

RESOLUCIÓN N° 081 DE 2005

**COMITÉ DE VIGILANCIA
BOLSA NACIONAL AGROPECUARIA S.A.**

**POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICION
INTERPUESTO EN CONTRA DE LA RESOLUCION 076 DE 2005, POR LA
SOCIEDAD CORCARIBE S.A. MIEMBRO DE LA BOLSA NACIONAL
AGROPECUARIA S.A. Y SE CONCEDE EL RECURSO DE APELACION**

El Comité de Vigilancia de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., en ejercicio de las facultades conferidas por el literal e) del artículo 3º del Decreto 2000 de 1991, así como los artículos 115 y 139 del Reglamento de Funcionamiento y Operación del Mercado Público de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A., mediante la presente providencia, procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por la sociedad CORCARIBE S.A., contra la Resolución 076 de 2005, proferida por este órgano disciplinario, y a decidir sobre la admisibilidad del recurso de Apelación en contra de la Resolución citada, de acuerdo con los siguientes:

HECHOS

1. Mediante Resolución 019 de 2005 el Comité de Vigilancia de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A. decidió la apertura de investigación disciplinaria en contra de la sociedad CORCARIBE S.A. miembro de la BNA, por el presunto incumplimiento de las obligaciones previstas en los Artículos 20, numerales 1, 2, 4 y 5 del Reglamento de Funcionamiento y Operación del Mercado Público de la BNA.
2. Una vez agotado el procedimiento disciplinario, el Comité de Vigilancia determinó sancionar a la investigada mediante Resolución 076 de 2005 con suspensión por el término de un (1) mes.
3. Dicha sanción fue notificada a la representante legal de la investigada el día trece (13) de julio de 2005.
4. Mediante comunicación COR-SG-43-05 de fecha veintiuno (21) de julio de 2005, fecha límite para la interposición de recursos en contra de la Resolución 076, la sociedad promovió los recursos de Reposición y en subsidio el de Apelación.

Calle 114 # 9-01
Torre A piso 15
PBX: 6292529
Fax: 6292657
bna@bna.com.co
www.bna.com.co
Bogotá D.C. - Colombia

Handwritten mark

Handwritten mark

ARGUMENTOS PRESENTADOS POR EL RECURRENTE

El recurrente expone como argumentos, con el fin de ser tenidos en cuenta, los siguientes:

En primer lugar manifiesta que se le vulneró el derecho de defensa por cuanto se remitieron las copias solicitadas omitiendo las relativas a los originales de los folios 006, 027 y 028 y no pudo conocer el expediente en su integridad, por lo cual *"la presente causa debería ser archivada de manera inmediata y sin consideraciones adicionales"*.

En lo relativo al fondo del asunto manifiesta que las operaciones objeto de la presente investigación no sólo no son prohibidas, sino que reitera lo manifestado en el escrito de descargos respecto de la Resolución No. 019 de 2005, el cual transcribe parcialmente, afirmando que la firma comisionista ha cumplido estrictamente con lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento, estructurando una operación que se ajusta plenamente a lo previsto en el artículo en cita, operaciones de corretaje de físicos debidamente registradas en la BNA.

Sostiene que al realizar el corretaje de los papeles resultantes de la operación, no fue posible registrarlo por cuanto el mencionado reglamento *"si bien permite expresamente la realización de operaciones de corretaje sin discriminaciones de ninguna índole referidas a las especies del mismo, no contempla un procedimiento para el registro de operaciones de corretaje financiero, lo cual en ningún caso puede interpretarse como que por ello el reglamento prohíbe la realización de tales operaciones"* (negrilla en el texto original).

Expresa la firma comisionista igualmente en su escrito de descargos, transcrito en el recurso, que el Comité de Vigilancia como juez debe tener en cuenta que *"La hermenéutica legal no permite al juez establecer limitaciones a un principio que la ley formuló de un modo general, comprensivo de todos los objetos de un mismo orden. Cualquier limitación de parte del juez es arbitraria (Cas., 29 de febrero 1912XXI, 19)"*.

Afirma el recurrente, no reconocer en forma expresa que la operación objeto de investigación es una operación no reglamentada por la BNA, como se expone en la Resolución recurrida, sino que el corretaje en su forma genérica está consagrado y permitido por el propio Reglamento de la Bolsa.

