



**BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.
Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria**

Resolución No. 336 de 2015
(14 de julio de 2015)

Por medio de la cual se decide una investigación disciplinaria

La Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria de BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., en adelante “Bolsa”, en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley 964 de 2005, el Decreto 2555 de 2010, los Estatutos y el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en adelante “Reglamento”, decide una investigación disciplinaria, previo las siguientes consideraciones.

1. Antecedentes

El 27 de febrero de 2015 la Jefe del Área de Seguimiento radicó en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria el pliego de cargos institucional elevado en contra de la sociedad comisionista de bolsa Correagro S.A. identificada con NIT 805.000.867-9, en adelante “Correagro”, acompañado del expediente original con la investigación adelantada, en una carpeta contentiva de 160 folios y 1 disco compacto.

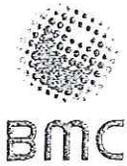
De acuerdo con el artículo 2.3.2.1 del Reglamento de la Bolsa y en desarrollo de la metodología establecida en el Reglamento Interno de la Cámara Disciplinaria, la Secretaría de la Cámara Disciplinaria procedió a conformar y convocar la respectiva Sala de Decisión, la cual fue integrada por los doctores David Julián Micán Rivera, Álvaro Arango Gutiérrez y Rodrigo Andrés Espinosa Palacios.

En sesión del 4 de marzo de 2015, la Sala decidió designar al doctor David Julián Micán Rivera como su presidente y admitir el pliego de cargos al encontrar que se adecuaba a los requisitos exigidos por el Reglamento de la Bolsa, ordenándose el traslado del mismo a la investigada con el fin que presentara los descargos correspondientes y allegara o solicitara la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y útiles, decisión que consta en Resolución 325 del 4 de marzo de 2015 y que fue notificada personalmente el 12 de marzo de 2015.¹

La investigada presentó descargos el 13 de abril de 2015 encontrándose dentro del término para hacerlo y haciendo uso de su derecho de prórroga, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2.4.4.3 y 2.4.4.4 del Reglamento de la Bolsa.

En sesión 446 del 14 de abril de 2015, la Sala de Decisión decretó la práctica de unas pruebas con el fin de esclarecer algunos hechos investigados, decisión que consta en Resolución 331 del 14 de abril de 2015.

¹ Expediente 134-2015, folio 191.



Una vez culminado el término decretado para la práctica de las pruebas, la Sala de Decisión en sesiones 444 y 453 del 7 y 14 de julio de 2015, respectivamente, estudió los hechos que dan lugar al pliego de cargos presentado por el Jefe del Área de Seguimiento, los argumentos presentados por la investigada en escrito de descargos, al igual que las pruebas practicadas y obrantes en el expediente, y aprobó por unanimidad el presente fallo.

2. Competencia de la Cámara Disciplinaria

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1.2.1 del Reglamento de la Bolsa, la Cámara Disciplinaria es competente para conocer y decidir sobre la conducta asumida por las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, situación que se evidencia en el presente caso. En desarrollo de la mencionada facultad, la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa, procede a pronunciarse sobre el caso objeto de la presente investigación advirtiendo la inexistencia de vicios procesales que pudieran anular la presente decisión.

3. Síntesis del pliego de cargos

3.1. Generalidades

El pliego de cargos presentado por la Jefe del Área de Seguimiento presenta una descripción de los hechos objeto de investigación, una evaluación de las explicaciones presentadas, un análisis de las pruebas recaudadas y los demás elementos exigidos por el Reglamento de la Bolsa, describiendo las conductas endilgadas a la investigada, como se describe a continuación.

3.2. Incumplimiento en la entrega de las operaciones de físicos identificadas con los números 14090119, 14090192, 14090139, 14099272, 14099457, 14099468 y 14099662

El Área de Seguimiento endilgó responsabilidad disciplinaria a la investigada por cuenta de que, en las operaciones identificadas con los números 14090192, 14090139, 14099272, 14099457, 14099468 y 14099662, mediante comunicación PSD-741² del 22 de noviembre de 2011, la administración de la Bolsa decretó su incumplimiento en lo que hace a la obligación de entrega, y, puntualmente, respecto de la operación 14090119, por su entrega extemporánea, todo lo anterior basado en la comunicación TC-2904 del 21 de noviembre de 2011, emanada de la sociedad comisionista compradora.³

El Área de Seguimiento manifestó que Correagro S.A. no realizó las entregas de los productos en las fechas acordadas (20 y 22 de octubre de 2011) correspondientes a lo pactado en las operaciones mencionadas, sino que se entregaron con posterioridad (18 y 21 de noviembre de 2011).

² Expediente 134-2015, folios 23-25.

³ Expediente 134-2015, folios 30-31.



En ese sentido, se señaló que la conducta en la que incurrió la investigada constituiría una infracción a las siguientes normas:

- i. Decreto 2555 de 2010, artículo 2.11.1.8.1, numerales 6, 8, 11 y 20;⁴
- ii. Reglamento de la Bolsa, artículo 1.6.5.1, numerales 1, 2, 6 vigentes para la época de los hechos, (hoy 9), 7 vigente para la época de los hechos, (hoy 15) y 29 vigente para la época de los hechos, (hoy 40).⁵

3.3. Incumplimiento en el deber de asesoría e información en relación con las operaciones 15469019, 15469158 y 15469159

El Área de seguimiento afirmó que de acuerdo con el material que obra en el expediente, la investigada habría incumplido sus deberes de asesoría e información para con su entonces cliente Bernardo Barona Zuluaga -en adelante "el cliente afectado"-, en las operaciones de venta definitiva de facturas identificadas con los números 15469019, 15469158 y 15469159.

