

BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.

Resolución No. 115 de la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria (11 de agosto de 2020)

Por medio de la cual se decide un recurso de apelación

La Sala Plena de la Cámara Disciplinaria de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., en adelante la “Bolsa”, 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 comisionista Bursagán S.A. en contra de la Resolución 474 del 18 de junio de 2020, 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 474 del 18 de junio de 2020, mediante la cual, en Sala de Decisión, la Cámara Disciplinaria decidió en primera instancia la investigación adelantada en contra de la sociedad en cuestión, 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 en cabeza de la investigada para el primer cargo, consistente en el incumplimiento por parte de Bursagán S.A. de la obligación de verificar y certificar el cumplimiento de las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación exigidas en la Ficha Técnica de Negociación en relación con el proceso de adquisición de menaje, adelantado por la Sociedad Comisionista de Bolsa Correagro S.A., actuando por cuenta de la Secretaría de Integración Social, encontrando mérito para sancionarla con una MULTA de treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

¹ Los dos cargos elevados en contra de la disciplinada se consideran violatorios de las siguientes 3 normas:

Decreto 2555 de 2010, Artículo 2.11.1.8.1, numerales 11 y 20: *Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: (...) 11. Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva. 20. Cumplir las demás disposiciones legales y reglamentarias vigentes;*

Artículo 3.6.1.3. del Reglamento: *Parámetros objetivos de participación de las sociedades comisionistas miembros. (...) Podrán participar en el MCP las sociedades comisionistas miembros que cumplan con lo dispuesto en el presente Título y, en particular, con lo siguiente: (...) 3.2 Verificar y certificar el cumplimiento de las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación que se exijan en la Ficha Técnica de Negociación en relación con su comitente.*

Artículo 5.1.3.4. del Reglamento: *Lealtad. Las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa y las personas naturales vinculadas a éstas deben actuar con lealtad, entendida como la obligación que tienen los agentes de obrar simultáneamente de manera íntegra, franca, fiel y objetiva, con relación a todas las personas que intervienen de cualquier manera en el mercado. En desarrollo del principio de lealtad las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa y las personas naturales vinculadas a éstas deberán, entre otras conductas: ...3 abstenerse de dar información ficticia, incompleta o inexacta.*

CÁMARA DISCIPLINARIA

De igual forma, la Sala de Decisión determinó la existencia de responsabilidad disciplinaria en cabeza de la investigada para el segundo cargo, consistente en el incumplimiento por parte de Bursagán S.A. de su obligación de verificar y certificar el cumplimiento de las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación exigidas en la Ficha Técnica de Negociación en relación con el proceso de adquisición de dotación de voluntarios y funcionarios, adelantado por la Sociedad Comisionista de Bolsa Agrobolsa S.A., actuando por cuenta de la Defensa Civil Colombiana, encontrando mérito para sancionarla con una MULTA de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes y, concurrentemente, con una LIMITACIÓN para participar en el Mercado de Compras Públicas de la Bolsa por cinco (5) días hábiles.

La Sala Plena que conoció del recurso fue integrada por los doctores María Victoria Moreno Jaramillo, Jorge Ignacio Lewin Figueroa, Luz Ángela Guerrero Díaz, Alberto Caicedo Becerra y Clara Inés Sarmiento de Helo, al no haber conocido del caso en primera instancia, ni hallarse impedidos para pronunciarse respecto del mismo.

En sesión No. 367 del 11 de agosto de 2020, la doctora María Victoria Moreno Jaramillo fue designada como Presidente de la misma. Así mismo, 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 las sanciones impuestas, las pruebas obrantes en el expediente, el contenido de la resolución recurrida y los argumentos propuestos por la disciplinada, así como el pronunciamiento efectuado al respecto por parte del 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 vía correo electrónico de la Resolución 474 el día 10 de julio de 2020, el 23 de julio de 2020, la disciplinada, a través de su apoderado, interpuso recurso de apelación en contra de aquella, dentro del término otorgado reglamentariamente, controvirtiendo el fallo proferido por la Sala de Decisión en relación con las sanciones impuestas por los dos cargos analizados.

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

Mediante escrito radicado vía correo electrónico ante la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, la disciplinada interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución antes mencionada, exponiendo los siguientes argumentos de defensa:

2.2.1. Primer cargo: Incumplimiento por parte de Bursagán S.A. del deber de verificar y certificar el cumplimiento de las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación exigidas en la Ficha Técnica de Negociación en relación con el proceso de adquisición de menaje, adelantado por la

CÁMARA DISCIPLINARIA

Sociedad Comisionista de Bolsa Correoagro S.A., actuando por cuenta de la Secretaría de Integración Social.

En términos generales, la investigada es reiterativa a lo largo de su escrito de apelación en indicar que considera fundamentales los alegatos presentados específicamente frente a la atipicidad de la conducta y la interpretación extensiva de la norma invocada como infringida, en desarrollo de lo cual hace un análisis que estructura de la siguiente manera:

2.2.1.1. Frente a la atipicidad de la conducta.

La recurrente inicia su escrito mencionando que, como lo manifestó en diversas oportunidades a lo largo de todo el proceso, se dio una aceptación desde el primer momento de la ocurrencia de los hechos para este primer cargo, lo cual, de acuerdo con la defensa, corresponde a un evidente acto de transparencia y lealtad procesal por parte de Bursagán, que ha debido tenerse en cuenta para efectos de la imposición de la sanción.

Ahora bien, frente a la desestimación del argumento de atipicidad de la conducta por parte de la Sala de Decisión en primera instancia, resalta que la norma citada como infringida, específicamente el artículo 3.6.1.3 del Reglamento, consagra como obligación de las sociedades comisionistas: “*Verificar y certificar el cumplimiento (...)*”. Por lo anterior, no se encuentra implícita en la norma la obligación de establecer la VERACIDAD de los documentos, únicamente, en su sentir, su obligación debería abarcar la verificación y certificación del cumplimiento de los requisitos y no la validez de los mismos. Así las cosas, argumenta que el concepto de tipicidad se debe entender como aquel proceso a través del cual se comprueba que el hecho imputado se adecúa al presupuesto normativo y descriptivo invocado, lo que tiene especial relevancia en el derecho disciplinario.

Al respecto manifiesta que la honorable Corte Constitucional, en sentencia número 280 del 25 de junio de 1996, con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero, en el sentido indicado por la recurrente así se pronunció:

“Siendo el derecho disciplinario una modalidad del derecho sancionatorio, los principios del derecho penal se aplican, mutatis mutandi, al derecho disciplinario, pues la particular consagración de garantías sustanciales a favor de la persona investigada se realiza, de un lado, en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y del otro, para controlar la potestad sancionatoria del Estado.” ... “Precisamente uno de los principios esenciales en este campo es de la tipicidad, según el cual no sólo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa, sino que, además, la sanción debe estar predeterminada. Debe haber pues certidumbre normativa previa la sanción a ser impuesta pues, como esta Corporación ya lo había señalado, las normas que consagran faltas deben estatuir “también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas” (...).”

Con ocasión de lo anterior, de acuerdo con la opinión de la recurrente, no ofrece duda el hecho de que dentro de este tipo de actuaciones las normas que se presentan como infringidas deben contener una

CÁMARA DISCIPLINARIA

descripción clara de los elementos necesarios y esenciales de la transgresión, y, al tiempo, encajar perfectamente con la conducta que se imputa como trasgredida, so pena de que opere el fenómeno conocido como atipicidad, cuya consecuencia no puede ser diferente a la imposibilidad de sancionar por el concepto pretendido. Continúa su escrito la investigada alegando que es evidente que existen dos maneras frente a las cuales converge la tipicidad: *“la primera, la tipificación en la ley para que esta describa la conducta y la sanción y, la tipificación en la aplicación de la misma, para que la Administración adecúe el hecho antijurídico al tipo descrito. El primero es un mandato constitucional al legislador. El segundo es una orden a la administración.”*

Sobre este punto, añade la disciplinada que nuestra Corte Suprema de Justicia ha señalado que: *“El principio de tipicidad a que hemos venido haciendo referencia no apunta meramente a la previa definición legal de que habla el artículo 23 de la Carta, sino esencialmente a que la descripción legislativa de las conductas delictivas o contravencionales sea de una claridad e inequívocidad tales que el juzgador (judicial o administrativo) puede aprehender su real alcance y significado al realizar el respectivo proceso mental de adecuación típica, sin necesidad de recurrir a caprichosas complementaciones que lo sacarían del terreno de la interpretación en que ha de moverse y lo colocarían en el de la abusiva y peligrosa creación legal (...)”*.

Frente a la atipicidad, argumenta la recurrente que no se puede sancionar a una sociedad comisionista de bolsa por no verificar la veracidad y autenticidad de unos documentos, cuando la norma invocada como desconocida exige únicamente la verificación del cumplimiento de las condiciones de participación en la Rueda de Negocios, lo que es muy diferente y en este caso efectivamente sí se hizo por la disciplinada, *“por lo que la suerte de este cargo debe ser la de su decaimiento”*.

2.2.1.2 Frente a la interpretación extensiva de la ley en el campo disciplinario.

Sobre el particular la disciplinada indica que, sin perjuicio de lo expresado previamente sobre la atipicidad de la conducta, de mantenerse la posición, vía interpretación, en el sentido que la obligación contenida en el artículo 3.6.1.3 del Reglamento conlleva una verificación de la autenticidad y veracidad de los documentos, la misma resulta también contraria a derecho, pues, a todas luces, constituiría una interpretación extensiva de los preceptos disciplinarios, proscrita expresamente por nuestra legislación, tal como lo ha señalado nuestra Corte Constitucional en sentencia T-1039/06, Magistrado Ponente-Humberto Antonio Sierra Porto, así:

“Precisamente este es uno de los principales puntos de contacto entre el derecho penal y las diversas modalidades de derecho sancionador, pues como bien es sabido la prohibición de la interpretación extensiva en el derecho penal ha sido concebida como un límite infranqueable por la actividad judicial, pues la sujeción estricta al principio de legalidad se considera una garantía esencial integrante del derecho al debido proceso.” ... “Entonces, a pesar de que el fallador en materia disciplinaria goza de amplitud para la adecuación típica de la conducta investigada, dicho margen encuentra un límite en principios tales como la prohibición de la interpretación extensiva de las disposiciones legales contentivas de las faltas disciplinarias, límite que a su vez se

CÁMARA DISCIPLINARIA

convierte en una garantía del derecho al debido proceso de los sujetos disciplinables. (...)
(Resaltado fuera de texto)

Con base en las anteriores consideraciones, para la disciplinada *“debió haberse invocado una norma muy diferente a la plasmada en el Pliego de Cargos y no recurrirse a una interpretación extensiva de ésta, por lo que, insistimos, el cargo formulado no debe estar llamado a prosperar.”*

2.2.1.3. Sobre el adecuado proceder de Bursagán S.A.

Prosigue el recurso indicando que Bursagán cumplió adecuadamente los deberes que le imponía el artículo 3.6.1.3 del Reglamento, que verificó perfectamente la existencia de los documentos requeridos a su cliente para participar como vendedor dentro del Mercado de Compras Públicas, en adelante “MCP”, y, de igual forma, validó que con los mismos se acreditaba el cumplimiento de las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación que se exigían en la Ficha Técnica de Negociación respectiva, tal y como, en su criterio, se demostró con los testimonios del representante legal de la firma y la comercial a cargo del cliente, cumplimiento de requisitos sobre lo cual no se pronuncia la recurrente, en la medida en que jamás han sido puestos en duda.

Agrega que para la época de la ocurrencia de los hechos no existía un precepto legal que exigiera la veracidad de los documentos o por lo menos no se invocó, aspecto que cobra más sentido si se tiene en cuenta que se encuentra frente a una actividad que se desarrolla bajo los postulados de la buena fe, y, por tanto, la autenticidad y veracidad de los documentos se presume.

Lo anterior, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 83 del Estatuto Superior y de lo manifestado por la Corte Constitucional, que ha se ha pronunciado en el sentido de estimar que: *“es claro para la Corte que si bien el ordenamiento jurídico por regla general presume la buena fe de los particulares en sus relaciones, y en las actuaciones que adelanten ante las autoridades públicas, este es un principio que no es por esencia absoluto, de tal manera que en situaciones concretas admite prueba en contrario, y en este sentido es viable que el legislador excepcionalmente, establezca presunciones de mala fe, señalando las circunstancias ante las cuales ella procede.”*²

En tal sentido, agrega la recurrente, lo que generalmente ocurre es que los hombres proceden de buena fe y, excepcionalmente, de mala fe, conducta esta última que por ser contraria al orden jurídico es sancionable. Por ello, en el desarrollo de toda actividad, en especial las comerciales, se presume que el hombre actúa de forma leal, clara y honesta, por lo que debe procederse y actuar de conformidad.

