

Bogotá D.C., dos (2) de febrero de 2023

Señor Juez

ASDRÚBAL CORREDOR VILLARTE

JUZGADO 38 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

jadmin38bta@notificacionesrj.gov.co

Sede Judicial del CAN – Carrera 57 No. 43 – 91, Piso 5

Bogotá D.C.

Medio de Control:	Controversias Contractuales
Radicación:	110013336038202100347-00
Demandante:	Juan Carlos Almansa Latorre
Demandado:	Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - USPEC
Llamado en Garantía:	BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.
Asunto:	Respuesta a demanda y a llamamiento en garantía.

Respetado Señor Juez:

JUNIOR ORLANDO QUINTERO CARTAGENA, mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.765.363 de Bogotá D.C, provisto por el Consejo Superior de la Judicatura con la Tarjeta Profesional No. 208.953, obrando en calidad de apoderado judicial de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. (en adelante la “BMC”, “Bolsa” y/o “Bolsa Mercantil”), según poder especial conferido por la Dra. **ANDREA ORTEGÓN LÓPEZ**, representante legal suplente de la BMC (**Anexo No. 1**), por medio del presente escrito, y dentro del término legal, me permito descorrer el traslado realizado por el Despacho Judicial para contestar la demanda y el llamamiento en garantía formulado por el demandado en contra mi representada, en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD

El pasado doce (12) de enero de 2023, el Juzgado 38 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., remitió mensaje de datos con notificación personal del auto admisorio del llamamiento en garantía formulado por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC en contra de la BMC. Dicho auto fue proferido el cinco (5) de diciembre de 2022.

En claro lo anterior, de conformidad con lo previsto en el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, “(...) *El traslado o los términos que conceda el auto notificado solo se empezarán a contabilizar a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente. (...)*”

Así, atendiendo a lo consagrado en el artículo 225 de la Ley 1437 de 2011, y lo ordenado en el numeral “CUARTO” del auto admisorio del llamamiento, la Bolsa Mercantil cuenta con quince (15) días para presentar su contestación respecto de la demanda y el llamamiento en garantía que nos ocupa.

Por tanto, se considera que este escrito es presentado en forma oportuna.

II. ESTRUCTURA DEL MEMORIAL

1. En primer lugar, se procederá a contestar la demanda presentada por el señor Juan Carlos Almansa Latorre, en contra de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC.
2. En segundo lugar, se realizará la contestación al llamamiento en garantía formulado por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC en contra de la BMC, y se estructuran los argumentos de defensa pertinentes.
3. En suma, se presentaran las excepciones de mérito correspondientes a la demanda y al llamamiento en garantía.

1. PRIMER PUNTO DEL MEMORIAL: CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

1.1. FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas y cada una las pretensiones que han sido formuladas en este proceso por el señor Juan Carlos Almansa Latorre contra la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC. Por lo que de manera respetuosa solicito al Despacho negarlas en su integridad.

1.2. FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

A continuación, procedo a dar contestación a los hechos de la demanda en el mismo orden en que fueron planteados por el demandante, así:

AL PRIMERO: ES CIERTO. A través del Decreto 4150 de 2011 se creó la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – SPC, y se determinó su objeto y estructura.

AL SEGUNDO: ES CIERTO. La BMC es una sociedad anónima, que tiene por objeto social, organizar y mantener en funcionamiento un mercado público de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales y de otros commodities, entendidos éstos como cualesquiera bienes o activos susceptibles de ser negociados, sin la presencia física de los mismos, así como de servicios, documentos de tradición o representativos de mercancías, títulos, valores, derechos, derivados y, contratos que tengan como subyacente commodities y demás bienes susceptibles de ser transados

conforme a las leyes y a los reglamentos que regulan su actividad, así como administrar sistemas de registro.

En desarrollo de su objeto social, la Bolsa administra, entre otros, el Mercado de Compras Públicas – MCP a través del cual, en el marco de la Ley 1150 de 2007¹ del Decreto Único Reglamentario No. 1082 de 2015² y de su Reglamento de Funcionamiento y Operación aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, pone a disposición de las Entidades Estatales su infraestructura para que estas, por medio de las sociedades comisionistas de Bolsa miembros, adquieran bienes y servicios de características técnicas uniformes así como productos de origen o destinación agropecuaria, a través de la modalidad de selección abreviada por Bolsas de Productos expresamente regulada en las citadas disposiciones.

En virtud de lo anterior, el treinta (30) de diciembre de 2019, por conducto del MCP administrado por la BMC, se celebró entre la Sociedad Comisionista de Bolsa Miguel Quijano y CIA S.A., actuando por cuenta de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, y la Sociedad Comisionista de Bolsa Mercado y Bolsa S.A., actuando por cuenta del comitente vendedor Juan Carlos Almansa Latorre, la Operación Forward MCP No. 37235470, por medio de la cual, la Entidad Estatal adquirió el servicio de suministro y adquisición de alimentos para la población privada de la libertad (PPL) a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).

AL TERCERO: ES PARCIALMENTE CIERTO. Si bien la BMC realiza la publicación de las Fichas Técnicas de Negociación a través de su página web, para conocimiento del mercado y del público en general, las condiciones de participación, obligaciones y demás particularidades incluidas en las precitadas Fichas Técnicas de Negociación que rigen las operaciones que se celebran en el escenario del MCP administrado por la Bolsa Mercantil, son estructuradas por las entidades estatales participantes, con asesoría de sus sociedades comisionistas de Bolsa³.

En ese orden, no se encuentra dentro de las funciones de la Bolsa como foro de negociación, proveedor de infraestructura y escenario de negociación, estructurar las Fichas Técnicas de Negociación que son responsabilidad de las entidades estatales compradoras.

AL CUARTO: ES PARCIALMENTE CIERTO. Las sociedades comisionistas de Bolsa no son “terceros” en las operaciones que se celebran en el escenario de negociación provisto por la BMC. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.11.1.2.2. del Decreto 2555 de 2010 que reza:

¹ “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

² “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”

³ Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC, artículo 3.6.2.3.1. “(...) La sociedad comisionista miembro seleccionada para actuar por cuenta del comprador deberá prestar toda su experticia para ajustar la Ficha Técnica de Negociación, conforme resulte necesario, teniendo en cuenta para el efecto las normas que regulan el deber de asesoría exigible a las sociedades comisionistas miembros. (...)”

“Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities deberán constituirse como sociedades anónimas o entidades cooperativas y tendrán como objeto social exclusivo el desarrollo del contrato de comisión para la compra y venta de bienes, productos y servicios agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, títulos, valores, derivados, derechos y contratos con origen o subyacente en tales bienes, productos y servicios que se negocien por conducto de esas bolsas. (...)”

En virtud de lo anterior, las sociedades comisionistas de Bolsa, en desarrollo de su objeto social exclusivo, celebran contratos de comisión con sus clientes, para en nombre propio y por cuenta ajena⁴, celebrar operaciones en el escenario de negociación administrado por la BMC.

Siendo ello así, la Operación Forward MCP No. 37235470, fue celebrada por conducto del MCP, entre la Sociedad Comisionista de Bolsa Miguel Quijano y CIA S.A., actuando por cuenta de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, y la Sociedad Comisionista de Bolsa Mercado y Bolsa S.A., actuando por cuenta del comitente vendedor señor Juan Carlos Almansa Latorre.

