

BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.

Resolución no. 87 de la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria
(7 de septiembre de 2016)

Por medio de la cual se decide un recurso de apelación

La Sala Plena de la Cámara Disciplinaria de BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., en adelante la “Bolsa”, 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 Opciones Bursátiles de Colombia S.A. en contra de la Resolución 382 de 2016, 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 Opciones Bursátiles de Colombia S.A. en contra de la Resolución 382 del 25 de mayo de 2016, mediante la cual, en Sala de Decisión, la Cámara Disciplinaria decidió en primera instancia la investigación adelantada en contra de la sociedad Opciones Bursátiles de Colombia S.A., en adelante “la disciplinada”.

Previo estudio de los hechos, las explicaciones presentadas, el pliego de cargos elevado¹, el acervo probatorio y, en general, el expediente que reposa en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, la Sala de Decisión determinó la existencia de responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de la obligación de pago de la obligación de regreso pactada en las operaciones REPO sobre CDM Nos. 17826381, 17836524, 17845429 y 17846215; por el incumplimiento en la entrega total de producto de la operación FORWARD SIMPLE No. 17981821, y, finalmente, por el incumplimiento surgido de la no rendición de cuentas a clientes, encontrando mérito para sancionarla con MULTA de 18 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

¹Los cargos elevados en contra de la disciplinada fueron cuatro, a saber: i) incumplimiento de la obligación de pago de la obligación de regreso pactada en las operaciones REPO sobre CDM No. 17826381, 17836524, 17845429 y 17846215, lo que se considera violatorio del literal b) art. 14 de la Resolución No. 001 de la CC Mercantil (31 de enero 2011), vigente al momento de los hechos; de los numerales 6, 11 y 20 del art. 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, y de los numerales 11, 13 y 21 del art. 2.2.2.1 del Reglamento. ii) incumplimiento en la entrega total de producto de la operación FORWARD SIMPLE No. 17981821, lo que se considera violatorio del numeral 2 del art. 3.7.2.1.4.4 del Reglamento; de los numerales 6, 11 y 20 del art. 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010; de los numerales 1, 7 y 29 del art. 1.6.5.1 del Reglamento (vigentes para la época de los hechos), y de los numerales 11, 13 y 21 del art. 2.2.2.1 del Reglamento. iii) incumplimiento por la no rendición de cuentas a clientes, lo que se considera violatorio del artículo 4.2.1.8 del Reglamento de la Bolsa; del numeral 20 del art 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010; del numeral 29 del art. 1.6.5.1 del Reglamento (vigente para la época de los hechos), y de los numerales 19 y 21 del art. 2.2.2.1 del Reglamento. iv) Presunto incumplimiento por la realización de operaciones por fuera del objeto social, lo que se considera violatorio del artículo 2.11.1.2.2 del Decreto 2555 de 2010; del artículo 2.11.1.2.3 del Decreto 2555 de 2010, y del artículo 2.2.2.1, numeral 21.

La Sala Plena que conoció del recurso fue integrada por los doctores Álvaro Arango Gutiérrez, María Victoria Moreno Jaramillo, Ángela María Arroyave O'Brien, Luz Ángela Guerrero Díaz y Félix Antonio Soto Amado, al no haber conocido del caso en primera instancia. En sesión 239 del 7 de septiembre de 2016 el doctor Álvaro Arango Gutiérrez fungió como Presidente de la misma. En seguida, la referida Sala avocó el estudio del recurso interpuesto, analizó los hechos que dieron lugar a los cargos elevados, así como las pruebas obrantes en el expediente, el contenido de la resolución recurrida, decidió sobre las pruebas solicitadas y aprobó el presente fallo por unanimidad.

2. Recurso de apelación

2.1. Procedencia del recurso

En ejercicio del derecho conferido en virtud del principio de doble instancia previsto en el artículo 2.4.1.7 del Reglamento de la Bolsa, desarrollado en el artículo 2.4.6.1 y siguientes del mismo cuerpo normativo, y habiendo sido notificada de la Resolución 382 el día 12 de agosto de 2016, el 22 de agosto de 2016 la disciplinada, a través de su representante legal, interpuso recurso de apelación parcial en contra de aquella, dentro del término otorgado en el Reglamento de la Bolsa, contravirtiendo la decisión de la Sala de Decisión en relación con la sanción impuesta por tres de los cargos analizados.