Considera que tiene aún más sentido el que en escenarios como la Bolsa se presuma la buena fe de sus partícipes, dada la naturaleza de las operaciones realizadas y de sus miembros, por lo que se entiende que, en desarrollo de sus negocios, los documentos que se aportan son válidos, auténticos y veraces. Pensar lo contrario, desde el punto de vista de la disciplinada, haría inviable un mercado de esta naturaleza, pues su dinámica se mermaría sustancialmente y se tornaría inmanejable desde el punto de vista operativo, ya

² Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CÁMARA DISCIPLINARIA

que obligaría a las sociedades comisionistas de bolsa y a la misma Bolsa a verificar la autenticidad y veracidad de todos y cada uno de los documentos involucrados en cada operación (Cédulas de Ciudadanía, Nits, Ruts, certificaciones, Certificados de Cámara de Comercio, sólo por mencionar algunos), lo cual, en su parecer, no tiene sentido, *“máxime cuando nuestro ordenamiento jurídico presume también la legalidad de los documentos privados.”*

Sobre este último tema invoca lo dispuesto por el artículo 243 del Código General del Proceso, a cuyo tenor *son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares*. Resalta que dicha presunción de autenticidad ha sido totalmente corroborada por la propia Superintendencia Financiera de Colombia, quien, en diversos oficios dirigidos a la investigada, solicitó que se suprimiera de sus manuales de riesgo y similares el término *información falsa*, en la medida en que dicha calificación sólo podría provenir de una autoridad competente, como la Fiscalía General de la Nación o los jueces de la República.

En este orden de ideas, aporta una actuación administrativa³, específicamente una comunicación remitida por parte de la Superintendencia Financiera a Bursagán, de la cual extrae como información relevante, para efectos de sustentar sus alegatos, lo siguiente: *“3.3. Se observa en el anexo 8 enviado como respuesta a este punto, que se incluye el término de información falsa. Teniendo en cuenta que, de conformidad con la normativa aplicable, la SCBA no cuenta con la facultad para probar falsedad, sino que la misma corresponde a las autoridades judiciales deberá evaluarse su eliminación.”*

Como corolario de lo expuesto, declara estar de acuerdo con que el precepto legal analizado va más allá de una simple intermediación en la recepción de documentos del mandante y su posterior entrega a la Bolsa, en cuanto exige verificar y certificar las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación que se prevén en la Ficha Técnica de Negociación en relación con su comitente, tarea que se llevó a cabo en forma debida por Bursagán S.A. Lo que no comparte, según indica, es que se pretenda ir más allá, exigiéndose a ésta la comprobación de la veracidad de dichos documentos, lo que excede el mandato legal y está en contra de la presunción de buena fe y la autenticidad de los documentos.

Finalmente, expresa la importancia de recordar que quien suministró realmente la información ficticia o inexacta fue el Cliente Vendedor y no la sociedad comisionista de bolsa. Manifiesta haber actuado de una manera tan leal que, tan pronto se percató de lo acontecido, procedió a informar a las autoridades competentes, dentro de éstas a la Bolsa, a la Fiscalía General de la Nación y a su misma Junta Directiva, proceder propio de una persona que actúa en estas condiciones. Señala que, a la luz de lo dispuesto en la norma imputada, se trata de una conducta eminentemente engañosa y fraudulenta, por lo que dentro del actuar del sujeto activo debe estar presente un elemento volitivo a título de dolo, pues, como es apenas

³ Anexo 1 - Actuación administrativa – órdenes. Radicación:2020002544-013-000 con fecha 2020-06-04. Remitente: 430000-DELEGATURA PARA INTERMEDIARIOS DE VALORES. Destinatario: 401 - 56-BURSÁTILES GANADEROS DE COLOMBIA S.A.

CÁMARA DISCIPLINARIA

lógico, para el logro del resultado debe existir la intención de generar el tan aludido daño, traducido en el suministro de información falsa o engañosa.

Continúa recalcando que es cierto que no todo el derecho es de orden penal y, por lo tanto, no toda sanción soportada en el derecho tiene tal carácter, dado que es posible encontrar reglas y procedimientos de naturaleza diferente, de rango constitucional o legal, que no son comparables o asimilables directamente al ordenamiento penal y cuyo desconocimiento puede llevar a la imposición de sanciones de diversa categoría. Sin embargo, lo que se ha propuesto el Constituyente es que en toda actuación exista un proceso debido, que impida a cualquier fallador la arbitrariedad y el autoritarismo, que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás fines del Estado, asegurando así los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal y convencional de todas las personas.

Precisamente, según su dicho, es por eso que la Corte Constitucional ha señalado que las garantías del debido proceso penal o los principios del derecho penal son aplicables con ciertos matices a las demás formas de actividad sancionadora, conforme a las diferencias establecidas en cada tipo de proceso, y que las sanciones derivadas de la responsabilidad objetiva, por ejemplo, en derecho administrativo sancionador, no son la regla general, son de aplicación EXCEPCIONAL, y se dan siempre y cuando el legislador lo haya contemplado y se den tres requisitos fundamentales: (i) Que no sean de aquellas sanciones que la doctrina llama “rescisorias”, es decir, de aquellas sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) Que tengan un carácter meramente monetario; y (iii) Que sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos.

Así las cosas, la investigada cita lo expresado por la Corte Constitucional en relación con el debido proceso y finaliza este argumento indicando que es incuestionable que los supuestos precedentes no se dan en la presente investigación pues, aparte de que el legislador no ha contemplado para este procedimiento la aplicación de la responsabilidad objetiva, no se demostró en ningún momento el actuar de mala fe de la investigada ni los tres requisitos mencionados, por lo que no es propio ni justo que a la investigada se le sancione por el incumplimiento del artículo 5.1.3.4 del Reglamento.

2.2.1.4. Sobre el actuar de Buena Fe de Bursagán S.A.

Frente a este argumento en particular la disciplinada indica que siempre ha actuado de buena fe, que estuvo bajo el total y pleno convencimiento de que los documentos aportados por su cliente eran verdaderos, presunción que, como se ha expuesto en precedencia, está acorde con las normas existentes sobre el particular, las cuales exigían la verificación de los requisitos habilitantes, lo que en efecto se hizo y así quedó acreditado en el expediente.

De igual forma, manifiesta que se encontraba segura de que su actuar no contrariaba normatividad alguna, dado que no existían preceptos normativos que exigieran de ésta la verificación de la autenticidad de los documentos aportados por su cliente, que, insiste, se presumen auténticos, y no se habían dado casos de adulteración que exigieran la adopción de procedimientos o correctivos en tal sentido. En este orden

CÁMARA DISCIPLINARIA

expresa que la buena fe no fue desvirtuada en momento alguno a lo largo de la investigación y debe ser presumida, como bien lo ha señalado la ley, la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país.

Al efecto cita el artículo 83 de la Constitución Política, según el cual *“(…) las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*. Por su parte, indica que la honorable Corte Constitucional ha considerado que en tanto la buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado.

Continúa indicando que los comportamientos que se dieron con posterioridad al hecho, desde el punto de vista sustancial, no tienen la potencialidad de descartar la buena fe ni la diligencia alegada, pues lo que se censura es no haber realizado una verificación sobre la autenticidad de unos documentos, que no se consideraba necesaria por los motivos ya expuestos, y no la ausencia de un reporte oportuno ante órganos de diversa naturaleza, cargo que, en su opinión, pudo haberse formulado de forma independiente y no se hizo, lo que la lleva a la conclusión de que la Sala presume un actuar indebido, cuando debía pensar de forma contraria, en desarrollo de los principios de Presunción de Inocencia e In Dubio Pro Reo.

Mantiene su postura frente a la responsabilidad del actuar de un tercero, dado lo dispuesto por la Sala de Decisión en cuanto a la demora presentada para dar respuesta a los requerimientos, lo cual, de acuerdo con la investigada, debía ser verificado previamente con el implicado para poder suministrar una respuesta satisfactoria y responsable a la Bolsa, pues era el único que podía explicar lo acontecido, pero que, desafortunadamente, no fue fácil contactar al cliente por motivos ajenos a la sociedad comisionista de bolsa y éste también tardó en verificar lo acontecido, lo que terminó demorando la respuesta solicitada.

Reitera que el cliente era catalogado como muy bueno, en la medida en que llevaba varios años haciendo operaciones importantes en el MCP, con muy buen comportamiento y cumplimiento de sus operaciones, hecho que justificaba la diligencia desplegada en su momento, entre otras cosas, porque el mercado necesita precisamente de agentes que le den liquidez.

Finalmente, manifiesta que es de suma importancia precisarle al ente Autorregulador que, si bien la desvinculación se dio como se expone, el cliente fue suspendido de forma inmediata, hasta el momento en que se adoptara la decisión definitiva sobre la continuidad de la relación comercial. Ahora, frente a la comunicación de fecha 14 de diciembre de 2018, en la que se evidencia que en la última negociación cerrada con el cliente, sobre productos de aseo con destino a la ARC BOLIVAR, se identificó también que algunos de los códigos allí relacionados tampoco coincidían con el RUP de fecha 10 de diciembre, indica que, como se evidencia, se está haciendo referencia a una negociación llevada a cabo con anterioridad a la detección del proceder irregular del cliente, por lo que le son aplicables los argumentos que se han venido exponiendo sobre el particular, en el sentido que, para esos momentos, los documentos se presumían auténticos, máxime cuando supuestamente provenían de la Cámara de Comercio de Bogotá. En este orden de ideas, no considera que este hecho, per se, tenga la potencialidad de desvirtuar la buena

CÁMARA DISCIPLINARIA

fe de la investigada en su actuar sino, todo lo contrario, confirma que era el proceder que se desplegaba para la época de los hechos.

Señala que es necesario corregir a la Sala de Decisión en cuanto a que no fue la Bolsa la que detectó autónomamente la adulteración del RUP, sino que se percató de la misma por un derecho de petición remitido por un tercero. Así las cosas, agrega que no han afirmado haber detectado el actuar irregular del cliente sino que tan pronto se percató de lo ocurrido, informaron a los órganos competentes y por ello, contrario a lo que expresa el fallador de primera instancia, está más que acreditado en el expediente que la denuncia ante la Fiscalía General de la Nación fue presentada a través de medios virtuales, efecto para el cual se anexó el comprobante que arrojó el sistema, enfatizando en que este documento jamás fue tachado de falso.

Ahora bien, de cara a que el aviso a la Junta Directiva de Bursagán no fue oportuno, toda vez que la copia del acta de la sesión allegada al expediente es del 26 de marzo de 2019, esto es, 3 meses después de que la sociedad había sido informada de la irregularidad detectada por la Bolsa, señala que, desafortunadamente, no fue fácil contactar al cliente por motivos ajenos a la sociedad comisionista de bolsa y éste también tardó en verificar lo acontecido.

Para finalizar sus argumentos en punto a lo tratado en este acápite, considera pertinente manifestar que lo expresado en precedencia no significa que Bursagán no sea consciente de que, dados los recientes acontecimientos, debe adoptar correctivos en sus procedimientos y fortalecer sus controles para evitar que situaciones como esta se vuelvan a presentar. No obstante, ruega a los honorables miembros de la Cámara Disciplinaria tener en cuenta que estas acciones en la mayoría de los casos se adoptan e implementan como producto de lecciones aprendidas como la presente, acciones que, valga la pena destacar desde ahora, ya se cumplieron de la mano de la Superintendencia Financiera de Colombia.

2.2.2. Segundo cargo: Incumplimiento por parte de Bursagán S.A. de la obligación de verificar y certificar el cumplimiento de las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación exigidas en la Ficha Técnica de Negociación en relación con el proceso de adquisición de dotación de voluntarios y funcionarios, adelantado por la Sociedad Comisionista de Bolsa Agrobolsa S.A., actuando por cuenta de la Defensa Civil Colombiana.

Frente al segundo cargo la investigada argumenta en su escrito que la infracción atribuida es idéntica a la del acápite anterior, pero con supuestos fácticos diferentes. Por ello opta por ratificar todos y cada uno de los argumentos expuestos frente a la tipicidad, interpretación extensiva de las normas disciplinarias, presunción de buena fe y de autenticidad de documentos, en la medida en que son de plena aplicabilidad a este caso. Siendo así, aclara que aceptó desde el primer momento la ocurrencia de los hechos en un acto de transparencia y lealtad procesal, el cual debió verse reflejado en un atenuante de la conducta, lo que desafortunadamente tampoco ocurrió.