En lo referente a la vulneración del artículo 20 numeral 2 por no haber registrado una operación *"imposible"* de registrar, siendo claro que al no existir procedimiento de registro de esta negociación, es

Calle 114 # 9-01
Torre A piso 15
PBX: 6292529
Fax: 6292657
briasar@bna.com.co
www.bna.com.co
Bogotá D.C. - Colombia

24/11

2/11

porque la misma no está autorizada y en consecuencia no se encuentra facultado para hacerla, efectúa los siguientes comentarios:

"El enunciado recién citado parte de una claridad que no existe, y no sólo no existe entre los agentes comisionistas que intervienen en el mercado quienes a diario están ejecutando contratos de esta índole por considerarlos ajustados al reglamento, sino que tampoco existe entre los abogados de las distintas firmas, ya que el tema en sí mismo envuelve la contraposición, por una parte, de conceptos tradicionales del derecho como la autonomía de la voluntad privada, la consagración expresa de las prohibiciones, la carga de claridad a la que está obligada la parte que pone las condiciones en un contrato por adhesión, la favorabilidad que se debe aplicar a favor del imputado cuando las normas, como es este caso, son equívocas; y por la otra, la aplicación de la doctrina de los estatutos especiales".

Pone de presente además la falta de consenso que existe en la materia aún para los abogados, conocimiento que no es dable exigir en materia jurídica a los profesionales de Corcaribe.

Argumenta igualmente que se equipara la falta de reglamentación en el registro de la operación, con la no autorización de la misma, *"en franco desconocimiento de la autorización expresa que sobre las operaciones de corretaje en forma genérica consagra el propio Estatuto de Operación y Funcionamiento de la Bolsa, y dejando igualmente de lado el deber de clarificar la situación radicado (sic) en cabeza de la BNA".*

Se refiere a las operaciones convenidas fuera de rueda y no compensadas relativas a la caña, para señalar que, si se puso en riesgo al inversionista por haber sido descontada la operación por fuera de rueda y no compensada por la CCBNA, entonces con la autorización de aquella operación, la Bolsa abriría la puerta para poner en riesgo los dineros de los inversionistas induciendo a las firmas a violar el deber contenido en el numeral 4 del artículo 20 del Reglamento.

Manifiesta que el contrato mediante el cual se vincula la sociedad a la Bolsa, es un contrato de adhesión, siendo de suma importancia esta circunstancia a la hora de aplicar la sanción en razón a que *"la norma presuntamente violada es totalmente equívoca por cuanto si bien establece expresamente la posibilidad de realizar el corretaje de manera genérica sin distinguir entre las especies del mismo y la necesidad de registro para tales operaciones, por el otro lado, no define un mecanismo procesal para poderlo ejecutar en todos los casos permitidos"* (negrilla en el texto original).

Atendiendo lo anterior, afirma que es a la Bolsa a la que le corresponde la carga de claridad y está en mora de redactar normas

efb

2/3/11

procedimentales que posibiliten el registro de las operaciones o que la misma establezca la prohibición expresa de realizarlas, para que los agentes sepan exactamente qué pueden y qué no pueden hacer. A juicio del recurrente, la actuación materia de sanción carece de dolo debiendo ser considerada en virtud del principio de favorabilidad como un elemento preponderante a la hora de adoptar la decisión.

Advierte que el Comité olvida además que no existe daño pecuniario a los inversionistas, por cuanto se le canceló al mandante el total del valor de la inversión e intereses.

Por todo lo anterior solicita al Comité y en subsidio a la Junta Directiva revocar en su integridad la "exageradísima" sanción impuesta a Corcaribe.

Concluye el escrito refiriéndose a su historia en la Bolsa y los inconvenientes que generarían para la firma y sus mandantes la imposición de tal sanción.

