

BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.

Resolución No. 107 de la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria (23 de julio de 2018)

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 representante legal de la Sociedad Comisionista de Bolsa en contra de la Resolución 454 del 24 de abril de 2018, 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 de Bolsa en contra de la Resolución 454 del 24 de abril de 2018, mediante la cual, en Sala de Decisión, la Cámara Disciplinaria decidió en primera instancia la investigación adelantada en contra de la sociedad Agrobolsa 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 en el pago de la operación forward simple sin administración de garantías No. 25712063 del Mercado de Físicos, encontrando mérito para sancionarla con **MULTA de un (1) salario mínimo legal mensual vigente**.

La Sala Plena que conoció del recurso fue integrada por los doctores Álvaro Arango Gutiérrez, Jorge Ignacio Lewin Figueroa, Alberto Caycedo Becerra y Félix Soto Amado así como por la doctora María Victoria Moreno Jaramillo, al no haber conocido del caso en primera instancia.

En sesión 293 del 23 de julio de 2018, el doctor Álvaro Arango fungió como Presidente de la referida Sala que en seguida avocó el estudio del recurso interpuesto, analizó los hechos que dieron lugar a los cargos elevados, así como las pruebas obrantes en el expediente, revisó el contenido de la resolución recurrida, decidió sobre las pruebas solicitadas y aprobó el presente fallo por unanimidad.

¹El pliego contiene un único cargo consistente en el Incumplimiento en el pago de la operación forward simple sin administración de garantías No. 25712063 del Mercado de Físicos, lo que se considera violatorio del Artículo 2.11.1.8.1., numerales 6 y 11 del Decreto 2555 de 2010, de los artículos 3.7.1.4., 3.7.2.1.4.1., 3.7.2.1.4.4., numeral 4°, 1.6.5.1., numerales 1 y 15, 5.2.2.2. y del 2.2.2.1., numerales 11 y 13 del Reglamento.

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 454 el día 22 de junio de 2018, el 29 de junio de 2018 la representante legal de la disciplinada interpuso recurso de apelación en contra de aquella, dentro del término otorgado en el Reglamento de la Bolsa, contraviendo la decisión de la Sala de Decisión en relación con la sanción impuesta por el cargo analizado.

2.2. Contenido del recurso de apelación interpuesto por la disciplinada

Mediante escrito radicado en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, la recurrente solicitó a la Sala Plena modificar la decisión contenida en la resolución recurrida con el fin de que se exonere a la sociedad comisionista de bolsa Agrobolsa S.A., con base en los siguientes argumentos:

2.2.1. Contenido del fallo recurrido.

La recurrente hace un breve resumen del contenido de la Resolución de primera instancia, resaltando que la Sala de Decisión reconoció que se había presentado una imprecisión en la denominación del cargo objeto de estudio. No obstante, subraya lo manifestado por la misma corporación, en virtud de lo cual, la imprecisión descrita no implicaba que la Sala de Decisión no pudiera pronunciarse al respecto, en la medida en que existía adecuación entre los hechos y las normas citadas como infringidas.

Bajo esa línea argumentativa, en lo que respecta a la ausencia de objeto por indebida declaratoria de incumplimiento y falta de análisis probatorio, finaliza la recurrente trayendo a colación lo dicho el *a quo* conforme lo cual “la modificación relativa a la compensación y liquidación de las operaciones por acuerdos directos supone la existencia de un acuerdo y que en el caso en particular el mismo no fue posible debido a que la única manera de llegar a él era realizar el pago por fuera de los sistemas de compensación y liquidación”.

2.2.2. Objeción por error de derecho por inadecuada tipificación normativa.

En primer lugar, la sociedad comisionista Agrobolsa S.A. sostiene que en el pliego de cargos se citaron normas relativas a la obligación de pago y cumplimiento de las operaciones celebradas a través de la Bolsa, no obstante, en ningún momento se precisó la conducta endiligada en normas que establecieran procedimientos especiales para el pago o que definieran que el mismo se debía realizar a través de las cuentas compensadas de la Bolsa.

