

BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.

**Resolución No. 111 de la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria
(8 de agosto de 2019)**

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 Comiagro S.A. en contra de la Resolución 462 del 2 de julio de 2019, 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 Comiagro S.A. en contra de la Resolución 462 del 2 de julio de 2019, mediante la cual, en Sala de Decisión, la Cámara Disciplinaria decidió en primera instancia la investigación adelantada en contra de la sociedad Comiagro S.A., en adelante “la disciplinada”.

Previo estudio de los hechos, las explicaciones presentadas, el pliego de cargos elevado¹, el acervo probatorio y, en general, el expediente que reposa en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, la Sala de Decisión determinó la existencia de responsabilidad disciplinaria de Comiagro S.A., por el incumplimiento en la constitución de la garantía inicial de la operación forward MCP No. 29276889, encontrando mérito para sancionarla con una **MULTA de seis (6) salarios mínimos mensuales vigentes**.

La Sala Plena que conoció del recurso fue integrada por los doctores Luis Fernando López Roca, María Victoria Moreno Jaramillo, Luz Ángela Guerrero Díaz y Angela María Arroyave O’Brien, al no haber conocido del caso en primera instancia, ni hallarse impedidos para pronunciarse respecto del caso materia de estudio.

En sesión No. 339 del 8 de agosto de 2019, la doctora María Victoria Moreno Jaramillo fue designada como Presidente de la misma.

Así mismo, en virtud del artículo 2.4.6.1 del Reglamento, la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria avocó el conocimiento del recurso, analizó los hechos que fueron objeto de las sanciones impuestas, así como las

¹ El cargo elevado en contra de la disciplinada corresponde al siguiente incumplimiento en la constitución de la garantía inicial de la operación forward MCP No. 29276889, lo que se considera violatorio de las siguientes normas: artículo 6.4.1.1 del Libro VI del Reglamento; artículo 6.2.2.3.2 de la Circular Única de Bolsa, numeral 1.3 subnumeral 1.3.1 (vigente para la época de los hechos - 1º de agosto de 2017); artículo 2.11.1.8.1, numerales 11, 12 y 20 del Decreto 2555 de 2010; artículo 1.6.5.1, numerales 1, 2, 21, 40, 44 y 45 del Reglamento; artículos 3.1.1.3, 5.1.3.3, 6.2.2.10, numeral 3º, 6.4.1.1 y 6.2.2.3.2 del Reglamento; numeral 1.3, subnumeral 1.3.1 de la Circular Única de Bolsa, y artículo 2.2.2.1, numerales 11, 12, 13 y 21 del Reglamento, en todos los casos la norma vigente para la época de los hechos.



pruebas obrantes en el expediente, el contenido de la resolución recurrida y los argumentos propuestos por la disciplinada.

Finalmente, en sesión No. 339 del 8 de agosto de 2019, la referida Sala procedió al estudio del expediente, analizó la providencia recurrida y 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 2.4.1.7 del Reglamento, desarrollado en los artículos 2.4.6.1 y siguientes del mismo cuerpo normativo, y habiendo sido notificada de la Resolución 462 el día 19 de julio de 2019, el 25 de julio de 2019, la disciplinada, a través de su representante legal, interpuso recurso de apelación en contra de aquella, dentro del término otorgado reglamentariamente, contravirtiendo el fallo proferido por la Sala de Decisión en relación con la sanción impuesta por el único cargo analizado.

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

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

Primer y único cargo: Incumplimiento en la constitución de la garantía inicial de la operación forward MCP N° 29276889.

A) Del presunto incumplimiento en la constitución de garantías.

La recurrente señala en su escrito de recurso que, como lo manifestó en su rendición de explicaciones, acepta plenamente su responsabilidad por la no constitución de la garantía inicial de la operación y que entiende a cabalidad que el asunto objeto de la sanción impuesta corresponde a obligaciones de resultado derivadas de las operaciones celebradas en la Bolsa.

En prueba de ello transcribió lo expresado en su escrito de descargos, en el cual anota lo siguiente: *“En lo que atañe a la conducta observada como indicativa de una infracción a los deberes contenidos en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC y la Circular Única de Bolsa, Comiagro acepta expresamente que los supuestos de hecho de la norma fueron objetivamente configurados, sin perjuicio de los atenuantes que se solicita tener presentes al momento de valorar las consecuencias reales de la conducta”*.

Aclara seguidamente la disciplinada que lo solicitado en dicho escrito de explicaciones fue que se tuviera en cuenta esta circunstancia para efectos de la graduación de la sanción, vale decir, la efectiva diligencia empleada por parte de la Sociedad Comisionista de Bolsa (en adelante “SCB”) para lograr la oportuna constitución de la garantía y no la exoneración de su responsabilidad.

1) De la habilitación de los mandantes.

