspecto no hay ni puede haber discusión alguna porque siempre hemos actuado correcta y lealmente.

En el presente caso, cuando confirmamos la desaparición del subyacente, por confesión del mandante y visitas a las fincas, en las circunstancias antes mencionadas, lo notificamos de inmediato a la CRCBNA en forma personal y por escrito, con carta ABOL/ 3827 de agosto 25 de 2008, para que se adoptaran las medidas a que hubiera lugar, teniendo en cuenta que la Cámara es la propietaria del subyacente.

La obligación de mantener los cerdos era de la mandante Sandra Olaya y así se comprometió cuando firmó los documentos requeridos para registrar los contratos y como en efecto lo hizo hasta el momento en que decidió por su propia voluntad y en forma inconsulta e intempestiva disponer de los cerdos a través de su venta, hecho que fue conocido con posterioridad por la sociedad que represento.

(...)

La comisionista solo tiene el deber de informar cualquier cambio que se genere en la garantía y de ahí la diligencia desplegada cuando se conoció la desaparición por la venta de los animales. Para la comisionista la venta de los cerdos en la forma como se efectuó es un hecho de un tercero respecto del cual no es ni puede ser responsable.

Así las cosas, considera que no ha infringido las normas legales y reglamentarias correspondientes y frente al deber de asesoría menciona que: *“no dejó de brindar a su cliente la suficiente y debida asesoría e información en relación con los contratos a término celebrados en la Bolsa, en especial en lo que se refiere a las obligaciones, deberes y derechos emanados de dichos contratos”.*

5.2.4. Evaluación de las Explicaciones por parte del Área de Seguimiento y Pliego de Cargos.

Aclara en primer lugar que el lugar de ubicación de los subyacentes, objeto de las operaciones, carece de especificidad y manifiesta que de las pruebas obrantes en el expediente se colige la inexistencia de los subyacentes. Así mismo menciona que no se encuentra probado que las operaciones se hayan celebrado con total certeza de la existencia del subyacente.

Se refiere al argumento de la sociedad comisionista en cuanto era obligación del mandante mantener el subyacente, aclarando que dicha obligación corresponde a la sociedad comisionista. Así mismo, se refiere a los requisitos para que se configure el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad concluyendo:

i) frente al primer requisito, aparece palmario el hecho de que el obrar de la mandante vendedora no es externo a la esfera jurídica de la comisionista vendedora, toda vez que los mismos se encuentran vinculados mediante contrato de mandato sin representación en el cual, aquel faculta a esta, para realizar en nombre propio y por cuenta del mandante, en el escenario de la BNA las operaciones que a la postre darían lugar al incumplimiento objeto del presente



proceso, amén de que los subyacentes se encuentran afectos a las operaciones de bolsa celebradas por cuenta del cliente; ii) en segundo lugar, si bien es cierto que el hecho de la venta de los semovientes no se muestra como del todo previsible e inevitable, también es cierto que de haberse llevado a cabo visitas de monitoreo a los semovientes por parte del intermediario, se podría haber establecido, con anticipación a la celebración de las operaciones en estudio en los meses de junio y julio de 2008, si los cerdos existían en cabeza de la mandante o, si por el contrario, los mismos ya habían sido vendidos; evitando así la celebración de dichas operaciones; iii) por último, en lo referente a que debe ser el hecho del tercero el causante exclusivo del daño, se tiene sin lugar a dudas, que efectivamente fue la venta de los semovientes la conducta que dio origen al evento del incumplimiento de las operaciones aquí glosadas.

Posteriormente se refiere al deber de asesoría, mencionando que las operaciones objeto de estudio son producto de renovaciones y que dicha situación “*da cuenta de un deficiente nivel de asesoría toda vez, que la sociedad comisionista debe advertir a sus clientes que la forma natural de honrar sus obligaciones es el pago efectivo de las mismas, no así, la celebración de nuevas operaciones para con sus resultas liquidar las obligaciones anteriormente adquiridas*”.

5.2.5. Descargos presentados por la Sociedad Comisionista AGROBOLSA S.A.

Manifiesta en primer lugar su inconformidad frente a la afirmación del área de seguimiento en cuanto no se encuentra probada la existencia del subyacente al momento de la celebración de la operación. Al respecto manifiesta que los contratos se celebraron con el lleno de requisitos exigidos por la CRC Mercantil y Finagro. Así menciona:

El hecho posterior de la disposición indebida de los cerdos se acredita, precisamente con el informe de visita del 31 de julio de ese mismo año y la información dada a la Cámara el 25 de agosto, después de haber surtido las verificaciones correspondientes. Ese hecho irregular pudo comprobarse precisamente por la diligencia desplegada por la sociedad que represento respecto de la importancia de conservar el subyacente. Lo que ocurre es que frente a actos de terceros, como el de disposición del subyacente en la forma como actuó en este caso la mandante, son ajenos a la sociedad comisionista y escapan a su control, a pesar de las medidas preventivas que se adopten o puedan llegar a adoptarse. Contra actos de mala fe de terceros no es posible deducirle a la sociedad la pretendida responsabilidad a que se refiere su pliego, por lo cual discrepamos de las consideraciones jurídicas en que se funda para no admitir la causal eximente de responsabilidad”.

Reitera su posición expuesta previamente frente al deber de asesoría de cara a la renovación de operaciones.

5.2.6. Consideraciones de la Sala.

5.2.6.1. De la situación presentada.



Se encuentra probado en el expediente que la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** celebró en calidad de comisionista vendedor, las operaciones sobre contratos porcícolas a término Nos. 7520893, 7555375 y 7627722 los días 19 de junio, 26 de junio y 10 de julio de 2008 respectivamente, las cuales debían recomprarse en el mes de noviembre del mismo año.

Ahora bien, el día 31 de julio de 2008, funcionarios de la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.**, realizan visita a la finca Villa Sandra ubicada en el municipio de Fusagasuga, lugar en donde debían reposar los subyacentes objeto de las operaciones con el objeto específico de realizar un inventario de la cantidad de animales y el estado de los mismos encontrando lo siguiente:

(...) en el sitio se encontraron Setenta y cinco animales con un peso aproximado entre 70 a 90 kilos, peso casi ideal para la comercialización del ganado porcino.

La señora Sandra Olaya informo a los funcionarios de AGROBOLSA S.A. que esos animales eran de propiedad suya y servirían para cumplir con la obligación incumplida del día 29 de julio, cuando se le sugirió que entregara esos animales para cumplir con la obligación en mención afirmó que esos animales no estaban listos para consumo y que los recursos provenientes de la venta de los mismos servirían para pagar la operación de bolsa y para la compra de los lechones próximos a encasetar de las operaciones con vencimiento Noviembre de 2008.

Sin embargo estando realizando la visita, se presentó el señor WILSON GONZALEZ, comercializador de ganado porcino, afirmando que esos setenta y cinco animales eran de propiedad suya, información no desmentida por la señora Sandra Olaya Escobar.

Es importante aclarar que la señora Olaya el día de la visita informó telefónicamente que la única granja con animales era Villa Sandra y que las otras granjas que relacionó en los contratos de depósito firmados para las operaciones con vencimiento en noviembre estaban desocupadas, desconociendo las obligaciones de los Contratos Porcícolas celebrados, en los cuales el poricultor ostenta la mera tenencia de los animales, se compromete a engordarlos y acepta que estos no ingresan a la masa de bienes de su propiedad y que si por alguna razón necesita movilizarlos tendría que solicitar una autorización previa de la Cámara de Riesgo Central de la BNA por conducto de su firma comisionista²⁰¹.

De acuerdo con lo anterior, **AGROBOLSA S.A.** informa a la CRC Mercantil mediante comunicación ABOL-3827 del 25 de agosto de 2008 que a raíz del incumplimiento de la operación No. 7040173 correspondiente a la mandante Sandra Patricia Olaya –la cual no se encuentra bajo investigación en el presente proceso-, se llevaron a cabo visitas a las fincas registradas por la mandante como sitios de ubicación de los semovientes, de las cuales se desprende que la mandante no podrá cumplir con las obligaciones de las

²⁰¹ Cuaderno No. 3 Folios 930

operaciones en estudio, al ser evidente que no existen los 300 cerdos de levante, quedando por tanto sin garantía las mismas²⁰². Así mismo mediante comunicación ABOL-3813 de esta misma fecha, **AGROBOLSA S.A.** remite a la aseguradora Seguros del Estado los informes de las visitas realizadas *“por considerar que el mismo deja en evidencia circunstancias agravantes en el compromiso adquirido por SANDRA OLAYA ESCOBAR y que afectan las pólizas (...)”*²⁰³.

Posteriormente, **AGROBOLSA S.A.** informa a la CRC Mercantil, mediante comunicación ABOL-3816 del 25 de agosto, que la mandante Sandra Patricia Olaya no atendió las obligaciones derivadas de la operación No.7040173 –la cual no es encuentra bajo investigación-, por lo que la sociedad comisionista honró con recursos propios la obligación en la fecha prevista para tal fin. De acuerdo con lo anterior, solicita colaboración de la CRC Mercantil para que FINAGRO haga efectivo el certificado de garantía FAG y la efectividad de la póliza por parte de Seguros del Estado.²⁰⁴.

A la anterior solicitud da respuesta la CRC Mercantil, mediante comunicación PC-58 del 25 de agosto de 2008 en la cual le informa a **AGROBOLSA S.A.** que: *“La ejecución de las garantías que administra la CRCBNA, presupone la declaratoria previa del incumplimiento por parte de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., la cual se decreta conforme a lo dispuesto en el Reglamento de esa entidad (...) Así las cosas, es claro que sin que exista la declaratoria de incumplimiento por parte de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., no le es posible a esta entidad hacer efectivas las garantías correspondientes a la operación, dentro de ellas la garantía FAG.”*. Agrega que las responsables del cumplimiento de las operaciones son las sociedades comisionistas y que por tanto el actuar de **AGROBOLSA S.A.** se ajustó a derecho²⁰⁵.

Respecto de las operaciones objeto de investigación, tenemos que mediante comunicación PC-059 del 26 de agosto de 2008, el Presidente de la CRC Mercantil solicitó al Vicepresidente de Gestión y Desarrollo de la Bolsa, evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento de las operaciones 7520893, 7555375 y 7627722 debido a que *“la sociedad comisionista AGROBOLSA S.A. mediante comunicación ABOL/3827 informó la inexistencia del subyacente objeto de dichas operaciones”*²⁰⁶, incumplimiento que es certificado mediante comunicación PSD-320 del 17 de octubre de 2008²⁰⁷.

Ahora bien, la CRC Mercantil procede a comunicarle a **AGROBOLSA S.A.** que en vista del incumplimiento de las operaciones 7520893, 7555375 y 7627722, se afectaron las pólizas expedidas por Seguros del Estado y adjunta cuentas de cobro por un valor de \$28.770.000

²⁰² Cuaderno No. 3 Folio 926

²⁰³ Cuaderno No. 3 Folios 922-923

²⁰⁴ Cuaderno No. 2 Folios 600-601

²⁰⁵ Cuaderno No. 2 Folios 595-596

²⁰⁶ Cuaderno No. 1 Folio 108

²⁰⁷ Cuaderno No. 1 Folio 109

para la operación No. 7555375 y de \$29.742.999 para la operación No. 7627722. Así mismo menciona que para la operación No. 7520893 que se encontraba amparada por garantía FAG que cubría el 40% de la operación, adjuntan *“cuenta de cobro por el valor total del incumplimiento, en consideración a que le corresponde a la CRCBNA efectuar lo pertinente para recuperar, no sólo aquellas erogaciones efectuadas por su cuenta para honrar las operaciones, sino también las sumas entregadas por FINAGRO en los términos contratados”*²⁰⁸.

De acuerdo con lo anterior obra en el expediente soporte de pago del Banco de Bogotá donde se da cuenta de la consignación realizada el 27 de noviembre de 2008 en la cuenta compensada de la CRC Mercantil, por valor de \$58.513.000 correspondientes al pago de la recompra de las operaciones No. 7555375 y 7627722.²⁰⁹

De acuerdo con la traza de la operación, resulta claro que el subyacente de las operaciones CPT Nos. 7520893, 7555375 y 7627722 no se encontraban en la ubicación establecida para el efecto ni bajo la custodia y engorde de la mandante de **AGROBOLSA S.A.**, Sandra Olaya.

5.2.6.2. De las obligaciones del comisionista vendedor en las operaciones CPT.

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

De manera específica los contratos porcícolas a término regulados para la época de los hechos por la Resolución No. 18 de 2002, se encontraban definidos como *“el negocio jurídico celebrado en el mercado abierto de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A. que tiene por objeto la venta con pacto de recompra de cerdos en pies y la presentación del servicio de custodia y engorde”*.

Por su parte, frente a la obligación de custodia y engorde se determina en el artículo 5 de la Resolución citada que ésta consiste en: *“(…) el servicio que el mandante vendedor a través de su comisionista vendedor se compromete a prestar directamente o por interpuesta persona por un término de ciento cinco días contados desde la fecha prevista para la entrega en el predio que para este efecto se haya designado en la venta. El servicio consiste en el cuidado de los cerdos, hasta la culpa leve en su cantidad y calidad y, en el engorde de los mismos, con la utilización de los medios idóneos tanto técnicos como alimenticios y de salubridad, que les permitan alcanzar las condiciones sanitarias y técnicas de entrega de los cerdos con rango de peso en noventa y cinco (95) y cien (100) Kilos en el plazo previsto en el presente artículo”*. (Negrillas por fuera del texto original)

²⁰⁸ Cuaderno No. 2 Folio 593

²⁰⁹ Cuaderno No. 3 Folio 971

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

De la misma manera en la Resolución 18 de 2002, vigente al momento de los hechos, se determina dentro del catálogo de las obligaciones del comisionista vendedor la de incluir en el mandato celebrado con su cliente, entre otras, las siguientes obligaciones:

- 1) *Que EL MANDANTE VENDEDOR conservará la custodia de los cerdos objeto del presente contrato y tendrá la obligación de levante y engorde por sí o por interpuesta persona por el período de (105) días estipulado en el mandato desde la entrega de los cerdos. (...) En todo caso, en el evento que el engorde se realice a través de un tercero, el MANDANTE VENDEDOR conservará la responsabilidad de las obligaciones que asume.*
- 2) *Que EL MANDANTE VENDEDOR deberá custodiar los cerdos en el predio que éste haya definido en la venta y cuidarlo, respondiendo por el número y calidad del mismo, hasta la culpa leve.*
- 6) *Que EL MANDANTE VENDEDOR deberá reconocer en el respectivo mandato de venta, que su situación jurídica frente a los cerdos que se compromete a custodiar y engordar es de mera tenencia, y por lo tanto, no podrá impedir bajo ninguna circunstancia la disposición que de los mismos quiera hacer el comprador o la Cámara de Compensación en representación, en caso de incumplimiento en la recompra, por lo que en el contrato deberá renunciar a cualquier derecho de retención de los cerdos entregado para la custodia y engorde.*

Así las cosas, si bien es cierto lo afirmado por la investigada en cuanto “*la obligación de mantener los cerdos era de la mandante Sandra Olaya y así se comprometió cuando firmó los documentos requeridos para registrar los contratos (...)*”, no es menos cierto que estas obligaciones se deben cumplir a través de la sociedad comisionista que actúa como vendedora y quien no puede desprenderse de los deberes y obligaciones que sólo en su cabeza se encuentran toda vez que actuó en virtud del contrato de comisión a nombre propio. Por lo anterior, no puede ser de recibo la afirmación realizada en cuanto “*La comisionista solo tiene el deber de informar cualquier cambio que se genere en la garantía (...)*”, ya que esta no es y no puede ser la única obligación de la sociedad comisionista vendedora, pues al encontrarse el cumplimiento de la operación a su cargo debe verificar, vigilar y propender porque el subyacente que es el objeto de la operación y su principal garantía, se mantenga en todo momento.