En el entender de esa Área, de acuerdo con la información que se le habría remitido mediante correo electrónico al cliente afectado y el testimonio que éste habría entregado mediante diligencia que se practicó por parte de la Jefe del Área de Seguimiento, se puede evidenciar que la investigada incumplió sus deberes de asesoría e información. En ese sentido, el Área de Seguimiento señaló como infringidas las siguientes normas:

- i. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 97, numeral 1⁶;

⁴ Decreto 2555 de 2010, artículo 2.11.1.8.1. 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. (...) 8. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, y precisión, procurando la satisfacción de los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia, lo cual implica el sometimiento de su conducta a las diversas normas que reglamentan su actividad profesional, ya provengan del Estado, de las mismas bolsas o constituyan parte de los sanos usos y prácticas del comercio o del mercado público de valores. (...) 11. Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva. (...) 20. Cumplir las demás disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

⁵ Reglamento de la Bolsa, Artículo 1.6.5.1. Obligaciones de los miembros. Son obligaciones de las sociedades miembros de la Bolsa las siguientes: 1. Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación; 2. Cumplir permanentemente y en su integridad la ley, los estatutos y reglamentos de la Bolsa y las determinaciones de sus áreas u órganos de dirección, administración, operación, supervisión, disciplina y de solución de conflictos, sin que sirva de excusa o defensa la ignorancia de dichos reglamentos, circulares, instructivos operativos, acuerdos y laudos; (...) 6. Conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad; (...) 7. Cumplir estrictamente los contratos que celebren con sujeción a los términos pactados y a su naturaleza, dentro del marco legal, 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; (...) 29. Cumplir las demás obligaciones que les impongan las normas legales y reglamentarias.



- ii. Decreto 2555 de 2010, artículo 2.11.1.8.1, numeral 10⁷;
- iii. Decreto 2555 de 2010, artículo 7.3.1.1.3⁸;
- iv. Reglamento de la Bolsa, del artículo 5.2.1.15, numeral 1⁹;
- v. Reglamento de la Bolsa, del artículo 5.2.2.1, numeral 6¹⁰.

⁶ Estatuto Orgánico del sistema financiero, Artículo 97. Información. 1. Información a los usuarios: Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas. En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios.

⁷ Decreto 2555 de 2010, artículo 2.11.1.8.1. 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: (...) 10. Actuar como expertos prudentes y diligentes respecto de sus clientes, en especial en lo que se refiere a su deber de asesoría a los mismos.

⁸ Decreto 2555 de 2010, artículo 7.3.1.1.3. Deber de asesoría frente a los "clientes inversionistas". En adición a los deberes consagrados en el artículo anterior, los intermediarios de valores en desarrollo de las actividades de intermediación previstas en los numerales 1º y 2º del artículo 7.1.1.1.2 del presente decreto, tendrán que cumplir con el deber de asesoría profesional para con sus "clientes inversionistas. Se entiende por asesoría profesional el brindar recomendaciones individualizadas que incluyan una explicación previa acerca de los elementos relevantes del tipo de operación, con el fin de que el cliente tome decisiones informadas, atendiendo al perfil de riesgo particular que el intermediario le haya asignado, de acuerdo con la información suministrada por el "cliente inversionista" sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de operación a realizar. En desarrollo de este deber será responsabilidad del intermediario establecer un perfil de riesgo del cliente y actuar de conformidad con el mismo. Cuando el intermediario considere que el producto o servicio ofrecido o demandado es inadecuado para el cliente, deberá darle a conocer expresamente su concepto. El deber de asesoría a que se refiere este artículo tendrá que ser cumplido por conducto de un profesional debidamente certificado para este fin, quien deberá estar vinculado laboralmente al intermediario de valores. Parágrafo. Los intermediarios no podrán, en ningún caso, restringir, limitar o eximirse de este deber, tratándose de un "cliente inversionista".

⁹ Reglamento de la Bolsa, Artículo 5.2.1.15.- Deberes especiales. Las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa y las personas naturales vinculadas a éstas, además de las obligaciones especiales que les corresponden en virtud de la normatividad vigente y del presente Reglamento, deberán: 1. Prestar una adecuada asesoría a sus clientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.5.3.3 de la Resolución 400 de 1995, el cual se entenderá aplicable no solamente a las actividades que constituyan intermediación sobre valores sino a todas las operaciones sobre bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, así como de servicios, documentos de tradición o representativos de mercancías, títulos, derechos, derivados y contratos que puedan transarse en la Bolsa, dependiendo de si se trata de clientes inversionistas o inversionistas profesionales, o cuando éstos últimos soliciten la protección como clientes inversionistas, atendiendo en todo caso las siguientes obligaciones especiales: 1.1. Permanecer constantemente actualizados sobre las tendencias del mercado, realizar análisis periódicos del mercado y estudiar las consecuencias de utilizar un determinado instrumento de inversión en la coyuntura del mercado; 1.2. Solicitar instrucciones específicas de los clientes, cuando en la ejecución de una orden se presenten hechos que de ser conocidos por el cliente, implicarían que él modificara radicalmente las instrucciones inicialmente impartidas;