Al respecto la SCB cita un aparte de la Resolución 462, en el cual se expresa lo siguiente: *“Tampoco resulta admisible la consideración sobre la habilitación de los mandantes que efectuó la Bolsa, por cuanto se precisa que, tal habilitación en ninguna medida exime a las sociedades comisionistas del deber de conocimiento del cliente y la verificación de los requisitos habilitantes”*.

Expresa la SCB que es fundamental aclarar que en ningún apartado de las explicaciones hizo referencia a que fuera exonerada por razón de la revisión que realiza previamente la Bolsa y que, por lo tanto, la única referencia que hizo fue a los antecedentes de la operación en cuestión, de la siguiente manera: *“La operación No. 29276889 fue celebrada el 25 de julio de 2017, previa habilitación realizada por la BMC de los mandantes presentados al proceso”*.

Así, continúa, en el detalle descrito lo único que existe es una descripción de un procedimiento que se realizó, pero no hay ninguna consideración adicional que pueda ser entendida como una solicitud de eximente de responsabilidad, lo que guarda total relación con lo manifestado al inicio de este documento y en las explicaciones, en donde asume plenamente la responsabilidad por la no constitución de la garantía requerida.

2) Del debido conocimiento del cliente.

A continuación, expresa la disciplinada que tampoco podría inferirse de lo expuesto que su pretensión fuera en el sentido que se le eximiera de la obligación del debido conocimiento del cliente, respecto de lo cual, de manera enfática, advierte que Comiagro cumple estrictas políticas en esta materia y en la respuesta brindada no traslada esa responsabilidad a ningún participante.

Agrega que Microhard (*su mandante*) ha sido un cliente vinculado desde el año 2013 y que ha cerrado con la SCB un total de 30 operaciones, todas ellas cumplidas en su totalidad y a entera satisfacción, lo que, en criterio de la disciplinada, evidencia que ha habido un adecuado seguimiento y conocimiento del mandante.

De acuerdo con lo anterior, incluye la disciplinada en su escrito de recurso un cuadro explicativo en donde se describen las operaciones ejecutadas entre Comiagro S.A y su mandante Microhard S.A.S. desde el año 2013 al 2018.

3) Cumplimiento de los requisitos y condiciones de la Ficha Técnica de Negociación.

Además de lo anterior, manifiesta la disciplinada en su escrito de apelación que es necesario aclarar que de acuerdo con lo evidenciado en el proceso y, como es lo habitual, revisó, verificó y certificó el entero cumplimiento de los requisitos habilitantes (*Condiciones de Participación*) establecidos en la Ficha Técnica de Negociación, en adelante “FTN”, y que, por ello, el mandante fue habilitado para participar en el negocio, en el cual resultó adjudicatario del mismo. De lo anterior, agrega, se puede



deducir que no hubo duda alguna sobre el cumplimiento por parte de su mandante de las condiciones establecidas en la FTN, y, por lo tanto, concluye que desplegó la debida diligencia requerida en esta etapa del proceso.

En este orden de ideas, ratifica que su mandante cumplió todos los requisitos establecidos por la FTN y que éstos fueron debidamente verificados en su totalidad por la disciplinada.

En relación con el contenido de la Ficha Técnica de Negociación, expresa que la discrepancia existente únicamente se dio respecto de la ubicación de los 6 puertos USB, porque, en todo caso, la cantidad de puertos los contenían ambos equipos ofrecidos. Con base en ello concluye que técnicamente ambos equipos cumplían las condiciones técnicas exigidas.

4) Justificación del incumplimiento.

Respecto de la consideración de la Sala de Decisión, según la cual *"Resulta del todo censurable la actuación de la investigada que pretende justificar la consulta de incumplimiento de su mandante"*, considera importante aclarar que en los documentos aportados al proceso no existe un pronunciamiento de la firma en el sentido de justificar la no constitución de la garantía por parte del comitente vendedor. Lo que simplemente hizo fue adjuntar a las explicaciones que presentó el comunicado radicado por el cliente y únicamente lo copió en el texto como una información del cliente y no de la SCB.

Así mismo, expresa que para la SCB es claro que la obligación no fue cumplida y que por ello desplegó con el mandante toda la diligencia posible para lograr la correcta constitución de las garantías, pero que *"... éste por las razones expuestas y ante la posibilidad de que le ejecutaran las garantías constituidas por la renuencia de la entidad a recibir los equipos, no las constituyó dentro de los términos, esperando que la entidad accediera a acudir a una instancia conciliatoria, instancia que no se dio por negativa de la entidad"*. En este orden de ideas, finaliza indicando que la no constitución de la garantía inicial no fue ni apoyada, ni justificada, ni validada por la SCB.

Por lo anterior, la disciplinada estima que, de forma respetuosa, debe distanciarse de los planteamientos esbozados en la resolución recurrida, cuando la Sala asegura que Comiagro justifica la no constitución de la garantía por parte del mandante, por considerar que esto en ningún momento corresponde con las pruebas aportadas, ni con las consideraciones generales planteadas en el escrito de descargos.