AL QUINTO: ES CIERTO. De conformidad con lo indicado en precedencia, la Operación Forward MCP No. 37235470, fue celebrada el treinta (30) de diciembre de 2019, entre la Sociedad Comisionista de Bolsa Miguel Quijano y CIA S.A., actuando por cuenta de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, y la Sociedad Comisionista de Bolsa Mercado y Bolsa S.A., actuando por cuenta del comitente vendedor Juan Carlos Almansa Latorre.

AL SEXTO: ES CIERTO Y ACLARO. La Operación Forward MCP No. 37235470, fue celebrada el treinta (30) de diciembre de 2019, y la Ficha Técnica de Negociación **(Anexo No. 2)** estableció como plazos para la prestación del servicio, los siguientes:

“La prestación del servicio de alimentación, se llevará a cabo a partir del sexto día hábil siguiente a la fecha de cierre de la operación y hasta el 31 de Mayo de 2020 o hasta agotar el presupuesto oficial asignado para cada grupo, lo primero que ocurra. En la ejecución de la negociación, se podrán requerir prórrogas a la ejecución de la operación, en todo caso, observando lo previsto en el reglamento de la BMC.”

No obstante lo anterior, se realizaron dos (2) prórrogas en duración, la última tuvo lugar hasta el tres (3) agosto de 2020.

AL SÉPTIMO: NO ME CONSTA. Si bien dentro del Sistema de la Bolsa no registran incumplimientos decretados para la Forward MCP No. 37235470, a la BMC no le consta que no se hayan presentado reclamaciones y/o afectaciones a las pólizas de seguro constituidas a favor de la Entidad Estatal por parte de la punta vendedora en la precitada operación, comoquiera que dichas garantías no son

⁴ Código de Comercio, artículo 1287. **Comisión.** La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena.

administradas por la Bolsa, tal y como lo establece el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC, así:

“Artículo 3.6.2.6.3.- Otras garantías. De acuerdo con el artículo 2.2.1.2.1.2.18. del Decreto 1082 de 2015, las Entidades Estatales podrán a su arbitrio y bajo su entera responsabilidad, solicitar a los clientes vendedores, a través de las correspondientes Fichas Técnicas de Negociación, la constitución de garantías adicionales para mitigar riesgos no amparados por las garantías otorgadas a través del sistema de compensación y liquidación de operaciones administrado por la Bolsa, siendo claro que los riesgos amparados de este modo no serán compensables por dicho sistema, debiendo entonces las Entidades Estatales proceder a verificar la efectividad de dichas garantías acudiendo al procedimiento propio de aquellas, el cual es ajeno a la Bolsa.

En todo caso, corresponderá a la Entidad Estatal que solicita la constitución de estas garantías, realizar los actos de verificación, estudio, seguimiento, ejecución y todos los demás que sean necesarios para la efectividad de dichas garantías. (...)”

AL OCTAVO: ES CIERTO. Dentro del acápite denominado: “11. OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD COMISIONISTA COMPRADORA Y COMITENTE COMPRADOR” de la Ficha Técnica de Negociación, se estableció como obligación a cargo de la sociedad comisionista compradora y del Comitente Comprador, entre otras, las siguientes:

“3. Dar respuesta oportuna a las solicitudes del Comitente Vendedor con ocasión de la ejecución de la negociación.

4. Pagar de manera oportuna el valor pactado como contraprestación de los servicios prestados previo cumplimiento de los documentos requeridos.”

AL NOVENO: NO ME CONSTA. Me atengo a lo que se pruebe en el descorrer procesal.

AL DÉCIMO: NO ME CONSTA. Sin perjuicio de que se incluyó dentro de los anexos presentados por el demandante, documento denominado: Factura de Venta 9446 del veinticinco (25) de agosto de 2020, tal y como lo manifiesta aquel, dicha factura fue presentada a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, y no a la Bolsa Mercantil, lo anterior, guardando armonía con lo expresamente establecido en la Ficha Técnica de Negociación. En ese orden, me atengo a lo que se pruebe en el descorrer procesal.

AL DÉCIMO PRIMERO: NO ME CONSTA. De conformidad con lo señalado en la respuesta al hecho que antecede, no me consta la fecha de radicación de la mencionada factura a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, por tanto, me atengo a lo que se pruebe en el descorrer procesal.

AL DÉCIMO SEGUNDO: NO ME CONSTA. Sin perjuicio del documento que anexa el demandado a su escrito de demanda con fecha del dos (2) de diciembre de 2020, y presuntamente elaborado por la



SCB Miguel Quijano y CIA S.A., y dirigido a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el descorrer procesal.

AL DÉCIMO TERCERO: NO ME CONSTA: Me atengo a lo que se pruebe en el descorrer procesal.

AL DÉCIMO TERCERO A: NO ME CONSTA: Me atengo a lo que se pruebe en el descorrer procesal.

AL DÉCIMO TERCERO B: NO ME CONSTA: Me atengo a lo que se pruebe en el descorrer procesal.

AL DÉCIMO TERCERO C: NO ME CONSTA: Me atengo a lo que se pruebe en el descorrer procesal.

AL DÉCIMO CATORCE: ES CIERTO. A través de Acta de Comité Arbitral No. 253 y 253 A de 2020, las partes de la Operación Forward MCP No. 37235470, acordaron lo siguiente:

“PRIMERO: El mandante comprador elevará una consulta a otras instancias para contar con un concepto sobre la procedencia o no del pago.

Nota 1: El vendedor no renuncia a pretensión indemnizatoria.

Nota 2: El comprador no acepta pretensión indemnizatoria alguna.”

AL DÉCIMO QUINCE: NO ME CONSTA: Sin perjuicio del documento que es aportado como anexo al escrito de demanda por parte del demandante, con fecha del veintiocho (28) de diciembre de 2020, Con radicado JUR-249-2020, y dirigido a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el descorrer procesal.

AL DÉCIMO SEXTO: NO ME CONSTA: Sin perjuicio del documento que es aportado como anexo por parte del demandante, con fecha del treinta (30) de diciembre de 2020, dirigido por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, a la SCB Miguel Quijano y CIA S.A. En ese sentido, me atengo a lo que se pruebe en el descorrer procesal.

AL DÉCIMO SÉPTIMO: NO ME CONSTA: Me atengo a lo que se pruebe en el descorrer procesal.

AL DÉCIMO OCTAVO: NO ME CONSTA: Sin perjuicio de las actas de audiencias emitidas por la Procuraduría General de la Nación que aporta el demandante como anexo en su escrito de demanda. Por lo tanto, me atengo a lo que se pruebe en el descorrer procesal.

AL DÉCIMO NOVENO: NO ME CONSTA: Sin perjuicio de lo manifestado en la respuesta al hecho anterior, por lo que me atengo a lo que se pruebe en el descorrer procesal.

AL VIGÉSIMO : NO ME CONSTA: No obstante lo señalado en la respuesta al hecho Décimo Octavo, de la presente contestación, en ese orden, me atengo a lo que se pruebe en el descorrer procesal.