2.2. Contenido del recurso de apelación interpuesto por la disciplinada

Mediante escrito radicado en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, la disciplinada solicitó a la Sala Plena y a través de su apoderado, lo siguiente:

"[...] que revoque la resolución recurrida y, en consecuencia, archive la investigación a favor de mi representada o que subsidiariamente se reduzca sustancialmente la sanción."

La disciplinada interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución antes mencionada exponiendo los siguientes argumentos:

- i. La recurrente estima en lo relativo al primer cargo que si bien se incumplieron las operaciones, esa situación fue ocasionada por un error operativo en el área financiera del mandante al momento de dar cumplimiento a una directriz de la Superintendencia Financiera de Colombia, ya que tuvo que modificar la instrucción de giro correspondiente a los valores de la recompra, la cual estaba inicialmente destinada a Opciones Bursátiles de Colombia S.A. y luego a la CC Mercantil.

Adicionalmente, señala, que aun cuando los montos de las recompras fueron pagados de forma extemporánea, su mandante consignó la suma concerniente a los intereses de mora que se causaron, de lo cual anexaron prueba el día 23 de mayo de 2016, razón por la cual, a criterio de la sociedad comisionista, "no es de recibo" que la Sala de Decisión no lo haya tenido en cuenta al momento de fallar en primera instancia.

- ii. Considera, también, que no hay lugar a una declaratoria de responsabilidad en lo relacionado con el segundo cargo sobre el presunto incumplimiento en la operación FORWARD SIMPLE No. 17981821, debido a que el incumplimiento en la entrega del producto negociado fue provocado exclusivamente por su mandante, más no por la disciplinada, toda vez que conforme con su objeto social no se encuentra habilitada para producir productos agrícolas como los que se debían entregar por cuenta de la operación realizada. De esta manera, en su sentir, dicho retardo en la entrega es atribuible de forma única y exclusiva a un tercero ajeno a la relación contractual (su mandante), luego existe un rompimiento del nexo causal respecto del daño sufrido y la conducta desplegada, configurando así un hecho exclusivo de un tercero como causal eximente de responsabilidad y, por ende, no habría lugar a imputarle sanción alguna.
- iii. En relación con el tercer cargo recurrido, la disciplinada sostuvo que, a diferencia de lo expuesto por la Sala de Decisión, Opciones Bursátiles de Colombia S.A. sí informaba a sus clientes de forma detallada sobre el estado de sus negocios y les remitía de forma mensual “un reporte acerca de las operaciones, estado de cuenta, saldo y movimientos”, pero que por un error en la bitácora de correspondencia, no contaba con la constancia de envío de tales reportes.

Además de lo anterior, la sociedad comisionista alega que la Sala de Decisión no acierta al considerar que de dicha situación puede inferirse que los clientes no conocen ni tienen certeza del rumbo de sus negocios, como quiera que en ningún momento se han recibido quejas sobre el particular, ni se ha reportado caso alguno a la Cámara o a la Superintendencia Financiera de Colombia.

- iv. Por último, en relación con la graduación de la sanción que la Sala de Decisión impuso en la Resolución atacada, la recurrente manifestó que: (i) nunca se puso en peligro la seguridad del mercado ni se vio afectada la confianza del público, dado que las obligaciones fueron cumplidas a cabalidad “sino que por fuera del término”; (ii) pedirle a una sociedad comisionista que cumpla la obligación dentro del plazo, cuando su cliente le ha incumplido con antelación, es pedirle lo imposible, lo que jurídicamente conllevaría a una vulneración de sus derechos; (iii) a lo largo de la investigación se ha demostrado el interés de la sociedad por demostrar el cumplimiento de sus obligaciones y de la normatividad, y, en tal sentido, es viable afirmar que en desarrollo de su actividad salvaguarda los intereses de la colectividad.
- v. Así, la investigada solicita una reducción de la sanción impuesta por ser “bastante gravosa y desproporcionada”, más aún cuando se trata de una sociedad que no está desarrollando su objeto social.

3. Consideraciones de la Sala Plena

3.1. Competencia de la Cámara Disciplinaria

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1.2.1 del Reglamento de la Bolsa, la Cámara Disciplinaria es competente para conocer y decidir, sobre la conducta asumida por las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa. En desarrollo de dicha facultad la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa sancionó a la otrora sociedad comisionista de bolsa Opciones Bursátiles de Colombia S.A., por los cargos que se elevaron en su contra en el Pliego de Cargos.