En ese sentido, consideró que la irregularidad del pliego fue reconocida por la Sala de Decisión cuando señaló que “*si el pago fue realizado directamente por el mandante comprador al mandante vendedor, esto*

no impide que la sociedad comisionista compradora sea merecedora de juicio de reproche por su conducta, ya que para ser objeto de la acción disciplinaria basta la trasgresión de normas cuyo contenido conlleva el incumplimiento de deberes, normas que, en lo que hace relación a las operaciones realizadas en el mercado administrado por la BMC, se encuentran en el citado Decreto 2555 de 2010 y en el Reglamento”.

Para la Sociedad Comisionista, lo expuesto en precedencia, resulta de la mayor gravedad en la medida en que se sancionó con base en normas que no fueron discutidas en ningún momento como parte de la investigación y que debieron ser tomadas como ciertas a pesar de que no habían sido incorporadas al expediente ni se les había dado la oportunidad de pronunciarse frente a ellas. Adicionalmente, estimó que ninguna de las normas citadas como supuestamente infringidas señalaba un procedimiento de pago especial a través de los sistemas señalados por la Bolsa sino que se limitaban a señalar obligaciones generales y abiertas sobre responsabilidades de cumplimiento de las operaciones.

Posteriormente, la recurrente analizó el alcance de los principios de legalidad y tipicidad en el derecho administrativo sancionador. Bajo esa línea argumentativa, citó jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que dicho órgano arguye que *“el derecho administrativo sancionador suele contener normas con un grado amplio de generalidad, lo que en sí no implica un quebrantamiento al principio de legalidad, si existe un marco de referencia que permita precisar la determinación de la infracción y la sanción en un asunto particular. El derecho administrativo san será compatible con la Constitución Política si las normas que lo integran no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones.”* (Sentencia C-242 de 2010. M.P. Dr. Mauricio Gonzales Cuervo).

Del mismo modo, la representante legal de la disciplinada trajo a colación otro pronunciamiento de la misma Corte, en el que se afirma que *“el fallador en materia disciplinaria goza de mayor amplitud al momento de la adecuación de la conducta típica que el juez penal, sin embargo, tal amplitud no puede llevar a desconocer el derecho de defensa y contradicción del investigado mediante la variación sustancial de los cargos formulados en primera y segunda instancia porque de esta manera se priva al investigado de la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa y contradicción.”* (Sentencia T-1034 de 2006. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto).

Bajo ese entendido, la firma comisionista sostuvo que tal fue el yerro en el que incurrió el Órgano de Autorregulación, que para el Área de Seguimiento lo que ocurrió fue una falta a la obligación de pago de una operación y sin embargo, Agrobolsa fue sancionada por realizar un pago por fuera de los sistemas de compensación y liquidación.

2.2.3. Admisibilidad del pago de manera directa entre las partes por fuera de los sistemas de compensación y liquidación.

Para la disciplinada es un error de hecho en sí mismo, suponer que la obligación de pago deba realizarse a través de los sistemas de compensación y liquidación de la Bolsa, cuando el mismo Reglamento de la Bolsa en el numeral 3 del artículo 6.2.2.6. señala que las obligaciones compensables pueden cumplirse por fuera de los mecanismos por ella previstos. De ahí, que el mismo cuerpo normativo que se estima como infringido, resta sustento a la afirmación de que la “premisa” sea que el sistema solo funcione

correctamente a través de los sistemas señalados por la Bolsa o que hacerlo sin la supervisión e intervención de esa entidad suponga una afectación a la seguridad, confianza, transparencia y orden del mercado.

Para fundamentar lo dicho, la recurrente presenta como ejemplo que la Superintendencia Financiera de Colombia ha autorizado a sistemas de negociación y de compensación y liquidación de operaciones, dar cumplimiento directo a negocios celebrados en el mercado de valores, como consta en el Reglamento de Funcionamiento y Operación del Mercado Electrónico, por lo que, según el numeral 3.2.1. de la Circular del Mercado Electrónico Colombiano, el mecanismo que implica pago directo entre las partes es el mecanismo señalado para la compensación y liquidación de diferentes tipos de operaciones, por lo que no se trata de una excepción.

Por lo dicho, para la disciplinada, carece de soporte jurídico la afirmación del *a quo* según la cual, el que los pagos deban realizarse por conducto del sistema sea la premisa para el funcionamiento correcto del mercado.

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 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 Agrobolsa S.A., por el cargo que se elevó 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 preliminares

En primer lugar y con el fin de tutelar el principio del debido proceso y, específicamente, el derecho a la defensa, la Sala Plena consideró pertinente realizar un estudio de procedencia, consistente en verificar que las normas citadas como violadas se adecúan a los hechos contenidos en el pliego de cargos elevado por el Área de Seguimiento.