AL VIGÉSIMO PRIMERO : NO ME CONSTA: Sin perjuicio de lo manifestado en la respuesta al hecho Décimo Octavo de la presente contestación, por tanto, me atengo a lo que se pruebe en el descorrer procesal.

AL VIGÉSIMO SEGUNDO : NO ME CONSTA: No obstante lo señalado en la respuesta al hecho Décimo Octavo de la presente contestación, me atengo a lo que se pruebe en el descorrer procesal.

2. SEGUNDO PUNTO DEL MEMORIAL: CONTESTACIÓN AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA Y ARGUMENTOS DE DEFENSA DE LA BMC

2.1 Contestación del Llamamiento en garantía

Además de la defensa que se desprenda de la contestación a los hechos de la demanda efectuada líneas que antecede, así como aquellas excepciones que resulten probadas dentro del proceso y que sean declaradas por el Despacho, a continuación procedo a dar respuesta al llamamiento en garantía realizado por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, y a presentar los argumentos de defensa correspondientes.

En claro lo anterior, y toda vez que, el llamado en garantía realizado por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, se circunscribió a lo siguiente:

“De igual manera, me permite solicitar que se llame en garantía a la Bolsa Mercantil de Colombia en virtud de rol en la negociación de la Operación Mercantil No. 37.235.410 de 2019 y de su incidencia en la estructuración de la Ficha Técnica de Negociación.”

Desde ahora me permito oponerme a la prosperidad de lo pretendido con el llamamiento en garantía formulado en contra de mi representada, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

El artículo 225 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagra que, le corresponde a la parte llamante mencionar en el escrito de su solicitud, entre otras, lo siguiente:

“1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.

2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.

3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.

4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.” (Resaltado fuera de texto original)

De lo transcrito en precedencia se puede colegir que, dentro del caso que nos ocupa el llamante en no cumplió con los requisitos mínimos previstos en el artículo 255 de la Ley 1437 de 2011 para que aquel resultara procedente, toda vez que, no se evidencia la existencia de hechos ni fundamentos de derecho que basen el aludido llamamiento en contra de la BMC.

Ahora bien, frente a la exigencia de que en el escrito de llamamiento se expongan los hechos en que se apoya la citación del tercero y los fundamentos de derecho que sustenten la actuación, se ha precisado por parte del Honorable Consejo de Estado que, esto tiene por finalidad establecer los extremos y elementos de la relación sustancial que se solicita sea definida por el juez, así como ofrecer un fundamento fáctico y jurídico mínimo del derecho legal o contractual en que se apoya el llamamiento, en orden a que la invocación de ese instrumento procesal sea seria, razonada y responsable y, al mismo tiempo, se garantice el derecho de defensa de la persona que sea citada en tal condición al proceso⁵.

En ese orden, respecto al contenido y requisitos para que resulte procedente el llamamiento en garantía, el H. Consejo de Estado señaló en Sentencia con radicación No. 11001-03-26-000-2013-00100-00 del diez (10) de mayo de 2017, con Consejero Ponente Dr.: Carlos Alberto Zambrano Barrera, lo siguiente:

“El llamamiento en garantía, tiene ocurrencia cuando entre la persona citada y la que hace el llamamiento existe una relación de orden legal o contractual, con el fin de que aquella pueda ser vinculada a las resultas del proceso y, en particular, para que sea obligada a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago que sea impuesto en la sentencia que decida el respectivo proceso. (...) la demostración del derecho legal o contractual en que se funda la petición de llamamiento tiene como razón de ser el derecho que surge para el llamante de exigir la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reintegro del pago que tuviera que hacer en virtud de la sentencia condenatoria que se profiera en su contra, de manera que en la misma sentencia que falle sobre la litis principal se defina también la relación que pueda existir entre llamante y llamado. Adicionalmente, quien solicita el llamamiento en garantía debe cumplir con la carga procesal de acompañar prueba siquiera sumaria del derecho legal o contractual que le permita exigir del tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reintegro del pago que tuviere que hacer en virtud de la sentencia condenatoria que se profiera en su contra. Con fundamento en lo anterior, se precisa, entonces, que la procedencia del llamamiento en garantía está condicionada a que se encuentren acreditados los requisitos de forma previstos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al igual (al menos sumariamente), el vínculo jurídico legal o contractual que faculta al demandado para llamar en garantía a un tercero.” (Resaltado fuera de texto original)

⁵ Consejo de Estado, Sentencia con radicación No. 11001-03-26-000-2013-00100-00 del diez (10) de mayo de 2017, M.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.



En síntesis, y de conformidad con lo señalado por la Ley y por el H. Consejo de Estado, dentro del proceso que nos ocupa, el llamante en garantía no cumplió con los requisitos necesarios para que el llamamiento en garantía fuera admitido, comoquiera que, no aportó los hechos ni fundamentos de derecho en los que basa el llamamiento, así como tampoco cumplió con la carga procesal de acompañar su solicitud, con prueba que evidencie el derecho legal o contractual que le permite exigir a un tercero llamado en garantía, la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reintegro del pago que tuviere que hacer en virtud de una sentencia condenatoria que llegara a proferirse en su contra. Adicionalmente, llamamos particularmente la atención del despacho que entre la BMC y la USPEC no existe vínculo legal ni contractual.

Por lo anterior, insto al Despacho a desestimar el llamamiento realizado por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC contra la BMC, conforme lo precedente.

2.2. Argumentos de defensa de la BMC

2.2.1 Naturaleza Jurídica y Funciones de la BMC:

Sea lo primero reiterar que, la Bolsa es una entidad de naturaleza privada cuyo objeto principal es el de organizar y mantener en funcionamiento un mercado público de bienes, productos y commodities sin la presencia física de los mismos, así como de servicios, documentos de tradición o representativos de mercancías, títulos, valores, derechos, derivados y contratos que pueden transarse en los mercados bajo su administración, regido por las disposiciones de la Ley 964 de 2005 y el Decreto 2555 de 2010.

En virtud de lo anterior, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2555 de 2010, libro 11, artículo 2.11.1.1.1, “ (...) *las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities son sociedades anónimas que tienen como objeto organizar y mantener en funcionamiento un mercado público de bienes y productos sin la presencia física de los mismos, así como de servicios, documentos de tradición o representativos de mercancías, títulos, valores, derechos, derivados y contratos que puedan transarse en dichas bolsas*”.

Con tal propósito, las bolsas de productos garantizan condiciones suficientes de transparencia, honorabilidad y seguridad, facilitan el acceso y la igualdad de condiciones de participación para todos los oferentes y demandantes, y desarrollan normas sobre las características mínimas de los bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities y sobre las cláusulas básicas que deben incluir los contratos respectivos. De igual manera, se encargan de suministrar información oportuna y fidedigna sobre las negociaciones y condiciones del mercado.

En ese sentido, las bolsas de bienes y productos según lo dispuesto en el artículo 2.11.1.1.9 del Decreto 2555 de 2010, reúnen las siguientes características:

“Artículo 2.11.1.1.9 Características de los sistemas de negociación.

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

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

Teniendo en cuenta lo anterior, las bolsas de bienes y productos organizan y mantienen en funcionamiento un mercado público procurando la participación, eficiencia y liquidez del mercado en beneficio de los inversionistas y usuarios.