¹⁰ Decreto 2555 de 2010, Artículo 5.2.2.1. Deberes y Obligaciones Generales. Las sociedades comisionistas miembros de la bolsa, además de las obligaciones y deberes que les corresponden en virtud de la normatividad vigente y en el presente Reglamento, deberán: (...) 6. Publicitar las actividades que desarrollan de tal manera que sus potenciales clientes siempre tengan claro cuáles son sus obligaciones y derechos, el alcance del servicio prestado o el producto ofrecido y los costos asociados con éste. De igual forma, las sociedades comisionistas miembros de la bolsa deberán informar a sus clientes, de manera clara, completa y precisa, las condiciones que resulten relevantes para la celebración de los contratos y la realización de las operaciones en el mercado, incluyendo la información relacionada con los riesgos asociados a las mismas, la naturaleza y alcance de los servicios que prestan así como los productos que ofrecen y sus deberes, obligaciones y derechos. En desarrollo de lo previsto en el presente numeral, las sociedades comisionistas miembros de la



4. Síntesis de la Defensa

4.1. Incumplimiento en la entrega de las operaciones 14090119, 14090192, 14090139, 14099272, 14099457, 14099468 y 14099662

Mediante escrito de descargos la investigada presentó alegaciones a lo que se le increpó por parte del Área de Seguimiento, en relación al primer cargo, señaló lo siguiente:

- i. Los productos objeto de las operaciones fueron entregados en su totalidad aunque de manera extemporánea;
- ii. Señala la investigada que la imposibilidad de cumplir con el término inicial negociado se dió por causa de una fuerza mayor (ola invernal del 2011, demoras en la aduana y problemas con el comercio en Venezuela);
- iii. El 19 de octubre de 2011 (un día antes del vencimiento del plazo para la entrega del producto) se le solicitó a la sociedad comisionista de bolsa que actuaba por cuenta de la punta compradora, otorgar plazo para la entrega del producto, solicitud que se realizó mediante correo electrónico en el que se incluyó copia a la Bolsa;
- iv. Se citaron las partes para que ante el Comité Arbitral se fijara un nuevo cronograma de entregas, que fueron pactadas para el 18 y 21 de noviembre de 2011;
- v. Debido a que la Bolsa manifestó que la solicitud de ampliación no era procedente, la investigada sostiene que el hecho de no contar con regulación relacionada a la existencia de un forward sin administración de garantía es un error de la Bolsa, pues ésta es una situación que no es ajena al mercado y que se viene realizando hace mucho tiempo.

4.2. Incumplimiento en el deber de asesoría e información en relación con las operaciones 15469019, 15469158 y 15469159

En su escrito de descargos, la investigada también se refirió al segundo cargo elevado en su contra por parte del Área de Seguimiento. Sobre el particular, manifestó lo siguiente:

- i. El cliente es decano de la facultad de Economía de la Universidad Javeriana de Cali por lo que su perfil de riesgo era más elevado que el de un cliente promedio;
- ii. El cliente fue debida y oportunamente asesorado sobre la naturaleza y características de operaciones a realizar;
- iii. El cliente está molesto por haber perdido dinero en una operación, lo que no significa que la sociedad sea responsable por ello.

Bolsa se abstendrá de ofrecer paquetes de servicios obligatorios para sus clientes. En cada caso, el cliente deberá tener la opción de contratar por separado cada uno de los servicios, productos y actividades que realizan u ofrecen las sociedades comisionistas miembros de la bolsa.



- iv. Las asesorías en el sector financiero, y en general en la labor comercial, se dan en reuniones presenciales con los clientes, donde se les brindan todas las explicaciones y despejan las dudas sobre los productos de su interés.

5. Consideraciones de la Sala

5.1. Incumplimiento en la entrega de las operaciones 14090119, 14090192, 14090139, 14099272, 14099457, 14099468 y 14099662

5.1.1. Fuerza mayor

Con el material probatorio que obra en el expediente, para la Sala no cabe duda de la celebración, por parte de la investigada, de las operaciones 14090119, 14090192, 14090139, 14099272, 14099457, 14099468 y 14099662, así como de los plazos, montos y productos acordados en ellas.¹¹ En relación con la alegación de la existencia de una fuerza mayor que le impidió a la investigada honrar su operación en los términos pactados, se celebró un acuerdo directo, a través del Comité Arbitral que se celebró el 28 de noviembre de 2011 y quedó consignado en el acta No. 39.¹²

En ese orden, la Sala entra a considerar la existencia de los presupuestos mínimos que se deben demostrar para declarar la existencia de la fuerza mayor. Pues bien, es claro que para nuestra legislación se deben agotar los requisitos de *imprevisión* e *imposibilidad de resistir* para que se configure la causal de fuerza mayor¹³, posición que ha sido sostenida de antaño y de maneras reiterada por la jurisprudencia, zanjando cualquier clase de discusión que se pueda dar al respecto.¹⁴ Aunado a lo anterior, la Cámara Disciplinaria también se ha pronunciado en ese respecto, indicando la necesidad de que en el caso que se alegue fuerza mayor, para concederle tal categoría, la situación invocada debe ser irresistible e imprevisible.¹⁵

¹¹ Expediente 134-2015, folio 038-044

¹² Expediente 134-2015, folios 93-94.

¹³ Código Civil Colombiano. Artículo 64. Fuerza mayor o caso fortuito: Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. (Subrayas fuera del texto original).