Así las cosas, encuentra la Sala que, en el recurso presentado por la firma comisionista, esta manifestó que “para el Área de Seguimiento lo que se dio desde el principio del caso fue una falta a la obligación de pago de una operación y hoy Agrobolsa esta está siendo sancionada por realizar un pago por fuera de los sistemas de Compensación y Liquidación”, por tal motivo, le correspondió a la Sala Plena corroborar que a la recurrente efectivamente se le hubiera sancionado conforme a lo que se le puso de presente en el pliego de cargos.

De esta manera, procedió la Sala Plena a verificar que, en los hechos planteados en el pliego de cargos, se le hubiera revelado a la recurrente, que la investigación que en su contra se estaba adelantando se daba con ocasión del pago de una operación realizado por fuera del sistema de compensación y liquidación de la Bolsa.

Sobre el particular, se encuentran entonces los siguientes hechos en el pliego de cargos:

“1.2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS INVESTIGADOS. -

Los hechos en los cuales se fundamenta las infracciones de acuerdo con la SFE, en síntesis se circunscriben a los siguientes:

1.2.1. Presunto incumplimiento en el pago de operación forward simple sin administración de garantías No. 25712063 del Mercado de Físicos.

El Presidente de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. remitió al Área de Seguimiento copia de la comunicación BMC-2677-2017 de 18 de julio de 2017, dirigida a la Representante Legal de **AGROBOLSA S.A.** (folios 1 a 3), en la cual “decreta el **INCUMPLIMIENTO PARCIAL** de la operación **FORWARD SIMPLE SIN ADMINISTRACIÓN DE GARANTÍAS** No. 25712063, cuyo objeto fue la adquisición de “Arroz Cáscara Nacional Húmedo - Tipo I Grano Partido hasta 20% - Kilogramo - A Granel - Natural”, debido al **NO PAGO** del monto correspondiente a las líneas 10 y 13 dentro de los términos pactados para ello, cada una por valor de \$100.000.000 para un valor de \$200.000.000.

El decreto de incumplimiento de la operación No. 25712063 resulta procedente de conformidad con lo siguiente:

1. La operación No. 25712063 fue celebrada en la Rueda de Negocios No. 81 del 29 de abril de 2016, entre **AGROBOLSA S.A.**, actuando por cuenta del comitente comprador **Agroindustrial Molino Sonora y COOBURSÁTIL LTDA.**, actuando por cuenta del comitente vendedor **ICV Distribuciones A.A.S.**, bajo las siguientes condiciones:

Subyacente	Valor Negocio	Fecha Entrega	Forma Pago	Fecha Pago
Arroz Cáscara Nacional Húmedo - Tipo I Grano Partido hasta 20% - Kilogramo - A Granel - Natural	\$1.891.296.000	01/08/2016 31/10/2016	A plazo. 30 días después de entregado el producto	23/06/2017

2. El día 15 de junio de 2017, **AGROBOLSA S.A.**, por medio del Sistema de Información Bursátil de la BMC - SIB, solicitó prorrogar la fecha de pago de las líneas No. 10 y 13 de la operación No.25712063, hasta el 16 de junio de 2017, propuesta que fue aceptada por **COOBURSÁTIL LTDA.**

3. El día 16 de junio de 2017, **AGROBOLSA S.A.**, solicitó nuevamente prorrogar la fecha de pago de las líneas No. 10 y 13 de la operación No.25712063, hasta el 23 de junio de 2017, propuesta que fue aceptada por **COOBURSÁTIL LTDA.**

4. El día 23 de junio de 2017, la BMC, en su calidad de administrador del Sistema de Compensación y Liquidación de las operaciones celebradas por su conducto, evidenció que los recursos correspondientes al pago de las líneas No. 10 y 13 de la operación No. 25712063 no ingresaron a la Cuenta de Liquidación.

5. En atención a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 3.7.2.1.4.4. del Reglamento, la BMC, mediante comunicación BMC-2347-2017 del 27 de junio de 2017, la BMC solicitó a **COOBURSÁTIL LTDA.** le informara si tenía interés en la convocatoria de un Comité Arbitral en el que se tratara de llegar a un acuerdo sobre el incumplimiento de la operación No. 25712063, específicamente en lo que respecta al pago de las líneas No. 10 y 13 por valor de \$100.000.000 cada una.