Así las cosas, teniendo claridad sobre la naturaleza de los contratos porcícolas a término, su regulación y las obligaciones que surgen para la punta vendedora que en el caso bajo

estudio se encuentra siendo investigada, entrará la Sala a determinar si las mismas fueron incumplidas por la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** y de ser así si existe eximente de responsabilidad.

5.2.6.3. El hecho de un tercero como eximente de responsabilidad.

Menciona la investigada que la disposición del subyacente por parte de su mandante constituye el hecho de un tercero que la exime de responsabilidad.

El Jefe del Área de Seguimiento considera que el hecho de un tercero como causal eximente de responsabilidad no se presenta en el caso bajo estudio, ya que no cumple con los elementos necesarios para que se constituya en tal.

Al respecto concuerda la Sala con la posición adoptada por el Jefe del Área de Seguimiento, en cuanto que esta figura no tiene cabida en la situación actual partiendo de la base que el mandante no se configura como un tercero frente a su comisionista. En efecto, tercero es la persona que no tiene ningún vínculo con las partes, así, *“es aquella persona que carece de toda relación, contractual o legal, con demandante y demandado, y por consiguiente no ostenta la calidad de subordinado, agente, dependiente, auxiliar, representante, sustituto, hijo pupilo, etc.”*²¹⁰. En el caso concreto, el mandante a quien se le imputa por parte de la sociedad comisionista la culpa por la inexistencia del subyacente, tenía claramente una relación contractual con la comisionista con quien tenía un contrato de comisión para la celebración de la operación en Bolsa. Así, sin ir más allá, es claro que no podría presentarse la figura alegada por la investigada, cuando no se trata de un tercero y por tanto, su actuar no interrumpe el vínculo causal.

Lo anterior ha sido explicado por la jurisprudencia, la cual reitera que el hecho exclusivo y excluyente de un tercero al constituirse como una de las clases de causa extraña debe cumplir con los requisitos fundamentales para su configuración, esto es que sea ajeno al agente, y a la vez sea imprevisible e irresistible. En tal sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado²¹¹:

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

²¹⁰ SANTOS BALLESTEROS, JORGE. Instituciones de Responsabilidad Civil Tomo I. Segunda edición. Pág. 343.

²¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de Agosto de 1994. Expediente No. 9276. Consejero Ponente: Doctor Daniel Suárez Hernández.



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

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

(...)

En más reciente providencia, esta misma Corporación acoge los argumentos señalados en las sentencias precitadas y señala: *"Desde este punto de vista la defensa esgrimida por el apoderado de la apelante bajo la figura de la falta personal del agente resulta inapelable, pues tal planteamiento lo que en últimas comporta es la invocación del hecho exclusivo de un tercero como causal eximente de responsabilidad y lo cierto es que en el presente caso ésta no se configura, básicamente porque la conducta del agente no fue ajena a la Administración, aspecto este último sobre el cual la Sala ha expresado(...)"²¹².*

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

"Por supuesto que se recalca la necesidad de que el hecho del tercero sea imprevisible e irresistible, y ajeno al demandado, en el sentido en que no exista ningún vínculo entre ambos, ni que con su obrar el demandado haya causado la acción del tercero²¹³: "el hecho en cuestión tendrá que ser de tal naturaleza que, en tanto borra la autoría deje fuera toda posibilidad jurídica de imputación, lo que obliga a entender, por un lado, que la obligación resarcitoria emanada de un hecho ilícito ajeno no desaparece si la actuación correspondiente debe reputarse como propia en virtud de una relación previa existente entre el autor material del daño y quien se presupone responsable, e igualmente que tampoco cesa dicha obligación si de alguna manera la conducta de éste último, cotejada frente a normas de comportamiento prudente previstas en la ley o impuestas por las circunstancias particulares que conforman el caso, ha de tenerse como antecedentes inmediato de la ejecución del hecho por tercero, todo ello en consonancia con lineamientos conceptuales atrás rememorados y por fuerza de los cuales se sostiene con razón que, respecto del presunto responsable, el proceder del tercero deberá ser imprevisto e imprevisible, puesto que si era evitable y por negligencia o descuido no se adoptaron medidas convenientes para impedirlo o para suprimir sus secuelas perniciosas, la imputación que a aquél se le haga será indiscutible, criterio por cierto acogido muchas veces por la Corte al señalar, invocando la reconocida autoridad de expositores franceses, que si bien

²¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de febrero de 2009. Exp. 16927. Consejero Ponente. Mauricio Fajardo Gómez

²¹³ SANTOS BALLESTEROS, JORGE. Instituciones de Responsabilidad Civil Tomo I. Segunda edición. Pág. 112.

la prueba del hecho de un tercero puede destruir la presunción de culpa de quien se dedica a actividad peligrosa, ese hecho no puede serle imputado al demandado; cuando la culpa de éste haya provocado el hecho del tercero del que haya resultado un daño, esa culpa es la causa verdadera del perjuicio. El hecho del tercero no es entonces ajeno al demandado”²¹⁴.

De esta manera queda claro que no se configura la causal aducida toda vez que además de no probarse la existencia de una situación imprevisible o irresistible, es claro que el mandante no es externo a la esfera jurídica de la sociedad comisionista y en este sentido no puede ser considerado un tercero en la relación.

5.2.6.4. De la existencia del subyacente al momento de celebración de la operación y vinculación del cliente.

Considera el Jefe del Área de Seguimiento que: “(...) no se encuentra probado dentro del proceso que las operaciones en estudio celebradas en ruedas del 19 y 26 de junio y 10 de julio de 2008, hayan sido cantadas con total certeza de la existencia de los subyacentes de las mismas, toda vez que no se halla documento alguno que indique la fecha exacta en que la mandante dispuso de los cerdos afectos a las mencionadas operaciones, y el descubrimiento de este hecho se realizó pasados apenas un mes y pocos días de la celebración de la primera operación y 21 días de la celebración de la última”.

Al respecto menciona la sociedad comisionista en sus descargos que: “los contratos porcícolos a término se celebraron con el lleno de los requisitos exigidos por la Cámara de Riesgo y Finagro”. Así mismo menciona que los hechos posteriores de disposición del subyacente se acreditan precisamente con la visita realizada por funcionarios de la sociedad comisionista, es decir, por la diligencia desplegada. Al respecto obran en el expediente copia de planillas para concepto de viabilidad FAG de los días 17 de junio, julio 9 y 26 de 2008, correspondientes a cada una de las operaciones, en donde se plasma la información técnica del proyecto y las recomendaciones sobre la viabilidad de las operaciones²¹⁵.

Ahora bien, mediante comunicación ABOL-000173 del 22 de enero de 2010 **AGROBOLSA S.A.** remite al Área de Seguimiento, pruebas sobre las operaciones bajo estudio y menciona:

“Con respecto a la vinculación de la médica veterinaria Sandra Olaya en febrero del año 2006, debemos mencionar que esta se dio después de cumplir con los requisitos exigidos para ese entonces por AGROBOLSA S.A. como era el diligenciamiento de la apertura de cuenta, la consulta a las centrales de datos, la verificación de referencias y el conocimiento del negocio, requisitos estos exigidos por la Cámara de Riesgo para obtener de FINAGRO la garantía

²¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Casación Civil. Sentencia del 4 de Junio de 1992 citada en: SANTOS BALLESTEROS, JORGE. Instituciones de Responsabilidad Civil Tomo I. Segunda edición. Pág. 112.

²¹⁵ Cuaderno No. 3 Folios 931-933

necesaria de respaldo de las operaciones, previa aprobación del cupo por parte de esta última entidad.

*La decisión inicial de realizar un Contrato Porcícola a Término, se fue cambiando con el tiempo hasta completar un total de cuatro contratos. Todo el tiempo se atendieron las disposiciones exigidas para registrar este tipo de contratos, en especial **la planilla para concepto de viabilidad del FAG y no el formato de scoring (...)**". (negrillas pertenecen al texto original)*

En efecto, tal y como se mencionó previamente obran en el expediente los conceptos de viabilidad FAG realizados para la celebración de las operaciones, en donde se certifica que *"se tiene por objeto la cria, levante, ceba y comercialización de porcinos, conformado por varias granjas, realizando en cada una de ellas los diferentes ciclos de producción, la granja san Gabriel tiene capacidad para 600 cerdos en ceba (...). A cada granja entran lechones con un peso promedio es 22 a 25 kilos, vacunados contra peste porcina y fiebre aftosa, se cuenta con todas las medidas de bioseguridad. Los animales terminan su etapa de levante a los 60-70 kilos e inician etapa de engorde hasta completar 100-105 kilos. (...)"*

Así mismo menciona en la comunicación citada que siempre visitaron las fincas administradas por la mandante, *"en especial cuando se realizaba el roll over de los contratos"* y que la última de las visitas realizadas a las granjas en las que se encontraban los semovientes, fue llevada a cabo el 31 de julio y, que una vez evidenciada la desaparición de los cerdos, dicha información fue notificada a la CRC Mercantil, Seguros del Estado y al Departamento Técnico²¹⁶.

Con esta comunicación se anexa la comunicación ABOL-0722 del 7 de marzo de 2006 y ABOL-2627 del 27 de julio de 2006 mediante la cual la sociedad **AGROBOLSA S.A.** remite a la CRC Mercantil documentación de la mandante Sandra Patricia Olaya. Dentro de dicha documentación se encuentran; planilla para conceptos de viabilidad FAG diligenciada el 27 de julio de 2006, mandato celebrado entre la representante legal de **AGROBOLSA S.A.** y Sandra Olaya el 26 de julio de 2006²¹⁷, certificado existencia y representación, contrato de depósito del 26 de julio de 2006²¹⁸ en el cual se lee que la ubicación de los semovientes son los municipios de Facatativa, Cundinamarca y Ubaté, pagaré en blanco, carta de instrucciones del pagaré, carta de autorización de retiro del producto, referencias comerciales entre otros documentos²¹⁹. Sin embargo se puede observar que se trata de documentación que corresponde al momento de vinculación del cliente, en el año 2006.

De otra parte, mediante comunicación ABOL/4064 de 9 de septiembre de 2008, **AGROBOLSA S.A.** remite a la CRC Mercantil los documentos presentados por su mandante

²¹⁶ Cuaderno No. 2 Folio 992-989

²¹⁷ Cuaderno No. 3 Folios 955-958

²¹⁸ Cuaderno No. 3 Folios 953-954

²¹⁹ Cuaderno No. 3 Folios 934-961

para la realización de los contratos porcícolas a término **AGROBOLSA S.A.** y menciona que: *“Durante todo el tiempo que la señora Sandra Patricia Olaya Escobar mantuvo vigentes los contratos, utilizo granjas señaladas y por ello en varias oportunidades lo comunicamos a CAMARA CENTRAL DE RIESGO DE CONTRAPARTE DE LA BNA (...)”*²²⁰

De otra parte y frente a la verificaciones realizadas por la sociedad comisionista investigada y el análisis de riesgos efectuado, obra en el expediente comunicación 151000 del 6 de octubre de 2009 de la Superintendencia Financiera de Colombia en donde menciona los requerimientos atendidos por **AGROBOLSA S.A.** en cuanto a políticas de riesgo y políticas y gestión de operaciones incumplidas, y manifiesta que una vez verificada la información allegada da por atendidos los requerimientos y por culminada la actuación. En lo que se refiere a vinculación de mandante se menciona: *“Continúa señalando la sociedad que a todos los posibles mandantes o clientes potenciales, previo a la decisión de vinculación, se analizan bajo tres escenarios, siendo el primero, el análisis que efectúa el oficial de cumplimiento en el momento de revisar lo relacionado con la apertura de cuenta y los documentos de soporte, como los estados financieros y el acta de visita; el siguiente análisis lo efectúan entre el área comercial y la gerencia, con base en el conocimiento del mandante, su experiencia y atención de sus obligaciones, y por último el comité de riesgo, imparte su aprobación, previo análisis de los documentos, y de acuerdo con el resultado de las variables analizadas y de los estados financieros”*. Así mismo, menciona que se han adoptado nuevas políticas frente a los incumplimientos presentados como exigir nuevos requisitos para la aprobación de contratos a término tales como que el subyacente se encontrara en fincas propias del mandante y reforzar las gestiones de verificación y seguimiento²²¹.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que si bien es cierto que se prueba que la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** remitió la documentación necesaria para la celebración de las operaciones, teniendo en cuenta que se trata de operaciones del mes de junio de 2008 celebradas bajo la vigencia de la Resolución No. 18 de 2002, en donde aún no se exigían los requisitos actuales para efectos de asegurar las garantías de la negociación; no es menos cierto que no se evidencia que la diligencia desplegada por la sociedad comisionista fuera suficiente para verificar de forma adecuada la existencia y custodia de los subyacentes objeto de las operaciones. En efecto, si bien resulta claro para la Sala que fue la misma sociedad comisionista la que realizó la visita mediante la cual se identificó la situación y presentada y quien notificó a la CRC Mercantil; también se denota la ausencia de informes de visita u otra documentación que logre evidenciar una verificación y seguimiento estricto de las operaciones al momento de su celebración.

No obstante lo anterior, se debe aclarar que al obrar en expediente el concepto de viabilidad FAG que certifica la existencia de dichos subyacentes, no encuentra la Sala que

²²⁰ Cuaderno No. 2 Folio 598

²²¹ Cuaderno No. 3 Folio 967

se pueda probar la inexistencia de los mismos. Al respecto menciona la representante legal de la sociedad comisionista investigada en audiencia:

Desde el momento en que vinculamos Aguas Claras al señor Rojas y a la señora Sandra Olaya, conocimos las fincas, fuimos a las fincas, verificamos las fincas. Para entonces los documentos que exigía la Cámara no exigían un acta de visita, como la vino a implementar después. Después se estuvieron haciendo. Entonces cada vez que íbamos a renovar los contratos porque hay algo que también puede parecer extraordinariamente absurdo, como es el tema del roll over que se cuestiona.