Bajo este contexto, vale la pena referirnos al Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Mercantil, el cual es aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y define las funciones de la Bolsa, así:

“Artículo 1.2.1.1.- Funciones de la Bolsa. *La Bolsa deberá garantizar a quienes participan en los mercados y en el sistema de compensación y liquidación por ella administrados y al público en general condiciones suficientes de transparencia, honorabilidad y seguridad. Asimismo, en desarrollo de su objeto social, la Bolsa deberá:*

- 1. Facilitar el acceso y garantizar la igualdad de condiciones de participación para todos los oferentes y demandantes de los bienes, productos, commodities, servicios, documentos de tradición o representativos de mercancías, títulos, valores, derechos, derivados y contratos que pueden transarse en los mercados bajo su administración.*
- 2. Desarrollar normas sobre características mínimas de los bienes, productos y commodities que se pretendan negociar a través de la Bolsa.*
- 3. Establecer los procedimientos para inscribir, suspender, cancelar o retirar los bienes, productos, commodities, documentos de tradición o representativos de mercancías, títulos, valores, derechos, derivados y contratos objeto de negociación y desarrollar sistemas de estandarización de los mismos.*
- 4. Estudiar las solicitudes de admisión de quienes pretendan ejercer como miembros de la bolsa.*
- 5. Establecer las características de los contratos que se celebren en los mercados bajo su administración.*
- 6. Suministrar información oportuna y fidedigna sobre las negociaciones y condiciones de los mercados que administra a los Participantes del mercado y al público en general.*
- 7. Establecer, a través de su junta directiva, mecanismos adecuados tendientes a brindar la máxima seguridad de cumplimiento de las operaciones que se realicen en el mercado.*

9. Implementar los mecanismos que contribuyan a la organización y desarrollo de mercados de bienes, productos o commodities sin la presencia física de los mismos, así como de servicios, documentos de tradición o representativos de mercancías, títulos, valores, derechos, derivados y contratos, incluyendo dentro de ellos la formación de mercados especializados de un determinado bien, producto, commodity, servicio, documento de tradición o representativo de mercancías, título, valor, derecho, derivado o contrato cuando así lo considere conveniente.

10. Determinar el área de supervisión y el órgano de disciplina de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa y de las personas vinculadas a estas en relación con el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y contractuales de conformidad con lo dispuesto en el marco legal y en las disposiciones previstas en el presente reglamento.

11. Facilitar y propiciar la solución de los conflictos que pudieren derivarse de las negociaciones celebradas a través de la Bolsa, mediante un organismo que utilice mecanismos alternativos de solución de conflictos.

12. Establecer sistemas de información y evaluación de mercados para brindar a sus miembros y a terceros, información actualizada sobre las cantidades, precios y valores de los bienes, productos u otros commodities transados en la Bolsa a nivel nacional y la información que sobre ellos tenga a nivel internacional. Este mismo sistema deberá cubrir los servicios, documentos de tradición o representativos de mercancías, títulos, valores, derechos, derivados y contratos que se transen a través de la Bolsa.

13. Celebrar contratos y convenios que permitan la utilización de la Bolsa como mecanismo de comercialización para todas las entidades públicas y privadas del país, o del extranjero, así como de las actividades complementarias y conexas con su objeto, o cuya finalidad sea ejercer los derechos o cumplir las obligaciones legales y convencionales derivadas de la existencia y objetivos de la sociedad.

15. Reglamentar la negociación y las operaciones que se celebren a través de ella y las actuaciones de sus miembros.

17. Organizar, reglamentar y realizar martillos, subastas públicas o similares para ventas al mejor postor de bienes, productos o commodities, servicios, documentos de tradición o representativos de mercancías, títulos, valores, derechos, derivados y contratos que pueden transarse en los mercados bajo su administración.

18. Contar con los recursos y el personal necesario para implementar y mantener los planes de contingencia y continuidad de negocio.”.

Así las cosas, y en lo relativo a la celebración de operaciones bursátiles, estas se llevan a cabo de manera exclusiva a través de sus miembros, es decir, las sociedades comisionistas de bolsa, que bajo los términos del artículo 1.6.1.1. del Reglamento, previamente aceptado por la Junta Directiva, deben encontrarse inscritos en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores y deben hallarse habilitados para desarrollar el objeto social de los miembros de una bolsa de productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities.

De esta forma, con la exigencia de dichos requisitos se busca garantizar la idoneidad, especialidad y profesionalidad de los agentes que participan en el mercado administrado por la BMC, entre estos el MCP.

En este punto es importante señalar que, las sociedades comisionistas miembros, actúan por expresa habilitación legal dentro del escenario de negociación de la BMC, de conformidad con lo consagrado en el Decreto 2555 de 2010, así:

“ARTÍCULO 2.11.1.2.2 Objeto social. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities deberán constituirse como sociedades anónimas o entidades cooperativas y tendrán como objeto social exclusivo el desarrollo del contrato de comisión para la compra y venta de bienes, productos y servicios agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, títulos, valores, derivados, derechos y contratos con origen o subyacente en tales bienes, productos y servicios que se negocien por conducto de esas bolsas.”

En virtud de lo anterior, estas sociedades comisionistas celebran contratos de comisión con sus clientes comitentes, entendidos estos según el Código de Comercio, como:

“ARTÍCULO 1287. COMISIÓN. La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena.”

En relación con dichos contratos de comisión, es menester reiterar que, los mismos son suscritos entre las sociedades comisionistas de Bolsa y sus clientes únicamente, por tanto, la Bolsa no hace parte de aquellos, ni se obliga con ocasión de los mismos, dado que a la Bolsa le asisten funciones orientadas exclusivamente a servir de foro de negociación, proveedor de infraestructura y administrador del sistema de compensación y liquidación.

En ese orden, y en desarrollo de sus funciones como organizador y administrador dentro del mercado, para efectos del tema que nos ocupa, a la Bolsa Mercantil no es posible atribuirle responsabilidad por los hechos o las actuaciones que desarrollen los miembros que participan en sus mercados. Esto, de conformidad con lo consagrado en el artículo 1.2.1.3 del Reglamento de la Bolsa, expedido bajo expresa habilitación otorgada por el artículo 2.11.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, así:

“Artículo 1.2.1.3.- Responsabilidad de la bolsa respecto a terceros. La Bolsa no será responsable patrimonialmente por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por parte de sus miembros para con sus clientes o para con terceros.”

Aunado a lo anterior, el artículo 3.1.1.5. del precitado Reglamento, establece lo siguiente:

“Artículo 3.1.1.5.- Obligaciones Generales. Las sociedades comisionistas miembros quedarán obligadas en los términos que se establecen en este Reglamento, en la Circular Única de Bolsa y en los Instructivos Operativos, por su participación en los Procesos de Negociación para la celebración de una posible operación, por toda operación que sea celebrada a través de la Bolsa y por el Registro de Facturas.

Igualmente serán responsables de la información que han presentado en los Procesos de Negociación para la celebración de una posible operación, en las posturas en la complementación de las operaciones, en la relacionada con el Registro de Facturas, así como en todos los trámites relacionados con las operaciones.