Manifiesta que se ciñe a todo lo dicho y que, por economía procesal, no lo expresará nuevamente. Considera pertinente reiterar que son dos los momentos implícitos en la argumentación expuesta por la Sala de Decisión: aquél en el que se desplegó la conducta y aquellos que la rodearon. Frente al primer

CÁMARA DISCIPLINARIA

momento, la defensa ha venido exponiendo que siempre ha actuado de buena fe y con diligencia, debido a que estuvo bajo el total y pleno convencimiento de que los documentos aportados por su cliente eran verdaderos, presunción que está acorde con las normas existentes, las cuales exigían la verificación de los requisitos habilitantes, lo que en efecto se hizo, según quedó acreditado en el expediente. Agrega que se encontraba segura de que su actuar no contrariaba normatividad alguna, dado que no existían preceptos normativos que exigieran de ésta la verificación de la autenticidad de los documentos aportados por su cliente, que, insiste, se presumen auténticos.

Adicionalmente, destaca la importancia de expresar que quedó acreditado en el expediente que tan pronto se percató la sociedad sobre la primera situación presentada, el cliente fue suspendido inmediatamente y sometido a un riguroso análisis, producto del cual se determinó que, dados los motivos que la originaron y que daban cuenta de un actuar aislado e inconsulto de uno de los funcionarios de Multirepuestos, su importante presencia en el mercado y el tiempo que llevaba participando en éste con un adecuado cumplimiento de sus obligaciones, podía seguir operando bajo un esquema de seguimiento permanente y especial, el cual consistió, entre otras cosas, en una verificación más exhaustiva de la documentación aportada por el cliente en las nuevas negociaciones, en la verificación del contenido de los documentos con la información que reposaba en las bases de datos públicas como la Cámara de Comercio de Bogotá y en la obtención directa de los RUP que se llegaren a necesitar. Lo anterior quiere decir que la sociedad no autorizó de forma irresponsable y ligera el reinicio de operaciones del cliente, sino que lo hizo de manera cauta y con un protocolo que se cumplía y que, desafortunadamente, fue vulnerado nuevamente con un cambio en la modalidad de adulteración efectuada, aprovechándose de la buena fe de la sociedad comisionista, por lo que considera que no se está frente a una conducta permisiva y omisiva de parte de ésta.

Frente a lo expuesto por la Sala, específicamente el hecho de que sea la misma operadora de la investigada quien teniendo acceso a las certificaciones originales no las haya validado, estima que se descontextualizan las situaciones de tiempo, modo y lugar en que se dieron los hechos, pues estos acontecieron en desarrollo de una operación de bolsa en donde jamás se pensaba que este tipo de situaciones se pudieran dar y en un escenario que se caracteriza por la dinámica y rapidez con la que se desarrollan los negocios.

Así, alude a que no debe perderse de vista que las herramientas que poseen la Bolsa y las sociedades comisionistas son muy diferentes, pues mientras que para la primera resulta relativamente fácil consultar el archivo histórico de certificaciones a través del sistema de información, para las segundas no, en la medida en que no tienen las mismas condiciones de accesibilidad. Por lo anterior, no considera justo que se le exija a la investigada el mismo resultado en sus gestiones o se le equipare de forma alguna con la Bolsa, pues, indudablemente, sus condiciones son muy diferentes.

Explica, así mismo, que desafortunadamente tres certificaciones fueron adulteradas en un actuar de mala fe de parte de su cliente, hecho que obedece a un engaño de éste y nunca, como se deja entrever, a una intención de generar un daño, elemento volitivo que jamás se demostró en esta actuación. De igual manera, destaca que el no observar en detalle la certificación no es una confesión de naturaleza alguna frente a los cargos imputados, en la medida en que no es la trasgresión que se atribuye, con lo cual el

CÁMARA DISCIPLINARIA

tiempo transcurrido entre la notificación por parte de la Bolsa y la emisión del correo traído a colación fue más que oportuno, pues se tradujo en tan sólo un día hábil.

Expresa adicionalmente que la Sala de Decisión no profundizó en el asunto del comité arbitral por mala calidad del subyacente ya que, de haberlo hecho, hubiera podido concluir que Multirepuestos participó en dos comités arbitrales, pero uno en calidad de afectado y otro por haber entregado extemporáneamente una pequeña parte de un producto, por ende, Multirepuestos jamás fue citado a un Comité Arbitral por mala calidad del subyacente suministrado por el mandante. Para efectos probatorios, aporta la información suministrada por la doctora Belcy Caviativa, Profesional Senior de la Dirección Unidad de Gestión Técnica de la Vicepresidencia de Operaciones de la Bolsa, y copia del acta respectiva del Comité. Lo anterior, en su sentir, quiere decir que cuando este tipo de procedimientos se adelantan y llegan a feliz término, lo único que reflejan es la existencia de una divergencia frente al cumplimiento de obligaciones, que se dirime efectiva y amigablemente, sin que implique el reconocimiento de responsabilidades o irregularidades, razón por la cual jamás se puede entender como un antecedente y, mucho menos, disciplinario.

Concluye ratificando lo expuesto frente a la atipicidad de la conducta, y con ocasión de la demora en interponer la respectiva denuncia penal, que reprocha la Sala de Decisión, indica que en ninguna norma o disposición existente se señala el que se considera un término prudencial para el efecto, por lo que respetuosamente considera es una apreciación arbitraria. Adicional a lo anterior, señala que la denuncia presentada se radicó el día 16 de septiembre, pues fue el término empleado para evacuar responsablemente las actividades que debían desplegarse al interior de la sociedad comisionista de bolsa y con los abogados que asesoraron el asunto, término que, a su juicio, no resulta excesivo. El hecho de que otras firmas hayan presentado la denuncia 6 días antes no es indicativo de un actuar displicente sino diferente, en la medida en que cada sociedad es autónoma en su actuar. En uno u otro caso, 6 días de diferencia no es un lapso del cual se pueda concluir un actuar desinteresado, tanto más cuando jamás se ha indagado acerca del contenido de las denuncias respectivas, la forma como se presentaron, ni los pasos previos que se surtieron al interior de los intermediarios.

Otro argumento relevante de la recurrente es la afectación al mercado, frente a lo cual señala que se aleja de lo expuesto por la Sala pues, revisada el acta de la audiencia en la cual se recibió la declaración de la doctora Hernández, en respuesta a una pregunta en este sentido por parte de la defensa, indicó todo el contrario, o sea, que el MCP no se había afectado. Veamos:

INTERROGATORIO: *“¿Sabe si las irregularidades presentadas con la documentación del mandante MULTIREPUESTOS BOSA entregada por la SCB Bursagán, ha tenido algún impacto en el MCP administrado por la Bolsa?”*

CONTESTÓ: ***Pues realmente el impactó (sic) pues no, en los dos casos particulares la Bolsa evidenció el tema, derivado del tema de Multirepuestos Bosa, la Bolsa si ha tenido varios requerimientos de la SFC que pues de alguna manera han hecho que abran investigaciones con relación al MCP, desde febrero están haciendo seguimiento detallado de todo, y todo en parte nació de manera total por este proceso, de hecho la BMC ha implementado estos temas tecnológicos y hay un plan de acción bastante apretado, fue***

CÁMARA DISCIPLINARIA

llevado el tema a la junta directiva, a comités, causó impactos, cuestionamientos al proceso, porque el tema es más allá de la compra. Pero si ha generado impacto en temas de validación jurídicas y operativas en virtud de la SFC con relación a este caso particular. (minuto 20:50) (Resaltado fuera de texto).

Fundada en lo anterior, la recurrente solicita a los honorables miembros de la Cámara Disciplinaria que tengan en cuenta estos argumentos al momento de adoptar una decisión sobre el presente caso, que se apartan respetuosamente de lo expuesto en la resolución que se recurre, pues es indudable que en el desarrollo de las labores desplegadas por la investigada dentro del proceso analizado se actuó con total lealtad, o sea, de forma íntegra, franca, fiel y objetiva, en relación con todas las personas que intervienen de cualquier manera en el mercado. Lo anterior se demuestra, a juicio de la recurrente, con el cumplimiento de los manuales y procedimientos establecidos al interior de la sociedad comisionista de bolsa, de las normas vigentes y el convencimiento absoluto de que, con las tareas desplegadas, se actuaba conforme a la ley.

Finalmente, menciona la recurrente que: *“Teniendo en cuenta que en el cargo precedente se abarcó con suficiente detalle el tema relacionado con la imputación objetiva, no las plasmaremos nuevamente por economía procesal. No obstante, rogamos sean tenidas en cuenta también dentro de este acápite al momento del pronunciamiento de fondo.”*.

2.2.3. Argumentos frente a la graduación de la sanción.

Sobre este aspecto la recurrente hace especial referencia a la ponderación de la sanción, menciona nuevamente los argumentos en desarrollo de los cuales considera demostrada la atipicidad de la conducta frente al artículo 3.6.1.3. del Reglamento y la no acreditación de los elementos exigidos por el artículo 5.1.3.4 del mismo, en especial, en lo atinente a la comprobación del elemento volitivo, por lo que solicita se revoque en su integridad la resolución que se ataca y, en consecuencia, se archive la investigación en favor de Bursagán.

No obstante, para el evento hipotético en que no se compartan sus consideraciones, solicita tener en cuenta que la sanción impuesta es absolutamente injusta y desproporcionada, a efectos de lo cual cita doctrina del Derecho Sancionador, según la cual: *“el ámbito natural del principio de proporcionalidad no es tanto el control de las normas como el de la imposición de sanciones, puesto que es forzoso que la administración actúe con arreglo al mismo.”*⁴

Agrega que, bajo las consideraciones expuestas, la sociedad comisionista reconoció la ocurrencia de los hechos y estuvo siempre presta a colaborar en el esclarecimiento de los mismos, no cuenta con antecedentes disciplinarios de esta naturaleza y tampoco sus funcionarios, y, por último, señala que no se presentó lucro para sí o para un tercero, por lo que solicita, en el caso en que no se exonere plenamente a la investigada, revocar la limitación para la participación en el MCP de la Bolsa y reducir sustancialmente las multas a imponer.

⁴ NIETO, Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador”. Editorial Tecnos S.A., Segunda Edición.

CÁMARA DISCIPLINARIA

2.2.4. Frente a las pruebas aportadas en segunda instancia.

Junto con el respectivo escrito de apelación, la disciplinada aporta las pruebas que se relacionan a continuación, indicando que se allegan en segunda instancia en la medida en que acreditan temas que hasta ahora se discuten:

- A. Identificada como ANEXO 1: actuación administrativa por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia de fecha 2020-06-04, adelantada en contra de la investigada.
- B. Identificada como ANEXO 2: documentos que acreditan que en el 2018 Multirepuestos suministró al IDEAM el producto botas.
- C. Identificada como ANEXO 3: Documentación suministrada por la doctora Belcy Caviativa, Profesional Senior de la Dirección Unidad de Gestión Técnica de la Vicepresidencia de Operaciones de la Bolsa, y copia del acta del Comité de Bursagán.

3. Pronunciamiento del Área de Seguimiento

En aras de garantizar el debido proceso y el derecho a la contradicción y defensa, la Secretaría de la Cámara dio traslado del recurso de la disciplinada al Área de Seguimiento mediante correo electrónico del 24 de julio de 2020, el cual fue descrito mediante escrito radicado por la misma vía el 4 de agosto de 2020, y se sintetiza de la siguiente manera:

3.1. Consideraciones en relación con el primer cargo, consistente en el presunto incumplimiento por parte de Bursagán S.A. de la obligación de verificar y certificar el cumplimiento de las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación exigidos en la Ficha Técnica de Negociación en cuanto al proceso de adquisición de menaje, adelantado por la Sociedad Comisionista Correagro S.A., actuando por cuenta de la Secretaría Distrital de Integración Social.

3.1.1. Respecto del principio de tipicidad.

En relación con lo señalado por la defensa, el Área de Seguimiento considera necesario traer a colación la definición expuesta por Harold Vega Arrieta sobre la tipicidad, en *El análisis Gramatical del Tipo Penal*, de la cual resalta lo siguiente:

“(…) el tipo penal al igual que toda oración, es susceptible de ser desglosado gramaticalmente y en ese entendido estudiamos cada uno de sus elementos, independiente de la relación que entre las categorías dogmáticas se siga. Al respecto Barbosa Castillo (2002, p.217) afirma que: Comoquiera que el tipo penal debe de describir la conducta reprochable de la manera más precisa, detallada y clara posible, se da por entendido que ello supone el empleo de una fórmula gramatical que contenga uno o varios verbos delimitadores de la conducta, uno o varios sujetos que la ejecuten, y algo sobre lo que recaiga la misma (oración completa con sujeto, verbo y predicado). (subrayado extra-texto)”

CÁMARA DISCIPLINARIA

De acuerdo con lo mencionado y atendiendo la finalidad del principio de tipicidad, el Área hace referencia al contenido gramatical de la norma imputada, con la finalidad de adecuar los hechos a la misma, a cuyos efectos transcribe el artículo 3.6.1.3 del Reglamento en su parte pertinente, a saber:

“(…) Parámetros objetivos de participación de las sociedades comisionistas miembros. Podrán participar en el MCP las sociedades comisionistas miembros que cumplan con lo dispuesto en el presente Título y, en particular, con lo siguiente: (...)”