Ahora, por virtud de lo señalado en el artículo 2.4.6.1 del Reglamento de la Bolsa, es claro que la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las resoluciones de fallo emitidas por las salas de decisión de la Cámara Disciplinaria.

3.2. Consideraciones sobre el recurso interpuesto por la disciplinada

3.2.1. Consideraciones generales

Como se ha venido exponiendo en reiteradas decisiones de la Cámara Disciplinaria, y previo al examen de fondo del recurso impetrado, la Sala Plena considera necesario volver nuevamente sobre las características y connotaciones del contrato de comisión, así como sobre las implicaciones que tiene para las sociedades comisionistas de la Bolsa la celebración de operaciones en desarrollo de dicho contrato, todo con el fin de que se tenga total claridad respecto de la materia y haya una mayor consciencia por parte de las sociedades comisionistas sobre los efectos y consecuencias de los negocios jurídicos que celebran. A este efecto a continuación se cita lo expresado sobre el particular por la Cámara Disciplinaria, entre otras, en la Resolución No. 82 del 28 de marzo de 2016, en la que al respecto se indicó:

“La naturaleza de las relaciones contractuales que surgen en el escenario bursátil administrado por la BMC reside en la figura jurídica denominada comisión, definida en el artículo 1287 del Código de Comercio así:

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

De la disposición citada se desprenden entonces 2 elementos:

- i. La comisión como una especie de mandato y,*
- ii. El comisionista quien actúa en nombre propio pero por cuenta ajena.*

Como bien lo señala la disposición trascrita, la comisión es una especie de contrato que se deriva del género denominado mandato que corresponde a un negocio jurídico bilateral², mediante el cual una persona (mandatario) se obliga a ejecutar uno o varios actos de comercio, por cuenta de otra (mandante). Ahora bien, por estar regulado en el artículo 1262 del Código de Comercio, el mandato comercial es un contrato nominado y además de las características previamente mencionadas, se debe señalar que puede ser con representación o sin representación: i) en el mandato con representación, el mandatario actúa como representante del mandante y por tanto las obligaciones y/o derechos que adquiere el primero en representación del segundo, los debe asumir éste último; ii) por el contrario, en el mandato sin representación, el mandatario actúa en nombre propio, razón por la cual los derechos y obligaciones que se deriven de los actos ejecutados los asume en cabeza suya, por virtud de la especial gestión que le ha sido encomendada.

De otro lado, y pese a que por regla general el mandato se presume con representación, para el caso de la comisión, la ejecución de él o los actos comerciales se da sin representación, es decir en nombre propio, conforme a lo establecido por el precitado artículo 1287 del Código de Comercio.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que tratándose de la comisión, la parte a la que se le encomienda la ejecución del acto o de los actos de comercio, es una persona que se dedica profesionalmente a ello y, por ende, se considera calificada. Así mismo, se debe advertir que las obligaciones que se contraen entre las partes que celebran el contrato de comisión no son de resultado sino de medio.

Teniendo en cuenta que en los mercados que administra la BMC, los actos que se celebran en cumplimiento del contrato de comisión que suscriben la sociedad comisionista y su cliente, corresponden a compraventas que en este escenario se denominan operaciones, resulta entonces de la mayor importancia advertir que son los Comisionistas, participantes exclusivos de dichos mercados, quienes deben asumir las obligaciones principales y accesorias que nacen a la vida jurídica una vez celebradas las operaciones.”

En otras palabras, las operaciones que una sociedad comisionista de bolsa celebra en desarrollo de un contrato de comisión las hace en nombre propio pero por cuenta del comitente, lo que significa que frente a la contraparte en la operación que se celebra en el mercado de la Bolsa es la sociedad comisionista quien tiene la condición de parte, pero con la obligación de transmitir los efectos del contrato celebrado a su comitente. Ello por cuanto la comisión, de conformidad con los artículos 1287³ y 1262⁴ del Código de Comercio, es una especie de mandato que no es representativo, lo que significa

² Se entiende que el contrato de comisión es bilateral debido a que ambas partes asumen obligaciones con su celebración.

³ Artículo 1287 del Código de Comercio:

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

⁴ Artículo 1262 del Código de Comercio:

que el titular de los derechos y las obligaciones que surgen del contrato celebrado es el comisionista y no el comitente por cuenta de quien aquél actúa.