CONSIDERACIONES

Respecto de lo expresado por la Firma comisionista Corcaribe S.A. en su escrito de recurso, el Comité entra a analizar los argumentos presentados por la firma comisionista en los siguientes términos:

1. En cuanto al argumento esgrimido, referente a la violación del derecho de defensa, al no haberse suministrado el original de los folios Nos. 006, 027 y 028, el Comité observa que reposa en el expediente constancia del contenido de dichos folios al referirlos como comunicación enviada al ponente, mediante la cual se remiten las piezas procesales, omitiendo exclusivamente su nombre, el cual no es necesario para el debido ejercicio del derecho de defensa. Al respecto, la Corte Constitucional¹ se pronunció en los siguientes términos:

"El derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 29 de la Carta Política, comprende una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procedimentales, el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito judicial o administrativo, con el fin de

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-383/00 de abril 5 de 2.000. Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Tafur Galvis.

27/9/11

afu

proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas, pues es claro que el debido proceso constituye un límite material al posible ejercicio abusivo de las autoridades estatales."

"(...) desconocería el ordenamiento superior, con vulneración de las garantías propias de los derechos de las personas, la forma procesal que impidiera ejercer la defensa dentro de una causa, como sucedería cuando la misma impidiera a los interesados conocer idóneamente de la realización de una determinada actuación o de la adopción de una decisión que los afecta (El resaltado es nuestro fuera de texto)".

En este orden de ideas, es preciso aclarar que no se conculca el derecho de defensa cuando se omite la información interna acerca del ponente al cual se le remiten los documentos relativos al proceso; información a la que hace referencia en su escrito el recurrente, sobre los folios 006, 027 y 028; toda vez que en el contenido material de los documentos referidos en esos folios no se toma una decisión que pueda afectar los intereses del investigado dentro del proceso, no se ordena la práctica de ninguna prueba o se materializa la adopción de alguna actuación que los afecte, se trata de comunicaciones internas de trámite en donde se remite al ponente del caso información sobre el mismo.

Es así como no se le ha impedido conocer idóneamente las actuaciones ni las resoluciones que los puedan afectar, todo el material probatorio y las decisiones de fondo tomadas por el Comité, Resolución de Apertura, Resolución de Fallo, autos ordenando la práctica de pruebas y los documentos que recogen las pruebas practicadas, así como las pruebas en sí mismas consideradas, estuvieron a su disposición con plena libertad para rebatirlas y controvertirlas, garantizando con ello el derecho de defensa, el principio de contradicción de la prueba y el debido proceso; no es procedente en ese sentido afirmar que no se permitió el conocimiento de información de actuaciones de fondo o de decisiones de este Comité relacionadas con el caso en estudio.

Adicionalmente es claro para este Comité que la documentación de trámite referida y a la cual se hace expresa referencia en los folios citados por el recurrente, estuvo a disposición del mismo y a instancia de parte se hubiere podido, en el momento de acceso al expediente, solicitar copias de esas cartas remisorias, las cuales reposan el consecutivo de la correspondencia del Comité de Vigilancia.

En consecuencia, la afirmación hecha por el recurrente no es de recibo para este Comité, pues en el caso en estudio se evidencia la

Fecha: 11/4/01
Torre A piso 15
P.O. Box: 6292529
Fax: 6292557
bnasa@bna.com.co
www.bna.com.co
Bogotá D.C. - Colombia

ef 5/11

11/5/11

garantía del derecho de defensa y el cumplimiento cabal del procedimiento reglamentario consignado en los artículos 131 al 139 del Reglamento de la BNA, habiéndosele dado a la firma comisionista la oportunidad para presentar sus descargos, ser oído en audiencia tal y como sucedió, de controvertir las pruebas consignadas en el expediente, aportar o solicitar la práctica de las pruebas que considerara conducentes y por último, controvertir el fallo que es objeto de recurso.

2. En segundo lugar, respecto de la afirmación expuesta por el recurrente, según la cual ***"si bien permite expresamente la realización de operaciones de corretaje sin discriminaciones de ninguna índole referidas a las especies del mismo, ...no contempla un procedimiento para el registro de operaciones de corretaje financiero, lo cual en ningún caso puede interpretarse como que por ello el reglamento prohíbe la realización de tales operaciones"*** (negrilla en el texto original), es preciso señalar que la facultad reglamentaria dada a las firmas comisionistas para realizar contratos de corretaje y comisión, se circunscribe a aquellos productos o servicios autorizados por el reglamento o por las normas que lo adicionen, siendo consecuente con la doctrina sobre "estatutos especiales" a los que más adelante haremos referencia.