Tratándose de sociedades comisionistas miembros que pretendan actuar como vendedoras:

*(...) 3.2. **Verificar y certificar** el cumplimiento de las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación que se exijan en la Ficha Técnica de Negociación en relación con su comitente, (...)”*
(Subrayado y resaltado extra – texto)

De acuerdo con lo señalado por el Área, en el precepto legal se emplean dos verbos rectores, que estructuran el alcance de la obligación en comento y que son: VERIFICAR, que conforme el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, se define como “*comprobar o examinar la verdad de algo*” y CERTIFICAR, que significa “*asegurar, afirmar, dar por cierto algo*.” En consonancia con lo anterior, la no verificación de la veracidad de unos documentos conlleva la infracción de la norma en comento, toda vez que estos documentos son los utilizados para certificar el cumplimiento de la experiencia por parte del mandante de la disciplinada, exigida en la Ficha Técnica de Negociación.

De allí que no es comprensible para el Área la interpretación que la defensa hace sobre la norma en cita, pues, en su entender, esta verificación implica una simple revisión de la EXISTENCIA de los documentos, no obstante, a su juicio, se cumpliría la verificación del cumplimiento de las condiciones de participación cuando, tal como lo señala la Sala de Decisión, dicha verificación y certificación “*conlleva para la sociedad comisionista en calidad de profesional experto en el mercado un deber especial de cuidado y diligencia que trasciende y que en ninguna medida puede limitarse al de un mero intermediador en la recepción de documentos del mandante y su posterior entrega a la Bolsa. (Subrayado extra-texto)”*.

En su concepto, la simple revisión de documentos quedó constatada por el Dr. Espinosa Palacios, Representante Legal de Bursagán, quien, en la audiencia de práctica de pruebas, según Acta de Sesión Ordinaria 634 de la Sala de Decisión, al preguntársele sobre “*... ¿qué revisiones y validaciones efectuó BURSAGAN para la suscripción del Anexo 40 obrante a folios 269 a 272 del expediente?”* CONTESTÓ: “*La verificación se realizó de acuerdo con el anexo 40 con toda la documentación con la cual el cliente cumplía, si vamos al anexo 40 revisamos que efectivamente el cliente cumplía con los requisitos exigidos en la FTN y uno de esos documentos es el RUP, en su momento verificamos que fuera expedido en menos de 30 días que coincidieran representantes legales, que los códigos concuerden con la acreditación necesaria para participar en el MCP a través de la BMC. (subrayado extra-texto)”*.

Al respecto, reitera que el espíritu de la norma no atiende simplemente al chequeo de documentos, sino que tiene una exigencia mayor al comprobar y asegurar la veracidad de los documentos que acreditan las condiciones de participación. Recuerda que el cumplimiento del deber de “*Verificar y certificar el*

CÁMARA DISCIPLINARIA

cumplimiento de las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación que se exijan en la Ficha Técnica de Negociación en relación con su comitente” por parte de las Sociedades Comisionistas, es un requisito para que éstas puedan actuar en el MCP, toda vez que se trata de un mercado en el que se atienden las necesidades de compra de las entidades estatales, de allí que por ser de interés público se adopten medidas más rigurosas, como la prevista en la norma en comento, cuyos verbos rectores van más allá de una simple revisión documental.

De allí que el Área comparta plenamente lo señalado por la Sala de Decisión, en el sentido de desestimar la falta de tipicidad, al pronunciarse en los siguientes términos: “(...) *esta Sala desestima la argumentación del apoderado de la investigada en razón a la falta de tipicidad de la conducta endilgada en tanto comparte en un todo la consideración del Área de Seguimiento según la cual, la obligación contenida en el artículo 3.6.1.3 del Reglamento de “Verificar y Certificar el cumplimiento de las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación que se exijan en la FTN en relación con su comitente, conlleva para la sociedad comisionista en calidad de profesional experto en el mercado un deber especial de cuidado y diligencia que trasciende y que en ninguna medida puede limitarse al de un mero intermediador en la recepción de documentos del mandante y su posterior entrega a la Bolsa”.*”

Aunado a lo anterior, destaca que precisamente las fallas advertidas en el cumplimiento de este deber son las que trajeron, como consecuencia, que la Superintendencia Financiera le haya iniciado a la sociedad disciplinada una actuación administrativa, para *“la adopción de una serie de medidas tendientes a fortalecer los mecanismos y procedimientos de verificación de la información aportada por sus clientes para participar en el MCP y las consecuencias que se derivarían de situaciones irregulares como resultado de ese proceso, habida cuenta de las debilidades advertidas por esta Delegatura en el ejercicio de supervisión”*, actuación administrativa que, como se expondrá más adelante, reviste la mayor importancia, toda vez que las infracciones se dieron en el MCP, cuya protección merece amplia rigurosidad.

Adicionalmente, señala en su pronunciamiento que los hechos objeto de reproche dieron lugar, además, a una supervisión más exhaustiva por parte de la Superintendencia Financiera en el MCP administrado por la Bolsa, tal como lo mencionó la Dra. Lina María Hernández Suarez, según Acta de Sesión Ordinaria 635 de la Sala de Decisión, quien al preguntársele si *“¿Sabe si las irregularidades presentadas con la documentación del mandante MULTIREPUESTOS BOSA entregada por la SCB Bursagán, ha tenido algún impacto en el MCP administrado por la Bolsa?”* contestó: *“Pues realmente el impactó (sic) pues no, en los dos casos particulares la Bolsa evidenció el tema, derivado del tema de Multirepuestos Bosa, la BMC si ha tenido varios requerimientos de la SFC que pues de alguna manera han hecho que abran investigaciones con relación al MCP, desde febrero están haciendo seguimiento detallado de todo, y todo en parte nació de manera total por este proceso, de hecho la BMC ha implementado estos temas tecnológicos y hay un plan de acción bastante apretado, fue llevado el tema a la junta directiva, a comités, causó impactos, cuestionamientos al proceso, porque el tema es más allá de la compra. Pero si ha generado impacto en temas de validación jurídicas y operativas en virtud de la SFC con relación a este caso particular. (minuto 20:50) (subrayado extra-texto)”*

Minutos después la defensa tomó el uso de la palabra y preguntó: *“4. Nos comentaba usted que como producto de lo que ha acontecido la Super ha hecho requerimientos a la bolsa, ¿estos requerimientos tienen*

CÁMARA DISCIPLINARIA

que ver con Bursagán o con los procedimientos que tienen establecido (sic) la bolsa o con fallas o problemas detectados al interior de la BMC. CONTESTÓ: Sobre Bursagán, sobre los procesos de manera general que hace la bolsa, y también la Super nos solicita que sin perjuicio de las obligaciones de la firma asumamos unas que estén en principio estén en cabeza de la firma y del proceso en general y a los nuevos procesos les están haciendo seguimiento detallado, semanalmente recibimos una comunicación de la super revisando negociaciones que se revisan constantemente, una vez que pasó esto nos realizan requerimientos particulares de Bursagán. (Minuto 26:40) "5. ¿Estos requerimientos son informativos o de alguna otra naturaleza? CONTESTÓ: Informativos y solicitudes particulares sobre el sistema, y solicitudes para fortalecer reglamentos con relación a las sanciones de las SCB. 6. ¿Me puede explicar el tema de los reglamentos? CONTESTÓ: La SFC solicitó el historial de lo que sucedió y posteriormente han llegado requerimientos para fortalecer el mercado MCP y dentro de sus solicitudes formales la Super quiere hacer más (sic) fuerte las sanciones porque cuando solicitó los sancionamos (bolsa) por un día. La Super y la vice jurídica están trabajando conjuntamente y con la asociación de firmas también. (subrayado extra-texto)".

Agrega el Área que la actuación de Bursagán da cuenta de la gravedad que representa para el MCP el omitir la verificación de las condiciones de participación por parte de las sociedades comisionistas de bolsa, además del peligro que representa para la confianza del público en los mercados administrados, por lo que solicita de manera respetuosa a la Sala Plena apartarse del argumento de la defensa, toda vez que está demostrada la tipicidad de la conducta y la gravedad de los hechos sucedidos.

Además, señala el Área que al no haber sido vulnerado el principio de tipicidad, como se evidenció en precedencia, tampoco se interpretó de manera extensiva la norma infringida; al contrario, el juicio de reproche realizado a la sociedad se fundamentó en una interpretación exegética, acudiendo al análisis de las reglas gramaticales con sujeción al principio de tipicidad, y así solicita de manera respetuosa a la Sala Plena que lo reconozca, apartándose del argumento de la interpretación extensiva que plantea la defensa, pues al configurarse la tipicidad de la conducta este argumento carece de fundamento.

3.1.2. Frente al adecuado proceder de Bursagán.

Difiere el Área del actuar profesional de Bursagán que arguye la defensa, al verificar y certificar que efectivamente se cumplieran las condiciones de participación en la Rueda de Negociación que se exigía en la Ficha Técnica de Negociación en relación con el mandante, pues de haber sido así, no se habrían encontrado diferencias entre el RUP presentado por la sociedad investigada y el solicitado directamente por la Bolsa a la Cámara de Comercio.

Añade el Área que tales falencias precisamente llevaron a que la sociedad inculpada suministrara información ficticia o inexacta a la Bolsa, desconociendo las normas imputadas en el pliego de cargos y por las que se le sancionó.

Ahora bien, en relación con la ausencia del elemento volitivo en la actuación de la disciplinada y su argumento relacionado con la proscripción de la imputación objetiva para este procedimiento, señala que, tal como ocurre en el derecho administrativo sancionatorio, la culpabilidad no resulta aplicable, como lo ha manifestado la Superintendencia Financiera de Colombia, de la siguiente manera:

CÁMARA DISCIPLINARIA

“(…) el derecho administrativo sancionatorio pretende garantizar la estabilidad del orden económico, mientras que el derecho penal la convivencia pacífica de los ciudadanos, lo que les otorga un contenido disímil.

*De ahí que en el ámbito del derecho administrativo sancionatorio **no resulte aplicable la culpabilidad propia del campo penal, sino que, por el contrario, está permitida la imposición de sanciones con base en la responsabilidad objetiva del infractor.***

*Es así como en el literal k) del numeral 4 del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (**aplicable respecto de infracciones de normas que regulen el mercado de valores en virtud de la remisión efectuada por el artículo 59 de la Ley 964 de 2005**), se estableció que la valoración de las pruebas dentro del procedimiento sancionatorio que debe aplicar esta Superintendencia debe realizarse “... atendiendo a la naturaleza administrativa de la infracción, la índole objetiva de la responsabilidad correspondiente y los propósitos perseguidos por el régimen sancionatorio.*

Es de anotar que este lineamiento ha sido objeto de reconocimiento jurisprudencial. Así por ejemplo, el Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2004, Magistrado Ponente María Inés Ortiz Barbosa, Rad. 13495, expresó:

*“... En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, la Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que en materia del régimen administrativo sancionador, en particular por infracciones al derecho financiero, se deben respetar estrictamente los principios y garantías propias del debido proceso consagrado en el Artículo 29 de la Constitución, pero en esa área **no tienen aplicación figuras que son propias del derecho penal, tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad y la favorabilidad, dada que la naturaleza y finalidades de cada una de estas disciplinas son diferentes...**”*

Con fundamento en lo expuesto, procede manifestar frente a su interrogante que cuando la Superintendencia Financiera examina el comportamiento de las personas bajo su vigilancia o control, no lo hace dentro de una concepción culpabilista o subjetiva, sino como la manifestación del desacato a un parámetro objetivo de comportamiento.”⁵ (Resaltado del Área de Seguimiento)

De allí que, continúa el Área, en concordancia con lo anterior, el Decreto 2555 de 2010 faculta a los organismos de autorregulación para establecer un procedimiento abreviado en los casos de naturaleza objetiva; asimismo, la doctrina de la Cámara Disciplinaria también ha resaltado la naturaleza jurídica de la responsabilidad disciplinaria, en los siguientes términos:

⁵Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2012034009-001 del 14 de junio de 2012. RÉGIMEN SANCIONATORIO SFC, RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

CÁMARA DISCIPLINARIA

*“(…) la responsabilidad disciplinaria de la que trata la Autorregulación tiene por objeto la profesionalización de los miembros del mercado de cara a la protección de los inversionistas y la finalidad específica de proteger el correcto funcionamiento del mercado. En dicho régimen, por ende, no se requiere la materialización de un daño ni la existencia de una relación directa entre los afectados y los afectantes, sino que, se insiste, lo que se persigue es el correcto y profesional desarrollo de un mercado, por ende, las conductas que se sancionan **van desde la violación a deberes objetivos de comportamiento hasta la comisión de un daño o peligro que afecte o pueda afectar al mercado.** (…) ⁶ (subrayado y resaltado extra-texto)”.*

Con fundamento en el análisis precedente, el Área solicita de manera respetuosa a la Sala Plena apartarse del argumento expuesto por la defensa, toda vez que, al margen del examen del elemento subjetivo, esto es, de la intención de la investigada en la comisión de la infracción, debe resaltarse que el Área adelantó un proceso disciplinario con la observancia de todas las garantías constitucionales, como lo son el debido proceso y el derecho de defensa, dentro del cual obran pruebas suficientes que evidencian la infracción que con su conducta cometió Bursagán.

