

BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.

Resolución No. 125 de la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria (19 de enero de 2023)

Por medio de la cual se decide un recurso de apelación

La Sala Plena de la Cámara Disciplinaria de BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., en adelante la “Bolsa o BMC”, en ejercicio de las facultades que le confieren la Ley, los Estatutos y el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en adelante el “Reglamento”, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Bursagán S.A en contra de la Resolución 494 del 16 de noviembre de 2022, proferida por la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria, previas las siguientes consideraciones.

1. Antecedentes

Por conducto de la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, la Sala Plena conoce del recurso de apelación interpuesto por la sociedad comisionista Bursagán S.A. en contra de la Resolución 494 del 16 de noviembre de 2022, mediante la cual, en Sala de Decisión, la Cámara Disciplinaria decidió en primera instancia la investigación adelantada en contra de la sociedad Bursagán S.A, en adelante “la disciplinada”.

Previo estudio de los hechos, las explicaciones presentadas, el pliego de cargos elevado¹, el acervo probatorio y, en general, el expediente que reposa en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, la Sala de Decisión determinó la existencia de responsabilidad disciplinaria de Bursagán S.A., por los cargos

¹ Los cargos elevados en contra de la disciplinada fueron siete, a saber: **1) Incumplimiento al deber de constituir las garantías de las operaciones forward Nos. 37608797, 37609432 y 37609496.**, lo que se considera violatorio de las siguientes normas: artículo 2.11.1.8.1, numeral 12 del Decreto 2555 de 2010 y de los siguientes artículos del Reglamento: 6.4.1.1., 2.4.1.1. numeral 12 y 1.6.5.1. numeral 21, **2) Incumplimiento por parte de Bursagán a su deber de incluir toda la información necesaria en el contenido de las órdenes ingresadas en el LEO**, lo que se considera violatorio de las siguientes normas: artículo 1.6.5.4. numerales ii), v) y vi) de la Circular Única de Bolsa vigente para el momento de los hechos y, el numeral 6 del artículo 2.4.1.1. del Reglamento, **3) Incumplimiento por parte de Bursagán a su deber de informar al cliente el número asignado por el LEO**, lo que se considera violatorio de las siguientes normas: artículo 1.6.5.4. de la Circular Única de Bolsa vigente para el momento de los hechos y, el numeral 6 del artículo 2.4.1.1. del Reglamento, **4) Incumplimiento de Bursagán al deber de registrar las órdenes el mismo día de su recepción en el LEO**, lo que se considera violatorio de las siguientes normas: artículo 1.6.5.1. de la Circular Única de Bolsa vigente para el momento de los hechos y, el numeral 6 del artículo 2.4.1.1. del Reglamento, **5) Incumplimiento por parte de Bursagán a su deber de llevar el Libro Electrónico de Órdenes con estricta sujeción al principio de trazabilidad exigido por el marco legal**, lo que se considera violatorio de las siguientes normas: parte III, Título III, Capítulo II. Artículo 1.1. de la Circular Básica Jurídica y, el numeral 6 del artículo 2.4.1.1. del Reglamento, **6) Incumplimiento al deber de asegurarse que la información remitida a la Bolsa, corresponda a información cierta, veraz y fidedigna de la realidad de los negocios que éstas registran**, lo que se considera violatorio de las siguientes normas: artículo 3.7.2.2.1. del Reglamento y el artículo 3.1.2.6.2. de la Circular Única de Bolsa, **7) Incumplimiento de la obligación de establecer estándares mínimos para evaluar las reglas y condiciones del mercado y de las operaciones, tales como cupos o límites de operación por contraparte, respecto a dos (2) de sus mandantes**, lo que se considera violatorio de la siguiente norma: numeral 5.1.2, literal b), numeral i) del Capítulo XXVII de la Circular Externa 030 de 2013 incorporada a la Circular Básica Contable y Financiera de la SFC.

consistentes en, **(I)** Incumplimiento al deber de constituir las garantías de las operaciones forward Nos. 37608797, 37609432 y 37609496, **(II)** Incumplimiento por parte de Bursagán a su deber de incluir toda la información necesaria en el contenido de las órdenes ingresadas en el LEO, **(III)** Incumplimiento por parte de Bursagán a su deber de informar al cliente el número asignado por el LEO, **(IV)** Incumplimiento de Bursagán al deber de registrar las órdenes el mismo día de su recepción en el LEO, **(VI)** Incumplimiento al deber de asegurarse que la información remitida a la Bolsa, corresponda a información cierta, veraz y fidedigna de la realidad de los negocios que éstas registran y, por último, **(VII)** Incumplimiento de la obligación de establecer estándares mínimos para evaluar las reglas y condiciones del mercado y de las operaciones, tales como cupos o límites de operación por contraparte, respecto a dos (2) de sus mandantes, encontrando mérito para sancionarla por seis de los siete cargos, con una **MULTA de CINCUENTA (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes**.

La Sala Plena que conoció del recurso fue integrada por los doctores Luis Carlos Arango Sorzano, Doris Ximena Rojas Rincón, Clara Sarmiento de Helo y María Victoria Moreno Jaramillo, al no haber conocido del proceso en primera instancia, ni hallarse impedidos para pronunciarse respecto del caso materia de estudio.