¹⁴ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de fecha noviembre 20 de 1989. Según el verdadero sentido o inteligencia del artículo 1º de la ley 95 de 1890, los elementos integrantes del caso fortuito o fuerza mayor [...], deben ser concurrentes (imprevisibilidad e irresistibilidad) lo cual se traduce en que si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible pero se le puede resistir, no se da tal fenómeno, como tampoco se configura a pesar de ser irresistible pudo preverse. De suerte que la ausencia de uno de sus elementos elimina la estructuración de la fuerza mayor o caso fortuito [...].

Si sólo puede calificarse como caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible, no resulta propio elaborar un listado de los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen. Por tal virtud, ha sostenido la doctrina nacional y foránea que un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean el hecho.

¹⁵ Sala Plena Cámara Disciplinaria de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., Resolución 66 del 5 de febrero de 2015. En consideración de la Sala Plena es importante dejar por sentado que si bien las sociedades comisionistas de bolsa al actuar



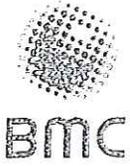
En línea con lo expuesto, la Sala procede a analizar cada una de las pruebas que obran en el expediente y si se presentan los componentes de irresistibilidad e imprevisibilidad que respaldan la existencia del argumento de la investigada, pues, lo que sí es claro, es que fundar dicho eximente en el simple dicho no resulta procedente bajo ningún supuesto, y se exige que el mismo se pruebe.

En primer lugar, se tiene a folio 124 del expediente la copia del recorte de una noticia que se titula: *"Venezolana Venalum afirma que industria del aluminio tendrá una recuperación lenta"* sobre la que se advierte principalmente dos cosas: (i) la noticia da cuenta de una información de carácter general de la que no es posible aducir que la investigada o su mandante, de manera concreta, hayan tenido inconvenientes en el abastecimiento de materias primas para elaborar el producto con el que se fabricaría el subyacente objeto de las aludidas operaciones. Es decir, del contexto de la noticia ni de los argumentos de la investigada se puede extraer indudablemente un nexo causal entre la situación allí descrita y cómo afectó el cumplimiento de la operación; (ii) del texto que se aprecia en la noticia, se da por sentado que las vicisitudes por las que pasaba la industria del aluminio en el vecino país de Venezuela datan desde el año 2009, lo que tampoco evidenciaría claramente el elemento de *imprevisibilidad* exigido para la aplicación de la figura. En ese sentido, la fuerza mayor no podría comprobarse a partir de dichos hechos.

Así mismo, a folio 226 y 227 del expediente se encuentra una noticia publicada por "Notivías" del 21 de noviembre de 2011, en la cual se pone de presente que algunas vías del territorio nacional presentaban afectaciones por lluvias intensas que habían caído sobre el territorio nacional. No obstante lo anterior, para el caso de ésta noticia en concreto tampoco es posible determinar, siquiera con algún grado de certeza, que la investigada haya sido afectada por esa situación en una fecha determinada, pues en ningún momento se describe en los descargos elemento alguno como el punto de ingreso del objeto de negociación al territorio nacional, o la ruta de transporte desde el punto de despacho hasta el sitio de entrega (simplemente se hace referencia a la ruta Huila-Valle del Cauca cuyas posibles variantes no aparecen mencionadas en el boletín), ni mucho menos se allegó la guía de transporte a efectos de que se pudiera conocer con algún grado de certeza el nexo causal entre el hecho que se presentaba y cómo afectaba la logística necesaria para dar cumplimiento a la entrega en la fecha pactada. Adicionalmente, esta noticia se presenta como prueba de un hecho posterior, es decir, los cierres para el 21 de noviembre de 2011, fecha para la cual ya se había presentado el incumplimiento de la fecha pactada de entrega.

por medio del contrato de comisión tienen la obligación de llevar a cabo por su cuenta todo el desarrollo del encargo conferido por su cliente lo anterior no implica que éstas deban obligarse a lo imposible, si bien el mercado parte de un supuesto de profesionalismo y confianza de las comisionistas que resulta en el efectivo cumplimiento de las operaciones en un mercado organizado y regulado como la Bolsa, lo anterior no implica que se desconozcan los casos de fuerza mayor o fortuito como eximentes de responsabilidad.

El marco legal de la figura del caso fortuito o la fuerza mayor se encuentra fundado en dos factores: (i) la imprevisibilidad del hecho, es decir, que dentro de circunstancias normales no sea posible prever o contemplar de manera anticipada su ocurrencia; y, (ii) la irresistibilidad del hecho, es decir, que la persona no pueda evitar su ocurrencia.



Igualmente, alega la investigada en su escrito de descargos que el Gobierno Nacional, mediante Decreto 15 del 6 de enero de 2011, ante la magnitud de la ola invernal que vivió el país desde el 2010 hasta el 2012, tuvo que tomar medidas a tal punto de declarar un estado de sitio a nivel Nacional mediante el precitado Decreto. Pues bien, la documentación que se encuentra anteriormente relacionada no hace más que dar cuenta que la situación de la ola invernal no necesariamente se encuentra ligada con el incumplimiento toda vez que nada de ello se argumenta en los descargos y las pruebas se limitan a demostrar elementos circunstanciales que podrían o no tener relación con el incumplimiento.