En este orden de ideas, difiere el Área de las apreciaciones de la defensa frente al adecuado proceder de la disciplinada, toda vez que, en primer lugar, lo que se encuentra demostrado del acervo probatorio recaudado es que la investigada no verificó que se cumplieran las condiciones de participación en la Rueda de Negociación que se exigía en la Ficha Técnica de Negociación en relación con el mandante, y, en segundo lugar, y reiterando lo señalado en el pliego de cargos, la aplicación del principio de buena fe no excluye la carga de diligencia que le compete a la parte que la alega. En tal sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado así:

“(…) Como se tiene claramente establecido, no es suficiente que se aduzca la mera gestación de estado de desconocimiento o de ignorancia fáctica acerca de unos específicos hechos, porque es menester que dicho estado o ignorancia se generen en forma legítima o se tornen excusables (“carga de diligencia”) “La buena fe —bien se ha afirmado— debe ser ignorancia, pero, también, ignorancia legítima, es decir, de tal naturaleza que no haya podido superarse con el empleo de una diligencia normal” ⁷ (subrayado extra texto)”.

Lo señalado en precedencia y lo evidenciado dentro del acervo probatorio recaudado, de acuerdo con el Área, permite concluir que el desconocimiento de las maniobras engañosas del mandante se generó de una forma ilegítima, dada la inobservancia por parte de Bursagán de su obligación de verificar y certificar el cumplimiento de las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación exigidas en la Ficha Técnica de Negociación en relación con su comitente. De hecho, el cumplimiento de esta obligación por parte de la disciplinada, como carga de su diligencia, le hubiera permitido conocer la veracidad de la información recibida y, en consecuencia, no hubiera suministrado información ficticia o inexacta a la Bolsa. Por tanto, carece de fundamento el reconocimiento de la buena fe alegada por la sociedad comisionista.

⁶ Doctrina Cámara Disciplinaria 2014-2016, Análisis Doctrinal “Diferencia entre responsabilidad civil y responsabilidad disciplinaria”. Bolsa Mercantil de Colombia. Pág 125 y ss.

⁷ Sentencia T-487 del 11 de agosto de 1992, Exp. T-2047, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

CÁMARA DISCIPLINARIA

Para finalizar, el Área considera pertinente hacer un especial énfasis en el oficio de la Superintendencia Financiera que aporta el apelante, para señalar que dicho oficio hace referencia a una actuación administrativa, procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 208 y siguientes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que se inicia con la finalidad de determinar la posible comisión de una infracción por parte de alguna de las entidades sometidas a su vigilancia.

En dicha actuación, menciona el Área de Seguimiento, se ordenó precisamente *“una serie de medidas tendientes a fortalecer los mecanismos y procedimientos de verificación de la información aportada por sus clientes para participar en el mercado de compras públicas (MPC) y las consecuencias que se derivarían de situaciones irregulares como resultado de ese proceso, habida cuenta de las debilidades advertidas por esta Delegatura en el ejercicio de supervisión. (resaltado extra-texto)”*.

Lo anterior, concluye, permite corroborar la existencia de falencias en la VERIFICACIÓN y CERTIFICACIÓN de los documentos aportados por el referido mandante, para cumplir lo ordenado en punto a las condiciones de participación en el MCP.

3.2 En cuanto al segundo cargo, relacionado con el presunto incumplimiento por parte de Bursagán S.A. de la obligación de verificar y certificar el cumplimiento de las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación que se exijan en la Ficha Técnica de Negociación, respecto del proceso de adquisición de dotación de voluntarios y funcionarios, adelantado por la Sociedad Comisionista Agrobolsa S.A., actuando por cuenta de la Defensa Civil Colombiana.

En relación con los argumentos relacionados con el proceder de buena fe por parte de la sociedad disciplinada y su debida diligencia, el Área considera necesario reiterar que el desconocimiento de las maniobras engañosas del mandante se generó de una forma ilegítima, dada la inobservancia por Bursagán de su obligación de verificar y certificar el cumplimiento de las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación exigidas en la Ficha Técnica de Negociación en relación con su comitente, por lo que carece de fundamento el reconocimiento de la buena fe por parte de la disciplinada.

Resalta el Área que este caso resulta aún más gravoso que los hechos relacionados en el primer cargo, por cuanto el mandante ya había presentado información inexacta, ya se habían adoptado medidas que como se observa fueron inocuas, se trataba de la misma operadora que conocía de estos antecedentes, lo que no hace más que confirmar el actuar negligente y “displicente” de la sociedad comisionista, tal y como lo señaló la Sala de Decisión.

En consecuencia, solicita a la Sala Plena, de manera respetuosa, apartarse del argumento del apelante, que se fundamenta en el actuar de buena fe de Bursagán, puesto que está demostrada la falta de diligencia en el actuar de ésta y la gravedad de su conducta, dada la reiteración de la infracción.

Por lo expuesto, el Área de Seguimiento solicita a la Honorable Sala Plena de la Cámara Disciplinaria tomar en consideración los argumentos expuestos para confirmar en su integridad los artículos PRIMERO y

CÁMARA DISCIPLINARIA

SEGUNDO de la parte resolutive de la Resolución No. 474 de 2020, proferida por la Sala de Decisión de dicha 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 que rigen el mercado público de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities sin la presencia física de los mismos...”*.

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. mediante la Resolución 474 de 2020, por los hechos y las infracciones de que da cuenta 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 de la Bolsa, 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 primer cargo recurrido: Incumplimiento por parte de Bursagán S.A., de la obligación consistente en verificar y certificar el cumplimiento de las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación exigidas en la Ficha Técnica de Negociación en relación con el proceso de adquisición de menaje, adelantado por la Sociedad Comisionista de Bolsa Correagro S.A., actuando por cuenta de la Secretaría D. I. S.**4.2.1. Respecto de la atipicidad de la conducta.**

La Sala procede a analizar los argumentos esbozados por la recurrente en su escrito, en el mismo orden en el que fueron presentados y, en lo que atañe particularmente al argumento más reiterado dentro del recurso, “la atipicidad de la conducta”, considera relevante precisar lo siguiente:

En primer lugar, resulta clara la aceptación de la conducta endilgada por el Área de Seguimiento a la disciplinada, lo cual queda en evidencia en diversas oportunidades a lo largo del escrito de apelación presentado, y si bien ello constituye un acto de lealtad y transparencia procesal, no podrá mermar en ninguna medida la gravedad de la conducta cometida; no obstante, tal circunstancia sí será valorada al momento de revisar la graduación de la sanción impuesta.

En segundo lugar, la Sala considera que no es admisible, bajo ningún punto de vista, el argumento de la recurrente según el cual, conforme lo establecido por la norma citada como infringida, esto es, el

CÁMARA DISCIPLINARIA

subnumeral 3.2. del artículo 3.6.1.3 del Reglamento, su obligación simplemente consistía en verificar la existencia de los documentos y, en tal sentido, no le correspondía verificar la veracidad de los mismos.

Lo anterior porque, como lo menciona el Área de Seguimiento en su pronunciamiento, el significado del verbo rector de la norma: **VERIFICAR**, se refiere a comprobar o examinar la verdad de algo⁸, luego no se entendería cómo se puede verificar un documento sin haber “*confirmado la veracidad o exactitud*” del mismo, que es el significado que el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, le da a la palabra comprobar, o sin “*Inquirir, investigar, escudriñar con diligencia y cuidado algo*”, según el entendimiento natural y obvio⁹ de la expresión examinar¹⁰, para el caso, el efectivo cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ficha Técnica de Negociación. Tampoco resulta lógico que en un mercado especializado y de suma importancia para el escenario de la Bolsa, como lo es el Mercado de Compras Públicas (MCP), donde convergen nada más ni nada menos que las entidades estatales a realizar sus negociaciones con total transparencia y confianza, la obligación a cargo de los profesionales expertos en la materia se limite a recibir y entregar documentos, en el papel de quien meramente entrega unos documentos sin desplegar ninguna gestión adicional respecto de los mismos, no obstante lo cual con base en ellos afirma haber verificado que se cumplen dichos requisitos y así lo certifica.

La obligación de las sociedades comisionistas que participan en este mercado comprende la gestión correspondiente a verificar o confirmar que la información que entregan a la Bolsa y que permite habilitar a sus mandantes en una determinada operación sea, en primer lugar, verídica. Ello, en absoluta concordancia con lo establecido por el artículo 5.1.3.4. del Reglamento, que respecto del deber de lealtad dispone, en su numeral 3º, que en desarrollo de este principio las sociedades comisionistas deben *abstenerse de dar información ficticia, incompleta o inexacta*.

Así las cosas, surge entonces la pregunta: ¿cómo podría abstenerse un profesional del mercado de dar información ficticia, incompleta o inexacta, si no es precisamente verificando que sus mandantes, en el caso del MCP, cumplan las condiciones de participación en la Rueda de Negociación que se exijan en la Ficha Técnica de Negociación? Más aún: ¿cómo se puede certificar que efectivamente se cumplen dichas condiciones si no es a partir de confirmar, investigar, establecer con diligencia y cuidado, como es el significado natural y obvio del término examinar, que a su vez lleva ínsita la obligación de verificar, que los documentos que aporta pueden dar fe de lo que exige el subnumeral 3.2 del artículo 3.6.1.3 del Reglamento?

Es por todo ello que esta Sala arriba a la misma conclusión de la Sala de Decisión, según la cual el actuar de una sociedad comisionista conlleva un deber especial de cuidado y diligencia que trasciende y que no se limita al de un mero receptor de documentos del mandante para su posterior entrega a la Bolsa.

De otro lado y frente al argumento de la defensa, consistente en que por tratarse el RUP de un documento público del cual se presume su autenticidad no fue verificado, esta Sala considera que este argumento,

⁸ <https://dle.rae.es/verificar?m=form>

⁹ Artículo 28 del Código Civil.

¹⁰ <https://dle.rae.es/examinar?m=form>

CÁMARA DISCIPLINARIA

lejos de justificar la conducta de la disciplinada, ratifica la inobservancia de las disposiciones por las cuales fue sancionada. Y así se afirma, pues al ser el RUP un documento de público acceso, respecto del cual no existe ninguna reserva legal que impida que quien tenga interés pueda revisar su contenido e, incluso, descargarlo de la página web de la Cámara de Comercio, es evidente que bien hubiera podido la sociedad comisionista, en desarrollo de sus deberes profesionales y, en particular, de cara a las exigencias del citado artículo 3.6.1.3 del Reglamento, haber comprobado su correspondencia con el documento recibido de su mandante o directamente haberlo descargado, a efectos de dar cabal cumplimiento a los deberes de *“Verificar y certificar el cumplimiento de las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación que se exijan en la Ficha Técnica de Negociación en relación con su comitente”*, así como al deber de lealtad, a partir de abstenerse de dar información ficticia, incompleta e inexacta sobre el cumplimiento de tales requisitos, y, de esa manera, *“Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva.”*

En este orden de ideas, la disciplinada actuó como una simple receptora de información que posteriormente presentó a la Bolsa sin efectuar ninguna comprobación, para efectos de la habilitación de su cliente en la negociación, lo cual, a simple vista, dista mucho de lo que puede considerarse un actuar diligente y profesional de quien debe cumplir la mencionada obligación de verificación y certificación.

Sumado a ello, no puede dejarse de lado que es de conocimiento de los partícipes del mercado que, en diversas oportunidades, la propia Bolsa, a raíz de circunstancias similares a las evidenciadas en el presente caso, ha impartido claras instrucciones a sus miembros sobre la forma como se deben descargar estos documentos para evitar que se incurra en esta clase de conductas, que afectan la confianza del escenario de negociación administrado.