*Así mismo, de conformidad con el artículo 2.15.1.3.2. del Decreto 2555 de 2010, o la norma que lo modifique, adicione o sustituya, **se entiende que las sociedades comisionistas miembros, las personas vinculadas a éstas y las personas que negocien por su conducto, conocen y aceptan los Reglamentos, Circulares e Instructivos Operativos de la Bolsa. En consecuencia, en ningún momento servirá como excusa la ignorancia de dichos Reglamentos, Circulares e Instructivos Operativos y por lo tanto los mismos obligan en los términos en ellos previstos.*** (Resaltado fuera de texto original)

“Artículo 3.1.1.6.- Responsabilidad especial. Cada sociedad comisionista miembro de la Bolsa, por el solo hecho de participar en cualquiera de los mercados administrados por la misma, declara y acepta que las operaciones efectuadas por ésta la obligan en los términos establecidos en el marco legal y reglamentario aplicable a su actuación. En particular, cuando actúen en desarrollo del contrato de comisión, deberán dar cumplimiento a las operaciones sin que les sea admisible alegar falta de provisión de parte de sus clientes.

Cada sociedad comisionista miembro de la Bolsa asume el cumplimiento de las obligaciones a su cargo derivadas de las operaciones que ha celebrado, exime de toda responsabilidad a la Bolsa por tal concepto y se obliga con ella y con los demás miembros de la misma a mantenerlos libres de todo perjuicio, por los actos u omisiones de las personas vinculadas a la sociedad comisionista miembro de la Bolsa, aunque éstos hubieren sido efectuados por medios fraudulentos, o sin la aquiescencia de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa.”. (Resaltado fuera de texto original)

Asimismo, el Reglamento de la Bolsa establece expresamente la exoneración de responsabilidad de la Bolsa respecto de las operaciones que se realicen a través de cualquiera de los mercados y/o sistemas administrados por la Entidad, así:

“Artículo 3.1.1.7- Alcance de la responsabilidad de la Bolsa. La Bolsa bajo ninguna circunstancia asumirá el carácter de contraparte en las operaciones que se realicen a través de los sistemas que administre, o de otros sistemas de negociación de valores o de registro de operaciones sobre valores, en los cuales se negocien o registren valores de la misma especie de los que se negocian o registren por conducto de la Bolsa.” (Resaltado fuera de texto original)

De lo descrito en precedencia, es importante resaltar que, todos los participantes en las operaciones desarrolladas en los mercados administrados por la Bolsa Mercantil reconocen y aceptan las disposiciones y procedimientos establecidos en su Reglamento, Circular e Instructivo, y se someten a los términos del contrato de comisión, cuando se actúe como sociedad comisionista. Al respecto, desde su ingreso conocen y aceptan el papel de la Bolsa como organizador y administrador del mercado, que en ningún caso se traduce en servir de contraparte de quienes desarrollan operaciones, cualquiera que sea la modalidad de esta.

2.2.2 De las Operaciones que se celebran en el Mercado de Compras Públicas – MCP

Ahora bien, considerando que las controversias planteadas en el escrito de demanda presentado a su Despacho, parten de una operación celebrada en rueda de negocios del Mercado de Compras Públicas – MCP administrado por la Bolsa, para el efecto, se hace necesario referirnos a las normas que regulan este mecanismo de compra pública, en los siguientes términos:

Sobre el particular, las ruedas de negocios constituyen el escenario de negociación administrado por la Bolsa, en el cual las sociedades comisionistas miembros, actuando por cuenta de sus clientes, pregonan sus posturas para efectuar operaciones⁶.

De otro lado, consagra el Reglamento de la BMC frente a las obligaciones que se generan para esta última con ocasión de las ruedas de negocios, lo siguiente:

“Artículo 3.2.1.1.4.- Obligaciones de la Bolsa. Las obligaciones de la Bolsa respecto de las ruedas de negocios se circunscriben a proveer la infraestructura de personal, los mecanismos, sistemas y demás medios necesarios para facilitar a las sociedades comisionistas miembros la realización de operaciones en el escenario bursátil. Así mismo, corresponde a la Bolsa administrar la operación diaria de las ruedas a través del Presidente de Rueda y supervisar su adecuado funcionamiento en forma acorde con los principios que rigen la operación de los mercados, sin perjuicio de las funciones que corresponden a otras áreas o instancias en materia de autorregulación.” (Resaltado fuera de texto original)

De lo indicado se infiere que, el papel de la BMC en las ruedas de negociación consiste en proveer los medios para que se lleve a cabo, en adecuada forma, la operación que pretende realizarse, sin que ésta asuma posturas o compromisos respecto a cualquiera de sus participantes.

En claro lo anterior, y en punto de las operaciones que se celebran en el Mercado de Compras Públicas administrado por la BMC, es importante señalar que, el MCP es el escenario a través del cual se tranzan bienes y/o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización⁷ que van a ser adquiridos por las entidades estatales de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007.

Así, los bienes y servicios susceptibles de ser contratados a través de este mecanismo se definen en el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 *“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”*, y en el artículo 2.2.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015. Ambas normas los identifican como aquellos de común utilización con

⁶ Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC, artículo 3.2.1.1.2.

⁷ Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Artículo 3.6.1.1 A través del mercado de compras públicas, en adelante “MCP” se celebrarán aquellas operaciones que tengan como causa la adquisición o enajenación de bienes, productos y/o servicios por cuenta de una entidad estatal que se encuentre sometida al Estatuto General de Contratación Pública. Las operaciones que se podrán realizar se encuentran previstas en el presente Título.

especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares, que en consecuencia pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición.⁸

Por tanto, y posterior a las validaciones que efectúe cada entidad estatal sobre su necesidad de adquisición, estas pueden optar por acudir al MCP de la Bolsa, a través de sociedades comisionistas miembros que cumplan con las disposiciones normativas aplicables y con los requisitos habilitantes establecidos por las entidades estatales a través de la Ficha Técnica de Negociación correspondiente.

Una vez las entidades acuden al escenario, deben surtir los procedimientos establecidos por la Bolsa Mercantil a través de sus Reglamentos⁹, para llevar a cabo el proceso de negociación pretendido, el cual contiene las siguientes etapas:

“Artículo 3.6.1.10.- Etapas. Las negociaciones que se realicen en el MCP deberán cumplir las siguientes etapas:

1. Definición de la necesidad de negociación: Etapa en la cual la Entidad Estatal realiza los estudios técnicos y económicos que la Ley exige con la finalidad de determinar sus necesidades de adquisición o enajenación y las condiciones en las cuales se debe realizar.

2. Manifestación de interés: Etapa en la cual la Entidad Estatal informa a la Bolsa, a través de la Carta de Intención, su interés de adquirir bienes, productos y/o servicios, o enajenar bienes, de conformidad con los artículos 3.6.2.1.1. y 3.6.3.1.2. del presente Reglamento.

3. Selección objetiva de sociedades comisionistas miembros: Etapa en la cual se escoge, a través de la Rueda de Selección, la sociedad comisionista miembro que actuará por cuenta de una o más Entidades Estatales.

4. Determinación de las condiciones definitivas de la negociación: Etapa en la cual se definen las condiciones definitivas de la negociación, previa exposición al mercado de la Ficha Técnica de Negociación Provisional para su conocimiento y observaciones. La Bolsa establecerá a través de Circular el procedimiento que se aplicará para la atención de las dudas que se presenten en relación con el contenido de la Ficha Técnica de Negociación Provisional publicada.