Adicionalmente, es de resaltar que la no existencia de un mecanismo de registro para operaciones de corretaje financiero realizadas por la firma comisionista CORCARIBE S.A., es clara evidencia de la imposibilidad material de su realización en el escenario de la Bolsa Nacional Agropecuaria.

Esta ausencia de registro de la operación se encuentra probada en el expediente, por manifestación expresa del representante legal suplente de la firma, en audiencia realizada el 28 de abril de 2005, en donde de manera inequívoca reconoció que dichas operaciones no habían sido registradas en la BNA, circunstancia esta ajena a la interpretación que pretende darle el recurrente.

3. Ahora bien, es menester citar entonces, lo que se ha denominado "estatutos especiales" que aplican para las entidades financieras y las que sirvan como intermediarios en el mercado financiero y bursátil, toda vez que éstas se encargan del aprovechamiento de recursos captados del público. En tal sentido, y con miras a hacer más transparente dicha actividad, el legislador ha sometido a estas instituciones a limitaciones en cuanto a su desempeño, enmarcándolas en lo que su objeto social les permita.

Calle 114 # 5-01
Torre A piso 15
PBX: 6290029
Fax: 6290007
bnas@bna.com.co
www.bna.com.co
Bogotá D.C. - Colombia

efo/11

BA 4/11

Al contrario de lo manifestado por el recurrente, la doctrina en forma unánime ha establecido la citada institución, manifestando que los intermediarios del mercado bursátil se encuentran sometidos preferentemente al régimen particular previsto para ellas. Así las cosas, a las sociedades comisionistas al contar con objeto exclusivo y encontrarse sujetas a lo dispuesto en los reglamentos para la realización de sus operaciones, no les es dable determinar ni interpretar qué clase de operaciones son susceptibles de ser realizadas por ellas, por cuanto como ya se expresó, esta facultad solo la tiene el regulador. Al respecto es oportuno resaltar lo plasmado en el numeral 1.1.1. del Capítulo Segundo, Título Quinto de la Circular Externa 007 de 1996, expedida por la Superintendencia Bancaria cuando manifiesta que *"El verdadero alcance de la expresión "estatutos especiales" también llamados "estatutos excepcionales", como se ha dicho, se circunscribe a que el régimen de cada intermediario constituye un parámetro que frente a la normativa general del código resulta ser evidentemente especial más que excepcional y, de aplicación preferente (...)"*.

En ese sentido, no sólo la Circular Básica jurídica, sino la doctrina en materia de regulación emanada por parte de la Superintendencia Bancaria y de la Superintendencia de Valores, aplicable a cada uno de los intermediarios sometidos a su ámbito de inspección, vigilancia y control, ha sido clara en establecer que esos intermediarios sólo pueden adelantar los negocios que la ley o el reglamento expresamente les permite, en ese orden los contratos celebrados por esas entidades deben corresponder a las operaciones a ellas autorizadas, so pena de configurarse la extralimitación al objeto social y al marco reglamentario y legal y en ese caso, los contratos o acuerdos celebrados en contravención a esas normas quedan expuestos a la nulidad absoluta, sin perjuicio de las sanciones institucionales y personales que por los mismos motivos puedan imponer las autoridades competentes.

En conclusión, el Comité ha considerado que si los comisionistas o el mercado pudieran requerir de nuevos instrumentos, éstos habrán de ser regulados de manera previa a su ejecución, de tal forma que dichos instrumentos puedan ser utilizados por la totalidad de los participantes del mercado, en condiciones de seguridad y transparencia para el mercado, como efectivamente ha sucedido con las operaciones convenidas fuera de rueda y no compensadas referidas a productos como la caña, en donde previa una identificación y evaluación de los riesgos inherentes a las mismas, la Bolsa procedió a su aprobación a través de la Circular PSD-178 de abril 5 de 2005.

Calle 114 # 3-01
Torre A piso 15
PBX: 6292525
Fax: 6292657
bna@bna.com.co
www.bna.com.co
Bogotá D.C. - Colombia

ef 7/11

7/11

Lo anterior, estableciendo que no existe tal equívoco en las operaciones permitidas para los miembros, toda vez que su actuación se encuentra reglada.