Por otro lado, en relación con la alegación de haberse presentado inconvenientes en la aduana, a folio 125 del expediente se encuentra el documento aportado por la investigada para sustentar dicho hecho, el cual corresponde al Acta de Inspección No. 892011000000819 de la DIAN, de cuya lectura se desprende que existió una controversia en el valor declarado de la mercancía puesto que el reportado fue considerado "bajo", lo cual podría haber generado alguna demora en el proceso de nacionalización de la mercancía. Al respecto, la Sala recuerda el principio general del Derecho "*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*" en virtud del cual se tiene que nadie puede alegar a su favor su propia culpa. Para el caso concreto, se tiene que los precios de referencia de manufacturas de aluminio habían sido publicados para su conocimiento público desde el pasado 30 de junio de 2011, por lo que declarar un menor valor a lo publicado permitía por lo menos presumir al mandante y a la investigada que irían a tener algún tipo de inconveniente con el trámite de aduanas nacional. Igualmente, llama la atención de la Sala que dado que en el mismo escrito de descargos se estableciera que el problema de entrega se había presentado por derrumbes en la vía que comunica al departamento de Huila con el Valle del Cauca y por ello no habría sido despachada la mercancía, la mencionada acta de inspección sea del 12 de septiembre de 2011 en la Zona Franca de Bogotá, sin que se haga mención alguna a rutas alternas entre Bogotá y el Valle del Cauca. Tampoco se demuestra la fecha en que efectivamente se liberó la mercancía para su transporte, por lo que la Sala no puede estimar si se contó o no con suficiente tiempo para llevar a cabo el traslado de la misma hasta el sitio de entrega y si podría haber sido afectada por este hecho. Así las cosas, las demoras en esa instancia no pueden revelarse de ninguna manera como una situación imprevisible ni irresistible al no haberse probado por la investigada su ocurrencia.

En conclusión, de manera general, la investigada se limita a reiterar a lo largo de su escrito de descargos que la entrega fue afectada por una situación constitutiva de fuerza mayor, situación que es posible que hubiera ocurrido, pero que no ha sido probada a la Cámara Disciplinaria puesto que no se establece ningún nexo causal entre las demoras y las pruebas que se allegan. En consecuencia, la Sala procederá a imponer una sanción por el incumplimiento de las normas citadas como incumplidas por los hechos descritos anteriormente.

5.1.2. Ausencia de reglamentación del forward sin garantías

La Sala observa que la investigada alegó en sus descargos que el 19 de octubre de 2011, un día antes de cumplirse el plazo para la entrega del producto, remitió un correo electrónico a la otra sociedad comisionista solicitando una prórroga en la entrega del mismo copiando del mismo a la

Dirección de Operaciones de la Bolsa. Como consecuencia de lo manifestado por ésta última en su correo de respuesta, la investigada sostiene que debido a la inexistencia de reglamentación por parte de la Bolsa para las operaciones forward sin administración de garantías se tuvo que incumplir en el plazo de entrega del producto, pues de no existir dicha ausencia reglamentaria tal situación no se habría presentado.¹⁶ Pues bien, en consideración de dicho alegato la Sala procede a exponer la revisión que hizo de la regulación vigente para el momento de los hechos de cara a establecer si su actuación como miembro de la Bolsa, se ciñó dentro del marco que legal y reglamentariamente le era permitido.

En primer lugar, se tiene que en el artículo 3.7.2.1.4.3 del Reglamento de la Bolsa se establece el procedimiento para el cumplimiento extemporáneo de las operaciones, el cual establece prevé la posibilidad de que se modificaran las operaciones celebradas en el mercado de físicos siempre que se radicara una comunicación física o electrónica ante la Bolsa. En el caso de la comunicación electrónica, dicha norma exige que el correo debía ser recibido de ambas puntas "a más tardar el día de cumplimiento de la obligación" y obligando a que si la comunicación se recibía de ambas puntas de manera separada, la información debería corresponder de manera exacta e indicándose la nueva fecha de cumplimiento, quién solicita la aplicación del mecanismo, la manifestación de que se cumplirían los requisitos y procedimientos en materia de compensación y liquidación.

Analizada la disposición anteriormente relacionada, es claro que en el actuar de la investigada no se satisfizo lo exigido a través de la norma para dar cumplimiento extemporáneo a las operaciones, toda vez que no se presentó ante la Bolsa, ni en la forma ni en el plazo establecido, una comunicación, suscrita por *ambas* sociedades comisionistas que participaron en el negocio, solicitando la autorización para el cumplimiento extemporáneo de las operaciones; ni tampoco se generó, con el cumplimiento de las formalidades previstas en el precitado artículo, por parte de una de las sociedades comisionistas de Bolsa que actuaban en las aludidas operaciones, un correo electrónico dirigido a la Bolsa y confirmado por la otra sociedad comisionista, en donde se solicitara el cumplimiento extemporáneo de la operación. Por el contrario, lo que se encuentra en el expediente es un correo electrónico remitido por la investigada un día antes de la fecha de cumplimiento de la operación a la otra sociedad comisionista y copiado a la Bolsa, mediante el cual se le preguntaba a ésta última si era posible acceder a una prórroga en la entrega del producto.¹⁷

Así las cosas, es claro para la Sala que no es cierto que la investigada, ante una supuesta ausencia reglamentaria por parte de la Bolsa, no tuviera más caminos ordinarios para seguir y tampoco lo es, si es lo que se sugiere por su parte, que la remisión del aludido correo electrónico sirviera como suficiente para dar cumplimiento a la norma anteriormente descrita.

Por otro lado, en relación con la alegación de la investigada atañida con que finalmente, aunque de manera extemporánea, se dio cumplimiento a la operación, la Sala advierte que dicho argumento no puede ser tomado como un eximente de su responsabilidad puesto que las obligaciones que

¹⁶ Expediente 134-2015, reverso del folio 236.