En sesión No. 422 del 19 de enero de 2023, el Dr. Luis Carlos Arango Sorzano fue designado como Presidente de la misma. Así mismo, en la referida sesión y por virtud del artículo 2.3.3.2 del Reglamento, la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria, avocó el conocimiento del recurso, analizó los hechos que fueron objeto de la sanción impuesta, así como las pruebas obrantes en el expediente, el contenido de la resolución recurrida, los argumentos propuestos tanto por la disciplinada como por el Área de Seguimiento y, finalmente aprobó el presente fallo por unanimidad.

2. Recurso de Apelación

2.1. Procedencia del recurso.

En ejercicio del derecho conferido por virtud del principio de doble instancia previsto en el artículo 2.5.2.1.1 del Reglamento, desarrollado en los artículos 2.5.2.1.6 y siguientes del mismo cuerpo normativo, y habiendo sido notificada de la Resolución 494 el 6 de diciembre de 2022, vía correo electrónico, la disciplinada, a través de su apoderado, interpuso recurso de apelación en contra de aquella, dentro del término otorgado reglamentariamente, el 19 de diciembre de 2022, controvirtiendo el fallo proferido por la Sala de Decisión en relación con la sanción impuesta por el cargo (I) consistente en el **Incumplimiento al deber de constituir las garantías de las operaciones forward Nos. 37608797, 37609432 y 37609496**.

2.2. Contenido del recurso de apelación interpuesto por la disciplinada.

Mediante el escrito radicado en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, la recurrente expone los siguientes argumentos de defensa:

Incumplimiento al deber de constituir las garantías de las operaciones forward Nos. 37608797, 37609432 y 37609496.



Frente al primer y único cargo recurrido, la disciplinada reitera que efectivamente el incumplimiento en cuestión fue reconocido expresamente por la SCB en sus descargos. No obstante, insiste en su posición relacionada con la teoría del hecho de un tercero, en espera de que la misma pudiera ser revisada nuevamente y, de no acogerse por la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria, se tomara en cuenta al momento de la graduación de la sanción.

En consonancia con lo anterior y en complemento de su alegato frente al hecho de un tercero, menciona que el incumplimiento relacionado con la no constitución de las garantías de las operaciones forward Nos. 37608797, 37609432 y 37609496, obedeció a una situación no atribuible a Bursagán, esto, motivado a que su cliente XXX S.A.S., le comunicó en fecha 17 de febrero de 2020, su voluntad de desistir de la ejecución de las operaciones dada la situación de orden público nacional que atravesaba el país la cual, habría incrementado el costo de dichas operaciones lo que hacía imposible cumplir con las obligaciones derivadas de las mismas.

Así las cosas, resalta que su actuar fue totalmente activo y diligente, toda vez que, en su criterio, adelantó las labores que le correspondían como Comisionista Vendedor, entre éstas, suministrando completa información a su cliente sobre las operaciones realizadas, así como también, requiriendo oportunamente la constitución de las garantías y advirtiéndole las graves consecuencias que se podrían desprender de la omisión de esta importante obligación.

En este sentido, la recurrente señala;

“Por causal exonerativa de responsabilidad se entiende aquella causal que impide imputar determinado daño a una persona, haciendo improcedente, en consecuencia, la declaratoria de responsabilidad. En este sentido, las causales exonerativas (causa extraña) impiden la imputación, en ocasiones porque es inexistente el nexo de causalidad (por ejemplo en el hecho del tercero como causa exclusiva), en ocasiones demostrando que si bien el demandado por acción u omisión causó el daño, lo hizo llevado o coaccionado por un hecho externo, imprevisto e irresistible.”

“(…)

“El supuesto más común del hecho del tercero es aquel en el cual la participación del alguien extraño al demandante y al demandado fue el verdadero causante del daño y en este sentido, se configura una inexistencia del nexo causal².” (Negrillas de la recurrente).

De la lectura anterior, advierte la disciplinada que el único causante del incumplimiento en la constitución o ajuste de las garantías fue su cliente y así, insiste en que el actuar de éste era totalmente imprevisto e irresistible para la SCB, por lo que concluye frente a este punto en particular, que debido a la existencia de

² PATIÑO Héctor, Las causales Exonerativas de la Responsabilidad Extracontractual, Revista de Derecho Privado No. 20, Enero – junio 2011, Pág. 371-398, Universidad Externado de Colombia.



un “Error de Conducta”, la Sala Plena debería exonerarla de toda responsabilidad por el incumplimiento atribuido. En relación con lo anterior, se permite citar a la Honorable Corte Suprema de Justicia, la cual en sentencia 4901 del 27 de febrero de 1997, del M.P Rafael Romero Sierra señaló;

“El error de conducta (...) constituiría lo que la doctrina llama el hecho de un tercero, que la jurisprudencia considera que se comprende dentro de la intervención de un elemento extraño. La intervención de este elemento extraño configura una causal de irresponsabilidad del demandado, siempre que el hecho del tercero tenga con el daño sufrido por la víctima una relación exclusiva de causalidad, pues en tal supuesto la culpa del demandado es extraña al perjuicio”. (Negrillas y subrayado de la recurrente).

En este orden de ideas, resalta que exigirle a Bursagán un proceder de esta naturaleza equivaldría al cumplimiento de un imposible, lo que iría en contravía de principios que rigen el derecho y adicionalmente, manifiesta que en un escenario como el de la BMC sería imposible garantizar, asegurar o prever, con total acierto, el pleno cumplimiento de las obligaciones de sus clientes frente a los intermediarios.