4. De otra parte, no comparte este comité la afirmación del libelista referida a que con la autorización de las operaciones CONVENIDAS POR FUERA DE RUEDA Y NO COMPENSADAS, la bolsa abre la puerta para poner en riesgo los dineros de los inversionistas induciendo a las firmas comisionistas a violar el deber consagrado en el numeral 4 del artículo 20, pues con la aprobación previa de esas operaciones se está generando el marco regulador aplicable a las mismas, al que se deben someter todos los participante del mercado y se establece la forma como las mismas se deben instrumentar y los mecanismos de mitigación de riesgos que éstas deben incorporar para proteger al mercado y a los inversionistas.

5. Referente a la manifestación de que al no existir claridad entre los agentes comisionistas que intervienen en el mercado, respecto de las operaciones que están o no permitidas reglamentariamente, y a la manifestación de que estos comisionistas, si bien son expertos en comercialización y apalancamiento de productos agrícolas ganaderos, pecuarios y agroindustriales y no en leyes, es claro para este comité que atendiendo el grado de profesionalidad exigido para la actividad bursátil, el agente intermediario debe conocer los principios básicos que rigen su actuación y las limitaciones reglamentarias que se imponen al desarrollo de las actividades propias de su objeto social, exigiéndole una especial diligencia y prudencia en el desarrollo de las mencionadas actividades; en ese sentido, pesa sobre el comisionista la carga de asesorarse profesionalmente y de contar con personal idóneo en la comprensión de las normas legales aplicables a su gestión empresarial, pues estamos en presencia de una actividad profesional que involucra principios de orden público económico, ya que con su actividad se afecta el ahorro privado y la confianza de inversionistas.

6. En lo que hace relación a la afirmación de Corcaribe S.A. según la cual, el Reglamento de Funcionamiento y Operación en donde se plasma el marco normativo y reglamentario que rige las operaciones en el escenario de la BNA es un contrato de adhesión, este Comité discrepa estructuralmente de la misma, pues el reglamento es una colección ordenada de reglas y preceptos que los propios comisionistas han establecido como marco de su actividad, pues el reglamento lo da la Junta Directiva de la propia bolsa en la cual

Calle 114 # 9-01
Torre A piso 15
P.O.B. 029529
Fax: 6292657
bnasa@bna.com.co
www.bna.com.co
Bogotá D.C. - Colombia

efs/11

JA 8/11

tienen asiento las firmas comisionistas. Es el reglamento un sistema articulado de normas que refleja o debe reflejar la normativa de mercado público y de bolsas de productos emanadas del gobierno nacional, de la Superintendencia de Valores de Colombia, y en el cual se plasman las reglas y principios que todos los comisionistas sin excepción deben cumplir en el desarrollo de su actividad.

Finalmente, es de resaltar que la BNA no es la contraparte de las firmas comisionistas, sino el escenario en el que sus miembros desarrollan su actividad y por lo tanto deben ajustarse al Reglamento vigente; el cual nace de la propia decisión de los comisionistas al determinar realizar sus negociaciones en este ámbito.

De lo anterior se desprende que, en aras de garantizar las condiciones por las cuales se acude a este escenario de negociación, es preciso desempeñarse dentro del marco claramente definido. Lo cual no implica que las normas sean estáticas en el tiempo y que no sean susceptibles de modificación o evolución, toda vez que sí pueden ser modificadas siempre que se adopten a través de los canales previstos por los mismos reglamentos, los cuales deben ser plenamente respetados. Esto significaría, que si lo que pretendía Corcaribe era desarrollar nuevas operaciones, ha debido seguir el conducto regular, con el fin de implementar por parte de la Bolsa, dichas operaciones dentro del marco regulatorio. Circunstancia que en el presente caso, evidentemente no ocurrió.

7. Respecto del argumento referente a la calificación de la gravedad de la conducta, por la similitud que la operación tiene con las operaciones convenidas fuera de rueda y no compensadas y a la inexistencia del daño pecuniario a los inversionistas, el Comité considera que en primer lugar, como se expresó en este escrito, las operaciones realizadas por la firma Corcaribe S.A. no se tipifican como operaciones convenidas fuera de rueda y no compensadas; se trata entonces de operaciones fuera del marco reglamentario en donde con su realización se pone en peligro la estabilidad del mercado y principios vitales y rectores de las actividades de intermediación en escenarios bursátiles, como son la confianza de los inversionistas y la protección del ahorro privado. Es en este sentido, para la calificación de la conducta, que el Comité ha considerado la violación reglamentaria expresada.