Se establecen políticas y modas que seguramente son concurrenciales. La verdad es que, el tema es que siempre era una manera de financiarse. Y hay que descubrir que aquí no era un repo ni era distinto sino financiación; simplemente estábamos pendiente con la gente de por lo menos y desmontando uno de los contratos que tenían, no necesariamente de mantenerlos. En algunos casos se podía, en otros no.

Qué pasa con el cerdo el precio del cerdo y el precio de las aves y más que es fluctuante, es muy volátil. En momentos podían en otros no podían. Siempre fuimos a las fincas, se tuvo contacto con ellos, esta gente fue de la Asociación de Porcicultores, la gente cuando se volvieron pícaros, los echaron. Entonces ahí ya no los volvieron a conocer. Pero los conocimos a través de la Asociación de Porcicultores de hecho, al margen para anotarles a ustedes, cuál sería la credibilidad de la señora Sandra Olaya y de su buena fe y de su marido, que Seguros del estado, el señor Cardona acabó haciendo negocios con el señor Olaya y la señora Sandra, montaron un negocio de cerdos.

Entonces, si el señor que tiene riesgo es más como piensa uno. Pero igualmente, eran de la asociación de Porcicultores. Hablábamos con ellos, conocíamos (...)

En efecto obra en el expediente, comunicación 4823 del 28 de octubre de 2008, en la cual **AGROBOLSA S.A.** informa a la Asociación Colombiana de Porcicultores sobre el incumplimiento de 2 de sus afiliados en las obligaciones que adquirieron con la Bolsa, estos son la señora Sandra Patricia Olaya Escobar y su esposo.²²²

Así, si bien es cierto que resulta claro que la sociedad comisionista no realizó un seguimiento o verificación tan estricto de la operación al momento de su celebración; no es menos cierto que en efecto se cumplieron todos los requisitos exigidos y se realizaron los procedimientos vigentes para el momento de celebración de la operación y por tanto, no es posible derivar de dicha conducta y de la prueba obrante en el expediente, la conclusión de que la operación se celebró sin contar con la existencia del subyacente.

5.2.6.5. Normas vulneradas por la conducta de AGROBOLSA S.A. y concepto de la vulneración.

²²² Cuaderno No. 2 Folio 589



La Resolución 18 de 2002, vigente al momento de los hechos, define los CPT, a partir de la existencia de los cerdos como parte misma del objeto y esencia del contrato porcícola, por lo cual, se desnaturaliza absolutamente la operación al dejar de existir los mismos. Esta situación claramente atenta no sólo contra las normas del mercado, sino contra el mercado en si mismo, toda vez que se vulneran sus principios fundamentales como lo son la transparencia y seguridad.

Frente a la obligación de custodia y engorde se determina en el artículo 5 de la Resolución citada que ésta consiste en: *“(...) el servicio que el mandante vendedor a través de su comisionista vendedor se compromete a prestar directamente o por interpuesta persona por un término de ciento cinco días contados desde la fecha prevista para la entrega en el predio que para este efecto se haya designado en la venta. El servicio consiste en el cuidado de los cerdos, hasta la culpa leve en su cantidad y calidad y, en el engorde de los mismos, con la utilización de los medios idóneos tanto técnicos como alimenticios y de salubridad, que les permitan alcanzar las condiciones sanitarias y técnicas de entrega de los cerdos con rango de peso en noventa y cinco (95) y cien (100) Kilos en el plazo previsto en el presente artículo”.* (Negrillas por fuera del texto original).

De la misma manera en la Resolución 18 de 2002, vigente al momento de los hechos, se determina dentro del catálogo de las obligaciones del comisionista vendedor la de incluir en el mandato celebrado con su cliente, entre otras, las siguientes obligaciones:

- 3) *Que EL MANDANTE VENDEDOR conservará la custodia de los cerdos objeto del presente contrato y tendrá la obligación de levante y engorde por sí o por interpuesta persona por el período de (105) días estipulado en el mandato desde la entrega de los cerdos. (...) En todo caso, en el evento que el engorde se realice a través de un tercero, el MANDANTE VENDEDOR conservará la responsabilidad de las obligaciones que asume.*
- 4) *Que EL MANDANTE VENDEDOR deberá custodiar los cerdos en el predio que éste haya definido en la venta y cuidarlo, respondiendo por el número y calidad del mismo, hasta la culpa leve.*
- 7) *Que EL MANDANTE VENDEDOR deberá reconocer en el respectivo mandato de venta, que su situación jurídica frente a los cerdos que se compromete a custodiar y engordar es de mera tenencia, y por lo tanto, no podrá impedir bajo ninguna circunstancia la disposición que de los mismos quiera hacer el comprador o la Cámara de Compensación en representación, en caso de incumplimiento en la recompra, por lo que en el contrato deberá renunciar a cualquier derecho de retención de los cerdos entregado para la custodia y engorde.*

Las anteriores obligaciones las debe cumplir el mandante a través de la sociedad comisionista compradora. En el caso bajo estudio las situaciones fácticas citadas en las disposiciones no fueron cumplidas, toda vez que sólo un mes después de realizadas las

operaciones se verifica que no se encontraba el subyacente en las instalaciones establecidas para el efecto.

En el caso concreto, encuentra la Sala que dicha situación es imputable a la sociedad comisionista ya que si bien es cierto que la visita fue realizada por sus funcionarios y en este sentido se podría entender que existe un adecuado seguimiento y control de las operaciones; no se evidencia la misma diligencia al momento de la celebración de las operaciones. En efecto, echa de menos la Sala un informe de visita previo a la celebración de las operaciones, máxime cuando de la situación presentada y de la traza de la relación de la sociedad comisionista con su cliente queda la sensación que se trata de la aplicación de instrumentos de corto plazo en instrumentos de largo plazo, ya que la constante renovación de las operaciones conlleva a que se entre en un círculo riesgoso ya que la probabilidad de venta del subyacente por parte del mandante sin las autorizaciones correspondientes se hace mayor, y adicionalmente no se tiene en cuenta el ciclo productivo del subyacente para efectos de que, al momento de celebrar la operación, el mismo pueda realmente garantizar su cumplimiento.

Así las cosas encuentra la Sala que la diligencia y responsabilidad de la sociedad comisionista en los momentos previos a la celebración de las operaciones no fue suficiente para que el negocio fuera seguro y confiable, lo cual como conclusión tuvo que fueron vendidos los subyacentes que son el objeto mismo de la operación y su principal garantía.

De esta manera al no cumplir con el objeto mismo de la operación y no mantener su principal garantía se vulneran los numerales 1, 2 y 7 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en concordancia con los artículos 6 y 11 del decreto 1511 de 2006²²³, los cuales determinan:

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

²²³ Artículo 29: “Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: (...) Num. 6° Pagar el precio de compra o hacer la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión de los mismos.(...) Num 11° Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva”.



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

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

Ahora bien, por las razones explicadas previamente, la sociedad comisionista vulneró el numeral 6 del artículo 1.6.5.1 al no “Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”²²⁴. En efecto, en un mercado regulado como el de la Bolsa el nivel de profesionalismo de las sociedades comisionistas que hacen parte del mismo envuelve una especial aptitud profesional, la cual, implica actuar con el mayor grado de diligencia y cuidado; como un gestor profesional experto y prudente. Este grado de responsabilidad implica que se deben adoptar todas las medidas tendientes a dar cumplimiento a sus deberes legales y estatutarios, lo cual, en el caso bajo estudio no se evidenció en los momentos previos a la celebración de la operación ya que no se adoptaron las medidas suficientes para verificar las condiciones y calidades del subyacente que se encontraba en las instalaciones comunicadas por el mandante, para efectos de que constituyeran una garantía eficaz de las operaciones.

El Área de Seguimiento imputa así mismo la vulneración de las normas referidas al deber de asesoría y menciona que las operaciones son el resultado de constantes renovaciones y “la evidenciada situación da cuenta de un deficiente nivel de asesoría toda vez, que la sociedad comisionista debe advertir a sus clientes que la forma natural de honrar sus obligaciones es el pago efectivo de las mismas, no así, la celebración de nuevas operaciones para con sus resultados liquidar las obligaciones anteriormente adquiridas”.

Al respecto encuentra la Sala que si bien es cierto que se trata de renovación de operaciones y tal vez hay falta de precisión en cuanto se podrían estar convirtiendo instrumentos de corto plazo en instrumentos de largo plazo, no es menos cierto que de dicha situación no es posible deducir que no se haya informado en debida forma al mandante sobre la naturaleza, obligaciones y deberes que de la operación bursátil emanan. En efecto, el deber de asesoría tiene que ver con la obligación de poner a disposición de los clientes toda la información con que cuenten, para brindarles los elementos de juicio suficientes para la toma de sus decisiones dentro del escenario bursátil, dentro de la cual se encuentra claramente la obligación de pago. Sin embargo, encuentra la Sala que en el caso concreto no es posible determinar, de las pruebas obrantes en el expediente, que la sociedad comisionista no haya informado sobre el vencimiento de las operaciones a su cliente. De hecho se evidencia que la mandante

²²⁴ En concordancia con lo establecido en el numeral 8 del artículo 29 del Decreto 1511 de 2006.

Sandra Olaya en la visita realizada menciona que el subyacente es garantía de la operación y se refiere al incumplimiento de una de las operaciones vencidas lo cual demuestra que sabía cuándo debía pagar.

5.3. INCUMPLIMIENTO EN LAS OBLIGACIONES REFERIDAS A LAS OPERACIONES DE CONTRATOS PORCÍCOLAS TÉRMINO Nos. 8789958, 8798100 y 8798118.

5.3.1. Consideración preliminar.

Si bien en las operaciones CPT Nos. 8789958, 8798100 y 8798118 se presentan dos imputaciones diferentes y se trata de diferentes conductas reprochables, considera la Sala que por las circunstancias especiales de la traza de las operaciones es conveniente proceder al estudio tanto del incumplimiento en la recompra como de la existencia del subyacente de forma conjunta.

5.3.2. Hechos.

5.3.2.1. La sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** realizó en calidad de comisionista vendedor, 3 operaciones de contratos porcícolas a término por cuenta de su mandante Porcícola Aguas Claras Ltda. con las condiciones que se exponen a continuación²²⁵:

Operación	Fecha celebración	Cantidad	Valor Futuro	Días Plazo	Tasa	Fecha Máxima Recompra
8789958	20-feb-09	500	\$ 169,995,000	105	12.95%	8-jun-09
8798100	23-feb-09	100	\$ 33,999,000	105	12.90%	8-jun-09
8798118	23-feb-09	200	\$ 67,998,000	105	12.95%	8-jun-09

5.3.2.2. Mediante comunicación ABOL-00955 del 20 de abril de 2009, la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** informa a la CRC Mercantil la inexistencia de los subyacentes (cerdos de levante) que se encontraban en las fincas propiedad del mandante vendedor “Porcícola Aguas Claras Ltda.”, correspondientes a las operaciones No. 8798100, 8798118 y 8789958²²⁶.

5.3.2.3. Mediante comunicación ABOL/1369 del 4 de junio de 2009, la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** informa a la CRC Mercantil sobre el incumplimiento de las operaciones Nos. 8789958, 8798100 y 8798118 con

²²⁵ Comprobantes de negociación y detalle de las operaciones en el sistema de información bursátil: Operación No. 8789958 (Cuaderno No. 1 Folios 308-309), Operación No. 8798100 (Cuaderno No. 1 Folios 313-314), Operación No. 8798118 (Cuaderno No. 1 Folios 318-319)

²²⁶ Cuaderno No. 1 Folio 305



vencimiento el 8 de junio de 2009 y menciona las garantías constituidas por el mandante para garantizar la recompra²²⁷.

- 5.3.2.4.** Mediante comunicación GC-1427 del 5 de junio de 2009 la CRC Mercantil, le informa al Vicepresidente de Gestión de Operaciones de la Bolsa, que de acuerdo con comunicación recibida por la firma comisionista **AGROBOLSA S.A.** informando la no existencia de semovientes, solicita se declare el incumplimiento de las operaciones No. 8798100, 8798118 y 8789958. Adicionalmente menciona que la CRC Mercantil realizó las visitas correspondientes y no les fue permitida la entrada²²⁸.
- 5.3.2.5.** Mediante comunicaciones PSD-212, 213 y 214 del 5 de junio de 2009, la administración de la Bolsa declaró el incumplimiento de las operaciones Nos. 8798100, 8789958 y 8798118, toda vez que no se encontró el subyacente objeto de las mismas²²⁹.
- 5.3.2.6.** La CRC Mercantil mediante comunicación OC-164 del 8 de junio de 2009, solicita a la Bolsa evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento en la recompra de las operaciones Nos. 8789958, 8798100 y 8798118²³⁰.
- 5.3.2.7.** La administración de la Bolsa, mediante comunicaciones PSD-221²³¹, PSD-222²³², PSD-223²³³ del 9 de junio de 2009, declaró el incumplimiento en la recompra de las operaciones 8789958, 8798100 y 8798118 respectivamente por el valor futuro total de las mismas.

5.3.3. Solicitud de Explicaciones Formales.

El Área de Seguimiento frente al presunto incumplimiento en la recompra de las operaciones Nos. 8789958, 8798100 y 8798118 considera que la sociedad comisionista podría haber vulnerado los numerales 8, 11 y 20 del artículo 29 del decreto 1511 de 2006, los numerales 2, 6, 7 y 29 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de la Bolsa, los numerales 13 y 21 del artículo 2.2.2.1. de Reglamento de la Bolsa, el numeral 4 del artículo 6 de la Resolución 002 de 2008 y el numeral 3.11.2. del Boletín Instructivo No. 09 de febrero 19 de 2007 de la CRC Mercantil.

De otra parte frente al presunto incumplimiento en el deber de mantener vigentes, las garantías de las operaciones Nos. 8789958, 8798100 y 8798118 considera que la sociedad comisionista podría haber vulnerado los numerales 8, 11, 12 y 20 del artículo 29 del

²²⁷ Cuaderno No. 1 Folio 320

²²⁸ Cuaderno No. 1 Folio 295

²²⁹ Cuaderno No. 1 Folio 259, 301 y 307

²³⁰ Cuaderno No. 1 Folio 321

²³¹ Cuaderno No. 1 Folio 312

²³² Cuaderno No. 1 Folio 317

²³³ Cuaderno No. 1 Folio 322

decreto 1511 de 2006, los numerales 1, 2, 6, 7, 11 y 29 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de la Bolsa, los numerales 12 y 13 del artículo 2.2.2.1. de Reglamento de la Bolsa.

Así mismo considera que podría haber vulnerado las normas relativas al deber de asesoría que les compete a las sociedades comisionista miembros de la Bolsa.