Por otra parte, argumenta que frente al principio de que “nadie está obligado a lo imposible”, considera pertinente poner de presente lo expresado por el doctrinante Luis Javier Moreno Ortiz quien, a propósito del tema, señaló:

“Si lo imposible no puede ser, resulta obvio que deber serlo o deber hacerlo tampoco puede ser. De ahí que, como hace mucho tiempo sentenciaron los antiguos: nadie está (o puede estar) obligado a lo imposible. Por firme y fuerte que sea el poder, o por legítimo o correcto que se estime su ejercicio, o por cualquier otra consideración dada o por dar, siempre acaba destruyéndose cuando se topa con el infranqueable obstáculo de los límites de la posibilidad. El poder se torna impotente (y absurdo) cuando aspira a lo imposible.”

Siendo esto así, indica en su escrito que pese a las numerosas decisiones en las que se ha dejado en claro la postura que la honorable Cámara Disciplinaria tiene frente a este contrato de comisión eje de la actividad desarrollada por las sociedades comisionistas, considera importante resaltar que cada caso es único, con matices especiales, que pudieran arrojar una conclusión diferente y es por lo anterior, que expresa que **“una cosa es estar obligado a constituir una garantía y, otra muy diferente, soportar las consecuencias de un incumplimiento objetivamente, lo que realmente acontecer (sic) en este caso y debe quedar claro.”** (resaltado de la Sala).

Por último, y frente a este punto en particular, señala que Bursagán conoce perfectamente la naturaleza del contrato de comisión así como también los pronunciamientos de la Cámara Disciplinaria sobre el mismo pero, pese a esto, se distancia de la posición que se ha asumido en el sentido de que todas las obligaciones de medio derivadas de este contrato se refieren exclusivamente a la rentabilidad o utilidad que pueda obtener el comitente por las operaciones que por su cuenta celebra su mandatario comisionista, pues hay otras, como en este caso la constitución de garantías, que se dan con posterioridad a la celebración de una operación y que dependen exclusivamente de la voluntad del cliente, por lo que el intermediario no podría garantizar su cumplimiento. Continúa su argumentación expresando que se



estaría castigando a una persona por un hecho que no cometió lo que aparte de ser injusto, en ningún momento garantizaría la transparencia, seguridad y seriedad que brinda la Bolsa, pues en este caso, quien ocasionó el incumplimiento aludido fue su cliente. Finalmente, en lo que atañe a la responsabilidad de diligencia, aclara que su actuar fue totalmente activo y diligente por lo que esperaba que el mismo se tuviera en cuenta al momento de la graduación de la sanción.

Frente a la graduación de la sanción, manifiesta que la multa impuesta para este cargo en particular, es decir **TREINTA Y UN (31) SMLMV** le resulta excesiva, toda vez que si bien la gravedad de los hechos y la infracción es alta, considera que la misma no se generó por culpa de la recurrente. Lo expuesto en precedencia, sumado a que el monto de la multa en su criterio no guarda relación con las sanciones impuestas en casos similares y que han sido sustancialmente inferiores, así: Resoluciones 420 de 2017, 421 de 2017, 426 de 2017, 459 de 2018, 462 de 2019, 466 de 2019, y AR 05 de 2022.

Por lo anterior, solicita a los honorables miembros de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. que, en caso de que se confirme la infracción, se reduzca sustancialmente la multa impuesta conforme al análisis que se haga sobre los argumentos señalados en precedencia.

3. Pronunciamiento del Área de Seguimiento

La Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en aras de proteger el debido proceso y garantizar el derecho a la contradicción y de defensa, conforme con lo establecido por el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, el 21 de diciembre de 2022 le remitió al Área de Seguimiento vía correo electrónico el recurso interpuesto en contra de la Resolución 494 del 16 de noviembre de 2022, poniéndole de presente que contaba con un término de ocho (8) días hábiles para efectuar su respectivo pronunciamiento de considerarlo necesario.

Al respecto, el Jefe del Área de Seguimiento en adelante A.S., radicó vía correo electrónico el 23 de diciembre de 2022 su respectivo pronunciamiento, el cual tiene como finalidad, que la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria conozca y analice los argumentos del Área frente al único cargo recurrido indicando que:

Incumplimiento al deber de constituir las garantías de las operaciones forward Nos. 37608797, 37609432 y 37609496.

En relación con lo alegado por la recurrente, específicamente frente al hecho de un tercero como causal exonerativa de responsabilidad, el A.S. se aparta totalmente de dicho argumento, y en ese sentido, se acoge a lo señalado en primera instancia por la Sala de Decisión, lo cual, en su criterio, guarda concordancia con la Doctrina de la Cámara en los siguientes términos:

“(…) la Sala concluye que no serán de recibo los argumentos esbozados por la investigada específicamente, aquellos que pretenden enervar el incumplimiento endilgado motivado a un supuesto hecho atribuible a un tercero, en este caso, a su cliente XX y, la aparente imposibilidad de cumplimiento por parte de la firma comisionista y es enfática en indicar que resulta del todo



censurable la actuación de la investigada que pretende justificar la conducta de incumplimiento de su mandante en una situación de orden público nacional, que, de acuerdo con lo señalado por esta, “no le permitía continuar con la negociación de las mismas” lo cual, en virtud de lo expuesto en precedencia, no resultaría un argumento válido para efectos de justificar si (sic) incumplimiento frente a una obligación muchas veces analizada como lo es, la obligación de resultado.”

En complemento de lo anterior, reitera y resalta el análisis planteado en relación con la naturaleza jurídica del contrato de comisión, mencionando que en las operaciones de bolsa, las firmas comisionistas actúan a través del contrato de comisión, el cual se encuentra ampliamente definido en el artículo 1287 del Código de Comercio, de la siguiente manera:

“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”.