¹⁷ Expediente 134-2015, folio 228.



había adquirido en virtud de dichas operaciones fueron para un día cierto, claramente determinado y sobre las que no dio cumplimiento al procedimiento para prorrogar la fecha de ejecución de la prestación, el cual no establece si hace referencia específica a si se aplica de manera específica a los forward con o sin garantías, por lo que en aplicación del principio de derecho de no distinción en la interpretación cuando el legislador tampoco lo ha hecho, debía entenderse aplicable al tipo de operación que se celebró. Tan clara era tal situación para la investigada, que pretendió darle un cumplimiento extemporáneo a la operación, si no que lo hizo sin dar cumplimiento a lo exigido en el Reglamento de la Bolsa.

En ese orden de ideas, se advierte, de una vez, que no se probaron eximentes de responsabilidad en cabeza de la investigada que le permitieran exonerarse de la responsabilidad disciplinaria que por su conducta se generó y, en mérito de ello, la Sala de Decisión reconoce la necesidad de imponerle una sanción por esa situación.

5.2. Incumplimiento en el deber de asesoría e información en relación con las operaciones 15469019, 15469158 y 15469159

5.2.1. Aplicabilidad del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Sea lo primero señalar que en consideración a que el pliego de cargos cita como infringido el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Sala se abstendrá de realizar un pronunciamiento en relación con dicha y su pronunciamiento se referirá exclusivamente a lo señalado en las demás normas citadas como infringidas. Lo anterior debido a que el cumplimiento del artículo 97 del ESOF no es exigible a las sociedades comisionistas miembros de una bolsa de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities.

5.2.2. Consideraciones en torno a la conducta

A folios 65 a 72 del expediente se encuentra el acta en donde quedó plasmada la diligencia del interrogatorio surtido por parte del Área de Seguimiento con el cliente afectado el 1 de agosto de 2014, así como el audio de dicha diligencia en el que se puede corroborar la correspondencia entre lo transcrito y lo escuchado. En dicho interrogatorio se señaló en varias oportunidades, por parte del cliente afectado, que la información entregada por parte de la investigada a éste era inoportuna, contradictoria e insuficiente.¹⁸

En igual sentido, de la diligencia del interrogatorio que la Sala de Decisión practicó al cliente afectado y del cual se encuentra su transcripción a folios 255 a 275 del expediente, se desprende el desconocimiento que aún persiste en cabeza de éste en relación con asuntos como la responsabilidad que asumía la entidad que realizaba la compensación y liquidación de las operaciones o de si las mismas eran celebradas con o sin responsabilidad habida cuenta de la falta

¹⁸ Expediente 134-2015, folio 065-072.

de información o contradicción en la misma, que debía haberse zanjado con el cumplimiento idóneo de sus deberes de información y/o asesoría en cabeza de la investigada.

A juicio de la sala, el cliente presenta confusión en cuanto a dos elementos esenciales del producto obtenido: (i) si las facturas eran negociadas con o sin responsabilidad y lo que ello implicaba; y, (ii) el alcance de la función del sistema de compensación y liquidación.

Respecto del primer elemento de confusión, en varios apartes de su interrogatorio, lo cual es corroborado por los correos remitidos y que se detallan a continuación, el cliente afectado manifiesta que se habría presentado una contradicción en la información provista por la investigada en este sentido. A folios 108, 276-292, 299, 300 y 304-308 del expediente se puede verificar que la información entregada por parte de la investigada al cliente afectado resultó contradictoria al punto de indicarle, en algunas ocasiones, que las operaciones contraídas por su parte, a nombre de aquel, correspondían a facturas *con responsabilidad* y en otras, refiriéndose a las mismas operaciones, que correspondían a facturas *sin responsabilidad*. Como complemento de ello, se encuentra a folio 308 un correo mediante el cual la investigada, entre otras cosas, le aclara al cliente afectado la diferencia entre *facturas con responsabilidad* y *facturas sin responsabilidad*, de la siguiente manera:

1. *CON RESPONSABILIDAD: En estas operaciones, el primer responsable por el pago ante el inversionista es el pagador de las facturas (para las negociaciones INTERNAS es la entidad estatal, para las EXTERNAS es el cliente de quien vendió la mercancía). Si el pagador llega a incumplir, el emisor de la factura (vendedor) es quien responde ante los inversionistas.*
2. *SIN RESPONSABILIDAD: En estas operaciones el riesgo crediticio es asumido en su totalidad por el inversionista, que compro la factura, si el pagador no cancela, es el inversionista quien debe adelantar la gestión de cobro.*¹⁹

No obstante lo anterior, resulta necesario señalar que dicha información corresponde a documentos remitidos con posterioridad al cierre de la operación y en nada permite construir ni probar elemento alguno que demuestre la diligencia desplegada por la investigada en relación con su deber de asesoría, cuyo cumplimiento se debe entender exclusivamente de manera previa a la celebración del encargo. Así las cosas, es evidente para la Sala que, si bien se incurrió en una contradicción informativa no es este el soporte probatorio en el que se adopta la decisión.