Por lo tanto, ha quedado demostrado que el *a quo* no interpretó de forma extensiva las normas citadas como infringidas, como quiera que los deberes consistentes en “verificar” y “certificar” la acreditación de unas condiciones para participar en el MCP mal podrían entenderse cumplidos a partir de un rol de simple pasante de unos documentos sin desplegar ninguna gestión adicional respecto de los mismos, con lo cual ciertamente la conducta fue típica y se adecuó a las normas que se invocaron como violadas por la sociedad comisionista disciplinada.

No obstante la claridad de lo expuesto, la Sala se permite traer a colación lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia 506 de 2006, con ponencia del Magistrado Dr. Alvaro Tafur Galvis, en relación con la aplicación del principio de tipicidad en el ámbito del derecho disciplinario sancionatorio:

“Debido a las particularidades de cada una de las normatividades sancionadoras, que difieren entre sí por las consecuencias derivadas en su aplicación y por los efectos sobre los asociados, el principio de legalidad consagrado en la Constitución adquiere matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate. Es por ello, que la Corte ha considerado que el principio de legalidad es más riguroso en algunos campos, como en el derecho penal, pues en este no solo se afecta un derecho fundamental como el de la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, mientras que en otros derechos sancionadores, no solo no se afecta la libertad

CÁMARA DISCIPLINARIA

física sino que sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, y por lo tanto en estos casos, se hace necesaria una mayor flexibilidad, como sucede en el derecho disciplinario o en el administrativo sancionador". (subraya ajena al texto original)

Por su parte, en sentencia C- 404 de 2001, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, más precisamente manifestó la Corte Constitucional:

"Dentro de los principios que rigen el derecho disciplinario, está sin duda el de la tipicidad, que exige que la conducta del servidor público que la ley erige como falta sea previamente definida por el legislador, así como la sanción correspondiente. En efecto, la Corte en reiterada jurisprudencia ha establecido que los principios del derecho penal general se aplican mutatis mutandi al derecho administrativo disciplinario, toda vez que los mismos son garantía de los derechos fundamentales de la persona investigada.[6]

No obstante, dicho principio de tipicidad no tiene en el derecho disciplinario la misma connotación que presenta en el derecho penal, en donde resulta ser más riguroso. La razón de ser de esta diferencia, se encuentra en la naturaleza misma de las normas penales y las disciplinarias. En las primeras, la conducta reprimida usualmente es autónoma. En el derecho disciplinario, por el contrario, por regla general los tipos no son autónomos, sino que remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o una prohibición. Esta diferencia ha sido comentada por la doctrina especializada en los siguientes términos:

"Las normas penales no prohíben ni ordenan nada, sino que se limitan a advertir que determinadas conductas llevan aparejada una pena. Los tipos sancionadores administrativos, por el contrario, no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o prohibición cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción. Estas normas sustantivas constituyen, por ende, un pretipo, que condiciona y predetermina el tipo de la infracción. Y por ello si se quisiera ser riguroso, la descripción literal de un tipo infractor habría de consistir en la reproducción de la orden o prohibición del pretipo con la advertencia añadida de la sanción que lleva aparejada su incumplimiento, es decir una reproducción de textos en doble tipografía".[7]

Por lo tanto la tipicidad en las infracciones disciplinarias se establece por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y de aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria.[8]".¹¹

¹¹ También en sentencia T-316 de 2019, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, así expresó la Corte Constitucional: "De conformidad con el primero, se requiere que la norma que crea la falta describa expresa e inequívocamente el tipo de conducta objeto de sanción, sin que se exija la misma rigurosidad que sobre esta materia existe en el derecho penal^[58], por las diferencias que se presentan entre la naturaleza de las conductas objeto de reproche, por los distintos bienes jurídicos amparados por cada uno de estos ámbitos del ejercicio ius puniendi, por la teleología de las facultades sancionatorias, por los

CÁMARA DISCIPLINARIA

Lo anterior no significa, como lo ha manifestado la Corte Constitucional, *“...que el fallador en materia disciplinaria pueda actuar de manera discrecional en la adecuación típica de las conductas de los servidores públicos investigados a los tipos sancionadores porque en todo caso su actividad hermenéutica está sujeta a distintos límites derivados, por una parte, del contenido material de las disposiciones disciplinarias y por otra parte de los principios y reglas que rigen la interpretación de los preceptos jurídicos en las distintas modalidades del derecho sancionador, dentro de los cuales se destaca precisamente el principio que prohíbe la interpretación extensiva de los preceptos que configuran faltas disciplinarias.”*¹²

En este caso, como se demostró, la Sala de Decisión efectuó un proceso de subsunción típica de la conducta de la disciplinada bajo la norma que se invocó como infringida, a partir de establecer, a la luz de los criterios textual y teleológico de interpretación, el alcance de cada uno de los componentes de la norma invocada, y luego de ello, a la luz de dichos componentes, determinó el por qué la conducta cuya ocurrencia está debidamente probada constituyó un desconocimiento de dicho artículo, es decir, cómo dichos actos encajaban en las definiciones de cada uno de estos componentes normativos del tipo que consagra la conducta sancionable.

Por lo expuesto, la Sala desestima los argumentos presentados por la recurrente frente a la atipicidad de la conducta, pues surtido el proceso de razonamiento lógico-jurídico antes detallado se llega a la misma conclusión expuesta en la Resolución que se recurre, en el sentido que la conducta sancionada, de cara a la conducta sancionable consagrada en el Reglamento, es típica.

4.2.2. Respetto de la interpretación extensiva de la ley en el campo disciplinario.

Frente al argumento de la recurrente, según el cual la Sala de Decisión efectuó una interpretación extensiva del artículo 3.6.1.3 del Reglamento, puesto que lo ordenado en el subnumeral 3.2 de este artículo no corresponde con la conducta cuestionada, reitera la Sala que en ninguna medida la interpretación de la norma citada como infringida resulta extensiva, sino que, por el contrario, corresponde a una interpretación de tipo gramatical y teleológica, autorizada por los artículos 27 y 29 del Código Civil Colombiano, en concordancia con el artículo 28 de la misma codificación, los cuales así disponen:

“Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. / Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.”

sujetos disciplinables y por los efectos jurídicos que se producen respecto de la comunidad^[59]. Por ello, en general, el ámbito de tipicidad que se impone en la acción disciplinaria que rige a los abogados, se caracteriza por admitir cierta flexibilidad en la descripción de la conducta.”

¹² Corte Constitucional, sentencia T-1034 de 2006, Magistrado ponente doctor Humberto Antonio Sierra Porto.

CÁMARA DISCIPLINARIA

“Artículo 28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.”

“Artículo 29. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. (...)”

Conforme lo explicado en el numeral precedente, el artículo 3.6.1.3 del Reglamento explícitamente contiene los verbos VERIFICAR, al que nos referimos antes para concluir que conlleva el deber de comprobar la veracidad de los documentos y, de otro lado, incluye el verbo CERTIFICAR, esto es, la obligación de asegurar, afirmar, dar por cierto algo, lo que implica cerciorarse de que el mandante efectivamente sí acredita las condiciones de participación exigidas y ello, a no dudarlo, lo debe examinar la sociedad comisionista a partir de los documentos requeridos conforme a la Ficha Técnica de Negociación y que son entregados a la Bolsa para la respectiva habilitación. Esta obligación, en alguna medida, puede equipararse a la obligación del representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros, quienes deben certificar los estados financieros, esto es, *“...declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos y que las mismas se han tomado fielmente de los libros”*, según lo enseña el artículo 37 de la Ley 222 de 1995.

Así las cosas, es claro que la obligación de VERIFICAR y la de CERTIFICAR van más allá de la acción de tachar en una lista la entrega de la totalidad de unos documentos en un momento determinado y, por tanto, los argumentos de la defensa no resultan de recibo.

4.2.3. Frente al adecuado proceder de Bursagán S.A.

Lo explicado en precedencia respecto a la tipicidad de la conducta y a la interpretación no extensiva del subnumeral 3.2. del artículo 3.6.1.3. del Reglamento, llevada a cabo por la primera instancia, permite desestimar de plano el alegato de la disciplinada, conforme al cual *“no existía un precepto legal que exigiera la veracidad de los documentos, o por lo menos no se invocó, aspecto que cobra más sentido si se tiene en cuenta que se encuentra frente a una actividad que se desarrolla bajo los postulados de la Buena Fe, y, por tanto, la autenticidad y veracidad de los documentos se presume.”* Lo anterior por cuanto sí existía un precepto, justamente el pluricitado subnumeral, que le exigía a la sociedad comisionista asegurarse de que su mandante cumplía *las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación que se exijan en la Ficha Técnica de Negociación*, lo cual ésta debe hacer y certificar con base en los documentos que deben ser aportados a la Bolsa, lo que le implica una carga de diligencia y cuidado, que va más allá de la mera constatación de que los documentos exigidos están completos.

De otro lado, llama la atención de la Sala la mención que hace la recurrente en el sentido de *recordar que quien suministró realmente la información ficticia o inexacta fue el Cliente Vendedor y no la sociedad comisionista de bolsa*, pues, de un lado, es ella quien para todos los efectos legales y comerciales está habilitada para actuar en el MCP y quien, en consecuencia, participa directamente en el negocio y se obliga a cumplirlo en nombre propio pero por cuenta de mandante, y, de otro lado, porque fue por su conducto que se entregó el documento adulterado a la Bolsa. No sobra mencionar que el recurso de apelación busca que se examine la concordancia objetiva del acto sancionatorio emitido por la primera instancia con el

CÁMARA DISCIPLINARIA

sistema jurídico superior que lo gobierna y su incidencia sobre los derechos de la disciplinada, y no determinar las actuaciones de terceros con quienes la sociedad comisionista se haya vinculado negocialmente a través de un contrato de comisión, cuyas actuaciones u omisiones no eximen a la sociedad comisionista de cumplir sus deberes y obligaciones frente a la Bolsa, máxime cuando, como en este caso, el contenido del documento alterado podía ser verificado por la disciplinada a través de mecanismos públicos y era a ella a quien le correspondía cumplir este deber. Es por todo ello que tal argumentación carece de sustento jurídico.

Ahora bien, argumenta la recurrente, frente a la aplicación de una responsabilidad objetiva por parte de la primera instancia, que no se podía dar en la medida en que los supuestos de aquella no se cumplen en este caso, ya que el legislador no ha contemplado para este procedimiento la aplicación de la imputación objetiva y nunca se demostró en su momento el actuar de mala fe de la disciplinada, por lo que, a su juicio, no es propio ni justo que se le sancione por el incumplimiento de los mencionados artículos del Reglamento.

En relación con este argumento lo primero es mencionar que en este caso se acreditó la ocurrencia de los hechos sancionables y la responsabilidad por los mismos de la sociedad comisionista Bursagán S.A., a quien el artículo 3.6.1.3 del Reglamento le atribuye el deber de “*Verificar y certificar el cumplimiento de las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación que se exijan en la Ficha Técnica de Negociación en relación con su comitente*”, al tiempo que el artículo 5.1.3.4 le impone un deber de lealtad, que se traduce en la obligación de no dar información ficticia, incompleta o inexacta. Y es que en el marco de la normativa que rige las actividades financieras, bursátiles y de valores, dado los intereses superiores que se preservan, se ha considerado que, a diferencia del derecho penal, no se requiere que la conducta del imputado se haya realizado con malicia o imprudencia (dolo o culpa), bastando simplemente, como en este caso, establecer que se trató de una inobservancia o la violación de un deber de cuidado, de cuya relevancia se hizo mención en aparte anterior de esta Resolución.

Al respecto el Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2004, con ponencia de la Consejera María Inés Ortiz Barbosa, Radicación 13495, sobre el particular precisó:

“... En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, la Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que en materia del régimen administrativo sancionador, en particular por infracciones al derecho financiero, se deben respetar estrictamente los principios y garantías propias del debido proceso consagrado en el Artículo 29 de la Constitución, pero en esa área no tienen aplicación figuras que son propias del derecho penal, tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad y la favorabilidad, dada que la naturaleza y finalidades de cada una de estas disciplinas son diferentes...”

Al respecto se resalta que lo que aparece acreditado y en tal medida es objeto de reproche, es la omisión en el cumplimiento por parte de la investigada de los deberes de Verificar y de Certificar los requisitos habilitantes de su mandante, esto último en cuanto a que lo que declaró no corresponde con la realidad, conducta que a la postre implicó suministrar a la Bolsa información que no correspondía con la realidad,

CÁMARA DISCIPLINARIA

es decir, información ficticia e inexacta en lo referente a la experiencia del mandante, y es por ello que tal conducta se adecúa en un todo con las descritas por los artículos 3.6.1.3 y 5.1.3.4 del Reglamento.