Y ello es así pues el negocio se forma entre comisionista y contraparte en la operación, de manera que el comisionista es quien recibe los efectos del contrato que celebra para su comitente, quedando, por lo tanto, obligado a cumplir las obligaciones derivadas del mismo e investido de su condición de acreedor de las obligaciones a su favor. El comisionista, pues, es el sujeto negocial, comprometido personalmente en el negocio, con independencia de su obligación de transferir los efectos del mismo a su comitente.

Una vez efectuadas las anteriores precisiones, la Sala abordará el análisis del recurso presentado, en los siguientes términos:

3.2.2. Consideraciones específicas sobre los argumentos

De acuerdo con los argumentos que expone la disciplinada en su recurso de apelación, procede la Sala Plena a analizar la resolución recurrida a fin de determinar si, en efecto, incurrió ésta en un yerro al momento de tomar la decisión respecto de lo alegado por la disciplinada.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la argumentación del recurso se formuló de manera general, la Sala procede a analizar las razones expuestas por la disciplinada dando por sentado, de una vez, que las pruebas presentadas por el Área de Seguimiento como respaldo de cada una de las particularidades de los cargos elevados, se tienen como válidas.

a. Consideraciones frente al primer cargo: incumplimiento de la obligación de pago de la recompra pactada de las operaciones REPO sobre CDM No. 17826381, 17836524, 17845429 y 17846215.

En principio, sobre los argumentos presentados por la recurrente frente al primer cargo y en lo referente al pago de los montos de las recompras, la Sala Plena se acoge a lo expuesto en la primera instancia por la Sala de Decisión, en cuanto a que *“la esencia de las Operaciones Repo supone la obligación principal de recompra en un tiempo concreto y con un interés fijado”*. Por lo tanto, el mínimo esperado de la sociedad comisionista que realiza negociaciones de este tipo es que cumpla las obligaciones que en calidad de profesional del mercado pacta al momento de celebrar las operaciones, es decir, que tratándose de una operación repo como la que nos ocupa, pague el monto de la recompra el día acordado.

Por otro lado y respecto del comprobante de consignación que la disciplinada alega no fue tenido en cuenta por la Sala de Decisión, la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria encuentra, del estudio del expediente, que el documento fue allegado extemporáneamente, esto es, por fuera de los términos

“El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra. / El mandato puede conllevar o no la representación del mandante. / Conferida la representación, se aplicarán además las normas del Capítulo II del Título I de este Libro.”

establecidos en el Reglamento de la Bolsa⁵, toda vez que éste debió haber sido remitido a más tardar el día 20 de mayo de 2016, día del vencimiento del término para descorrer el pliego de cargos y presentar las pruebas correspondientes, y no el 23 de mayo, día en que fue aportado. Lo anterior teniendo en cuenta además que en la referida fecha se vencía no el término inicial, sino la prórroga otorgada por la Secretaría de la Cámara.

Ahora bien, aún habiéndose aportado luego del término previsto, la Sala encuentra al examinar el comprobante que el mismo tampoco posee la vocación de desvirtuar el cargo como lo pretende la recurrente, en la medida en que: (i) la copia del comprobante de la transacción electrónica aportada por la sociedad comisionista muestra que en ese momento el estado de la transacción era “pendiente”, lo que no permite establecer si el pago de intereses a que hace referencia la disciplinada en su recurso se hizo de forma efectiva y (ii) el hecho de haber efectuado el pago de intereses moratorios no purga el cargo sino que, por el contrario, evidencia y confirma el incumplimiento en el que incurrió la investigada y la consciencia que del mismo tenía, pues el reconocimiento y pago de intereses moratorios conlleva implícitamente la aceptación del incumplimiento en el pago en la fecha pactada y, por tanto, la existencia de unos perjuicios ocasionados.

En este sentido, la Sala Plena no encuentra argumentos diferentes a los analizados en primera instancia y comparte lo expuesto por la Sala de Decisión, luego se abstendrá de modificar la sanción impuesta para este cargo.

b. Consideraciones frente al segundo cargo: incumplimiento en la entrega total de producto de la operación FORWARD SIMPLE No. 17981821.