Así, menciona que de lo transcrito se desprenden 3 elementos básicos:

- a. Una especie de mandato.
- b. El deber de actuar en nombre propio por la sociedad comisionista.
- c. La actuación de la sociedad comisionista es por cuenta ajena.

Frente al numeral b, precisa que es el comisionista y no su comitente, el que queda vinculado contractualmente con su contraparte y debe atender a las responsabilidades de las obligaciones que nazcan a la vida jurídica producto del contrato que se celebre en cumplimiento de su mandato, por lo que asumirá el negocio jurídico realizado como propio, radicándose así los efectos de éste en cabeza del comisionista.

En consecuencia, establece el A.S. que el comisionista al estar actuando por cuenta de su comitente, es quien tiene la obligación de ejecutar cabalmente el negocio encomendado y posteriormente, transferir los resultados de éste en cabeza del comitente, tales como por ejemplo los productos recibidos o los pagos por la entrega de bienes, pues su actuar fue en interés de otro (comitente).

Adicionalmente, señala que teniendo en cuenta que en el MCP, el contrato que se celebra en cumplimiento del contrato de comisión suscrito entre la sociedad comisionista y su cliente, es una compraventa de bienes, son los comisionistas que participan en dicho mercado, quienes deben asumir las obligaciones que nacen a la vida jurídica producto del contrato de compraventa celebrado, en este caso concreto: la constitución de las garantías iniciales.

Así las cosas, concluye este punto en particular, indicando que la participación de la sociedad comisionista en la operación cuestionada, correspondía al de un Comisionista Vendedor, razón por la cual es él “el principal obligado respecto de la operación celebrada en el mercado y no será admisible como excusa la renuencia, negativa o falta de provisión por parte de su comitente” de conformidad con el numeral 2 del artículo 3.3.1.1. del Reglamento.



En ese sentido, el Área comparte lo expuesto por la Sala de Decisión en la parte considerativa de la Resolución objeto del recurso en la que se señala: *“(...) por tratarse de un mandato sin representación, las sociedades comisionistas al actuar en el marco de dicho contrato, lo hacen siempre en nombre propio, por lo que los efectos y obligaciones que de allí se deriven, se radican en su cabeza. Ello no significa nada distinto a que todas las obligaciones, como en este caso la obligación de constituir la garantía inicial en las operaciones forward Nos. 37608797, 37609432 y 37609496 actuando las sociedades comisionistas como PUNTA VENDEDORA, son de total y absoluta responsabilidad de resultado por parte de la firma que actúa por cuenta de su comitente, de manera que no es otra sino ésta la llamada a responder de cara al negocio encomendado por su comitente.”*

Sintetiza que Bursagán como Comisionista Vendedor actuó en nombre propio en las operaciones Nos. 37608797, 37609432 y 37609496 y, en consecuencia, estaba obligado a la constitución de las garantías iniciales, lo cual no realizó y es por ello, que la BMC procedió a la anulación de las mismas.

Ahora bien, advierte que en relación con la solicitud de la recurrente relacionada con tener en cuenta el “hecho de un tercero” al momento de la graduación de la sanción, baste con afirmar que de conformidad con el artículo 2.4.2.3. del Reglamento, el artículo 2.2.1. de la C.U.B. y la Política Disciplinaria, no debe considerarse esta circunstancia como un criterio de graduación de la sanción y en tal sentido, el Área encuentra que dicha consideración no debe ser de recibo por parte del *ad quem*.

Por otra parte y en relación con la graduación de la sanción, en lo que tiene que ver con el argumento de la disciplinada, según el cual, espera que la diligencia sea considerada *“(...) al momento de la graduación de la sanción”*, el Área destaca lo señalado por el *a quo* en la Resolución No. 494 de 2022, al establecer que: *“(...) la diligencia desplegada por la investigada, en específico, los dos correos electrónicos enviados el 13/02/2020 y el 17/02/2020 a su cliente XX S.A.S para efectos de dar cumplimiento a la obligación a su cargo, será tenida en cuenta por la Sala de Decisión en el evento de considerarse suficiente y debidamente probada dentro del expediente como atenuante de la sanción a imponer. (...)”*

Por lo anterior, se destaca por parte del A.S. que la Sala de Decisión ya tuvo en cuenta esta situación al momento de la imposición de la sanción, en conjunto con los demás criterios de graduación y finalmente, aclara que la sanción impuesta en primera instancia guarda consonancia con casos similares, teniendo en consideración la normatividad aplicable en cuanto a la modulación de la sanción, como bien se señaló por parte de la Sala de Decisión así:

*“De acuerdo con lo establecido por el Reglamento y por la Política Disciplinaria de la Cámara publicada mediante Boletín Informativo No. 861 del 4 de noviembre de 2022, la conducta relacionada con el incumplimiento al deber de constituir las garantías de las operaciones forward Nos. 37608797, 37609432 y 37609496, se considera **GRAVÍSIMA** por efecto de la aplicación de la cláusula prevista en el numeral 4.3.1.3 “No constituir la garantía inicial”.*

Del mismo modo, manifiesta que la sanción pactada mediante el Acta de Reconocimiento N. 005 en el que se acordó una sanción de veinte (20) smlmv, fue en razón al incumplimiento de una (1) operación, y no de



tres (3) como sucede en el presente caso, sumado al hecho de que la misma se estableció en una etapa previa al inicio del proceso disciplinario, lo que evitó un desgaste mayor del aparato disciplinario y por ende generó la concertación de una sanción más beneficiosa.