5. Exposición de la Ficha Técnica de Negociación Definitiva y convocatoria a la Rueda de Negociación: Etapa en la cual se informa de la fecha de la Rueda de Negociación, se publica la Ficha Técnica de Negociación Definitiva y se definen los precios de referencia que se tendrán en cuenta.

⁸ Según el artículo 3.2.1.1 del Decreto 734 de 2012 “Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones”, vigente a la fecha de los hechos de la controversias, estos bienes y productos son “aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos”.

⁹ Decreto 1082 de 2015. **Artículo 2.2.1.2.1.2.11.** Régimen aplicable. Además de lo previsto en el Decreto 2555 de 2010 y las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan y los reglamentos internos de las bolsas de productos, las siguientes disposiciones son aplicables a la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes en bolsas de productos.

6. Celebración de la Rueda de Negociación: Etapa en la cual se celebran las negociaciones por cuenta de una Entidad Estatal.”

En virtud de lo anterior, es posible identificar dos momentos en los procesos de selección abreviada a través de la Bolsa Mercantil, que no pueden confundirse o tratarse de la misma forma. En primer lugar, se desarrolla un proceso de selección objetiva de la sociedad comisionista de Bolsa que actuará en nombre propio, pero por cuenta de la entidad estatal. Dada la naturaleza jurídica de este contrato de comisión, el cual se suscribe como consecuencia de dicha selección, se sujetará al procedimiento previsto por la Bolsa Mercantil, pero se desarrollará de conformidad con los principios de selección de la contratación pública.

El segundo momento, corresponde a la negociación desarrollada con el propósito de celebrar una operación entre las sociedades comisionistas compradora y vendedora, en los términos y condiciones establecidas en la Ficha Técnica de Negociación.

En este punto resulta de suma relevancia precisar que, la Ficha Técnica de Negociación constituye el documento a través del cual las entidades estatales delimitan el objeto del encargo que se confiere a la sociedad comisionista compradora y se establecen las obligaciones específicas que, de acuerdo a cada negociación, deben cumplir las sociedades comisionista compradora y vendedora y el cliente vendedor.¹⁰

En ese sentido, es claro entonces que, el objeto de la negociación, los términos de ejecución, las condiciones, requisitos, obligaciones, deberes, etc., que sean incluidos en las Fichas Técnicas de Negociación por parte de las entidades estatales, son única y exclusivamente responsabilidad de aquellas, comoquiera que la Bolsa no participa en la determinación de dichas características.

Así las cosas, para el caso en comento, la Ficha Técnica de Negociación de la Operación Forward MCP No. 37235470, fue estructurada por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC con asesoría de su Sociedad Comisionista de Bolsa Miguel Quijano y CIA S.A., y la Bolsa Mercantil no tuvo ninguna participación respecto de su elaboración y/o determinación, toda vez que, tal y como fue evidenciado líneas que anteceden, dicha actividad no se encuentra dentro de las funciones que ostenta la BMC como foro de negociación, proveedor de infraestructura y administrador del Sistema de Compensación y Liquidación.

En relación con las fichas técnicas de negociación que se estructuran por parte de las entidades estatales participantes en el MCP, es importante indicar que, dentro de las etapas previstas y transcritas anteriormente, se incluye la denominada *“etapa de determinación de las condiciones definitivas de la negociación”*, en la cual, previa exposición al mercado de la ficha técnica de negociación provisional, este puede realizar observaciones, o presentar sus dudas en relación con el contenido de la aludida ficha técnica. Dichas observaciones son atendidas por la entidad estatal y su sociedad comisionista de Bolsa.

¹⁰ Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC, artículo 3.6.1.2.

de negociación administrado por la BMC, conocían de antemano todas las obligaciones, condiciones, requisitos, términos, etc., dispuestos por la USPEC para realizar la adquisición de servicios pretendida por conducto del MCP, dentro de los cuales se encontrada el siguiente:

“NOTA 2. Como requisito para el pago de la última factura, el Comitente Vendedor deberá allegar junto con la documentación soporte mencionada previamente, la siguiente documentación: (...)

- **Recibo a satisfacción del comitente vendedor entrante.** (Resaltado fuera de texto original)

Obligación que de forma libre y autónoma decidieron aceptar al momento de manifestar interés para participar en la rueda de negociación que concluyó con la adjudicación de la Operación Forward MCP No. 37235470.

Como argumento adicional a lo manifestado, se tiene que, dentro del proceso de negociación correspondiente, y en etapa de presentación de observaciones, la SCB Mercado y Bolsa S.A., presentó la siguiente observación a la Entidad Estatal USPEC:

“OBSERVACIÓN 406

OBSERVACION 19

REVISIÓN DE DOCUMENTOS SOPORTE, SUBSANACIÓN Y AVAL DE LA FACTURA. NOTA 2. PÁG 20

*Teniendo en cuenta lo contemplado en la **TERCERA VIÑETA** de la página 20 de la FTN y en concordancia con la observación número 14 de este escrito, **se solicita eliminar el siguiente requisito para el pago de la última factura: “Recibo a Satisfacción del Comitente Vendedor Entrante”**. Lo anterior, como quiera que las obligaciones que adquiere el Comitente Vendedor en el marco de la negociación obedecen al suministro de alimentación adquirida por la USPEC para la PPL y en nada intervienen terceros vendedores ajenos a la operación que se ejecuta o que hasta ese momento se ejecutó. De continuar esta exigencia se estaría dejando a potestad de un tercero ajeno a la operación (como lo es vendedor entrante) el cumplimiento de los requisitos para el pago de los recursos que solo le incumben al vendedor que está ejecutando la negociación y no al que llega. Fíjese que lo contemplado en la FTN deja en manos de un tercero el pago de la facturación a la que tienen derecho los operadores, situación que se presta para irregularidades y posibles actuaciones reprochables de quienes quieren sacar provecho de la ejecución de los recursos del Estado.”*

A lo que la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - USPEC respondió:

“RESPUESTA OBSERVACIÓN 406: No se acepta la observación. La entidad se mantiene en lo establecido en la FTN.” **(Anexo No. 4)**

Por tanto, se tenía pleno conocimiento por parte del demandando y su Sociedad Comisionista de Bolsa, que la Entidad Estatal no había accedido a retirar dicha obligación de la Ficha Técnica de Negociación. Luego el actuar del comitente vendedor fue autónomo de cara a su voluntad de participar en la negociación que le resulta adjudicada, lo cual trasciende las funciones que le competen a la BMC como administrador de un sistema de negociación como lo es el MCP.