5.3.4. Explicaciones Formales.

Frente al incumplimiento en la recompra, menciona en primer lugar que las operaciones *“(…) fueron continuidad del ciclo que en AGROBOLSA S.A inició la sociedad Porcicola Aguas Claras Ltda. Por espacio de tres años ésta sociedad mantuvo una participación activa en la constitución y recompra de contratos en el mercado de la BNA, cumpliendo siempre satisfactoriamente todas las obligaciones contractuales y de comportamiento técnico para con los animales. Los anexos remitidos a ustedes en septiembre 25 de 2009 con la carta ABOL 2331, confirman la actividad de este mandante (V. Anexo 39)”*.

Explica que **AGROBOLSA S.A.** realizó diligentemente su labor de seguimiento para verificar la existencia del subyacente, realizando visitas periódicas. Menciona que no obstante lo anterior, se enteró posteriormente que el mandante había desmontado el negocio de los cerdos, verificó la situación y procedió a informarlo inmediatamente a la Bolsa y la CRC Mercantil.

Posteriormente explica: *“Con la carta ABOL 1224 de mayo 19 de 2009 reiteramos a la CRCBNA lo ya expuesto con anterioridad: que ante los hechos antes mencionados debía actuarse con celeridad declarando el incumplimiento, para contar con posibilidades de recobro por parte de la compañía de seguros, garante de los contratos, al tener conocimiento que el señor Javier Rojas Roldan tenía bienes suficientes para responder por el dinero recibido como financiación para su empresa (V. Anexo 53). Lo anterior por cuanto mientras no se declare el incumplimiento por parte de la presidencia de la BNA, no se puede hacer efectivas las garantías”*.

Menciona que se constituyeron las respectivas pólizas de cumplimiento con Seguros del Estado y que *“El objeto de las pólizas era cubrir el riesgo derivado del incumplimiento, al tenor de lo dispuesto en el texto mismo que dice Seguros del Estado cubre los perjuicios patrimoniales derivados del incumplimiento de la obligación de compra-venta, custodia, levante y engorde de 200, 500 y 100 (según se trate) cerdos en pie, así como el **incumplimiento de la obligación de recompra del afianzado, según operación citada**. El riesgo para la sociedad comisionista derivado del incumplimiento del mandante, ante la imposibilidad de alegar falta de provisión de fondos, lo asumió precisamente la compañía aseguradora, cuyo objeto social consiste, precisamente, en asumir riesgos mediante la correspondiente expedición del seguro. De allí que el afianzado era la sociedad Porcicola Aguas Claras Ltda. y el beneficiario la CRCBNA. Como consecuencia de lo anterior, era de esperarse, como es la práctica bursátil, que una vez se declarara el incumplimiento de las operaciones por parte de la presidencia de la BNA, la CRCBNA notificaba de ello a Seguros del Estado y una vez formalizada la reclamación, recibía el correspondiente pago, lo cual a su turno habilitaba a la aseguradora para repetir contra el afianzado”*.

Así las cosas considera que: *“la no recompra por circunstancias ajenas a la comisionista no puede ser de su responsabilidad, cuando en todas las actuaciones siempre se obró con profesionalismo y transparencia. La CRCBNA siempre estuvo informada y notificada de los hechos”.*

De otra parte manifiesta que: *“Lo que es censurable es que la CRCBNA, teniendo las garantías suficientes para cubrir el riesgo de la no recompra, no haya hecho efectivas las pólizas de cumplimiento que recibió en su momento, como lo preveía el Reglamento, obligando a la sociedad que represento a responder con sus propios recursos, causándole así un grave perjuicio, a diferencia de lo que ocurrió en otros casos de otros comisionistas en los cuales sí hizo efectivas las pólizas. Así las cosas, AGROBOLSA se vio forzada ante la no exigibilidad de otra conducta a pagar a la Cámara \$271.992.000 antes del 31 de diciembre de 2009”.*

Agrega que AGROBOLSA S.A. no incumplió con las normas legales y reglamentarias que le son aplicables y que *“nunca obró negligentemente ni se omitieron formalidades en el registro de los contratos o en el conocimiento del cliente y de su actividad. De hecho el cliente era un porcicultor de trayectoria y estaba afiliado a la Asociación gremial que los agrupa”.*

Así mismo se refiere a la obligación de custodia del subyacente y menciona:

AGROBOLSA S.A. realizó diligentemente su labor de seguimiento para verificar la existencia del subyacente a través de las visitas periódicas de rigor, como lo acredita el diligenciamiento previo de los documentos soportes de la última renovación en febrero de 2009 (V. Anexos 40 y 41)

No obstante lo anterior, AGROBOLSA S.A. se enteró posteriormente, primero por rumores en el mercado y después por versión de la ex contadora de Porcicola Aguas Claras Ltda, que el representante legal de ésta sociedad había desmontando el negocio de los cerdos.

Frente a esta nueva situación, AGROBOLSA S.A. procedió inmediatamente a verificarla y fue así como pudo establecerse que, según documentos obtenidos, en diciembre de 2008 la sociedad Porcicola Aguas Claras Ltda. había vendido los cerdos a la señora Angélica Marin (sic) Triana, quién a su turno era la nueva arrendataria de la finca, para lo cual hizo entrega de los documentos correspondientes.

Enterados de estos nuevos hechos, procedimos inmediatamente a informarlos mediante nuestra comunicación ABOL 955 del 20 de abril de 2009, con la cual acompañamos copia del contrato de venta y del contrato de arrendamiento, los cuales ustedes conocen. (V. Anexos 43, 44 y 45)

Advertimos así que AGROBOLSA fue asaltada en su buena fe y víctima de un engaño por parte del Porcicola Aguas Claras S.A. A espaldas de AGROBOLSA S.A negoció los cerdos y desmontó la actividad porcícola, abusando así de la credibilidad de la comisionista que días antes se había desplazado a las fincas para realizar la visita de rigor que demanda la realización de contratos y corroborar que los animales seguían allí. (V. Anexos 46 a 52)

Así mismo señala: *“Respetuosamente consideramos que el ilícito de Porcicola Aguas Claras Ltda. realizado de manera encubierta, no es otra cosa que una fuerza mayor para la sociedad comisionista. La avalancha de actos al margen de la ley, revestidos de mala fe por parte de su representante, son hechos imprevisibles, irresistibles y a todas luces ajenos por completo a la voluntad de AGROBOLSA S.A. Las advertencias adelantadas por nuestra sociedad para minimizar el riesgo generado por la no recompra de los contratos fueron desestimadas por la CRCBNA. Además, la compañía de seguros que garantizó los contratos contaba a su vez con garantías a nombre de la sociedad y a nombre personal”.*

De acuerdo con todo lo anterior considera que: *“AGROBOLSA S.A. no es responsable de los actos fraudulentos de disposición del subyacente realizados por el representante legal de la mencionada sociedad y no ha infringido las disposiciones que se podrían considerar presuntamente violadas (...)”.*

5.3.5. Evaluación de las Explicaciones por parte del Área de Seguimiento y Pliego de Cargos.

Frente al incumplimiento de las operaciones, explica la traza de las operaciones y las pruebas obrantes en el expediente encontrando que la recompra de las operaciones no fue realizada en el término establecido para el efecto. Resalta que el hecho de constituir las garantías respectivas no exime a la sociedad comisionista de su obligación de cumplir con la recompra. Señala que frente al pago de las operaciones por parte de la sociedad comisionista *“este Despacho tiene noticia por información verbal de la funcionaria encargada de la Dirección Financiera y Administrativa de la CRCBNA Doctora Diana Patricia Niño, suministrada en reunión sostenida con la funcionaria instructora del Área de Seguimiento, de que dicho pago fue realizado, en concordancia con el acuerdo de pago No.2 suscrito el 31 de julio de 2009 entre el representante legal de la CRCBNA y la representante legal de la sociedad comisionista Agrobolsa S.A. (...)”.*

Se refiere al deber de asesoría predicable de la sociedad comisionista anotando que las operaciones bajo estudio son producto de renovación de operaciones lo cual considera *“da cuenta de un deficiente nivel de asesoría al mandante toda vez, que la sociedad comisionista debe advertir a sus clientes que la forma natural de cumplir las obligaciones contraídas en el escenario de la Bolsa es el pago de las mismas, no así, la celebración de nuevas operaciones para con sus resultas liquidar las obligaciones anteriormente adquiridas”.*

En cuanto a la existencia del subyacente señala en primer lugar que en los documentos obrantes en el expediente no se encuentra específicamente el lugar de ubicación de los subyacentes, sin embargo obra certificación de **AGROBOLSA S.A.** sobre la existencia de los subyacentes en las granjas Aguas Claras, La Mejorana y El Roble de propiedad de su mandante. Posteriormente analiza las pruebas obrantes en el expediente dentro de las cuales se encuentran informes de visita y comunicaciones y concluye que: *“los indicios*



obrantes en el expediente indicarían, no obstante la certificación dada por la sociedad comisionista Agrobolsa en 14 de abril de 2009 la no existencia de los subyacentes objeto de las operaciones No. 8798100, 8789958 y 8798118, pues si bien los semovientes se encontraban físicamente en las granjas La Mejorana, Aguas Claras y El Roble, la propiedad de los mismos no estaba en cabeza del mandante Porcícolas Aguas Claras Limitada, tal como se colige de los informes de visitas realizadas por la CRCBNA a cada una de las granjas en cita”.

De acuerdo con lo anterior considera que la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.**, “no cumplió a cabalidad con el deber de efectuar una adecuada verificación y seguimiento para establecer no solo la existencia de los subyacentes sino las condiciones de custodia y engorde de los semovientes, con el fin de que se ajustarán a las proyecciones de flujos de caja e inventarios requeridos para el cumplimiento de la obligación de recompra al concluir el término de la operación, particularmente con fundamento en las comunicaciones ABOL 0001369, calendado el 4 de junio de 2009, OC-164 del 8 de junio de 2009 y PSDs 221, 222 y 223 del 9 de junio de 2009, en las cuales se informa el incumplimiento de la obligación de recompra, y en consecuencia se certifican los mismos; lo cual conduce a establecer que la encartada no efectuó un adecuado seguimiento a las condiciones de custodia y engorde de los cerdos en procura de la realización de los mismos para dar pago a la recompra, de ser necesario”.

Posteriormente se pronuncia respecto del argumento de la sociedad comisionista, en cuanto el actuar de su mandante representa una fuerza mayor analizando cada uno de los elementos constitutivos de esta figura. Respecto de la inimputabilidad considera que si bien no obedece a la voluntad de la sociedad comisionista la venta de los animales por parte de su mandante, “le asiste culpa a la investigada en la ocurrencia del hecho dañoso del incumplimiento, pues de haber realizado un monitoreo constante y juicioso de los animales existentes en las granjas de su mandante se hubiese percatada oportunamente de los actos de mala fe en que éste incurrió. Por último, si bien es cierto que obran en el expediente formatos de visitas de inspección de predios realizadas a las granjas del mandante, también lo es que la última de estas data del mes de noviembre de 2008 y, como ya se mencionó, las operaciones en estudio fueron realizadas en el mes de febrero de 2009, casi cuatro meses después de la última visita reportada al proceso por la misma encartada”. De acuerdo con lo anterior, no encuentra procedente la figura de fuerza mayor.

De esta manera considera que: “la sociedad comisionista incurrió en conducta omisiva de su obligación de mantener vigentes las garantías afectas a las operaciones celebradas en bolsa, e igualmente no facilitó el ingreso de los funcionarios de la CRCBNA a las granjas de ubicación de los subyacentes, razón por la cual este Despacho elevará cargos a la firma comisionista por estos hechos”.

Anota por último que tal y como se expuso en el análisis del incumplimiento en la recompra, la sociedad comisionista suministró un deficiente nivel de asesoría a su cliente.

5.3.6. Descargos presentados por la Sociedad Comisionista AGROBOLSA S.A.

Reitera lo manifestado en sus explicaciones formales en cuanto su mandante *“actuando de mala fe y al margen de la ley, dispuso en forma engañosa y encubierta de los cerdos que representaban el subyacente de las referidas operaciones y desmontó en forma abrupta su empresa de muchos años dedicada a la actividad porcícola”*.

Menciona nuevamente la oportunidad en la cual informó a la CRC Mercantil y a la Bolsa de la situación *“con el ánimo de actuar con celeridad en la declaratoria de incumplimiento de las operaciones para contar con posibilidades de recobro por parte de la compañía de seguros, garante de los contratos, teniendo en cuenta la existencia de bienes suficientes en ese momento en cabeza de la sociedad porcícola y de su gerente Javier Rojas Roldan para responder por el dinero recibido para la financiación de dicha empresa y destacamos que nuestras advertencias fueron desestimadas por la Cámara, única dueña del subyacente, y que la recompra de los contratos el día de su vencimiento no fue posible por las circunstancias antes indicadas”*.

Considera que *“el proceder en el presente caso fue injusto y discriminatorio en contra de nuestra compañía como quiera que en lugar de formularse la correspondiente reclamación ante la aseguradora, las autoridades bursátiles optaron por exigirle el cumplimiento directo de la (sic) operaciones a la sociedad que represento, con prescindencia de las garantías constituidas para el efecto, bajo el apremio de mantener la suspensión de actividades de la sociedad decretada algunos días después de la declaratoria de incumplimiento”*.

Se refiere a la responsabilidad del comisionista en el contrato de comisión, manifestando que la tesis expuesta en el pliego de cargos no tiene respaldo generalizado en la doctrina, sin embargo de ser aceptada la responsabilidad directa del comisionista en virtud del contrato de comisión aclara que por mandato reglamentario se debe constituir una póliza de seguros y la misma *“tiene la importancia y el efecto de que la responsabilidad que tenga o pueda tener la sociedad comisionista se traslada, precisamente, a la compañía de seguros emisora de la póliza, la cual asume el correspondiente riesgo conforme a su objeto social establecido en la ley. Por esta razón, para emitir la póliza de seguros, en la que el beneficiario es la CRCBNA S.A. y el asegurado el comitente de la sociedad comisionista, la aseguradora hace precisamente el estudio del riesgo del asegurado y le exige las contragarantías que considere prudente para hacer el recobro ante la eventualidad de su incumplimiento”*. Agrega que la importancia de la póliza radica en que de no existir no puede realizarse la operación en Bolsa ya que no sólo no se cumple el requisito exigido sino que *“es esencial para su viabilidad el traslado del riesgo de la operación a un profesional en asumir riesgos, como lo es la entidad aseguradora”*.

De acuerdo con lo anterior reitera que discrepancia frente a la exigencia de la CRC Mercantil de que cumpla la sociedad comisionista con el pago de las operaciones *“con prescindencia de las seguridades que rodean la operación, entre las cuales está precisamente la póliza de seguros que la cubre y respalda”*. Agrega que esto representa un anillo de seguridad de la sociedad comisionista.

Así menciona que debió cumplir con el pago de \$277.000.000 correspondiente al valor de las operaciones, los cuales canceló en las fechas establecidas. Para probar lo anterior remite los recibos correspondientes.