En ese sentido, el Área encuentra que no deben ser de recibo los argumentos expuestos por Bursagán, puestos de presente en este documento y así, solicita de la Honorable Sala Plena de la Cámara Disciplinaria, tomar en consideración los argumentos expuestos para confirmar la decisión contenida en el artículo PRIMERO de la parte resolutive de la Resolución No. 494 de 2022 proferida por la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria.

4. Consideraciones de la Sala Plena

4.1. Competencia de la Cámara Disciplinaria.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1.2.1 del Reglamento, la Cámara Disciplinaria es competente para conocer y decidir sobre la conducta asumida por las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, y las personas vinculadas a éstas, *“...en relación con las normas, reglamentos y demás disposiciones aplicables a los mercados de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities sin la presencia física de los mismos, así como de los servicios, documentos de tradición o representativos de mercancías, títulos, valores, derechos, derivados y contratos que puedan transarse en tales mercados...”*. En desarrollo de dicha facultad la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa sancionó a la sociedad comisionista de bolsa Bursagán S.A. por el Pliego de Cargos que se elevó en su contra.

Ahora, por virtud de lo señalado en el artículo 2.3.3.2 del Reglamento, es claro que la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las resoluciones de fallo emitidas por las Salas de Decisión de la Cámara Disciplinaria, como en efecto ocurre en el presente caso.

4.2. Consideraciones sobre el recurso interpuesto por la disciplinada.

Consideraciones frente al cargo, consistente en el Incumplimiento al deber de constituir las garantías de las operaciones forward Nos. 37608797, 37609432 y 37609496.

Inicia la Sala Plena sus consideraciones frente al primer y único cargo recurrido, analizando el argumento relacionado con el *“hecho de un tercero”* como causal exonerativa de responsabilidad. Al respecto, la Sala observa que la recurrente insiste nuevamente en atribuirle la responsabilidad por el incumplimiento relacionado con la no constitución de las garantías iniciales para las operaciones forward Nos. 37608797, 37609432 y 37609496 a su cliente XX S.A.S.

Así las cosas, esta Sala considera pertinente reiterarle a la disciplinada el concepto del contrato de comisión, previsto en el artículo 1287 del Código de Comercio, donde se menciona que *“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 desarrollo de esta definición legal, el artículo 3.3.1.1. del Reglamento, en su numeral 2, respecto de la actuación de la sociedad comisionista en contrato de comisión, con suficiente claridad señala que: **“De conformidad con las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de comisión y las normas que integran el régimen del mercado de valores es obligación del miembro que actúa en contrato de comisión, verificar que su comitente tenga capacidad legal y económica para realizar las operaciones que ordena y para constituir garantías si fuere el caso”**. Con fundamento en la definición legal ya señalada, agrega: **“Sin perjuicio de lo anterior, la sociedad comisionista miembro de la Bolsa que celebre una operación será el principal obligado respecto de la operación celebrada en el mercado y no será admisible como excusa la renuencia, negativa o falta de provisión por parte de su comitente.”** (resaltados fuera del texto original)

En consonancia con lo anterior, el artículo 3.1.1.5 del Reglamento, define como **“Obligaciones Generales”** de las sociedades comisionistas miembros, que éstas **“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 (...)”**, reiterando el principio señalado anteriormente, que es de la esencia del contrato de comisión, al expresar que: **“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.”**

En esta misma línea, el Artículo 3.1.1.6 delimita con total claridad la **“Responsabilidad especial”** de cada sociedad comisionista miembro de la Bolsa, en cuanto dispone que: **“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. (...)”**

Por su parte, el Libro Cuarto del Reglamento, que regula el Código de Conducta exigible a los miembros como profesionales de un mercado organizado, señala en su Artículo 4.2.1.10: **“Obligación en contratos de comisión**. Cuando las operaciones sean celebradas en virtud del contrato de comisión, será obligación de la sociedad comisionista miembro de la Bolsa **cumplir con las obligaciones derivadas del Código de Comercio**, principios de contratación estatal, tratándose de operaciones del MCP, y demás normas aplicables. Adicionalmente, la sociedad comisionista miembro deberá verificar que su cliente posea capacidad legal, técnica y económica para realizar las operaciones que ordena y para constituir Garantías si fuere el caso. Sin perjuicio de lo anterior, **la sociedad comisionista miembro será la obligada frente al**



mercado respecto de la operación celebrada y no será admisible como excusa la renuencia, negativa o falta de provisión por parte de su cliente en calidad de comitente” (resaltado fuera del texto original).

De las anteriores disposiciones, se puede concluir sin que haya lugar a equívoco alguno, que la recurrente era la ÚNICA obligada a cumplir con la obligación de constituir la garantía inicial en las operaciones que aquí se cuestionan, es decir, al actuar como PUNTA VENDEDORA, era Bursagán quien tenía total y absoluta responsabilidad de resultado, como en muchas oportunidades se ha mencionado por la Cámara Disciplinaria, de manera que no es otra sino ésta, la llamada a responder por todas y cada una de las obligaciones derivadas del negocio encomendado por su comitente y celebrado pro cuenta de éste y no podría alegar el hecho de un tercero (su cliente) como causal exonerativa de responsabilidad.