Sobre las alegaciones de la disciplinada, relacionadas con su imposibilidad fáctica para dar cumplimiento a las obligaciones surgidas de las operaciones celebradas en el escenario de la BMC y el hecho de que los aludidos incumplimientos fueron ocasionados por sus mandantes, y no por ella, la Sala Plena encuentra que las mismas no pueden considerarse procedentes. Lo anterior, ya que de todos es conocido el objeto social de las firmas comisionistas y, como se expuso en el numeral 3.2.1. de esta Resolución, la existencia de la figura jurídica denominada *comisión*, en el escenario de los mercados administrados por la BMC, es precisamente la causa generadora de obligaciones *en cabeza del comisionista*, de cumplir las prestaciones principales y accesorias que emanan de las negociaciones que en desarrollo del contrato de comisión celebra en la Bolsa. Y en el caso de las operaciones que ocupan la atención de la Sala, las obligaciones principales no son otras que la de entregar el bien, en el caso del vendedor, y la de pagar el precio acordado, por parte del comprador.

⁵ Artículo 2.4.4.3.- Traslado. Aprobado por Resolución 1847 de 2007 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Admitido el pliego de cargos se correrá traslado de este a los investigados por un término de diez (10) días hábiles, para que éstos hagan los pronunciamientos que estimen pertinentes y los remitan directamente al Secretario de la Cámara Disciplinaria. En todo caso los investigados podrán solicitar al Secretario de la Cámara la prórroga del anterior término antes del vencimiento del mismo, quien podrá concederla hasta por un término de cinco (5) días hábiles más. El pliego de cargos deberá estar acompañado de una relación completa de las pruebas que se pretendan hacer valer contra el investigado. Las pruebas y el expediente de la actuación estarán a su completa disposición durante todas las etapas procesales.

Al respecto huelga precisar que los mercados que administra la BMC se encuentran regidos por lo establecido en el artículo 335 superior, lo que significa que la participación directa en dichos mercados supone la autorización previa del Estado, lo que denota el carácter de interés público que su ejercicio conlleva. En tal sentido, la autorización que se imparte a las sociedades comisionistas de la Bolsa Mercantil para operar implica que su gestión debe corresponder a la esperada de un experto profesional en la materia, que posee un amplio conocimiento de las operaciones que realiza y del servicio que presta, de lo que necesariamente resulta que debe conocer y asumir los riesgos que su actividad le genera.

Por este motivo, es del todo reprochable para la Sala que una sociedad, que alguna vez actuó como comisionista, intente ahora desconocer que la llamada a cumplir las obligaciones generadas en virtud de las operaciones que celebró en el escenario de la Bolsa es ella misma, en su condición de operador de un mercado público en el que en atención a sus calidades de conocedor del mismo, el Estado le otorgó la habilitación para actuar.

Encuentra la Sala también que, dentro de sus alegaciones, la disciplinada manifiesta haberse encontrado imposibilitada para cumplir las operaciones de manera oportuna, en razón a que sus mandantes (comitentes) incumplieron injustificadamente sus obligaciones, alegando como eximente de responsabilidad el hecho de un tercero, quien sería el generador exclusivo del daño y que, según su dicho, serían los productores de la mercancía, únicos responsables de tales situaciones. Ante tal argumento, la Sala debe recordar que de conformidad con la jurisprudencia que ha abordado el tema desde el ámbito sancionador, únicamente puede considerarse viable tal eximente, cuando el tercero, de quien se alega ser causante del daño, resulta ajeno y/o extraño a las partes responsables. Veamos:

Por otra parte, en relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél.⁶

Aunado a lo anterior, se debe advertir que la jurisprudencia también ha previsto que para que se configure el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad, es necesario que confluyan: **i)** un hecho único exclusivo y determinante del daño producido y **ii)** un hecho producido por circunstancias imprevisibles e irresistibles para quien lo alega. Sobre el primer elemento, se tiene que el hecho del tercero, justificable como exonerador de responsabilidad, es aquel en el cual se puede apreciar que la participación del extraño fue la verdadera causa del daño y, en este sentido, se configura una inexistencia del nexo causal⁷. Por otro lado, en relación con el segundo elemento, en cuanto es alegado como un hecho extraño, debe ser irresistible, o que su acaecimiento no pueda evitarse, e imprevisible.⁸

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente 16530. Ver en mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 17179.

⁷ *Ibidem*.

Habiendo precisado lo anterior, se tiene que la ocurrencia de los hechos anotados y que son considerados esenciales para invocar la eximente de responsabilidad aludida, debe ser probada más allá de la simple manifestación que en tal sentido haga la investigada. Y dado que no aparece acreditado dentro el expediente, por ningún medio probatorio, que los mismos se hayan presentado, la Sala Plena se abstendrá de modificar la decisión adoptada en primera instancia por parte de la Sala de Decisión, por considerar improcedentes los argumentos expuestos por la investigada y analizados en precedencia.

c. Consideraciones frente al tercer cargo: incumplimiento por no rendición de cuentas a clientes.