En este punto es importante mencionar que, de conformidad con el artículo 3.1.2.5.6.3. de la Circular Única de Bolsa, *“Las sociedades comisionistas miembros, mediante comunicación dirigida a la Bolsa, suscrita por Representante Legal y remitida a la dirección de correo electrónico operaciones@bolsamercantil.com.co o por el medio que la Bolsa defina para el efecto **podrán retirar su manifestación de interés de participar en la Rueda de Negociación con anterioridad a las 8:30 a.m. del día en que se llevará a cabo la negociación respectiva**, de acuerdo con lo indicado en el Anuncio Público de Negociación El retiro de la manifestación de interés por parte de una Sociedad Comisionista es irrevocable y, por ende, no podrá retractarse de este.”* (Resaltado fuera de texto original)

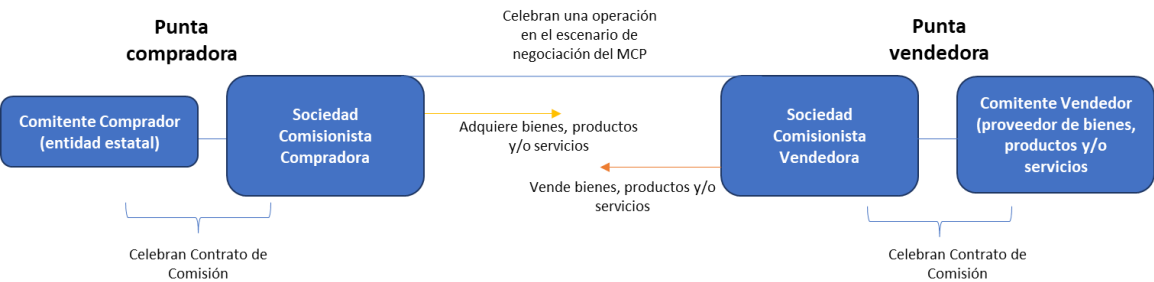
Por lo anterior, existía la clara y expresa posibilidad de que la SCB Mercado y Bolsa S.A. actuando por cuenta del señor Juan Carlos Almansa Latorre decidiera retirar su manifestación de interés para participar en la rueda de negociación correspondiente por las razones que considerara pertinentes, sin embargo, esto no sucedió, y dicha sociedad comisionista por instrucción de su mandante continuó con su manifiesto interés de participar en la rueda de negociación que finalmente tuvo lugar el treinta (30) de diciembre de 2019.

Ahora bien, continuando con las etapas previstas dentro del MCP se tiene que, llegados el día y la hora establecidos en el Anuncio Público de Negociación, se abre la rueda de negociación a la cual acuden las sociedades comisionistas de Bolsa actuando por cuenta de sus clientes. Dicha rueda de negociación seguirá el procedimiento fijado en el Reglamento de la BMC.

En ese sentido, y a efectos de garantizar que, en desarrollo de la rueda de negociación, las Entidades Estatales obtengan el menor precio o la mayor cantidad posible, las negociaciones que se realicen dentro del MCP utilizarán el mecanismo de puja, con posturas sucesivas con disminución de precio unitario, o posturas sucesivas con aumento de cantidades sobre un mismo valor total de la negociación.¹²

Una vez finalice la presentación de postura por parte de las sociedades comisionistas de Bolsa participantes en rueda de negociación, se adjudicará la operación a la mejor postura, de conformidad con el mecanismo de puja seleccionado por la entidad estatal respectiva.

Lo anterior, y para un mayor entendimiento, se podría graficar de la siguiente manera:



¹² Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC, artículo 3.6.2.5.2.

Del diagrama presentado se desprende lo siguiente para el caso *sub examine*. La punta compradora se compone por la SCB Miguel Quijano y CIA S.A, quien celebró un contrato de comisión con la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, para acudir al escenario de negociación provisto por la BMC, para suplir sus necesidades de adquisición de bienes, productos y/o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Por otro lado, la punta vendedora se compone por la SCB Mercado y Bolsa S.A., quien celebró contrato de comisión con el señor Juan Carlos Almansa Latorre, para participar de la rueda de negociación en la cual se presentaron las posturas de venta, que finalmente derivaron en la adquisición de la Operación Forward MCP No. 37235470.

De acuerdo con lo anterior, se puede evidenciar tal y como se ha venido manifestando que, la Bolsa Mercantil no forma parte los contratos de compraventa, de prestación de servicios y/o de comisión que se celebran con ocasión de las operaciones que se llevan a cabo en los sistemas de negociación dispuestos por esta Entidad. De ahí que, la Bolsa Mercantil no tenga ningún vínculo contractual con las puntas intervinientes en dichas operaciones. En efecto, “[l]a Bolsa en ninguna circunstancia asumirá el carácter de contraparte en las operaciones que se realicen a través de los sistemas que administre”¹³.

2.2.3 Del Seguimiento, la Compensación y Liquidación de Operaciones celebradas en el escenario del Mercado de Compras Públicas – MPC

Ahora bien, posterior al cierre de una operación celebrada en el MCP administrado por la Bolsa, el seguimiento de la misma lo realizarán las sociedades comisionistas de Bolsa participantes, quienes deberán registrar la información correspondiente, a través del Sistema de Información Bursátil - SIB administrado por la BMC, de conformidad con lo establecido en la Circular Única de Bolsa, así:

“Artículo 3.1.3.6.1.- Módulo de seguimiento en el Sistema de Información Bursátil – SIB –. El seguimiento a las operaciones celebradas en la Bolsa se efectuará a través del SIB, en el módulo de seguimiento, para lo cual las sociedades comisionistas miembros deberán ingresar la información según las instrucciones y en los plazos dispuestos en la presente Circular y a través de Instructivo.”

Asimismo, es importante precisar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.11.3.1.1. del Decreto 2555 de 2010, las operaciones que se efectúen en bolsas de productos, deberán ser objeto de compensación y liquidación a través de una entidad legalmente autorizada para el efecto. En el caso particular, la Bolsa administra el Sistema de Compensación y Liquidación, dentro del cual ostenta la siguiente responsabilidad:

“Artículo 6.2.1.1. Responsabilidad de la Bolsa como administradora del sistema de compensación y liquidación de las operaciones. La responsabilidad de la Bolsa en desarrollo de la administración del sistema de compensación y liquidación de las operaciones celebradas por su conducto, se limita

¹³ Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC, artículo 3.1.1.7.



al desarrollo de tales actividades, sin que asuma obligación alguna en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dichas operaciones.

(...)

Parágrafo.- Las obligaciones de la Bolsa respecto del sistema de compensación y liquidación se limitan a proveer la infraestructura de personal, los mecanismos, sistemas y demás medios necesarios para su adecuado funcionamiento así como a prever mecanismos y procedimientos para verificar el traspaso de la propiedad de los recursos, bienes, productos o servicios agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, y adelantar los trámites necesarios para atender el traspaso de los recursos, títulos, valores, derechos y contratos objeto de Compensación y Liquidación, de conformidad con lo dispuesto en el presente reglamento. La Bolsa bajo ninguna circunstancia asumirá el carácter de contraparte en las operaciones que sean aceptadas en el sistema de compensación y liquidación. (...) (Resaltado fuera de texto original)

De lo anterior se colige igualmente que, la Bolsa únicamente participa en el seguimiento, así como en la compensación y liquidación de operaciones, proveyendo la infraestructura, sistemas y mecanismos por medio de los cuales se realizan dichas actividades, sin que en ningún caso la Bolsa asuma responsabilidad ya sea por la ejecución o cumplimiento de la operación, o se abroge el carácter de contraparte en las operaciones que sean aceptadas en el Sistema de Compensación y Liquidación que administra.