Ahora bien, frente a la mencionada **responsabilidad de resultado** y para efectos de concluir con el análisis de este punto en particular, la Sala Plena se permite recordar que, tal como lo establece el artículo 1.6.5.1 del Reglamento, en cuanto a las “Obligaciones de los miembros”, en su numeral 21 está previsto expresamente el deber que tienen de: ***“Constituir las Garantías generales, especiales y las demás que exija el presente reglamento, en la oportunidad y condiciones establecidas, las cuales deberán mantenerse vigentes y libres de gravámenes o limitaciones.”*** es por ello que reiteramos a la recurrente que en cumplimiento de las normas que gobiernan las actuaciones bajo la figura jurídica de contrato de comisión, el deber de constituir las garantías recaía de manera directa y exclusiva en cabeza del profesional. **Es decir, es la sociedad comisionista quien tiene a su cargo la obligación del constituir las garantías y a pesar de llegar a demostrar que desplegó diligencia, dicha situación no podría operar bajo ningún efecto como un eximente de responsabilidad.**

En este orden de ideas, la Sala resalta la importancia que tienen las garantías, condiciones y términos, como los que asumen los participantes expertos y calificados que participan en este mercado, lo que permite que los diferentes agentes acudan a este escenario al dar por hecho que cuentan con el respaldo, transparencia, seguridad y seriedad que les brinda la Bolsa Mercantil de Colombia. Es por ello, que las Sociedades Comisionistas participantes, deben conocer y considerar previamente todos los riesgos que conlleva el desarrollo del ejercicio de la actividad de intermediación, y las obligaciones adicionales que éstas adquieren por medio de la suscripción del contrato de comisión con sus clientes.

Habiéndose efectuado las precisiones anteriores, esta Sala continúa con el análisis de los argumentos expuestos por la recurrente, en donde afirma que el actuar de su cliente era totalmente imprevisto e irresistible para la firma, por lo que concluye frente a este punto en particular, que debido a la existencia de un “Error de Conducta” se le estaría sancionando injustamente, lo que en su criterio, equivaldría a la exigencia de cumplir un imposible.

En este punto en particular, la Sala considera fundamental antes de abordar propiamente el tema, hacer énfasis en primer lugar, en la definición de un hecho imprevisto e irresistible, lo cual en Sentencia No.



11001-03-15-000-2009-00415-00 del Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa³, se conceptualiza como:

(...)

*“..hecho imprevisible: conforme al criterio unívoco de la jurisprudencia tradicional, la imprevisibilidad se presenta cuando **no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia**. Para establecer qué es lo previsible en cada caso concreto, se requiere analizar las circunstancias particulares que rodean la actividad en desarrollo de la cual acaeció el daño y, por consiguiente, se deben verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega. (...) **hecho irresistible: se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que este elemento ... consiste en que **haya sido absolutamente imposible evitar el hecho** o suceso aludido, no obstante los medios de defensa empleados para superarlo. También implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos.**” (...)* (Negrillas de la Sala)

De la lectura en precedencia, huelga concluir que, para este caso en particular, no se evidenciaron elementos materiales probatorios tendientes a demostrar, como se alega en el recurso, la existencia de un hecho imprevisto o irresistible que imposibilitara a Bursagán cumplir con su obligación de constitución de las garantías iniciales. Lo anterior toda vez que el incumplimiento en dicha constitución por parte del cliente desde ningún punto de vista puede considerarse que resultara imposible de contemplar para la comisionista con anterioridad a su ocurrencia, sino que por el contrario al ser ésta una de las principales obligaciones de su mandante, resultaba imperativo para la disciplinada prever los posibles escenarios que en torno al incumplimiento pudieran presentarse al tiempo que disponer de alternativas para mitigar el posible riesgo.

Por lo mismo, tampoco puede considerarse que tal incumplimiento resultara irresistible para la disciplinada en la medida en que tampoco demostró, con las pruebas presentadas, haber adoptado medios de defensa para superarlo y que por tanto le haya resultado imposible evitarlo.

En este sentido, cabe reiterar que **(i)** dicha obligación (constituir oportunamente las garantías exigidas) **recaía exclusivamente en cabeza de la recurrente actuando en nombre propio**, esto, en virtud de las mencionadas responsabilidades derivadas de la suscripción del contrato de comisión con su cliente, como en efecto se explicó con suficiencia al inicio de las consideraciones por parte de esta Sala; **(ii)** que el incumplimiento en la constitución por parte del cliente no configuraba un hecho imprevisto sino que, por el contrario, era un escenario cuyos riesgos se deberían considerar por parte del profesional del mercado y, **(iii)** que adicionalmente tampoco se trataba de un hecho irresistible en la medida en que al no haber previsto dicho riesgo, tampoco adoptó mecanismos de defensa que pudieran permitido mitigarlo en caso de haberse presentado.

³ Ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Fecha: 30 septiembre 2014.

CÁMARA DISCIPLINARIA

En este orden de ideas, no le asiste la razón a la recurrente cuando afirma que se le estaría exigiendo el cumplimiento de lo imposible, sino por el contrario, lo que se sí se le exige, es el cumplimiento de las obligaciones normativas que cobijan la actuación de los partícipes del mercado administrado por la Bolsa, así como también, el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de comisión, eje de la actividad de intermediación desarrollada por la SCB en cuestión.