Se refiere posteriormente al deber de asesoría de cara a la renovación de operaciones y menciona que: *“este tipo de operaciones sobre cualquier modalidad de contratos y que se celebran a diario en el escenario de la bolsa se han estructurado y se siguen estructurando sobre la base del roll-over, como una modalidad de financiación admitida por la Bolsa, la Cámara y las autoridades de control, sin que por esa circunstancia se haya cuestionado el deber de asesoría que le compete a las sociedades comisionistas, como quiera que para cada renovación se realizan estudios y se allega la documentación requerida para aprobación del cupo por parte de la Cámara (...) Basta revisar el paquete de boletines emitidos por la CRCBNA para colegir que esta práctica de mercado sigue siendo de recibo por la Cámara y que todas las sociedades comisionistas que realizan operaciones de mercado abierto deben ajustarse al tenor de las normas como sucede hoy en día, en donde solo se permiten los contratos para desmontar posiciones mientras se encuentra la fórmula para rediseñarlos”.*

Así mismo, frente al incumplimiento relacionado con la existencia del subyacente, reitera las consideraciones expuestas en las explicaciones formales en cuanto a las maniobras realizadas por el mandante y agrega:

“Dicha maniobra consistió en que habiendo dispuesto de los cerdos mediante un contrato de venta celebrado en diciembre de 2008 y un contrato de arrendamiento de las fincas destinadas al desarrollo de la actividad porcícola, mantuvo la apariencia de de (sic) su negocio, lo que permitió realizar las operaciones de comienzos del año 2009.

Sólo cuando posteriormente en el mes de abril de 2009 pudimos conocer y comprobar estos hechos por información de la excontadora de la Porcícola, apreciamos el engaño cometido y procedimos a notificar inmediatamente a la Cámara de Riesgo de la situación ocurrida”.

Manifiesta que la CRC Mercantil *“siempre contó la asesoría y colaboración de nuestra compañía las veces que la Cámara nos llamó a sus oficinas y nos pidió información que siempre suministramos”.* Agrega que funcionarios de **AGROBOLSA S.A.** fueron a las granjas para constatar la situación y corroborar los hechos.

5.3.7. Consideraciones de La Sala.

5.3.7.1. De la situación presentada.

Se encuentra suficientemente probado en el expediente que la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** celebró en calidad de comisionista vendedor, las operaciones sobre contratos porcícolas a término Nos. 8789958, 8798100 y 8798118 los días 20 y 23 de

febrero del año 2009. Las operaciones en mención debían recomprarse el día 8 de junio del mismo año.

Los subyacentes objeto de las operaciones, se encontraban ubicados en las granjas Aguas Claras, La Mejorana y El Roble de acuerdo con lo establecido en el contrato de mandato sin representación, en cuya cláusula quinta se lee que la entrega de los semovientes se realizarán en estas granjas²³⁴ y en el contrato de depósito en el cual se establecen como lugar de depósito las granjas Aguas Claras y La Mejorana y Hacienda el Roble²³⁵. Así mismo obran en el expediente los formatos de oferta irrevocable de compra celebradas el 20 y 23 de febrero de 2009, para las operaciones bajo investigación en los que se lee que los subyacentes se encuentran ubicados en las granjas Aguas Claras, La Mejorana y El Roble²³⁶, sin que determine una ubicación específica en ninguno de los documentos.

El día 6 de abril de 2009, el zootecnista Mauricio Correa Pinedo realiza visita a la granja Porcícola Aguas Claras, y de acuerdo con el informe no se permitió el ingreso a las granjas porque no se tenía autorización de la propietaria y por motivos de bioseguridad, sin embargo menciona que desde el exterior se verifica que hay 150 cerdos en buen estado²³⁷. Por su parte, el día 14 de abril de 2009, la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** mediante comunicación ABOL-909 certifica ante la CRC Mercantil que a la fecha los semovientes, objeto de las operaciones No. 8798100 y 8798118 se encuentran en el lugar de ubicación mencionado en la fecha de celebración de las mismas²³⁸.

Sin embargo, el día 18 de abril de 2009, la señora Angélica Marín Triana certifica que en el mes de diciembre de 2008 adquirió la propiedad de los cerdos ubicados en las granjas La Mejorana y Aguas Claras en virtud de la celebración de un contrato de compraventa con el señor Javier Orlando Rojas y menciona que los cerdos ya se cancelaron en su totalidad.²³⁹

De esta manera mediante comunicación ABOL-00955 del 20 de abril de 2009, la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** da alcance a su comunicación ABOL-909 en la cual certifica la existencia del subyacente, e informa a la CRC Mercantil la inexistencia de los subyacentes (cerdos de levante) que se encontraban en las fincas de propiedad del mandante vendedor Porcícola Aguas Claras Ltda. correspondientes a las operaciones No. 8798100, 8798118 y 8789958²⁴⁰. En dicha comunicación menciona lo siguiente:

²³⁴ Cuaderno No. 1 Folio 270-272

²³⁵ Cuaderno No. 1 Folio 272-273

²³⁶ Cuaderno No. 1 Folio 266-267 y 276

²³⁷ Cuaderno No. 1 Folio 254

²³⁸ Cuaderno No. 2 Folio 645

²³⁹ Cuaderno No. 1 Folio 513. Así mismo obran en el expediente las copias de las facturas cambiarias de compraventa firmadas por la señora Angélica Marín por concepto de compra de lechones (Cuaderno No. 2 Folio 633, 637-639)

²⁴⁰ Cuaderno No. 1 Folio 305



El señor JAVIER ORLANDO ROJAS R, Gerente de la sociedad PORCICOLA AGUAS CLARAS LTDA., de forma sigilosa y reservada negocio la totalidad de los semovientes (marranos) que se encontraban en las fincas Aguas Claras y Mejorana en Santandercito, en diciembre de 2008.

En el momento de practicar la visita a los predios comprometidos con los Contratos a Término y que dio lugar a la elaboración de las certificaciones en mención, no se informó este hecho por parte del Gerente. Por el contrario se mantuvo en su declaración de que los animales se mantenían en las fincas, como lo ratificó el administrador y se comprobó por AGROBOLSA S.A.

Por información de la contadora del señor Rojas y ante rumores del gremio de que el este (sic) Mandante no tenía marranos, se hizo un seguimiento exhaustivo para comprobar la veracidad o no de esta afirmación encontrando que:

- a. Evidentemente el mencionado señor Rojas Roldan le vendió en diciembre de 2008 a Angélica Marín la totalidad de los cerdos de las granjas AGUAS CLARAS y la MEJORANA, como consta en documento anexo. Esta información fue suministrada en Abril 18 de 2009 por los nuevos propietarios de los marranos.*
- b. Simultáneamente realizó un contrato de arriendo con la señora Marín sobre las fincas en donde se encontraban los semovientes para mantenerlos allí.*

Que así las cosas era imposible detectar en una visita a las fincas la existencia de otra negociación máxime cuando se mantuvo la custodia y engorde de semovientes en las fincas objeto de los contratos. (subrayado pertenece al texto original)

De acuerdo con lo anterior, el día 20 de abril de 2009, el zootecnista Mauricio Correa Pinedo, realiza visita a la granja La Mejorana, según informe que consta en el expediente²⁴¹, en donde le informan que: *“actualmente había 200 cerdas madres de cría, 750 lechones de pre cebos y 1.000 cerdos entre levante y engorde, además que se tiene una rotación de 160 cerdos gordos para el mercado por semana, los animales son de propiedad de la señora ANGELICA MARIN y las instalaciones de la Granja del señor JAVIER ROJAS”*. De otra parte, en la visita no se logra verificar la existencia de los cerdos ya que no se le permite la entrada al zootecnista, sin embargo menciona que de acuerdo con su experiencia no cree que la granja pueda tener tal cantidad de animales.

Así mismo, el día 22 de abril de 2009 realiza la visita a la granja El Rosal Porcícolas Aguas Claras, en donde le informan la existencia de 560 cerdos de engorde con un peso aproximado de 70 kilos, de propiedad del señor Antonio Romero, quien afirmó telefónicamente que: *“el señor Javier Rojas le había entregado los cerdos hacía más de de dos meses en pago de una deuda de 100 millones y había quedado constancia de ello por escrito”*. Al

²⁴¹ Cuaderno No. 1 Folio 288

igual que en la anterior visita, no es posible verificar la existencia de los cerdos ya que no se permite el ingreso.²⁴²

Así las cosas, queda claro que el subyacente objeto de las operaciones CPT Nos. 8789958, 8798100 y 8798118 no se encontraba en el lugar determinado para su custodia y engorde y de hecho ni siquiera eran de propiedad del mandante Porcícola Aguas Claras para el momento de la celebración de la operación. No obstante lo anterior, hasta este punto se evidencia que fue la sociedad comisionista investigada quien puso en conocimiento de la situación a la CRC Mercantil lo que en principio demostraría un adecuado seguimiento y control del subyacente durante el desarrollo de la operación, lo cual si bien no exime de responsabilidad si podría atenuar la responsabilidad disciplinaria. Por lo anterior se entrarán a analizar las demás gestiones realizadas por la sociedad comisionista en los momentos posteriores a la presentación de los hechos objeto de investigación.

Tenemos que el día 28 de abril de 2009 se realiza Reunión de Seguimiento de Operaciones sobre Contratos a Término, con asistencia de las sociedades comisionistas Mercado y Bolsa y **AGROBOLSA S.A.** y con presencia del representante legal de la sociedad Porcícolas Aguas Claras, Javier Rojas. El mandante manifiesta que no es propietario de los semovientes ubicados en la granja La Mejorana y que los cerdos que posee se encuentran ubicados en la granja El Roble, sin embargo se compromete a girar el dinero que permita cubrir las operaciones.²⁴³

La CRC Mercantil procede a realizar visita a las granjas del mandante para verificar las afirmaciones realizadas, sin embargo, en visita realizada el 6 de mayo de 2009 a la finca Aguas Claras informa que no fue posible ingresar por falta de autorización de la propietaria²⁴⁴. En visita realizada el 8 de mayo de 2009 a la finca El Roble, el administrador de la granja informa sobre la existencia de 300 cerdos con un peso aproximado de 60 kilos por animal pero menciona que son “(...) de propiedad del señor ANTONIO ROMERO, y que las demás instalaciones habían sido arrendadas a un señor Carlos, quien había llevado unos lechones”. En esta última visita tampoco se permite el ingreso.²⁴⁵

Ahora bien, tenemos que el día 19 de mayo de 2009, la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.**, mediante comunicación ABOL- 0001224 solicita a la CRC Mercantil: “su concurso a fin de que la Entidad que usted representa adelante acciones inmediatas que permitan adoptar medidas judiciales sobre el patrimonio del Mandante obligado en las operaciones”, menciona que la situación de inexistencia del subyacente ha sido informada a la CRC Mercantil y que “Previo notificación de este hecho a la Cámara y en el entretanto de la

²⁴² Cuaderno No. 1 Folio 252

²⁴³ Cuaderno No. 1 Folio 514-515

²⁴⁴ Cuaderno No. 1 Folio 281 y Acta a Folio 290

²⁴⁵ Cuaderno No. 1 Folio 280 y Acta a Folio 284

declaratoria de incumplimiento, precisamos la existencia de otros bienes del Sr. Rojas Roldan y de la sociedad PORCICOLA AGUAS CLARAS LTDA. que permiten cubrir las sumas recibidas por este poricultor a través de la B.N.A. y en las que Seguros del Estado, es garante.”²⁴⁶.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las operaciones debían recomprarse el día 8 de junio de 2009 mediante comunicación ABOL/1369 del 4 de junio de 2009, la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** informa a la CRC Mercantil sobre el incumplimiento de las operaciones Nos. 8789958, 8798100 y 8798118 en la recompra y menciona las garantías constituidas por el mandante para garantizar la recompra²⁴⁷.

Así, teniendo en cuenta que para este momento la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.**, ya había informado sobre la no existencia del subyacente y la no recompra de las operaciones, la CRC Mercantil solicita declarar ambos incumplimientos los cuales son declarados por la Bolsa²⁴⁸. La certificación de incumplimiento por inexistencia del subyacente se realiza el día 5 de junio de 2009²⁴⁹ y por la no recompra de las operaciones el 9 de junio del mismo año.

Siguiendo esta línea, tenemos que el día 16 de julio de 2009, mediante comunicación PC-00279 del 16 de julio de 2009, la CRC Mercantil suspende los servicios de compensación y liquidación a **AGROBOLSA S.A.** por los incumplimientos en la recompra de las operaciones Nos. 8789958, 8798100 y 8798118 y por no haber presentado propuesta de pago²⁵⁰. Frente a lo anterior, mediante comunicación ABOL-1712 del 17 de julio de 2009 **AGROBOLSA S.A.** se refiere a las garantías constituidas para garantizar la recompra y manifiesta que no entiende por qué es sometida a la suspensión de los servicios de la CRC

²⁴⁶ Cuaderno No. 1 Folio 519

²⁴⁷ Cuaderno No. 1 Folio 320

²⁴⁸ Mediante comunicación GC-1427 del 5 de junio de 2009 solicita declarar el incumplimiento por inexistencia del subyacente de acuerdo a la comunicación recibida por Agrobolsa S.A. (Cuaderno No. 1 Folio 295) y mediante comunicación OC-164 del 8 de junio de 2009, solicita a la Bolsa evaluar la procedencia de decretar el incumplimiento de las operaciones por la no recompra de las mismas (Cuaderno No. 1 Folio 321). Así mismo la CRC Mercantil realizó visita a la finca El Roble, en donde le informaron que: “(...) Al llegar a finca nos recibió el señor Jaime Calderón, administrador de la propiedad quien informó que los cerdos que se encontraban en las instalaciones pertenecían al señor Antonio Romero y no a Javier Rojas (Representante de Porcícolas Aguas Claras), no se comunicamos telefónicamente con el señor Antonio Romero, quien nos informó que los cerdos que existían en la finca se los había vendido Javier Rojas para cancelarle una deuda, nos informo que tiene un documento que sustenta esta operación, sin embargo se negó a entregarlo y su posición fue “no tengo nada que hacer con ustedes” (Cuaderno No. 1 Folio 245)

²⁴⁹ Comunicación PSD-212, 213 y 214 del 5 de junio de 2009 mediante las cuales se declara el incumplimiento de las operaciones Nos. 8798100, 8789958 y 8798118 toda vez que no se encontró en subyacente (Cuaderno No. 1 Folio 259, 301 y 307) y mediante comunicaciones PSD-221 (Cuaderno No. 1 Folio 312), PSD-222 (Cuaderno No. 1 Folio 317), PSD-223 (Cuaderno No. 1 Folio 322) del 9 de junio de 2009, declaró el incumplimiento de las operaciones 8789958, 8798100 y 8798118 respectivamente, por el valor futuro total de las mismas.