En segundo lugar, en lo que hace a la inexistencia del daño pecuniario a los inversionistas, es conveniente resaltar lo manifestado por la Superintendencia Bancaria en el sentido que los

Calle 114 # 9-01
Torre A piso 15
PBX: 6292529
Fax: 6292657
bnsa@bna.com.co
www.bna.com.co
Bogotá D.C. - Colombia

ef 9/11

ef 9/11

actos u omisiones realizados por los intermediarios que impliquen el desconocimiento de normas estatutarias y o reglamentarias no impone la generación o materialización de daño o perjuicio real².

8. Por último, en lo relativo a que la actuación de la firma debe ser interpretada favorablemente, en consideración a la supuesta oscuridad normativa y a la actuación de buena fe de Corcaribe por su errada interpretación de las normas, este Comité reitera lo dicho en los diferentes apartes de este mismo escrito y en la Resolución No. 076 de 2005, en el sentido que al comisionista le era imputable la diligencia debida para actuar única y exclusivamente dentro del marco regulatorio de la BNA, circunstancia que no genera duda alguna, razón por la cual su actuar no está exento de culpa.

Con base en todo lo anterior, se reitera entonces el Comité en que, a la luz del Reglamento de funcionamiento y operación del mercado público de la Bolsa Nacional Agropecuaria, es claro que las sociedades comisionistas de la BNA tienen un objeto social exclusivo, que solo puede ser desarrollado a través de los contratos mencionados en la norma citada y en Bolsas de productos agropecuarios, lo cual excluye la posibilidad de que estas sociedades puedan realizar operaciones por fuera del marco del presente Reglamento de la BNA.

Es así, como teniendo en cuenta los argumentos presentados por la investigada en el escrito del recurso, este Comité se ratifica en todos los aspectos expuestos en la parte considerativa de la Resolución 076 de 2005.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Comité de Vigilancia de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A.,

RESUELVE

PRIMERO. NO REPONER en ninguna de sus partes la Resolución N° 076 de 2005, mediante la cual se impuso sanción al miembro comisionista de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A. **CORCARIBE S.A.**

² Sentencia Consejo de Estado, Sección Cuarta. Septiembre 22 de 1994.

21/10/11

ef/10/11

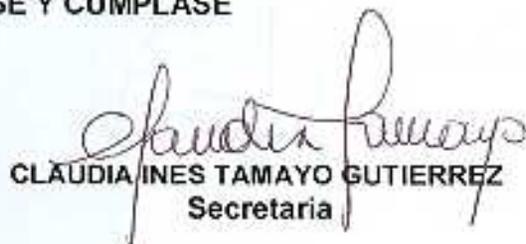
SEGUNDO. Conceder el recurso de apelación ante la H. Junta Directiva de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A. contra la Resolución 076 de 2005.

TERCERO. Por Secretaría córrase traslado del expediente a la Honorable Junta Directiva de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A. con el fin de dar trámite al recurso concedido.

Dada en Bogotá D.C. a los 22 días del mes de julio de 2005.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


SERGIO FAJARDO MALDONADO
Presidente


CLAUDIA INES TAMAYO GUTIERREZ
Secretaria

ef/11

2/11

EN LA FECHA 25 de Julio 2005 NOTIFIQUÉ PERSONALMENTE AL
DOCTOR Luis Adrián Fúndez
REPRESENTANTE LEGAL DE LA SOCIEDAD COMISIONISTA CORCARIBE S.A.
IDENTIFICADO CON CEDULA DE CIUDADANIA No. 79686983 EXPEDIDA
EN BTA. SOBRE EL CONTENIDO DE LA PRESENTE
RESOLUCIÓN.

EN LA SECRETARIA GENERAL SE ENCUENTRA A DISPOSICIÓN EL
EXPEDIENTE DISCIPLINARIO.

NOTIFICADO



NOTIFICADOR