Ahora bien, debido a lo señalado por la disciplinada en su escrito, específicamente *“que en un escenario como el de la BMC sería imposible garantizar, asegurar o prever, con total acierto, el pleno cumplimiento de las obligaciones de sus clientes frente a los intermediarios.”* (Negrillas de la Sala), la Sala Plena considera importante ponerle de presente a la recurrente que de ninguna manera resulta imposible garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones de los clientes en este mercado, pues por el contrario ésta es precisamente la razón de ser de las sociedades comisionistas como intermediarios profesionales en un escenario bursátil; de no ser así, las partes asistirían a otro escenario de negociación directamente, asumiendo por sí mismas los riesgos que ello conllevaría. Se destaca que es de la esencia del mercado bursátil la realización de operaciones a través de sociedades comisionistas quienes, actuando en calidad de expertas y profesionales en el mercado, garantizan el cabal cumplimiento de las operaciones celebradas, administrando y asumiendo el riesgo que tal condición les impone.

Precisamente, en consonancia con lo anterior y sin perjuicio de las facultades legales otorgadas a la Cámara Disciplinaria por medio del artículo 2.1.3.3. del Reglamento para ejercer la función disciplinaria y en consecuencia, imponer sanciones de carácter disciplinario, es que la administración de la Bolsa, tiene la facultad de tomar medidas administrativas respecto de las sociedades comisionistas miembros o de sus clientes (mandantes) que incurran en algunas de las causales de suspensión o, en su caso de inhabilitación previstas en el artículo 3.2.1.5.1 y siguientes del Reglamento; por lo tanto, huelga decir que la propia BMC cuenta con mecanismos administrativos que además de las consecuencias que los incumplimientos acarrearán para las sociedades comisionistas, prevén la inhabilitación o suspensión de un cliente, cuando se incurra en algunas de las causales previstas en el mencionado texto normativo por incumplimiento de las obligaciones contraídas en el escenario por ella administrado. Son tales medidas las que permiten asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los clientes frente a los intermediarios y al mercado en general, a las que se refiere la disciplinada.

Ahora bien, continuando con el análisis de los argumentos expuestos por la SCB, no encuentra esta Sala sentido a la afirmación que ésta realiza, en particular, cuando señala “considera pertinente resaltar que cada caso es único y tiene matices especiales que pueden arrojar una conclusión diferente” y concluye que *“una cosa es estar obligado a constituir una garantía y, otra muy diferente, soportar las consecuencias de un incumplimiento objetivamente, lo que realmente acontece en este caso y debe quedar claro.”* (negrillas de la Sala).

En primer lugar, cuando existe una obligación y la misma no se cumple, automáticamente estaríamos frente a un escenario de incumplimiento por lo que no podría entenderse desde ningún punto de vista como *“otra muy diferente”* considerando que una deviene en la otra, es decir, no estaríamos en presencia de un incumplimiento, si no existiera previamente la obligación que la originó y ello objetivamente fue lo que ocurrió; ante la existencia de la obligación de constitución de la garantía se debe soportar con la



consecuencia de haber incumplido tal obligación y ello resulta absolutamente lógico y adecuado. En segundo lugar, resulta fundamental precisarle brevemente a la disciplinada que su participación en el mercado administrado por la Bolsa, está sujeta a lo dispuesto en el Reglamento según el cual, la no constitución de las garantías va expresamente en contravía de lo establecido en los artículos 6.2.2.10, numeral 3, 6.4.1.1. 2.4.1.1. numeral 12 y 1.6.5.1. numeral 21, sin que de allí pueda derivarse para las comisionistas efecto distinto al de asumir las consecuencias del incumplimiento de su cliente luego, no encuentra esta Sala razón a la afirmación de la disciplinada de que lo aquí ocurrido se trate de un caso único, con matices especiales, que arroje otras conclusiones y merezca un trato distinto.

En el mismo orden de ideas, tampoco resulta admisible para esta Sala el argumento según el cual “se estaría castigando a una persona por un hecho que no cometió lo que aparte de ser injusto, en ningún momento garantizaría la transparencia, seguridad y seriedad del mercado”. Lo anterior por cuanto como se explicó, ante el incumplimiento de la obligación contraída por la disciplinada, la sanción o “castigo” es la única consecuencia lógica, pero además, porque es precisamente de esta forma que se salvaguarda la seguridad del mercado, pues son exclusivamente los valores de transparencia, confianza y seguridad que brinda la Bolsa a sus partícipes que son protegidos cuando se garantiza que todo incumplimiento que se produzca en el marco de este escenario, será debidamente investigado y sancionado si así se determina a través de los mecanismos disciplinarios y/o administrativos correspondientes, este es justamente el valor agregado que proporciona la Bolsa a sus agentes participantes, y por lo tanto, reitera esta Sala que el soportar las consecuencias de los incumplimientos, es el resultado directo de no honrar las obligaciones voluntariamente adquiridas en este escenario.

Por otra parte, llama la atención de la Sala y le resulta contradictorio que la recurrente de un lado acepte el incumplimiento y del otro alegue el Hecho de un Tercero, pues si aceptó el incumplimiento es porque reconoció que siendo el principal obligado no cumplió, por lo que no resulta lógico que al mismo tiempo pretenda que se declare a otro como el obligado y por tanto el incumplido.

Ahora, en relación con la diligencia alegada por la recurrente para efectos de que sea reconsiderada la sanción impuesta en primer instancia, esta Sala se permite brevemente citar la mencionada Resolución 494 recurrida donde se menciona; “(...) la diligencia desplegada por la investigada, en específico, los dos correos electrónicos enviados el 13/02/2020 y el 17/02/2020 a su cliente XX S.A.S para efectos de dar cumplimiento a la obligación a su cargo, será tenida en cuenta por la Sala de Decisión en el evento de considerarse suficiente y debidamente probada dentro del expediente como atenuante de la sanción a imponer. (...)”