²⁵⁰ Cuaderno No. 1 Folio 523



Mercantil cuando se trata de circunstancias ajenas “como es la de no hacer efectivas las garantías entregadas como respaldo a las operaciones, y se afirme, sin ningún fundamento, que no existe plan de pagos o alternativas para cubrir el valor de los contratos porcícolas”. Adicionalmente menciona que **AGROBOLSA S.A.**, informó en múltiples ocasiones sobre los bienes que existían en cabeza del mandante para “llevar a cabo una acción temprana de recobro, dos meses antes del vencimiento (...) De igual manera se les manifestó que **AGROBOLSA** no estaba habilitada para iniciar una acción penal, al no estar legitimada para poner en conocimiento de la justicia, la venta fraudulenta del subyacente que respaldaba los contratos al ser la **CRCBNA** la dueña de los Cerdos”. De acuerdo con lo anterior, solicita reconsiderar la medida²⁵¹.

Posteriormente, mediante comunicación ABOL 1741 del 22 de julio de 2009, **AGROBOLSA S.A.** solicita a la CRC Mercantil estudiar propuesta para el restablecimiento de todos los servicios de compensación y liquidación. La propuesta consiste en que se realice la reclamación a la aseguradora para responder por el incumplimiento de Porcícola Aguas Claras y en el caso en que rechace formalmente la reclamación, la sociedad **AGROBOLSA S.A.** honrará el compromiso²⁵².

Finalmente, el día 31 de julio de 2009, se realiza acuerdo de pago No. 2 suscrito entre el representante legal de la CRC Mercantil y la representante legal de la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.**, donde se pacta un pago por cuotas de las obligaciones pendientes, por concepto de las operaciones incumplidas²⁵³. Se acuerda pagar de la siguiente forma:

Fecha	Valor
31-ago-09	\$ 25,000,000.00
30-sep-09	\$ 25,000,000.00
31-oct-09	\$ 25,000,000.00
30-nov-09	\$ 25,000,000.00
31-dic-09	\$ 171,992,000.00

El anterior acuerdo fue cumplido por **AGROBOLSA S.A.**, tal y como se menciona en el pliego de cargos. En efecto, la sociedad comisionista allegó en sus descargos los soportes de cada pago realizado los días 31 de agosto, 28 de septiembre, 30 de octubre y 30 de noviembre por la suma de \$25.000.000 cada uno y el día 30 de diciembre de 2009 por la suma de \$171.992.000²⁵⁴.

²⁵¹ Cuaderno No. 1 Folios 524-525

²⁵² Cuaderno No. 1 Folios 526-527

²⁵³ Cuaderno No. 3 Folios 1315-1322

²⁵⁴ Cuaderno No. 4 Folios 093-101



5.3.7.2. *De las gestiones desplegadas por la sociedad comisionista y responsabilidad disciplinaria.*

De la traza de la operación, se deduce que la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** de forma general, actuó de una manera diligente ya que estuvo en todo momento pendiente de la negociación y realizó un seguimiento estricto de la situación presentada, lo cual es fundamental en punto de la responsabilidad disciplinaria ya que si bien se presenta el incumplimiento y las gestiones realizadas no podrían enervar el mismo, si podrían atenuar de forma considerable la responsabilidad de la sociedad comisionista.

En efecto, fue la sociedad comisionista quien notificó a la CRC Mercantil de la situación presentada con el mandante y la venta del subyacente por parte de este último, realiza reunión de seguimiento con el mandante Porcícola Aguas Claras antes del vencimiento de las operaciones para asegurar o intentar garantizar la recompra de las mismas, solicita a la CRC Mercantil adelantar acciones frente al patrimonio del mandante adoptando las medidas judiciales entre otras solicitudes. Todo lo anterior ocurre antes de la fecha pactada para la recompra, por lo cual es claro que la sociedad comisionista estaba desplegando las gestiones posibles para que fuera cumplido el pago de las operaciones en la fecha pactada.

Así mismo, es claro que el hecho que la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** haya cumplido finalmente con el pago de la recompra aunque de manera extemporánea, demuestra que al menos de una forma tardía se reconstituyó el patrimonio de la CRC Mercantil, lo cual beneficia la estabilidad del mercado.

Ahora bien, es claro que la diligencia de la sociedad comisionista no se puede predicar únicamente en el momento del desarrollo de las operación o cuando se presenta una situación compleja sino que deben evaluarse así mismo las gestiones desplegadas en los momentos previos a la negociación en especial, en términos de conocimiento del cliente, asesoría y análisis de riesgos así como la labor de seguimiento al mandante y al subyacente durante todas las etapas de la negociación.

En lo que respecta al conocimiento del cliente menciona la sociedad comisionista en respuesta a requerimiento realizado por el Área de Seguimiento que: *“(...) la sociedad Porcícola Aguas Claras Ltda., se vinculo a **AGROBOLSA S.A. Comisionista de Bolsa** en abril de 2007. Desde el inicio de la relación comercial se cumplieron las normas internas de vinculación de clientes, con el diligenciamiento de la apertura de cuenta, la visita a las granjas que se comprometerían en la operación y la solicitud de cupo para el registro de las operaciones ante la Cámara de Riesgo, FINAGRO y Seguros de Estado”.* Para efectos de probar la infraestructura y capacidad de producción del mandante remite los siguientes documentos que obran en el

expediente: formularios de vinculación, consulta CIFIN (vinculación), certificado existencia y representación, inscripción de granjas, declaración de renta, referencias comerciales, estados financieros 2006-2007, mandato, documentos soporte de operaciones, certificado FAG, cupo autorizado por Seguros del Estado entre otros²⁵⁵. Así mismo, en audiencia, la representante legal de la investigada se refiere a las gestiones desplegadas en términos de conocimiento del cliente, verificación del subyacente, cumplimiento de la documentación exigida por la normatividad vigente y resalta la vinculación de su cliente a la Asociación de Porcicultores.

Así, en términos de requerimientos formales al parecer la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** contaba con documentación suficiente para efectuar una adecuada vinculación del cliente.

Ahora bien, en este punto se debe entrar a analizar un tema fundamental cual es la asesoría brindada a ese cliente en cuanto a la naturaleza, alcances, derechos y obligaciones de la operación celebrada en Bolsa, toda vez que el Jefe del Área de Seguimiento encuentra que: *“las operaciones en estudio son producto del llamado “roll over” o renovación de operaciones, proceso que como es sabido se realiza para con el dinero recibido por las operaciones renovadas, honrar las operaciones primigenias. Situación esta que da cuenta de un deficiente nivel de asesoría al mandante toda vez, que la sociedad comisionista debe advertir a sus clientes que la forma natural de cumplir las obligaciones contraídas en el escenario de la Bolsa es el pago de las mismas, no así, la celebración de nuevas operaciones para con sus resultas liquidar las obligaciones anteriormente adquiridas”.*

Al respecto menciona la sociedad comisionista investigada en sus descargos: *“En cuanto a la consideración que se hace sobre la deficiente asesoría por el hecho de estar ante renovaciones de posiciones abiertas en contratos a término, debemos anotar que este tipo de operaciones sobre cualquier modalidad de contratos y que se celebran a diario en el escenario de la bolsa se han estructurado y se siguen estructurando sobre la base del roll-over, como una modalidad de financiación admitida por la Bolsa, la Cámara y las autoridades de control, sin que por esa circunstancia se haya cuestionado el deber de asesoría que le compete a las sociedades comisionistas, como quiera que para la aprobación del cupo por parte de la Cámara, aprobación que antes le correspondía hacerla a FINAGRO cuando esta entidad actuaba como garante de las operaciones”.*

Al respecto obran en el expediente los soportes de renovación de octubre 2007²⁵⁶, marzo 2008²⁵⁷, julio 2008²⁵⁸, noviembre 2008²⁵⁹ y febrero 2009²⁶⁰ remitidos por la sociedad

²⁵⁵ Cuaderno No. 1 Folios 456

²⁵⁶ Cuaderno No. 1 Folio 457-465

²⁵⁷ Cuaderno No. 1 Folio 466-470

²⁵⁸ Cuaderno No. 1 Folio 471-481

²⁵⁹ Cuaderno No. 1 Folio 482-491

²⁶⁰ Cuaderno No. 1 Folio 492-503

comisionista en la ya citada comunicación No. 2331 del 25 de septiembre de 2009, en donde obran para cada una de las renovaciones el mandato, contrato de depósito, pagaré, carta de instrucciones y en algunas obran los documentos necesarios para solicitar garantía FAG y visitas a las granjas entre otros documentos. Así mismo para las operaciones que se encuentran bajo investigación obra la documentación pertinente como lo es la copia de pólizas de las operaciones²⁶¹.

Ahora bien, respecto del conocimiento que tenía el cliente en cuanto a la fecha de pago de las operaciones o la creencia del mismo de que podrían renovarse indefinidamente, encuentra la Sala que es importante analizar que la situación presentada tiene que ver con la conducta del mandante que aparentó que cumplía con los requisitos fundamentales de la operación cuando realmente había vendido los subyacentes.

En efecto, obra en el expediente el contrato de mandato celebrado el día 13 de febrero de 2009, en el cual se determina que el objeto del contrato consiste en que *“EL COMISIONISTA VENDEDOR venderá cerdos en pie con un peso entre 20 y 22 kilos y servicio de custodia y engorde del mismo, a nombre propio y por cuenta del MANDANTE VENDEDOR (...)”*²⁶². Así mismo en la carta autorización irrevocable de retiro del producto el gerente de Porcícola Aguas Claras manifiesta que: *“en los casos en que se presente incumplimiento por parte de esta empresa, en cualquier negociación CPT que como mandante vendedor de esta empresa, en cualquier negociación CPT que como mandante vendedor inicial, hubiere celebrado en el mercado abierto de la Bolsa Nacional Agropecuaria, la junta directiva autoriza al gerente, para que, en su condición de representante legal, transfiera a título de dación en pago, de manera irrevocable e incondicional, a la Cámara de Riesgo Central de contraparte de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., la propiedad que tiene la empresa sobre el cerdo en pie, faenado, refrigerado o congelado, en la calidad que determina la Cámara de Riesgo Central de contraparte de la BNA-CRCBNA (...)”*²⁶³. Sin embargo, para la fecha de la firma de dichos documentos, el mandante Porcícola Aguas Claras no era propietario de los animales. En efecto, obran en el expediente los documentos que acreditan venta del subyacente en diciembre de año 2008²⁶⁴, que no sólo consisten en la certificación de la señora Angélica Marín sobre la compra que habría hecho de tales animales²⁶⁵ sino que también los recibos de caja expedidos por Javier Orlando Rojas Roldán, gerente de la sociedad Porcícola Aguas Claras a nombre del cliente Angélica Marín por cuenta de la venta de *“lechones comerciales”*²⁶⁶ y la consignación realizada a Porcícola Aguas Claras por cuenta de dicha venta del 29 de enero de 2009²⁶⁷.

²⁶¹ Cuaderno No. 2 Folio 629-631

²⁶² Cuaderno No. 1 Folio 271

²⁶³ Cuaderno No. 1 Folio 262

²⁶⁴ Cuaderno No. 2 Folio 636-639

²⁶⁵ Cuaderno No. 2 Folio 642

²⁶⁶ Cuaderno No. 2 Folio 639

²⁶⁷ Cuaderno No. 2 Folio 636

Ahora bien, en este punto es necesario determinar por qué esta situación no fue conocida por la sociedad comisionista antes de la celebración de las operaciones. Al respecto, **AGROBOLSA S.A.** explicó a la CRC Mercantil en comunicación ABOL-00955 del 20 de abril de 2009, ya citada, que de forma simultánea a la venta de los subyacentes, el señor Javier Rojas Roldán celebró un contrato de arrendamiento con la señora Angélica Marín para efectos de mantener los animales en las fincas. En efecto, obra en el expediente contrato de arrendamiento celebrado entre Javier Orlando Rojas en calidad de arrendador y Angélica Marín en calidad de arrendataria, sobre la finca El Rancho. De esta manera, aunque no obre en el expediente el contrato de arrendamiento de las otras fincas, se puede determinar que al parecer el mandante realizó movimientos tendientes a esconder la venta del subyacente para poder realizar la operación en bolsa sin que la sociedad comisionista que iba a actuar por cuenta de él notara que los subyacentes no eran de su propiedad. Al respecto menciona la representante legal de **AGROBOLSA S.A.**, en audiencia practicada por la Sala:

Tenemos el tema de Aguas Claras que era una porcícola donde desafortunadamente nuestro mandante actuando de mala fe y al margen de la ley, dispuso en forma engañosa y encubierta de los cerdos que representaban la garantía de los contratos. Señor Javier Rojas Roldán, quien manejaba una porcicultora muy grande, vinculado con Agrobolsa por más de 3 o 4 años, en un momento dado desmontó el negocio a espaldas nuestras; y simplemente lo mantuvo, lo mantuvo, está por demostrarse si fue un testaferrato o simplemente fue realmente una transacción lo que hizo allí.

El señor vendió el negocio, traspasó el arriendo de la finca, nos mantuvo los cerdos y cada vez que llegaba Agrobolsa y veía el negocio, hasta que una ex contadora del señor, habló y dijo: ojo que ese señor vendió el negocio. Nosotros íbamos a la finca, estaban los marranos y estaba la finca y estaban las cosas.

Ahora bien, lo anterior no implica que la sociedad comisionista no tuviera la obligación de cumplir la operación y mantener vigentes las garantías ya que como se ha resaltado a lo largo de la presente Resolución, dichas obligaciones se encuentran en cabeza de la sociedad comisionista compradora quien no puede excusarse en situaciones propias del mandante.

En efecto, en punto de la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista tenemos que la Resolución No. 002 de 2008 sobre contratos porcícolas a término determina en su artículo 6 lo siguiente:

“Obligaciones de la sociedad comisionista miembro de la BNA que actúa por cuenta del mandante vendedor.- En virtud de la celebración de la operación CPT a través de la BNA S.A., la sociedad comisionista que actúa por cuenta del mandante vendedor adquiere las siguientes obligaciones especiales: (...)

2) Verificar que las condiciones de prestación del servicio de custodia y engorde de los semovientes, se ajusten a las proyecciones de flujos de caja e inventarios requeridos para el cumplimiento de la obligación de recompra, al concluir el término de la operación.

4)Efectuar la recompra en el término y condiciones pactadas.

7) Facilitar el ingreso de representantes de la CRCBNA a los lugares de ubicación de los semovientes, para el cumplimiento de sus funciones. Así mismo, realizar todas las gestiones necesarias para permitir el retiro y la venta de los semovientes por parte de la CRCBNA, en los casos a que haya lugar, evento en el cual, se hará efectivo el documento de autorización de retiro del producto (...)