Sobre las consideraciones que sobre el debido proceso presenta la recurrente, baste con decir que las actuaciones obrantes en el expediente dan cuenta de que se ha adelantado un proceso disciplinario con la observancia de las garantías constitucionales, el debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho de contradicción, al punto que pese a que los descargos se recibieron fuera de término, en un todo con un sentido garantista se analizaron y debatieron por la Sala de Decisión, en los términos establecidos en el Reglamento que rige esta clase de actuaciones.

4.2.4. Sobre el actuar de Buena Fe de Bursagán S.A.

Frente a la buena fe que reiteradamente alega la disciplinada, esta Sala considera que, en efecto, no resulta fácil conocer con anticipación si una persona, en este caso, su mandante, va a suministrar documentación adulterada con la finalidad de lograr una habilitación por parte de la Bolsa para participar en un determinado negocio. No obstante, bajo ninguna circunstancia una firma comisionista puede escudarse en su buena fe para exonerarse del cumplimiento de sus deberes, que se habrían observado con el simple adelantamiento de alguna gestión tendiente a la verificación del documento público, el cual, si bien es cierto que en algunos casos puede ser extenso y hasta complejo de revisar, en la medida en que en este caso podía ser descargado directamente desde la página de la Cámara de Comercio, se hubiera podido desarrollar la actividad de verificación que exige la norma del artículo 3.6.1.3 del Reglamento y, con ello, acreditar el cumplimiento de dicha obligación.

Adicionalmente, la Sala considera que la buena fe no puede servir de excusa para exonerarse del cumplimiento de las obligaciones que como profesional experto e idóneo le resultan exigibles, pues es justamente en atención a esas calidades que ostenta, que le es permitido actuar en un escenario especializado como el de la Bolsa.

Pero es que, además, si bien la buena fe se presume en todas las gestiones que adelantan los particulares, conforme al principio consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, ello no es óbice para que las sociedades comisionistas cumplan el deber de verificación y certificación que contempla el citado artículo 3.6.1.3 del Reglamento y, ante su desconocimiento, para que se pueda ejercer la función disciplinaria a cargo de la Cámara, cuando evidencia la comisión de una conducta que infringe las disposiciones propias de este mercado.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha manifestado que: *“(...) La buena fe, sin embargo, no puede implicar que el Derecho la admita y proclame como criterio eximente de la responsabilidad que, según las leyes, corresponde a quienes incurrn en acciones u omisiones dolosas o culposas que ameritan la imposición de sanciones ... Hacer del principio de la buena fe una excusa de ineludible aceptación para consentir conductas lesivas del orden jurídico equivale a convertir éste en sistema inoperante. En consecuencia, pese a la obligatoriedad del principio constitucional enunciado, éste se edifica sobre la base de una conducta cuidadosa de parte de quien lo invoca, en especial si la ley ha definido unas*

CÁMARA DISCIPLINARIA

responsabilidades mínimas en cabeza del que tiene a su cargo determinada actividad (...)¹³ (Resaltado fuera del texto original).

De acuerdo con lo expuesto, para esta Sala resulta contradictorio, por decir lo menos, que una sociedad comisionista conformada por profesionales y expertos en la materia no haya actuado apegada a lo establecido en la normatividad aplicable, omitiendo la obligación de verificar el cumplimiento de las exigencias previstas en la Ficha Técnica de Negociación para participar en el MCP, e ignorando, de esa manera, la importancia que connota la obligación de verificación y la exigida certificación, para luego pretender justificar su actuación en el principio de la buena fe.

Respecto al reproche que hace la defensa, según el cual los comportamientos que se dieron con posterioridad al hecho no tienen la potencialidad de desvirtuar la buena fe ni la diligencia de la disciplinada, esta Sala es enfática en manifestar que en ningún momento se ha puesto en duda la buena fe de la sociedad comisionista, pues de haber sido así la conducta podría haber tenido incidencias de otra índole, y muy probablemente habría sido sancionada con mayor rigurosidad y puesta en conocimiento de las autoridades correspondientes, llegado el caso. Lo que se ha considerado tanto por el *a quo* como por esta instancia es que la buena fe no puede ser alegada por parte de las sociedades comisionistas como justificación para exonerarse de cumplir las obligaciones que le resultan exigibles, como profesionales expertos en el mercado.

Ahora, sobre el actuar de la investigada con posterioridad a que fue informada de los hechos, se precisa que en concepto de esta Sala tal comportamiento sí afecta la supuesta diligencia alegada, en la medida en que el adecuado proceder no se mide únicamente en términos de las acciones tomadas a priori por parte de la disciplinada, sino que también debe analizarse de cara a las actuaciones y medidas adoptadas para evitar que una situación similar se volviera a presentar. Y lo que se observa en este caso, conforme al material probatorio recabado, es que la sociedad no solo no adelantó internamente ninguna actuación, a efectos de esclarecer los hechos y establecer respecto de algún funcionario de la sociedad comisionista su eventual responsabilidad, sino que además, contrario a lo que señala en el escrito de apelación, transcurrieron más de 4 meses para atender las explicaciones solicitadas por la Bolsa y las mismas sólo se rindieron ante la insistencia de ésta, al haber presentado nuevamente al mismo mandante para participar en otro proceso.

Tampoco puede perderse de vista que la investigada se tardó más de 3 meses para poner en conocimiento de su Junta Directiva lo acaecido, y presentar la denuncia por medios virtuales. Tales actuaciones, adelantadas con posterioridad a la conducta que se reprocha, no fueron oportunas bajo ninguna óptica ni resultan justificables ni atribuibles, como lo menciona la recurrente, a que debía investigar en detalle lo sucedido. Ello, por el contrario, evidencia lentitud en el accionar y apatía, muy a pesar de la trascendencia de la situación y el impacto negativo que podría ocasionarle a ella misma y al MCP.

Tampoco prueba la diligencia alegada la mención que hace la apelante en punto a que, si bien la desvinculación del cliente se produjo 9 meses después de detectado el primer incidente, el cliente fue

¹³ Sentencia T-568 del 23 de octubre de 1992, Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Exp T-3843.

CÁMARA DISCIPLINARIA

suspendido de forma inmediata, hasta el momento en que se adoptó la decisión definitiva sobre la continuidad de la relación comercial. Lo anterior, toda vez que lo que evidencia el material obrante es que a pesar de lo ocurrido (las irregularidades del RUP aportado tanto en el mes de noviembre como en el de diciembre de 2018), el cliente fue presentado nuevamente para participar en el escenario de la Bolsa en el mes de abril de 2019, sin que la sociedad comisionista hubiere rendido las correspondientes explicaciones, sin informar de ninguna acción adoptada al respecto y, lo que es más grave, sin haber implementado ningún control objetivo y eficaz que evitara que se volvieran a presentar irregularidades como las ocurridas.

Llama además la atención de esta instancia que la apelante indique que el haber detectado en la negociación llevada a cabo en el mes de noviembre de 2018 irregularidades en el RUP del mismo mandante, con posterioridad al cierre de la misma, da cuenta de su buen actuar, por cuanto para esa fecha esos documentos también se presumían auténticos, cuando lo esperable era que hubiera informado de tal inconsistencia, no sólo para adoptar los controles necesarios a su interior sino al mercado en general; pero no, la apelante, aún en esta instancia, al parecer no reconoce la gravedad que conlleva el haber cerrado una negociación en el escenario de la Bolsa, para una entidad estatal, con un documento adulterado, como lo demuestra su accionar posterior a los hechos aquí descritos.

De otro lado, alega la investigada que su buena fe también puede advertirse en la actuación administrativa adelantada por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, lo cual, para esta Sala, sólo demuestra que la situación presentada fue tan grave que el órgano supervisor decidió enviar diversos requerimientos a la comisionista para entender de qué manera estaba manejando esta clase de negocios internamente y así poder emitir recomendaciones y observaciones. Por lo anteriormente plasmado, no resultan de recibo los argumentos que esgrime la recurrente en lo referente a su adecuado proceder y la diligencia alegada.

Ahora, frente a la aceptación de la conducta como un atenuante a la hora de ponderar y graduar la sanción a imponer, la Sala recuerda que para efectos de establecer la sanción se tuvieron en cuenta elementos como: *(i)* la gravedad de los hechos y la infracción; *(ii)* las modalidades y circunstancias de la falta; *(iii)* la dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa, y *(iv)* su reacción desconcertante y tardía frente a la gravedad de los hechos acaecidos. Pues bien, en la medida en que en la resolución recurrida no se evidencia un pronunciamiento frente al atenuante contenido en el numeral 7 del artículo 2.4.2.3. del Reglamento, referido a *“la oportunidad en el reconocimiento o aceptación expresos que haga el investigado sobre la comisión de la infracción, y su colaboración en el esclarecimiento de los hechos investigados”*, tal aspecto será tenido en cuenta como atenuante al momento de revisar la graduación de la sanción impuesta.

4.3. Consideraciones sobre el segundo cargo recurrido: Incumplimiento por parte de Bursagán S.A., de la obligación de verificar y certificar el cumplimiento de las Condiciones de Participación en la Rueda de Negociación exigidas en la Ficha Técnica de Negociación en relación con el proceso de adquisición de dotación de voluntarios y funcionarios, adelantado por la Sociedad Comisionista de Bolsa Agrobolsa S.A., actuando por cuenta de la Defensa Civil Colombiana.

CÁMARA DISCIPLINARIA

Frente a los argumentos esbozados por la recurrente en relación con la atipicidad, interpretación extensiva y ausencia de preceptos normativos, considerando que se trata de las mismas normas citadas como transgredidas en el cargo primero, la Sala se remite a las consideraciones efectuadas respecto del cargo anterior.

De igual forma, reitera el análisis adelantado en el acápite anterior en punto a la presunción de la buena fe del apelante y, por lo tanto, con base en esas mismas consideraciones estima que no son de recibo tales argumentos para el segundo cargo.

En cuanto a la aceptación de la conducta como un atenuante a la hora de ponderar y graduar la sanción a imponer, al igual que se hizo respecto del cargo primero, en la medida en que en la parte resolutive de la resolución que se recurre no se evidencia un señalamiento frente a este asunto en particular para efectos de graduar la sanción, esta Sala tomará en cuenta el reconocimiento de los hechos, lo cual se determinará más adelante en la decisión.

Ahora, continuando con el análisis de los argumentos expuestos por la recurrente, se menciona en el recurso que no se desvinculó al cliente tan pronto se percató la sociedad sobre la primera situación presentada, sino que se consideró que se podía seguir operando bajo un esquema de seguimiento permanente y especial, consistente en una verificación más exhaustiva de la documentación aportada. No obstante, tales aseveraciones no aparecen acreditadas dentro del proceso, ni existen documentales que den cuenta del aludido seguimiento. Para esta Sala, por el contrario, no resulta bajo ningún punto de vista admisible que un mandante que tan sólo meses antes había entregado documentos públicos adulterados, *“tras una verificación exhaustiva de la documentación aportada por el cliente en las nuevas negociaciones”*, le vuelva a presentar a la misma operadora de la disciplinada documentos con visibles signos de manipulación.

Lo anterior demuestra que el argumento según el cual el reinicio de actividades con el cliente se hizo de manera cauta y siguiendo un protocolo carece de sustento, en la medida en que, se insiste, no aparece acreditado ningún protocolo que se hubiera implementado; por el contrario, lo que sí parece evidenciado es una ausencia de medidas y controles efectivos por parte de la investigada para la reincorporación del cliente, ya que, se destaca, la falta se cometió tan solo unos meses después de haberse adulterado una documentación habilitante, entre las mismas partes, lo cual constituye una prueba fehaciente de no haber tomado medidas de control adecuadas.

Respecto a que la Sala de Decisión descontextualizó los hechos, pues ellos ocurrieron en donde jamás se pensaba que estas situaciones se pudieran dar y en un escenario caracterizado por el dinamismo y la rapidez, la Sala Plena estima que, precisamente, fue por no considerar la ocurrencia de tales hechos que la disciplinada nuevamente omitió cumplir sus deberes de verificación y certificación, por lo que no se comparte la descontextualización alegada.

No sobra reiterar que la Bolsa ha instruido en varias oportunidades a las sociedades comisionistas sobre la manera como deben cumplir su obligación de verificación y certificación, y, por tanto, mal puede alegarse que las sociedades comisionistas y la Bolsa se encuentran en condiciones diferentes para

CÁMARA DISCIPLINARIA

prevenir, identificar y adoptar las medidas requeridas a efectos de impedir la concreción de riesgos como los que se advierten en esta actuación. Y así se ha hecho, toda vez que la gestión de los operadores de este mercado se debe desarrollar dentro de los más altos estándares de profesionalismo e idoneidad, pues esa es precisamente su razón de ser en el mismo, y, en el caso que nos ocupa, las actuaciones que tal condición demandaban eran posibles y estaban a disposición de todas las firmas comisionistas en general.