6. En respuesta a la solicitud presentada por la BMC, **COOBURSÁTIL LTDA.** informó mediante comunicación del 27 de junio de 2017, que se encontraba interesada en la realización del Comité Arbitral en el que se tratara de llegar a un acuerdo sobre el pago de las líneas 10 y 13 de la operación No. 25712063, por valor de 100.000.000 cada una.

7. El 5 de julio de 2017 se llevó a cabo la sesión de Comité Arbitral en la cual, conforme hace constar el acta No. 120 de 2017, no se llegó a un acuerdo entre las partes sobre el pago de las líneas No. 10 y 13 de la operación No. 25712063, toda vez que le mismo ya había sido realizado por fuera del Sistema de Compensación y liquidación, como se evidencia en el siguiente aparte del acta mencionada:

"(...) **PRIMERO:** Analizada la situación presentada, en razón a que el pago ya se realizó, pero el mismo se hizo por fuera del sistema de compensación y puesto que no existe un mecanismo que le permita al comprador validar ante la Bolsa el pago referido, a las partes no les es posible llegar a un acuerdo".
(Subrayado fuera del texto original).

De lo trascrito se observa que, el Área de Seguimiento, en el cuarto hecho citado en el Pliego de Cargos, le dio a conocer a Agrobolsa que los recursos correspondientes al pago de las líneas No. 10 y 13 de la operación en cuestión, no habían ingresado a la Cuenta de Liquidación.

Del mismo modo, en el séptimo hecho, se relató que en el Comité Arbitral celebrado el 5 de julio de 2017, no fue posible llegar a un acuerdo entre las partes, toda vez que el pago ya había sido realizado por fuera del Sistema de Compensación y Liquidación.

De esta manera y luego de realizar un minucioso estudio de procedibilidad del cargo, la Sala Plena concluyó que la recurrente sí conocía el motivo por el cual se le había iniciado la investigación, por lo que, en ningún momento se le vulneró el derecho de defensa y con ello, el debido proceso. Al respecto, consideró la Sala Plena que, la disciplinada de haber continuado con el proceso de pronunciamiento frente a cada uno de los hechos como lo hizo con el primero en la Respuesta a la Solicitud Formal de Explicaciones presentada al Área de Seguimiento, habría llegado al cuarto y séptimo hecho que reflejaban el motivo por el que se le había iniciado la investigación.

Así las cosas y realizadas tales aclaraciones, procede la Sala Plena a analizar el fondo del asunto.

3.3. Consideraciones sobre el recurso interpuesto por la disciplinada

Al efecto, la Sala Plena estimó pertinente, corregir algunos de los planteamientos presentados por la disciplinada en el recurso.

El primero de ellos hace referencia al supuesto argumento dado por la Sala de Decisión, conforme al cual, *“la modificación relativa a la compensación y liquidación de las operaciones por acuerdo directos supone la existencia de un acuerdo y que en el caso particular el mismo no fue posible debido a que la única manera de llegar a él era realizar el pago por fuera de los sistemas de compensación y liquidación”*. Al respecto, vale la pena aclarar que tal declaración nunca fue presentada por la Sala de Decisión, *contrario sensu*, se dejó muy en claro que la obligación de realizar el pago a través del Sistema de Compensación y Liquidación de la Bolsa, no puede ser sometido a voluntad de las partes, pues se trata de un deber ineludible e inmodificable.

El segundo planteamiento se encuentra en la referencia citada por la recurrente en el Recurso, conforme la cual, la Sala de Decisión habría señalado lo siguiente:

“Si el pago fue realizado directamente por el mandante comprador al mandante vendedor, esto no impide que la sociedad comisionista compradora sea merecedora de juicio de reproche por su conducta, ya que para ser objeto de la acción disciplinaria basta la trasgresión de normas cuyo contenido conlleva el incumplimiento de deberes, normas que, en lo que hace relación a las operaciones realizadas en el mercado administrado por la BMC, se encuentran en el citado Decreto 2555 de 2010 y en el Reglamento de Funcionamiento y operación de la Bolsa”.