3. TERCER PUNTO DEL MEMORIAL: EXCEPCIONES DE MÉRITO

Propongo ante el Despacho las siguientes excepciones frente a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía:

3.1 No hay responsabilidad contractual de la BMC de acuerdo con el Reglamento de la Bolsa. Tal y como se logró demostrar a lo largo del presente memorial, la Bolsa no ostenta ninguna relación y/o vínculo jurídico con las partes intervinientes en las operaciones que se celebran por su conducto. En tal sentido, y de conformidad con lo previsto en el Reglamento de la BMC, *“la Bolsa no será responsable patrimonialmente por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por parte de sus miembros para con sus clientes o para con terceros.”*

En ese orden, como se puede observar, la Bolsa no asume responsabilidad frente a las operaciones que se realicen en sus mercados o respecto a los contratos celebrados por sus sociedades comisionistas miembros. Para el caso en concreto, la relación contractual entre las sociedades comisionistas vendedora y de la punta compradora son exclusivamente responsabilidad de estas con sus comitentes.

De acuerdo con lo anterior, el primer requisito para configurar la responsabilidad contractual es que uno de los responsables sea una parte contractual. En este sentido, la BMC no suscribió ninguno de

los contratos que basan las pretensiones del demandante, ni los contratos de comisión, ni la Operación Forward MCP No. 37235470. Por consiguiente, no puede existir ningún tipo de responsabilidad contractual de la BMC sobre un contrato que no suscribió y del que no es responsable.

En conclusión, la función de la BMC se circunscribe a servir de foro de negociación, proveedor de infraestructura y administrador del Sistema de Compensación y Liquidación, sin que esto implique que participe en la ejecución de los contratos o en las posibles circunstancias que se presenten con ocasión de las operaciones que se celebran por conducto de sus mercados. Por lo tanto, la BMC de acuerdo con su Reglamento, aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y el cual se presume conocido y aceptados por los participantes, no es responsable de los incumplimientos solicitados a través de la demanda y el llamamiento en garantía que nos ocupa.

3.2 La obligatoriedad del Reglamento de la BMC para la Operación Forward MCP No. 37235470.

En relación con este particular, es pertinente que el Despacho analice las pretensiones presentadas por el demandante y el demandando en contra de la BMC, a la luz del Reglamento de la Bolsa.

Lo anterior, comoquiera que la normatividad vigente en materia de contratación estatal autoriza a las entidades públicas a adquirir los denominados “*Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes*” mediante bolsas de productos. Así, cuando una entidad estatal, como es el caso de la USPEC, decide hacer uso de esta facultad legal de contratación, la regulación vigente dispone que a ese tipo de operaciones les resulta aplicable el reglamento interno de las bolsas de productos, como lo es la BMC. Al respecto, el artículo 2.2.1.2.1.2.11. del Decreto 1082 de 2015, dispone:

“Artículo 2.2.1.2.1.2.11. Régimen aplicable. Además de lo previsto en el Decreto 2555 de 2010 y las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan y los reglamentos internos de las bolsas de productos, las siguientes disposiciones son aplicables a la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes en bolsas de productos.”

De acuerdo con lo anterior, la misma regulación en materia de contratación estatal es la que ordena que, cuando se acuda a este mecanismo de adquisición de bienes o servicios - como lo hizo la USPEC - a las operaciones que allí se celebren les resultará aplicable el Reglamento de la Bolsa. En consecuencia, el ámbito de actuación de la BMC frente a lo que compete a la Operación Forward MCP No. 37235470, se circunscribe a la aplicación de su Reglamento.

Por esta razón, es a partir del Reglamento de la BMC que surgen obligaciones a cargo de la citada Bolsa frente a los sujetos que allí participan, sean entidades públicas, sociedades comisionistas, comitentes vendedores, u otros involucrados en las transacciones celebradas en los mercados que esta administra. En tal sentido, cualquier pretensión de incumplimiento dirigida en contra de la BMC debe valorarse necesariamente de conformidad con su Reglamento y de acuerdo a las disposiciones allí previstas, sin perjuicio de las disposiciones legales imperativas que rigen esta modalidad de contratación.

3.3 La Bolsa no participa en la estructuración de las Fichas Técnicas de Negociación. De acuerdo con lo mencionado, para celebrar una operación en el Mercado de Compras Públicas administrado por la BMC, destinado justamente a la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes por parte de entidades públicas como la USPEC, se deben aplicar las etapas, pasos y requisitos establecidos en el Reglamento de la BMC, los cuales fueron expuestos líneas que anteceden. Así, a estas directrices debe ceñirse estrictamente la actuación de entidades públicas y las puntas vendedoras.

En claro lo anterior, y partiendo de la etapa de manifestación de interés para adquirir bienes, productos y/o servicios por conducto de la Bolsa, las entidades estatales deben aportar junto con la carta de intención, la ficha técnica de negociación y los estudios previos elaborados por la Entidad Estatal en relación con el respectivo proceso de adquisición.¹⁴

En este punto resulta relevante reiterar que, la ficha técnica es el documento a través del cual se delimita el objeto del encargo que se confiere a la sociedad comisionista compradora y se establecen las obligaciones específicas que, de acuerdo a cada negociación, deben cumplir las sociedades comisionista compradora y vendedora y el cliente vendedor.

Por tanto, es claro que el contenido, y en general la estructuración de las fichas técnicas de negociación es responsabilidad de cada entidad estatal, quienes en ejercicio de su autonomía, y en observancia de los límites legales y reglamentarios, elabora un documento que servirá como fundamento y directriz para todo el proceso de negociación hasta culminar con la celebración de la operación respectiva, su ejecución y liquidación.

Ahora bien, para el caso que nos ocupa se menciona por parte del demandante que, dentro de la Ficha Técnica de Negociación de la Operación Forward MCP No. 37235470, se incluyó una obligación *“de aquellas de imposible cumplimiento para el operador Juan Carlos Almansa Latorre por depender de un tercero ajeno a la operación”*. No obstante, aquella obligación fue conocida por parte de este desde el momento en que se publicó para conocimiento del mercado la Ficha Técnica de Negociación Provisional, y posteriormente aceptada a través de su sociedad comisionista de Bolsa al momento de manifestar interés para participar en la rueda de negociación que derivó en la adjudicación de la Operación que nos ocupa.

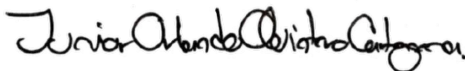
Como corolario de lo expuesto, la BMC no hace parte en la estructuración de dicha ficha técnica de negociación como erróneamente lo señalan tanto el demandante como el demandado, razón por la cual no le asiste a la Entidad que represento, responsabilidad alguna por las obligaciones, términos, disposiciones, etc., incluidos en el aludido documento.

¹⁴ Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC, artículo 3.6.2.1.1.

V. NOTIFICACIONES

Para efectos de notificación, el suscrito apoderado las recibe en Calle 113 No. 7-21 Piso 15. Torre A. Ed. Teleport Business Park Bogotá, D.C. – Colombia - y a través de los correos electrónicos: junior.quinteroc@bolsamercantil.com.co y/o notificacionesjudiciales@bolsamercantil.com.co

Me suscribo del Despacho,



JUNIOR ORLANDO QUINTERO CARTAGENA

C.C. No. 80.765.363

T.P No. 208.953 del C. S. de la J.