Respecto al correo electrónico enviado por parte de la operadora de la disciplinada, en donde manifiesta no haber observado en detalle las certificaciones, lo que para la apelante no constituye una confesión porque no es esta la trasgresión que se atribuye, esta Sala considera que sí lo es, en la medida en que tal inobservancia lo que pone de presente es la omisión en el cumplimiento de los deberes de verificación y certificación, que precisamente, conforme lo explicado en precedencia, constituye la conducta endilgada, pues no es posible verificar ni certificar lo que no se ha observado con el debido cuidado.

Frente al argumento relacionado con el tiempo transcurrido entre la notificación por parte de la Bolsa a la sociedad comisionista y la emisión del correo de la operadora traído a colación, no puede considerarse oportuno considerando la gravedad de la conducta, la cual exigía un aviso inmediato a los afectados por la manipulación de la documentación, aunado a la facilidad de comunicación que tienen entre sí los operadores de la Bolsa. En este contexto, la Sala no comparte el criterio de la defensa, según el cual un día hábil es más que oportuno para notificar, por cuanto lo que se debe considerar es que la operadora tardó 3 días corrientes en percibir que efectivamente lo sucedido era gravísimo y, por consiguiente, requería de una notificación a sus colegas, lo que en efecto procedió a hacer un día domingo en horas de la noche.

Ahora bien, en punto a la acusación formulada por la defensa a la primera instancia, en el sentido de no haber profundizado en el asunto del comité arbitral, lo que le hubiera permitido concluir que el mandante jamás fue citado a un comité arbitral por mala calidad del subyacente suministrado y que solo tuvo una divergencia frente al cumplimiento de obligaciones, dirimida amigablemente, lo que no se puede entender como un antecedente disciplinario, la Sala considera de la mayor importancia anotar que, como lo prueba la resolución recurrida, la mención que allí se hace en cuanto a la asistencia a comités arbitrales fue para rebatir el testimonio de la operadora de la disciplinada, quien en su diligencia afirmó, bajo la gravedad de juramento, que se trataba de un cliente intachable y que *NUNCA* fue a un comité arbitral con este cliente, afirmación que, conforme el material aportado en esta instancia, queda desvirtuado, pero que en ningún momento fue considerado por la primera instancia como antecedente disciplinario de la investigada a efectos de la graduación de la sanción, motivo por el cual la inconformidad planteada a este respecto carece de fundamento.

Sobre el particular se precisa que conforme el propio texto de la resolución atacada, los criterios que fueron tenidos en cuenta para la graduación de la sanción fueron: **(i)** la gravedad de los hechos y la infracción; **(ii)** las modalidades y circunstancias de la falta; **(iii)** la dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa, y **(iv)** su reacción desconcertante y tardía.¹⁴

¹⁴ Resolución 474 del 18 de junio de 2020, numeral 6, Graduación de la sanción, página 21.

CÁMARA DISCIPLINARIA

Adicionalmente, respecto del argumento de la no afectación al mercado con la conducta materia de este proceso, que se fundamenta en el testimonio de la Vicepresidente de Operaciones de la Bolsa, quien según la defensa declaró que las irregularidades presentadas con la documentación del mandante no tuvieron impacto en el mercado y que la Bolsa ha implementado temas tecnológicos y un plan de acción y llevado a comités y cuestionamientos al proceso porque el asunto va más allá de la compra, la Sala considera que se trata de una interpretación sesgada y conveniente de dicho testimonio, en la medida en que a renglón seguido la testigo manifestó que sí han tenido requerimientos de la Superintendencia, que han abierto investigaciones en relación con el MCP, que todo nació en parte por los hechos de que trata este proceso disciplinario, y, sobre todo, que *“sí se ha generado impacto en temas de validación jurídicas y operativas en virtud de la SFC con relación a este caso en particular”*.

Tal manifestación no solo desvirtúa el argumento de la defensa respecto a la no afectación al mercado, sino que, en concepto de esta instancia, resulta notorio que la inobservancia de las disposiciones que rigen el actuar de las sociedades comisionistas que participan en un mercado tan importante como el MCP, en particular, por razón de hechos y situaciones como las evaluadas en este proceso disciplinario, genera desconfianza entre los diferentes partícipes y la propia autoridad de supervisión, al tiempo que inciden en la transparencia e integridad propendida.

En virtud de lo anterior, analizados y estudiados los argumentos planteados por la investigada en su escrito de apelación, no encuentra esta Sala causal alguna que pueda exonerar a la disciplinada de los cargos imputados, por lo que coincide en un todo con las consideraciones efectuadas por el a quo.

4.4 De la graduación y proporcionalidad de la sanción.

Frente a los antecedentes disciplinarios y la ausencia de lucro para sí mismo o para terceros.

La recurrente hace especial referencia en su escrito de apelación a la ponderación de la sanción, a cuyos efectos invoca nuevamente los argumentos expuestos en relación con la atipicidad de la conducta frente al artículo 3.6.1.3. del Reglamento, por lo que solicita se revoque en su integridad la resolución que se ataca y, en consecuencia, se archive la investigación en su favor.

Frente a este punto en particular, la Sala no comparte el parecer de la recurrente, como se analizó integralmente en precedencia, no obstante lo cual efectuará la debida valoración de los criterios tenidos en cuenta para la imposición de las sanciones, así:

En primer lugar, es necesario resaltar que la graduación de la sanción se pondera junto con otros elementos, estudiando casos similares, esto es, la misma conducta, la existencia o no de los mismos agravantes y atenuantes, y la sanción impuesta en primera y en segunda instancia, por lo cual, si bien es cierto que la investigada no tiene antecedentes disciplinarios frente a la conducta en cuestión, y como se aclaró, la existencia de un comité arbitral del mandante en ninguna medida se puede considerar o se ha considerado como antecedente, la sanción impuesta en primera instancia guarda correlación con sanciones impuestas por imputaciones semejantes, por lo que no encuentra esta instancia vulneración alguna a los principios de igualdad y proporcionalidad.

CÁMARA DISCIPLINARIA

En segundo lugar, la Sala no comparte el argumento que pretende convertir la ausencia de lucro en factor atenuante de la conducta. Al respecto debe precisarse que si bien *“el que la comisión de la infracción pudiera derivar en un lucro o aprovechamiento indebido, para sí o para un tercero”*, es considerado como un criterio agravante de la conducta, la ausencia del mismo no está previsto como factor de atenuación. No existe prueba en la actuación que demuestre la obtención de lucro alguno por parte de la disciplinada, en la medida en que su omisión de verificación fue advertida a tiempo y por ello su mandante fue inhabilitado para participar en los procesos, por lo que el agravante no procede; sin embargo, a manera de ejemplo, de haber diferido los hechos, posiblemente habría podido resultar adjudicataria de la operación, haber cobrado la comisión pactada, y, en tal caso, de haber llegado a estas instancias el proceso disciplinario, la sanción eventualmente podría haber resultado más gravosa.

Ahora bien, respecto de la consideración de la recurrente, en punto a que la sanción impuesta por la primera instancia es injusta y desproporcionada, la Sala advierte que en este caso se demostró que la conducta sancionada sí aconteció, que es típica y que la sanción impuesta, tal como antes se anotó, corresponde con las aplicadas con anterioridad por parte de la Cámara Disciplinaria a sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, por conductas de similar naturaleza.

Al respecto conviene traer a colación el siguiente extracto de la sentencia 138 de 2019 de nuestra Corte Constitucional, expediente D.12849, con ponencia del Magistrado Alejandro Linares Cantillo, en la cual, en relación con el principio de igualdad que garantiza que la sanción sea justa y proporcional, expresó esa alta Corporación:

“En el ordenamiento constitucional, el mandato de igualdad ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica, y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho. La Corte ha reiterado que esta previsión, aunque amplía en su formulación, “no refleja la complejidad que supone su eficacia en un orden jurídico orientado bajo los principios del Estado Social de Derecho, ni deja en claro qué elementos son relevantes, al momento de verificar las situaciones, personas o grupos en comparación”. El artículo 13 Superior regula el contenido y el alcance del principio o derecho a la igualdad, para ello, establece mandatos independientes y no siempre armónicos, entre los que se destacan: “(i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales.”¹⁵ (Resaltado fuera del texto original)

¹⁵ Ver sentencias C-006 de 2017, C-394 de 2017, entre otras.

CÁMARA DISCIPLINARIA

Con base en las anteriores consideraciones y de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, tales como la comprobada omisión en el cumplimiento de importantes deberes exigibles a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, su gravedad, y la improcedencia de los argumentos relacionados con el adecuado proceder y la buena fe de la disciplinada como factores exonerativos de responsabilidad por las conductas endilgadas, la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria comparte los argumentos de la Sala de Decisión.

No obstante, en atención a que efectivamente se encuentra demostrado que existió una aceptación de las conductas por parte de la disciplinada, lo que por virtud del numeral 7 del artículo 2.4.2.3 del Reglamento debe ser considerado como factor de atenuación de las sanciones a imponer, criterio que no aparece expresamente mencionado en el fallo proferido por la primera instancia (Resolución 474 del 18 de junio de 2010), esta Sala estima que debe aplicar el referido criterio para **REDUCIR** en tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes la sanción de multa impuesta en primera instancia para el primer cargo, **REDUCIR** en tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes la sanción de multa impuesta en primera instancia para el segundo cargo, y **MANTENER** la limitación a participar en el MCP por (5) días hábiles, impuesta para el segundo cargo.

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

5. Resuelve

Primero: MODIFICAR el numeral primero de la parte Resolutiva de la Resolución 474, proferida el 18 de junio de 2020 por la primera instancia, el cual quedará así:

*“Primero: Sancionar disciplinariamente a la sociedad comisionista Bursagán S.A., identificada con el NIT 900.163.253-0, en su calidad de miembro de Bolsa, por el cargo de que trata el numeral 3.1 de la presente Resolución, con la sanción de **MULTA de VEINTISIETE (27) salarios mínimos legales mensuales vigentes**, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución y a las que se hace referencia específicamente en el numeral 5.2.”*

Segundo: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutiva de la Resolución 474, proferida el 18 de junio de 2020 por la primera instancia, el cual quedará así:

*“Segundo: Sancionar disciplinariamente a la sociedad comisionista Bursagán S.A., identificada con el NIT 900.163.253-0, en su calidad de miembro de Bolsa, por el cargo de que trata el numeral 3.2 de la presente Resolución, con la sanción de **MULTA de VEINTIDÓS (22) salarios mínimos legales mensuales vigentes y LIMITACIÓN PARA PARTICIPAR EN EL MERCADO DE COMPRAS PÚBLICAS DE LA BOLSA** por cinco (05) días hábiles, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución y a las que se hace referencia específicamente en el numeral 5.3.*

La limitación para participar en el Mercado de Compras Públicas, a que se refiere el anterior inciso, se empezará a contar desde el día siguiente a que la citada sanción se encuentre ejecutoriada y



CÁMARA DISCIPLINARIA

*en firme. El cumplimiento de la misma se realizará de forma continua, lo que significa que el periodo determinado en la sanción será de días **consecutivos**.*"

Tercero: MODIFICAR el numeral quinto de la parte resolutive de la Resolución 474, proferida el 18 de junio de 2020 por la primera instancia, el cual quedará así:

"Quinto: Advertir a la sociedad Bursagán S.A., de conformidad con lo señalado en el artículo 2.4.2.4 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, que: (i) la multa de CUARENTA Y NUEVE (49) salarios mínimos legales mensuales vigentes, impuesta mediante la presente providencia, deberá ser cancelada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al día en que quede en firme la presente resolución a nombre de BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., en la cuenta de ahorros No. 080-14726-7 del Banco de Bogotá, mediante transferencia electrónica, consignación en efectivo o cheque de gerencia; (ii) la referida consignación deberá acreditarse ante la unidad de Tesorería de la Bolsa, el mismo día en que se produzca; (iii) el no pago de la sanción de multa genera la suspensión automática hasta el día siguiente en que cancele el monto adeudado, y (iv) el incumplimiento de una sanción impuesta se considera como una falta disciplinaria y dará lugar a la imposición de sanciones adicionales."

Cuarto: CONFIRMAR todo lo demás en que no se modifica la Resolución 474 del 18 de junio de 2020, proferida por la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria.

Quinto: NOTIFICAR a la sociedad Bursagán S.A. el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Bolsa, advirtiéndole que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

Sexto: NOTIFICAR al Jefe del Área de Seguimiento el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Bolsa, advirtiéndole que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

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

Dada en Bogotá, D.C., a los once (11) días del mes de agosto de 2020.

Notifíquese y cúmplase,

MARÍA VICTORIA MORENO JARAMILLO

Presidente

GLORIA LUCÍA CABELES CARO

Secretaria