La Sala Plena sobre el presente cargo, precisa que la obligación que recae sobre las sociedades comisionistas frente a la rendición de cuentas y más exactamente sobre la remisión de los extractos a sus clientes es la de probar siquiera el envío de los mismos. Al respecto, la recurrente replica los argumentos esbozados en los descargos al pliego formulado por el Área de Seguimiento, insistiendo en que sus clientes sí tenían pleno conocimiento del estado de sus negocios pero que por un error en la bitácora de correspondencia no contaba con las constancias de envío de los extractos, por lo que no considera correcto el juicio de la Sala de Decisión y agrega que la prueba de tal circunstancia es que no se conocían quejas formuladas por parte de clientes de la comisionista ante este Despacho, ni ante la Superintendencia Financiera de Colombia.

Sobre el particular, la Sala Plena manifiesta su conformidad con las consideraciones formuladas en primera instancia, a lo cual agrega que no existe prueba alguna que soporte las argumentaciones de la disciplinada, y que no resulta de recibo el argumento según el cual, el no haber tenido conocimiento de la existencia de reclamaciones en su contra constituye una prueba del cumplimiento de su deber de información y de rendición de cuentas a sus clientes, por cuanto de la primera de las afirmaciones no se sigue la consecuencia que plantea la investigada.

Todo lo anterior, sin dejar de lado el hecho que del estudio del caso se desprende no sólo que la investigada no cuenta con pruebas que confirmen el envío de los extractos a sus clientes sino que, además, tampoco se allegaron seis (6) de los veinticinco (25) extractos que le fueron requeridos, de

⁸⁴...Se recuerda que el hecho del tercero para valer como causal exonerativa de responsabilidad debía ser, en el sub iudice, irresistible e imprevisible para el Estado Colombiano, en razón a que si estaba en condiciones de preverlo o de resistirlo, como en efecto lo estuvo y a pesar de ello no lo hizo, o lo hizo deficientemente, tal comportamiento culposo administrativo que vincula su conducta con el referido daño, bien puede considerarse como causa generadora de éste, sin que en tales condiciones resulte interrumpida la relación de causalidad anteriormente advertida. "En torno al tema analizado, cabe recordar el fallo del 24 de agosto de 1989, expediente 5693, del cual fue ponente el señor consejero doctor Gustavo de Greiff Restrepo cuyos apartes pertinentes contienen: "La doctrina es unánime al considerar que para el hecho del tercero pueda configurarse como causal de exoneración de responsabilidad, es indispensable que pueda tenersele como causa exclusiva del daño, producida en tales circunstancias que sea imprevisible e irresistible para que reúna las características de una causa extraña, ajena a la conducta de quien produjo el daño. "Se hace notorio que el hecho del tercero deba ser imprevisible puesto que si puede ser prevenido o evitado por el ofensor, le debe ser considerado imputable conforme al principio según el cual 'no evitar un resultado que se tiene la obligación de impedir, equivale a producirlo'. Y debe ser irresistible puesto que si el causante del daño puede válidamente oponerse a él y evitarlo, luego no lo puede alegar como causal de exoneración" (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 1994, expediente 9276, tomado de "La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública". Ramiro Saavedra Becerra. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 3ª reimpresión, pp. 589-590).

donde se podría eventualmente llegar a inferir que los mismos ni siquiera fueron generados. Así las cosas, existen razones suficientes para no considerar de recibo los argumentos presentados y, en consecuencia, procede confirmar la sanción impuesta por razón de este cargo.

d. Consideraciones frente a los argumentos de la disciplinada respecto de la graduación de la sanción impuesta en primera instancia.

Sobre la graduación de la sanción, la sociedad comisionista se opuso a lo manifestado en la resolución recurrida, sosteniendo en el recurso presentado que con su actuar nunca se puso en entredicho la confianza del público, ni tampoco se puso en peligro la seguridad del mercado, puesto que las operaciones se cumplieron aunque dicho cumplimiento haya sido de forma extemporánea.