Así mismo el artículo 7 de esta Resolución establece:

ARTÍCULO 7. DE LAS GARANTÍAS DE LA OPERACIÓN.- Para el asiento en CRCBNA de una operación CPT será necesario que previamente la sociedad comisionista vendedora obtenga y entregue a la CRCBNA S.A. las siguientes garantías:

- 1) CERTIFICADO FAG (Fondo Agropecuario de Garantías) o las garantías sustitutas que el Comité de Riesgos de la CRCBNA apruebe.
- 2) Póliza de Seguros que asegure el daño patrimonial sufrido por la CRCBNA generado por incumplimiento de la obligación de recompra a cargo del vendedor.

PARÁGRAFO PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el reglamento de operación de la CRCBNA, la sociedad comisionista vendedora deberá atender oportunamente los llamados al margen que la CRCBNA efectúe.

PARÁGRAFO SEGUNDO.- En todo caso se entenderá que los semovientes objeto de la operación constituyen garantía de su cumplimiento. (negrillas por fuera del texto original)

Por su parte, el artículo 1.6.5.1. del Reglamento establece en su numeral 11, la obligatoriedad para sociedades comisionistas de: “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” (negrillas por fuera del texto original)

En el caso concreto si bien es cierto que la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.**, desde el inicio de la negociación efectuó gestiones tendientes al seguimiento de la operación, no es menos cierto que no fue posible identificar que los semovientes no eran del mandante. Así, el subyacente físicamente podía encontrarse en la ubicación señalada pero jurídicamente no eran del cliente, de hecho es posible que contablemente ya no se encontraran dentro del patrimonio de Porcícolas Aguas Claras Ltda. Así las cosas, es claro que las visitas aunque demuestran una gestión importante por parte de la sociedad

comisionista, la cual será tenida en cuenta, no permitieron determinar la propiedad de los subyacente por lo cual debieron estar acompañadas de un análisis más profundo sobre la situación financiera, contable y jurídica del mandante para determinar si el subyacente como principal garantía de la operación, cumple con los requisitos para garantizarla.

En efecto, no cabe duda que el mandante no actuó de buena fe, pero lo cierto es que la operación dejó de contar con el subyacente como la principal garantía de la operación y esto se constituye en una situación grave ya que no sólo se queda desprotegida la negociación sino que conlleva un riesgo reputacional para el mercado ya que el subyacente se constituye además en el objeto mismo de la operación y al no encontrarse se desnaturaliza todo el negocio jurídico

Así mismo respecto del incumplimiento en la recompra, es claro que no se cumplió con las obligaciones propias del comisionista vendedor ya que no se efectuó el pago de la recompra en la fecha pactada lo cual vulnera normas legales y reglamentarias tal y como se explicará a continuación. En efecto si bien las gestiones adelantadas por las sociedad comisionista y el pago posterior efectuado serán tenidos en cuenta por esta Sala, lo cierto es que la sociedad comisionista no cumplió con una obligación que estaba en cabeza suya y como consecuencia de lo anterior, la CRC Mercantil debió salir el día de la recompra a dar cumplimiento de las operaciones por un valor futuro total de \$271.992.000

Así teniendo en cuenta que se trata de un cliente conocido por la sociedad comisionista con quien asumió el riesgo de contratar, no es aceptable que se alegue la falta de provisión del mismo para no cumplir con sus obligaciones ya que, la obligación se encuentra en cabeza de la sociedad comisionista quien si bien realizó las gestiones tendientes para minimizar el impacto e intentar afectar los bienes del mandante o las garantías de la operación de forma previa al vencimiento de la recompra, estas no fueron suficientes y se tuvo que afectar el patrimonio de la CRC Mercantil para efectos de cumplirle a la contraparte.

En efecto en el presente caso existen situaciones que atenúan la responsabilidad disciplinaria en lo que se refiere a la no recompra de la operación. En efecto, la sociedad comisionista solicita que se tomen las medidas necesarias, teniendo en cuenta la no existencia del subyacente, para afectar los bienes del mandante o en su defecto las garantías de la operación. Al respecto obran en el expediente las comunicaciones remitidas a la CRC Mercantil, en donde se solicita perseguir los demás bienes del mandante, las cuales ya han sido relacionadas y mencionadas con anterioridad y acta de comité de riesgos No. 4 celebrado el 13 de mayo de 2009, en el cual se expone lo sucedido con los semovientes afectos a las operaciones y menciona que se ha informado de todos los antecedentes a la CRC Mercantil y que están esperando que se declare el

incumplimiento para afectar la garantía²⁶⁸ y comunicaciones en a la Superintendencia Financiera de Colombia en donde **AGROBOLSA S.A.** da cuenta al órgano de control, de la existencia de pólizas que garantizan el cumplimiento de las operaciones No. 8798100, 8789958 y 8798118 y, así mismo, de que la CRCBNA se encuentra habilitada para realizar la reclamación correspondiente ante la aseguradora²⁶⁹ y de las múltiples gestiones por ella realizadas en pro de lograr el cumplimiento de las operaciones No.8798100, 8789958 y 8798118²⁷⁰.

Adicionalmente atenúa la conducta que finalmente la sociedad comisionista haya cumplido con el pago de las operaciones así sea de manera extemporánea, mediante el cumplimiento de acuerdo de pago celebrado con la CRC Mercantil.

De esta manera encuentra la Sala que se presenta un incumplimiento en las obligaciones de mantener vigentes las garantías y efectuar la recompra en las operaciones CPT Nos. 8789958, 8798100 y 8798118 en la fecha pactada, sin embargo las circunstancias atenuantes de la conducta serán tenidas en cuenta en la graduación de la sanción.

5.3.8. Normas vulneradas por la conducta de la sociedad comisionista AGROBOLSA S.A. y concepto de la violación.

En primer lugar, la conducta objeto de reproche y las justificaciones dadas por la sociedad comisionista investigada implican el desconocimiento del contrato de comisión. En efecto, acorde con la normatividad vigente, es claro que el comisionista tiene a su cargo las obligaciones propias de la operación ya que se encuentra actuando en virtud de un contrato de comisión, es decir, celebra una operación a nombre propio pero por cuenta ajena recayendo sobre el comisionista todas las obligaciones propias de la negociación.

Así, al ser el contrato de comisión una especie de mandato no representativo celebrado con un cliente plenamente conocido por ellos y para el cual decidieron hacer los negocios correspondientes, el comisionista se hace responsable de la capacidad de pago del mandante. Por lo anterior, se deben cumplir obligaciones previas a la celebración del contrato que son fundamentales para el mantenimiento de la seguridad y estabilidad no sólo del mercado sino de la misma sociedad comisionista.

En efecto, en el mercado administrado por la Bolsa no es posible alegar como excusa la excepción de falta de provisión de fondos, lo que implica la imposibilidad de la sociedad comisionista de justificar el incumplimiento de una operación en la no disposición de los recursos por parte de su mandante.

²⁶⁸ Cuaderno No. 2 Folio 965-966

²⁶⁹ Comunicación 1531 del 25 de junio de 2009 (Cuaderno No. 1 Folios 520-521)

²⁷⁰ Comunicación GG-1820 del 31 de julio de 2009 (Cuaderno No. 1 Folio 528-531)

En lo que se refiere a la inexistencia de garantías tenemos que la sociedad comisionista incumplió con las obligaciones previstas en el numeral 2 del artículo 6 la Resolución 002 de 2008 tal y como se demostró previamente y con el numeral 11 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento que determina la obligatoriedad de mantener vigentes las garantías afectas a las operaciones realizadas en Bolsa. Por lo anterior, la sociedad comisionista vulneró la obligación general de los miembros establecida en el numeral 1 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento que determina que deberán *“Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación”*.

Por su parte, la obligación de recompra de la sociedad comisionista se encuentra específicamente establecida en el numeral 3.11.2 del Boletín Instructivo No. 09 de 2007 de la CRC Mercantil que determina que el incumplimiento final de la operación financiera se refiere al *“Evento presentado cuando en la fecha donde la obligación de pago debe ser cumplida, la recompra no es efectuada por parte de la sociedad comisionista que tiene a cargo dicha obligación; es decir, no se efectúa el pago mediante la transferencia de fondos o entrega de cheque en la CCBNA”*, lo cual en el caso concreto es exactamente lo que ocurrió.

De la misma manera, el incumplimiento de las obligaciones propias de las operaciones CPT bajo estudio, implican la vulneración de las disposiciones establecidas en el artículo 1.6.5.1. del Reglamento de Funcionamiento que establecen las obligaciones generales de los miembros de la Bolsa²⁷¹, en los siguientes términos:

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

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

²⁷¹ En concordancia con el numeral 11 del Decreto 1511 de 2006 que establece: *“Artículo 29. Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: (...) “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.”*

Ahora bien, en lo que se refiere a la imputación referida al incumplimiento del numeral 6 del artículo 1.6.5.1. del Reglamento de la Bolsa²⁷² y el numeral 8 del artículo 29 del decreto 1511 de 2006²⁷³, encuentra la Sala que los mismos no se vulneran toda vez que no se evidencia por parte de la sociedad comisionista una conducta desleal, negligente o de mala fe. Así mismo, tal y como se determinó previamente, la conducta asumida por la investigada fue diligente no evidenciándose una falta de claridad o precisión.

Finalmente en lo que se refiere al deber de asesoría, tal y como se mencionó en las consideraciones de la Sala en el caso concreto, al existir mala fe por parte del mandante probada, no encuentra la Sala que la falta de información o explicación sobre la naturaleza, obligaciones y alcances de la operación haya sido la causa de la situación presentada, sino que el mandante simplemente decidió contrariar la normatividad que rige este mercado, de forma notoria y con conocimiento de que su actuar no era el adecuado.

VI. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN.

La Sala de Decisión No. 7 de la Cámara Disciplinaria, frente a las conductas desplegadas por la sociedad comisionista, determina la sanción a imponer teniendo en cuenta para efectos de graduación, 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.

Frente a la recomendación de sanción menciona la sociedad comisionista en sus descargos:

1. En siete años de actividad, período al cual se refiere el pliego de cargos, se han presentado las situaciones descritas para dos clientes del mercado de compras públicas, uno de operaciones de físicos y tres mandantes de operaciones de mercado abierto.
2. En todas las situaciones que se presentaron en relación con los referidos clientes se lograron soluciones satisfactorias, sin causar daño al mercado y a los inversionistas.
3. Estos cuestionamientos esporádicos distan de ser continuos y recurrentes como se pretende hacer ver.

²⁷² “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 (...).”

²⁷³ “6. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad”. (en concordancia con el numeral 8 del art. 29 del decreto 1511)

Lo anterior se tiene en cuenta frente al análisis de los antecedentes de la sociedad comisionista.

6.1. Del incumplimiento en la entrega en operaciones de físicos MCP.

En lo que se refiere al incumplimiento en la entrega en operaciones de físicos MCP, encuentra la Sala que en el desarrollo de las operaciones se evidencia diligencia por parte de la sociedad comisionista, sin embargo, dicha diligencia no es igual en los momentos previos a la negociación en donde se debe analizar la naturaleza y riesgos de la misma y la capacidad de cumplimiento frente a las condiciones pactadas.

Ahora bien, dicha situación no puede ser imputable únicamente a la sociedad comisionista ya que tal y como se explicó en las consideraciones, involucra diferentes responsables dentro del esquema de las negociaciones en el mercado de compras públicas. En efecto, en las operaciones sobre licencias Microsoft el error en la determinación de las fechas para el pago del anticipo el cual, realmente se cruza con las fechas de entrega, no corresponde únicamente al comisionista vendedor ya que no es quien elabora las fichas técnicas de negociación. No obstante lo anterior, es claro que le asiste responsabilidad en punto del análisis que está obligado a hacer para determinar los riesgos de la operación y la capacidad de cumplimiento de acuerdo con las condiciones pactadas, lo cual en el caso concreto no ocurrió. Aunado a lo anterior, tenemos que se trataba de una experiencia nueva de negocio, lo cual podría incidir en los errores presentados antes y en el desarrollo de la operación.

Adicionalmente, encuentra la Sala que atenúa la conducta la posición adoptada por la sociedad comisionista frente a la declaratoria de incumplimiento total de 3 operaciones, que aún tenían fechas vigentes de entrega para una parte del producto. Así, si bien se presenta un error no imputable a la sociedad comisionista, ésta asume los costos del cumplimiento de la operación por parte de la CRC Mercantil, por la totalidad de las operaciones y la totalidad del producto pactado.

De otra parte, frente a las operaciones de físicos MCP celebradas sobre equipos de cómputo, tenemos que se evidenciaron múltiples gestiones por parte de la sociedad comisionista para efectos de dar cumplimiento a la operación, lo cual no ocurrió, sin embargo se debe tener en cuenta la diligencia desplegada por la sociedad comisionista para la determinación de la responsabilidad disciplinaria. Adicionalmente se debe resaltar que en este caso, el anticipo si fue pactado como tal con fechas anteriores al cumplimiento de la operación, sin embargo el mismo no fue pagado a tiempo, lo cual si bien no exime de responsabilidad si atenúa la conducta. Aunado a lo anterior, tenemos que la sociedad comisionista pagó una indemnización a la contraparte de 15 millones de pesos con recursos propios, lo cual, demuestra una actitud diligente y responsable por

parte de la firma para minimizar los daños que el incumplimiento causó y determina además una afectación patrimonial a la afectada.

De hecho respecto de estas últimas operaciones menciona el Jefe del Área de Seguimiento en el pliego de cargos que la sociedad comisionista: *“llevó a cabo múltiples actividades tendientes a dar cumplimiento a las operaciones en estudio, hasta lograrlo a cabalidad en el mes de marzo de 2009, como se observa en el SIB y en los documentos anexos al proceso, logrando un recibo a conformidad en los meses subsiguientes. Así mismo, demostró su voluntad conciliadora al realizar el pago de la indemnización con recursos propios al mandante comprador, aun excediendo la ganancia que como comisionista le correspondía. De igual manera, remitió títulos de inversiones por valor de \$106.030.000 y \$83.396.345 con el fin de cumplir con las garantías solicitadas por la CRCBNA y puso a disposición de esta 4000 acciones que Agrobolsa posee en dicha entidad, con el fin de cubrir la volatilidad que podría presentarse”.*

De esta forma, ponderando los elementos de graduación de la sanción y en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos y las circunstancias específicas de la falta estudiada, por unanimidad la Sala de Decisión No. 7 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de AMONESTACIÓN PÚBLICA.

6.2. Del incumplimiento en el pago de operaciones de físicos.

En lo que se refiere a las operaciones de físico disponible, tenemos dos tipos de conductas, el incumplimiento de la operación de disponible MCP No. 9296637 sobre 1 lote de plántulas varias y el incumplimiento en el pago de las operaciones de disponible Nos. 6185441 y 6185442 sobre maíz blanco nacional.