Por lo tanto, al analizar detenidamente la sanción impuesta para el cargo que nos atañe, esta Sala encuentra en primer lugar que se trata de una conducta clasificada como **GRAVÍSIMA** de conformidad con lo establecido por la Política Disciplinaria divulgada mediante Boletín Informativo No. 861 del 4 de noviembre de 2022, específicamente en el numeral 4.3.1.3 “No constituir la garantía inicial”.

En segundo lugar se encuentra que, conforme lo previsto en la mencionada Política Disciplinaria, y teniendo en cuenta que se presentan más criterios atenuantes que agravantes la sanción a imponer debe enmarcarse dentro del rango A es decir: “31 a 40 SMLMV y/o Limitación o Suspensión o Prohibición o



Expulsión”, como se establece en el cuadro presentado a continuación, extraído de la referida Política Disciplinaria:

GRAVÍSIMA	A (Más atenuantes que agravantes)	31 a 40 SMLMV y/o Limitación o Suspensión o Prohibición o Expulsión
	B (Igual número de atenuantes que agravantes)	41 a 50 SMLMV y/o Limitación o Suspensión o Prohibición o Expulsión
	C (Más agravantes que atenuantes)	MÁS DE 50 SMLMV y/o Limitación o Suspensión o Prohibición o Expulsión

Así las cosas, fuerza concluir que la diligencia alegada por la recurrente, como criterio de atenuación por las circunstancias de comisión de la conducta, efectivamente fue tomada en cuenta para efectos de modular la sanción a imponer, cuando se impuso una sanción de MULTA de 31 SMLMV, es decir la mínima establecida para este tipo de conductas.

Respecto de la graduación de la sanción, la recurrente manifiesta que la multa impuesta para este cargo en particular le resulta excesiva y, al respecto menciona las Resoluciones 420, 421 y 426 de 2017, 459 de 2018, 462 y 466 de 2019, y el AR 05 de 2022, donde en su criterio, se impusieron sanciones inferiores por el mismo incumplimiento. Sobre el particular esta Sala considera de suma importancia advertir que las Resoluciones 420, 421, 426, 459 y 462 citadas por la disciplinada, corresponden a decisiones proferidas todas de 2017 a 2019, esto es con anterioridad a la entrada en vigencia de la Política Disciplinaria expedida por la Cámara en diciembre de **2020** y por tanto **no guardan relación con las condiciones jurídicas y particulares del estudio del incumplimiento que nos atañe**. Lo anterior, por cuanto, como se anotó, no fue hasta el año 2020 como bien lo conoce la disciplinada, que se expidió y divulgó a todos los partícipes del mercado administrado por la Bolsa, el documento de Política Disciplinaria, revisado y unificado en noviembre de 2022 en donde se especifica con suficiente claridad, la clasificación de los incumplimientos y sus respectivas sanciones, así como también, los posibles atenuantes y agravantes que puedan ser tenidos en cuenta para cada caso en particular.

Asimismo, y en concordancia con lo señalado por el A.S en su pronunciamiento, en especial frente al **Acta de Reconocimiento N. 005** en el que se acordó una multa de veinte (20) smlmv, se debe precisar que tampoco resulta comparable dicha sanción con la impuesta en este caso por la primera instancia en la medida en que en esa ocasión, haciendo uso de la figura establecida en el Reglamento⁴ fue la propia disciplinada quien aún antes de la existencia de un pliego de cargos en su contra, decidió por su iniciativa, reconocer la existencia del incumplimiento y asumir su responsabilidad evitando el desgaste del aparato disciplinario, lo que se debe ver traducido en una significativa reducción de la sanción a imponer de conformidad además con el criterio de atenuación establecido en el Reglamento que hace relación a “La

⁴ Artículo 2.5.2.4.1 y siguientes del Reglamento.



*oportunidad en el reconocimiento o aceptación expresas que haga el investigado sobre la comisión de la infracción, y su colaboración en el esclarecimiento de los hechos investigados”.*⁵

Así, en conclusión, tras el análisis de los argumentos expuestos en precedencia y al no encontrarse errores o yerros jurídicos que se hayan podido cometer en el análisis efectuado en primera instancia por la Sala de Decisión, que puedan considerarse para efectos de modificar la decisión respecto del incumplimiento endilgado que para todos los efectos, además fue ampliamente reconocido por la recurrente tanto en sus descargos como en su escrito de apelación, esta Sala CONFIRMA la sanción impuesta en primera instancia para el cargo consistente en el Incumplimiento al deber de constituir las garantías de las operaciones forward Nos. 37608797, 37609432 y 37609496.

En mérito de todo lo expuesto, la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria,

Resuelve

- Primero:** Confirmar la Resolución 494 del 16 de noviembre de 2022, proferida por la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria.
- Segundo:** Notificar a la sociedad comisionista de Bolsa Bursagán S.A. del contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., advirtiéndole que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.
- Tercero:** Notificar al Jefe del Área de Seguimiento el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., advirtiéndole que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.
- Cuarto:** En firme la presente Resolución, comuníquese a la Superintendencia Financiera de Colombia y al área de Comunicaciones de la Bolsa el contenido de la misma, para su correspondiente publicación.

Dada en Bogotá, D.C., a los nueve (9) días del mes de enero de 2023.

Notifíquese y cúmplase,

LUIS CARLOS ARANGO SORZANO
Presidente

GLORIA LUCÍA CABIELES CARO
Secretaria

⁵ Numeral 7 Artículo 2.4.2.3 del Reglamento.