Preguntado el cliente afectado por la Sala acerca de la información que recibió de manera previa de parte de la investigada, éste manifestó que la misma se recibió de manera telefónica acerca de “un negocio atractivo” al cual accedió basado en la confianza que tenía en la investigada. Sólo después de haber celebrado la operación, habría sido informado acerca del detalle de la misma.²⁰

²⁰ Expediente 134-2015, folios 265 y 266

Para la Sala es evidente que el nivel de conocimiento que tenía el cliente era superior al de un cliente promedio, sin que ello desvirtúe su condición de cliente inversionista, lo cual se deriva del mismo dicho del cliente afectado, incluso llegando a afirmar que poseía conocimientos y experiencia específica en inversiones sobre facturas. Sin embargo, dicha experiencia no releva a la sociedad comisionista de sus deberes en la medida en que éste sigue manteniendo una condición de cliente inversionista sino que, de alguna manera, matizaría el nivel de información que debió proveerse a éste tanto a nivel del deber de asesoría como del deber de información pues a pesar de que se evidencia que la sociedad conocía el perfil de riesgo del cliente, en ningún momento se evidencia que se haya realizado una recomendación personalizada en la medida que no existe prueba de que se haya informado de manera previa el riesgo asociado al emisor o al pagador de las facturas adquiridas por cuenta del cliente.²¹ Es decir, para la Sala no es admisible señalar que se da cumplimiento al deber de asesoría con la simple elección de un instrumento ajustado al nivel de riesgo del cliente sino que la recomendación debe estar acompañada, como se exige en el artículo 7.3.1.1.3 del Decreto 2555 de 2010, citado como infringido y aplicable a este tipo de operaciones en virtud de lo señalado en el artículo 5.2.1.15 del Reglamento de la Bolsa, de una explicación previa de los elementos relevantes del tipo de operación, lo que no se evidencia en este caso. De igual forma, dicha falta de precisión supone una violación al artículo 5.2.2.1 del Reglamento de la Bolsa en la medida en que no se probó de parte de la investigada que hubiera informado al cliente afectado *“de manera clara, completa y precisa, las condiciones que resulten relevantes para la celebración de los contratos y la realización de las operaciones en el mercado, incluyendo la información relacionada con los riesgos asociados a las mismas, la naturaleza y alcance de los servicios que prestan así como los productos que ofrecen y sus deberes, obligaciones y derechos”* como lo exige la norma.

Lo señalado en el párrafo inmediatamente anterior se explica en la medida en que la investigada no entregó a la Sala lo solicitado en relación con el soporte documental que diera cuenta de las comunicaciones sostenidas entre las partes en relación con las operaciones objeto de queja, limitándose a remitir el formato de apertura de cuenta y documentos emitidos con posterioridad al cierre de la operación, de los cuales no se extrae nada acerca de la asesoría que debió prestar a su cliente a pesar del deber que tienen las sociedades comisionistas de documentar las órdenes recibidas de sus clientes y que corresponde a la llamada en la cual supuestamente se habría tanto otorgado la asesoría como emitido la orden para la celebración del negocio.

Dado que para la Sala es evidente que no existe material probatorio que permita evidenciar el cumplimiento en cabeza de la investigada de sus deberes de información y asesoría para con el cliente afectado como que tampoco se encontró documentación que permitiera dar cuenta de la documentación (escrita, magnética, auditiva, etc.) de las órdenes que el cliente impartió a la investigada para la celebración de la operación, la Sala sólo cuenta con lo manifestado por el cliente, sin que en ningún momento la investigada haya cuestionado su veracidad, por lo que la Sala concluye que, previo a la celebración del negocio por cuenta del cliente, éste no habría recibido información suficiente que pudiera constituir un cumplimiento al deber de asesoría.

²¹ Expediente 134-2015, folios 263 y 264

Finalmente, en cuanto se refiere a la función que cumplía la CC Mercantil en la compensación y liquidación de las operaciones celebradas por cuenta del cliente²², la Sala entiende que su confusión se debió a información que obtuvo por su cuenta y por fuera de los canales de información legalmente exigibles a la sociedad comisionista por lo que por ese preciso hecho no puede endilgársele responsabilidad disciplinaria alguna a la sociedad comisionista.

Concretamente, se reitera, para la Sala existe una violación de las normas citadas como infringidas, excepción hecha del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, toda vez que se evidencia que a pesar de haber cumplido con realizar una recomendación ajustada al perfil de riesgo del cliente afectado, la misma se realizó de manera irresponsable sin dotarlo de la información relevante acerca de la operación y de los riesgos asociados al activo que se le ofreció. En consecuencia, por considerar la Sala que no se probaron eximentes de responsabilidad en cabeza de la investigada que le permitieran excusar la responsabilidad disciplinaria que por su conducta se generó, se reconoce la necesidad de imponerle una sanción por esa situación.

6. Graduación de la Sanción

De acuerdo con lo expuesto a lo largo del presente escrito encuentra la Sala que existe una vulneración de las normas legales y reglamentarias aplicables al caso en concreto por parte de la investigada. Teniendo en cuenta que no existe eximente de responsabilidad que rompa la imputabilidad de las conductas que en la parte considerativa del acápite 5 fueron encontradas como violadas las normas descritas en el acápite 3. La Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria, frente a las conductas desplegadas por la investigada, 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 de la investigada, la dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa y las demás circunstancias que considera pertinentes.