Acerca de este argumento, la Sala Plena se permite precisar que las sanciones impuestas como resultado del desarrollo de las investigaciones y procesos disciplinarios, no siempre atienden a una afectación directa al mercado, como lo quiere hacer ver la recurrente, sino que son aplicadas como consecuencia de la mera trasgresión de las disposiciones reglamentarias y normativas que orientan el *deber ser* del actuar de las sociedades y que al momento de hacerse miembros de la Bolsa Mercantil de Colombia se comprometieron y se conminan a cumplir, so pena de asumir las consecuencias que su eventual vulneración supone. Por lo tanto, no le haya la razón a la disciplinada en lo expuesto sobre el particular en su escrito de apelación.

4. Graduación de la sanción

La Sala Plena manifiesta que comparte por completo las apreciaciones formuladas por la Sala de Decisión en cuanto a la graduación de la sanción inicialmente impuesta y, como consecuencia de no encontrar procedente los argumentos en que se funda el recurso de apelación interpuesto por la disciplinada, no modificará la sanción adoptada por la Sala de Decisión.

No está de más reiterar que, en efecto, el Reglamento de la Bolsa establece que las sanciones que pueden imponerse a las sociedades comisionistas podrán ascender hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes⁹, lo cual demuestra que, en el presente caso, la Cámara Disciplinaria optó por imponer una sanción cuyo monto es bastante inferior. Ahora, en cuanto se refiere a la posibilidad de sancionar la conducta de una manera menos gravosa con, por ejemplo, una amonestación, debe la Sala recalcar que bajo ninguna circunstancia debe permitirse a los intermediarios creer que el incumplimiento de sus deberes no tiene consecuencia alguna, máxime cuando, de por medio, se encuentran los recursos de sus clientes.

Por tal razón, la Sala Plena de la Honorable Cámara Disciplinaria no considera procedente ni pertinente disminuir la sanción impuesta en primera instancia, y en consecuencia:

⁹Reglamento de la Bolsa Mercantil. Artículo 2.3.3.3.- Multas.

5. Resuelve

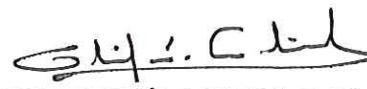
- Primero:** Confirmar integralmente la Resolución 382 del 25 de mayo de 2016, proferida por la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria.
- Segundo:** Notificar a la sociedad comisionista de Bolsa Opciones Bursátiles de Colombia S.A. del contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., advirtiendo que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.
- Tercero:** Notificar a la Jefe del Área de Seguimiento el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., advirtiendo que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.
- Cuarto:** En firme la presente Resolución, comuníquese a la Superintendencia Financiera de Colombia y a la Secretaría General de la Bolsa Mercantil de Colombia el contenido de la misma, para lo de su competencia.

Dada en Bogotá, D.C., a los 7 días del mes de septiembre de 2016.

Notifíquese y cúmplase,



ÁLVARO ARANGO GUTIÉRREZ
Presidente

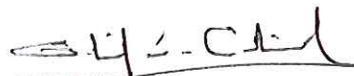


GLORIA LUCÍA CABIELES CARO
Secretaría

En la fecha 11 de octubre de 2016 se notificó personalmente al señor Giovanni Bolivar Pedraza identificado con cédula de ciudadanía no. 80.844.830, apoderado de José Gustavo Pava, representante legal de Opciones Bursátiles de Colombia S.A., de la Resolución 87 del 7 de septiembre de 2016, enterándole del contenido de la misma y advirtiéndole que contra la misma no procede recurso alguno. Así mismo, se hace entrega de un ejemplar de la resolución objeto de esta diligencia.

Se reitera que en la secretaría de la Cámara Disciplinaria se encuentra a disposición el expediente disciplinario para su consulta.

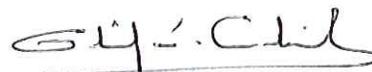
Giovanni Bolivar P.
NOTIFICADO


NOTIFICADOR

En la fecha 11 de octubre de 2016 se notificó personalmente a la doctora Carolina Ortíz Forero identificada con cédula de ciudadanía no. 52.250.232 expedida en Bogotá, Jefe del Área de Seguimiento de BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., de la Resolución 82 del 7 de septiembre de 2016, enterándole del contenido de la misma y advirtiéndole que contra la misma no procede recurso alguno. Así mismo, se hace entrega de un ejemplar de la resolución objeto de esta diligencia.

Se reitera que en la secretaría de la Cámara Disciplinaria se encuentra a disposición el expediente disciplinario para su consulta.


NOTIFICADO


NOTIFICADOR