Sin embargo, realizada la respectiva revisión, no encontró la Sala Plena en la Resolución de Primera Instancia recurrida la referencia previamente expuesta; por lo que se evidencia, en palabras de la recurrente, la falta de coherencia procesal presentada en el recurso estudiado, cuyo contenido, en parte, se fundamentó en argumentos nunca presentados por la Sala de Decisión.

Ahora bien, en lo que al pago se refiere, concuerda la Sala Plena con lo propugnado por la Sala de Decisión en primera instancia, específicamente sobre el siguiente punto:

“Se debe partir de la premisa según la cual, el mecanismo correcto para efectuar el pago de una operación que se realiza en el escenario de negociación que ofrece la Bolsa Mercantil de Colombia, es a través del sistema de compensación y liquidación que la misma institución administra. Lo anterior encuentra sustento y justificación si se tiene en cuenta que la implementación y utilización de los sistemas de compensación y liquidación de la Bolsa no constituyen un mero capricho administrativo, sino que se trata de uno de los mecanismos que permite mantener la seguridad, confianza, transparencia y orden de un mercado como el que administra este escenario, razón por la cual la responsabilidad del pago a través de los sistemas establecidos atañe imperativamente a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa.

(...)

Las condiciones en las que se celebran las operaciones en el escenario de la Bolsa Mercantil, implican que el pago siempre se haga a través del sistema de compensación y liquidación. De ahí, que otro tipo de pago, como lo es el realizado entre comitentes, no será tenido en cuenta por la Bolsa como cumplido, sino que se tratará de un incumplimiento en el pago, tal como lo estructuró el Área de Seguimiento en el pliego de cargos.

Así las cosas, no acepta la Sala de Decisión el argumento de Agrobolsa, en virtud del cual se pretende acreditar tal actuación como válida, pues, como ya se ha dejado claro, no existe otro mecanismo aceptado para realizar el pago distinto al sistema de compensación y liquidación.

Lo anterior encuentra sustento si se tiene en cuenta que, una de las principales razones por las que los clientes deciden acudir al escenario de negociación de la Bolsa Mercantil, específicamente al Mercado de Físicos, es justamente porque la compensación y liquidación de las obligaciones de las partes, garantiza que el pago se va a realizar en las condiciones acordadas.

De esta manera, no resulta razonable que resulten admisibles conductas como las acaecidas en esta investigación, bajo explicaciones como las presentadas por la investigada que, sin lugar a duda, no protegen a los participantes ni garantizan la confianza y transparencia del mercado.”.

Lo anterior goza de todo el sustento legal y Reglamentario, contrario a la interpretación dada la por la recurrente, pues el mismo Reglamento en su artículo 6.2.2.2., numeral 1, establece que el pago siempre debe darse a través del sistema de compensación y liquidación. Situación distinta se advierte, es la presentada cuando la obligación es de entrega o prestación de servicio, pues como bien citó la recurrente en su recurso, en dichos casos, si es posible liquidar la operación por fuera de dicho sistema.

En el mismo sentido, la Sala Plena considera pertinente traer de presente que, el hecho de que la Superintendencia Financiera de Colombia haya autorizado a sistemas de negociación y de compensación y liquidación de operaciones, dar cumplimiento directo a negocios celebrados en el mercado de valores,

no significa que sea una medida que se le haga extensiva a las operaciones celebradas en este mercado; pues como es de amplio conocimiento por parte de la disciplinada, se trata de mercados distintos que responden a necesidades diferentes.

Por los argumentos presentados, el recurso no está llamado a prosperar, pues esta Sala mantiene y confirma la apreciación de la Sala de Decisión en virtud de la cual, la conducta endiligada por el Área de Seguimiento constituye una violación a una norma de mercado frente a las cuales este órgano autorregulador tiene competencia.

4. Resuelve

Primero: Confirmar íntegramente la Resolución 454 del 24 de abril de 2018, proferida por la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria.

Segundo: Notificar a la sociedad comisionista de Bolsa Agrobolsa S.A. del contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., advirtiéndole que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

Tercero: Notificar al Jefe del Área de Seguimiento el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., advirtiéndole que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

Cuarto: En firme la presente Resolución, comuníquese a la Superintendencia Financiera de Colombia y 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 veintitrés (23) días del mes de julio de 2018.

Notifíquese y cúmplase,


ALVARO ARANGO GUTIÉRREZ
Presidente


GLORIA LUCÍA CABIELES CARO
Secretaria