Encuentra la Sala como factores de graduación de la sanción que (i) la conducta ejecutada por la investigada configura un claro incumplimiento de sus obligaciones, poniendo en peligro la seguridad del mercado, ello partiendo del hecho de que el bien jurídico afectado fue directamente la confianza del público la cual se encuentra representada en este caso en el cliente afectado, (ii) la conducta desplegada por la investigada se produjo en desmedro directo del interés colectivo, situación que configura una afectación a la credibilidad de los mercados que administra la Bolsa y (iii) que las conductas en las que incurrió la investigada, en la medida que se consideran reprochables, deben ser objeto de una sanción que irradie de manera efectiva un mensaje que inste al mercado para su correcto actuar, (iv) que la investigada sí desplegó parte de las obligaciones que le asistían en cumplimiento del deber de asesoría, particularmente las derivadas de conocimiento del cliente a tal punto de hacer recomendaciones personalizadas pero que las mismas se hicieron sin el lleno de requisitos exigidos normativamente; (v) que la investigada sí tuvo la intención de

²² Expediente 134-2015, folios 267 y 268



modificar los plazos de entrega de las operaciones previo a que se presentara un incumplimiento pero lo hizo sin la debida antelación.

La participación en los mercados bursátiles de commodities constituye la obligación en cabeza de sus profesionales de actuar con seriedad, profesionalismo y rectitud. Esto, de cara a propender por la continua seguridad del mismo, en procura constante de la confianza general del público para con las herramientas que se ofrecen al interior del mercado como mecanismo generador de riqueza e incremento legítimo de la riqueza y economía a nivel nacional. Así mismo, se relaciona con el nivel de cumplimiento de las normas que regulan el escenario bursátil, el cual debe ser estricto por parte de todos los involucrados.

A efectos de graduar la sanción, la Sala anota, para el primer cargo, que en efecto como se ha alegado por parte de la investigada, se desplegaron las actuaciones necesarias para dar cumplimiento, aunque extemporáneo, de las operaciones de físicos que se incumplieron en cuanto a su plazo de entrega. Por otro lado, en relación con el segundo cargo, se advierte que la sanción no se tasaré en virtud de la cantidad de dinero que el cliente afectado alega haber perdido, pues con el material probatorio del expediente no se puede dar cuenta de dicho monto ni que la investigada haya tenido responsabilidad en ello, sino que, su incumplimiento se derivó de la inobservancia a sus deberes de asesoría y provisión de información necesaria para que éste entendiera los riesgos que estaba asumiendo con la adquisición de los aludidos productos, aunado al hecho de contar con la documentación requerida por la ley para sustentar su diligencia al respecto.

Bajo este entendido, haciendo una ponderación de los elementos de graduación de la sanción, en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y de efecto disuasorio para evitar la ocurrencia de circunstancias similares, atendiendo a la materialidad de los hechos y a las circunstancias específicas de las faltas estudiadas y teniendo en cuenta que de conformidad con lo consagrado en el Reglamento de la Bolsa la cuantía máxima de las multas que se puede imponer a las personas jurídicas es de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes²³, la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria decide imponer, por unanimidad, por la conducta señalada en el primer cargo una sanción de MULTA de un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Así mismo, por la conducta señalada en el segundo cargo una sanción de MULTA de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

²³ Artículo 2.3.3.3.- Multas. La cuantía máxima de las multas que podrá imponerse a las personas naturales será de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes en Colombia al momento de la imposición de la sanción. Para las personas jurídicas, la cuantía máxima de las multas que podrán imponerse será de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes en Colombia al momento de la imposición de la sanción. No obstante, si el beneficio económico percibido como resultado o con ocasión de la infracción, por el sancionado, directamente o a través de interpuesta persona, es superior a los topes previstos en el inciso anterior, podrá imponerse una multa superior, hasta la concurrencia del doble del monto del beneficio económico percibido.



7. Resuelve

Primero. Sancionar disciplinariamente a la sociedad Correagro S.A. identificada con N.I.T. 805.000.867-9 en su calidad de sociedad comisionista miembro de Bolsa al momento de los hechos objeto de investigación con la sanción de MULTA de seis (6) salarios mínimos mensuales vigentes por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

Segundo. Advertir que el pago de la multa que mediante esta resolución se impone, se debe efectuar a nombre de 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 BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., el mismo día en que se produzca el mismo. El incumplimiento en el pago será considerado una falta disciplinaria y una conducta sancionable.

Tercero. Notificar a la sociedad Correagro S.A. del contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Bolsa, advirtiéndole 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.

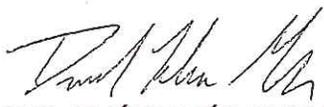
Cuarto. Notificar a la Jefe del Área de Seguimiento, el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Bolsa, advirtiéndole que contra la presente Resolución procede el recurso de apelación ante la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria, para el que se contará con un término de cinco (5) días hábiles.

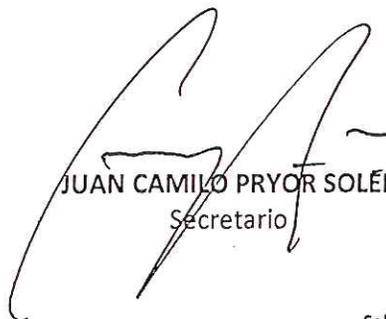
Quinto. Advertir a la sociedad Correagro S.A. que, de conformidad con lo señalado en el artículo 2.3.3.3 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, las multas impuestas a personas jurídicas deberán cancelarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al día en que quede en firme la presente decisión.

Sexto. En firme la presente Resolución, comuníquese a la Superintendencia Financiera de Colombia y a la Secretaría General de la Bolsa, el contenido de la misma para lo de su competencia.

Dada en Bogotá, D.C., a los 14 días del mes de julio de 2015.

Notifíquese y cúmplase,


DAVID JULIÁN MICÁN RIVERA
Presidente


JUAN CAMILO PRYOR SOLÉR
Secretario