Frente a la operación No. 9296637 sobre plántulas, se debe llamar la atención de la sociedad comisionista en cuanto la conducta adoptada afecta un pilar fundamental del mercado, cual es la transparencia. En efecto, en este caso lo que ocurre es que las sociedades comisionistas partes en la negociación determinan efectuar modificaciones tanto en la naturaleza como en las condiciones de la operación, de forma directa y sin seguir los lineamientos reglamentarios para el efecto, lo cual si bien puede contribuir para llevar a un feliz término la negociación, como lo menciona la sociedad comisionista, vulnera un bien jurídico mayor: el interés público. En efecto, los inversionistas y demás integrantes del mercado acuden al mismo con la confianza de que el mismo será transparente, lo cual implica que las negociaciones se cumplirán de la forma como fueron cantadas en la rueda de negociación e informadas al público. Así, encuentra la Sala que las modificaciones recurrentes realizadas no son acordes al profesionalismo que debe profesar una sociedad comisionista miembro de la Bolsa y de hecho como consecuencia de las mismas, se presentó el incumplimiento en el pago de la operación.

Es claro que de presentarse alguna situación posterior, es posible modificar algunos puntos de la negociación, y para el efecto el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa en su artículo 75 establece los procedimientos y requisitos para ello suceda y los mismos son de obligatorio cumplimiento por parte de las sociedades comisionistas involucradas. En el presente caso se pretermitió dicha disposición, como ha quedado visto en las consideraciones de la Sala, lo cual agrava la responsabilidad disciplinaria en el incumplimiento imputado.

De otra parte, frente al incumplimiento en el pago de las operaciones Nos. 6185441 y 6185442 sobre maíz blanco nacional, tenemos que se prueba el no pago de las mismas en la fecha pactada. Ahora, se evidencia acompañamiento de la sociedad comisionista a su cliente y gestiones para informar a la Bolsa sobre el desarrollo de las operaciones, sin embargo, lo cierto es que las mismas no fueron suficientes para evitar el incumplimiento de las operaciones. En este es preciso resaltar que no encontró la Sala que existiera falta de voluntad conciliatoria por parte de la sociedad comisionista, por lo tanto no se considera para efectos de graduación de la sanción. De otra parte se trata de incumplimiento parcial en el pago, lo cual se tiene en cuenta en la graduación de la sanción.

De esta forma, ponderando los elementos de graduación de la sanción, teniendo en cuenta que la sociedad comisionista no presenta antecedentes sobre conductas similares y en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos y las circunstancias específicas de la falta estudiada, por unanimidad la Sala de Decisión No. 7 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de MULTA DE UN (1) SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.

6.3. Del incumplimiento de las obligaciones referidas a operaciones financieras

En lo que se refiere a las operaciones sobre instrumentos financieros, encuentra la Sala que el incumplimiento de una operación financiera en sí reviste de gravedad ya que pone en riesgo al mercado y en especial a la entidad que actúa como contraparte esto es, la CRC Mercantil. No obstante lo anterior, en el caso concreto, se evidencian circunstancias atenuantes de la responsabilidad disciplinaria que deben ser tenidas en cuenta para efectos de la graduación de la sanción.

En efecto, en el caso del incumplimiento en la recompra de las operaciones CAT Nos. 9324047, 9324048, 9324049, 9324050, 9329455 y 9329456 celebradas por cuenta del mandante Pollosan S.A., de las pruebas obrantes en el expediente, se evidenció el trabajo realizado por la sociedad comisionista frente al conocimiento del cliente, aunque no justifica el incumplimiento tal y como se expondrá posteriormente, y en lo que se refiere al conocimiento que tenía el cliente sobre la estructura y naturaleza de la operación,

encuentra la Sala que el mandante Pollosan S.A. tenía absoluta claridad sobre sus obligaciones y deberes en el marco de la operación realizada en Bolsa, así como suficiente información para la toma de sus decisiones. En efecto, de las comunicaciones remitidas por el mandante se evidencia claramente que era consciente de su obligación de pago y por tanto, daba propuestas para el pago dentro de las cuales se encontraban la renovación de las operaciones.

En el desarrollo de las operaciones, tenemos que la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.**, antes del vencimiento de las mismas comenzó a realizar las gestiones tendientes a lograr un proceso de desmonte de su cliente, toda vez que se encontraba con inconvenientes de liquidez. Así, se probó la diligencia desplegada por la sociedad comisionista para efectos de intentar minimizar los daños del incumplimiento y el adecuado acompañamiento y seguimiento del cliente.

Así, del acervo probatorio, se evidencia que hubo diligencia durante los momentos previos a la celebración de la operación, durante su desarrollo y después de presentado el incumplimiento. Las anteriores circunstancias atenúan la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista toda vez que se evidencia diligencia, debida asesoría y no hay mala fe en el incumplimiento probado.

De otra parte en lo que se refiere a las operaciones Nos. 7520893, 7555375 y 7627722 celebradas por cuenta de la mandante Sandra Olaya, encuentra la Sala que el hecho de que haya sido la visita realizada por la sociedad comisionista investigada lo que permitió identificar la situación presentada refleja un adecuado seguimiento y control de su mandante durante el desarrollo de la operación, diligencia que no se evidencia en los momentos previos a la negociación tal y como se explicará posteriormente.

Adicionalmente se debe resaltar que la existencia del subyacente hace parte misma del objeto y esencia del contrato porcícola, por lo cual, al incumplir con la obligación de mantenerlos vigentes, se desnaturaliza absolutamente la operación. Esta situación claramente atenta no sólo contra las normas del mercado, sino contra el mercado en sí mismo, toda vez que se vulneran sus principios fundamentales como lo son la transparencia y seguridad.

Finalmente, frente al incumplimiento en la recompra de las operaciones CPT Nos. 8798100, 8798118 y 8789958 celebradas por cuenta del mandante Porcícola Aguas Claras, es claro del análisis de la traza de la operación, que la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** de forma general, actuó de una manera diligente y responsable ya que estuvo en todo momento pendiente de la negociación y realizó un seguimiento estricto de la situación presentada.

En efecto, fue la sociedad comisionista quien notificó a la CRC Mercantil de la situación presentada con el mandante y la venta del subyacente por parte de este último, realiza reunión de seguimiento con el mandante Porcícola Aguas Claras antes del vencimiento de las operaciones para asegurar o intentar garantizar la recompra de las mismas, solicita a la CRC Mercantil adelantar acciones frente al patrimonio del mandante adoptando las medidas judiciales entre otras solicitudes. Todo lo anterior ocurre antes de la fecha pactada para la recompra, por lo cual es claro que la sociedad comisionista estaba desplegando las gestiones posibles para que fuera cumplido el pago de las operaciones en la fecha pactada, aunque no se haya alcanzado dicho resultado.

Así mismo, el hecho que la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** haya cumplido finalmente con el pago de la recompra aunque de manera extemporánea, demuestra que al menos de una forma tardía se reconstituyó el patrimonio de la CRC Mercantil, lo cual propende de alguna manera a la estabilidad del mercado.

De otra parte, en el caso concreto se presenta una situación con el mandante, quien al parecer no actuó de buena fe, lo cual dificultaba el cumplimiento de las obligaciones ya que en variadas ocasiones el mandante faltó a la verdad. Así, si bien la diligencia desplegada por la sociedad comisionista pudo no ser suficiente para identificar la inexistencia del subyacente, es claro que en el caso concreto era aún más complejo por las actividades efectuadas por el mandante. Lo anterior, sin dejar de lado la gravedad que representa la inexistencia del subyacente en las operaciones sobre contratos a término ya que como se ha explicado, desnaturalizan totalmente la operación y representa un riesgo alto para el mercado. Sin embargo, todas las situaciones anotadas previamente atenúan la responsabilidad disciplinaria de la sociedad comisionista.

Ahora bien, en todas las operaciones sobre instrumentos financieros estudiadas en el presente proceso disciplinario, encuentra la Sala que si bien se evidencia la diligencia desplegada por la sociedad comisionista en el desarrollo de las operaciones, no se encuentra que esa misma gestión y responsabilidad haya sido aplicada en los momentos previos a la celebración de la operación.

En efecto, en los instrumentos financieros es fundamental el análisis de riesgos que se haga no sólo de la operación, sino del mandante, su situación financiera y su capacidad de pago, mediante un proceso diligente y eficiente de conocimiento del cliente así como la identificación y verificación de la existencia y calidad del subyacente objeto de la negociación. Así mismo, es fundamental que este proceso se realice, en el caso de las renovaciones, cada vez que se realice una nueva operación ya que la visita realizada para la celebración de una operación no es suficiente para la celebración de una operación subsiguiente, teniendo en cuenta el ciclo productivo de los semovientes.

Así, en término de análisis de riesgos de la operación y del cliente, tenemos que en las operaciones CAT Nos. 9324047, 9324048, 9324049, 9324050, 9329455 y 9329456 realizadas por cuenta del mandante Pollosan S.A., no encuentra la Sala que el análisis hecho por la sociedad comisionista haya sido del todo diligente, toda vez que si bien es cierto que se demuestra que se realizó el procedimiento para el conocimiento del cliente, del análisis de riesgos se evidencia que la situación financiera de Pollosan S.A. había desmejorado, lo cual conllevó a la postre a que al momento de la recompra no cumpliera con la operación afectando el patrimonio de la CRC Mercantil. En este sentido se debe llamar la atención de la sociedad comisionista, en cuanto la afectación de la liquidez de la CRC Mercantil es una situación que afecta no sólo a dicha entidad sino de forma general al mercado y en especial a las sociedades comisionistas que adicionalmente son accionistas de la entidad que actúa como contraparte. Así, representa un riesgo para la estabilidad del mercado no efectuar la recompra de las operaciones celebradas en el mercado administrado por la Bolsa.

Ahora bien, en lo que se refiere al análisis de riesgos de la operación en sí misma y a la identificación del subyacente y verificación de sus calidades y condiciones, encuentra la Sala que también se presenta una insuficiente diligencia en los momentos previos a la celebración de las operaciones CPT Nos. 7520893, 7555375 y 7627722 de la mandante Sandra Olaya. En efecto, en estas operaciones que fueron producto de renovaciones, si bien no es posible afirmar que el subyacente no existiese al momento de la celebración de la operación, no se evidencia un acta de visita del momento exactamente anterior a la celebración de la operación, que es el único momento en el cual se debe verificar la existencia del subyacente que pueda realmente garantizar la operación, de acuerdo con el ciclo productivo de los mismos, ya que al celebrar una nueva operación, esos animales podrían no corresponder al subyacente de la misma.

Lo anterior es aplicable así mismo a las operaciones CPT Nos. 8798100, 8789958 y 8798118 realizadas por cuenta del mandante Porcícolas Aguas Claras, en donde si bien se evidencia una situación diferencial que atenúa la conducta, se encontró así mismo que se trataba de renovaciones permanentes de la operación, lo cual no es en sí misma una conducta objeto de reproche pero que si puede traer las consecuencias que en el caso concreto se estudian.

De acuerdo con lo anterior, se debe hacer un llamado de atención a las firmas comisionistas sobre los riesgos de convertir y aplicar instrumentos de corto plazo en instrumentos de largo plazo, mediante la renovación de operaciones que se puede verificar en este caso, lo cual puede conllevar a que el mandante disponga del subyacente a su voluntad dando una rotación a los inventarios y liquidando sus compromisos con la liquidez que les aporta las renovaciones. Así, en situaciones como la anotada, para el mandante pierde sentido el mantenimiento en custodia de los subyacentes, cuando

puede comprarlos en cualquier momento porque tiene una fuente de recursos permanente.

Así las cosas en los casos de las renovaciones permanentes, el riesgo de venta del subyacente sin el debido permiso es mayor y por tanto la probabilidad de pérdida aumenta. De acuerdo con lo anterior, en este tipo de operaciones son fundamentales las visitas previas a la operación y los informes que resulten de estas, igualmente la actualización de información total con cada operación. Es por esto, que se le resalta a la sociedad comisionista investigada la importancia de que el proceso de verificación de la existencia del subyacente al momento previo de la celebración de la operación, sea eficaz ya que simplemente confiar en el cliente o verificar que hay animales sin identificar su ciclo productivo para efectos de determinar que realmente pueden garantizar la operación, no permite contar con la seguridad y transparencia que deben tener estos instrumentos financieros.

Así las cosas, en este caso la Sala analiza en conjunto los incumplimientos relacionados con las obligaciones referidas a operaciones sobre contratos a término, 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, resaltando que la diligencia desplegada por la sociedad comisionista durante el desarrollo de las operaciones y una vez presentados los incumplimientos atenúa en gran medida la responsabilidad disciplinaria ya que es fundamental para el órgano disciplinario que las sociedades comisionistas actúen con la mayor diligencia y responsabilidad siempre en procura del mantenimiento de un escenario de negociación seguro y confiable.

De esta forma, ponderando los elementos de graduación de la sanción, teniendo en cuenta que la sociedad comisionista no presenta antecedentes sobre conductas similares y en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y efecto disuasorio, y atendiendo a la materialidad de los hechos y las circunstancias específicas de la falta estudiada, por unanimidad la Sala de Decisión No. 7 de la Cámara Disciplinaria decide imponer una sanción de **MULTA DE DOS (2) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES** por el incumplimiento de las obligaciones en cabeza de la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** en las operaciones sobre contratos a término estudiadas.

VIII. RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Sancionar disciplinariamente a la sociedad comisionista miembro de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. **AGROBOLSA S.A.**, con AMONESTACIÓN PÚBLICA por el incumplimiento en la entrega en las operaciones de físicos MCP Nos. 8063881, 8063882, 8063885, 8063993, 8065023, 8066297, 8066318, 8066324, 8066325, 8066828,

8058477, 8058607 y 8059057, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTICULO SEGUNDO: Sancionar disciplinariamente a la sociedad comisionista miembro de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. **AGROBOLSA S.A.**, con MULTA DE UN (1) SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE por el incumplimiento en el pago de la operación de físicos disponible MCP No. 9296637 y de las operaciones forward Nos. 6185441 y 6185442.

ARTICULO TERCERO: Sancionar disciplinariamente a la sociedad comisionista miembro de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. **AGROBOLSA S.A.**, con MULTA DE DOS (2) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES por el incumplimiento de las obligaciones en cabeza de la sociedad comisionista **AGROBOLSA S.A.** en las operaciones sobre contratos a término Nos 9324048, 9324049, 9324050, 9329455, 7520893, 7555375, 7627722, 8789958, 8798100 y 8798118.

ARTICULO CUARTO: El pago de las multas que mediante esta Resolución se imponen, 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 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 QUINTO: Notificar a la sociedad, **AGROBOLSA S.A.**, el contenido de la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., advirtiendo que contra la presente Resolución procede el recurso de apelación ante la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria, el cual podrá interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su notificación.

ARTICULO SEXTO: 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 BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., advirtiendo que contra la presente Resolución procede el recurso de apelación ante la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria, el cual podrá interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su notificación.

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

Dada en Bogotá, D.C., a los siete (07) días del mes de octubre de 2010

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Original Firmado)
FABIO GUERRERO VARGAS
Presidente

(Original Firmado)
ISABELLA BERNAL MAZUERA
Secretaria