Por último, agrega que si se revisan los documentos presentados por la SCB se podrá comprobar que ésta desplegó toda la diligencia requerida para la debida constitución de la garantía, en el término indicado.

B) De la graduación y proporcionalidad de la sanción.



Expresa la disciplinada en este punto que respetuosamente solicita a los Honorables Miembros de la Sala Plena Disciplinaria que revisen la sanción impuesta en primera instancia, toda vez que considera que no se ajusta a los principios de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad consagrados en la normativa vigente y en la Constitución Política, por las razones que a continuación se expresan:

1) De los antecedentes disciplinarios.

Al efecto indica que la Resolución establece que la investigada cuenta con un antecedente disciplinario en la comisión de la misma conducta conforme la Resolución 366 de 2016². Sin embargo, estima que no puede ser tenido en cuenta por la Sala de Decisión como antecedente, toda vez que no se puede realizar un análisis igualitario cuando se trata de la actuación de una SCB compradora y una vendedora, por cuanto la primera es una obligación de medio y la segunda de resultado.

Así, la referida Resolución 366 sancionó la no constitución de garantías en calidad de comisionista de la punta compradora y no, como en este caso, que se trata de la punta vendedora, de allí que al tener implicaciones distintas no resultan comparables. En consecuencia, considera que no puede aplicarse como antecedente o reiteración una conducta que no se iguala a la que se está analizando actualmente.

2) De la proporcionalidad de la sanción.

De otra parte, considera la recurrente que el aspecto más relevante a evaluar es que la sanción impuesta carece de proporcionalidad, pues el reproche que se debe efectuar debe dar como resultado una sanción inferior a la impuesta por la Sala de Decisión, además que desconoce el derecho fundamental a la igualdad, consignado en nuestra Carta Política, pues, en su sentir, una multa de seis (6) SMLMV responde a actos mucho más gravosos que los acontecidos en el presente caso. A juicio de la recurrente, la sanción debe ser proporcional a la infracción, ser razonable y obedecer a factores históricos y objetivos.

En prueba de la violación del derecho a la igualdad invoca casos que para ella son similares y que fueron sancionados con multas menos gravosas, a saber:

<i>Resolución 319 de 2015</i>	<i>A través de la cual se impuso una multa por un valor de 4 SMLMV a la SCB Comfinagro S.A, por el incumplimiento en la entrega del producto y el incumplimiento en el deber de constitución de la garantía.</i>
<i>Resolución 397 de 2016</i>	<i>Se impuso una multa por un valor de 4 SMLMV a la SCB Mercado y Bolsa, por 5 operaciones en constitución de garantías, 3 de las cuales correspondían a garantías de punta vendedora.</i>
<i>Resolución 459 de 2018</i>	<i>Se impuso una multa por un valor de 7 SMLMV a la SCB Renta y Campo Corredores por el incumplimiento en el deber de constitución de la garantía de 10 operaciones.</i>

² Investigada Comiagro: Cargo Incumplimiento del deber de constituir garantías, sanción 2 SMLMV, Resolución de 1ra Instancia No. 366 del 06/01/2016. Resolución de 2da Instancia No. 83 con fecha 04/05/2016, Decisión: Confirma la sanción.



<p><i>Una de estas operaciones, la 25580409, que correspondía al mismo evento evaluado en este caso, la multa fue de 0.5 SMLMV.</i></p>

Con base en lo anterior, de acuerdo con la recurrente, es claro entonces que se impuso una sanción desproporcionada, dado que, en virtud del artículo 2.3.3.2 del Reglamento, para determinar la sanción aplicable para cada caso concreto se debe apreciar la gravedad de los hechos, la infracción cometida, los perjuicios causados, los antecedentes del investigado y la dimensión del daño o peligro para la confianza del público.

Al efecto, la apelante cita un aparte de un fallo de la Corte Constitucional, que en sentencia C-595 del 27 de julio de 2010 así se pronunció:

“Recientemente la doctrina especializada expone que dentro de los principios más trascendentales en el derecho sancionatorio pueden destacarse: i) el principio de legalidad, ii) el principio de tipicidad, iii) el debido proceso, iv) el derecho de defensa, v) el derecho a no declarar contra sí mismo, vi) el principio de presunción de inocencia, vii) el principio in dubio pro reo, viii) el principio de la prohibición de las sanciones de plano, ix) el principio de contradicción, x) el principio de imparcialidad, xi) el principio de razonabilidad, xii) el principio de la prohibición de la analogía, xiii) el principio nulla poena-sine lege, xiv) el principio del non bis in idem, xv) el principio de no retroactividad de la ley, xvi) el principio de favorabilidad, xvii) el principio del caso fortuito o de la fuerza mayor, xviii) el principio solve et repete, xix) el principio de prohibición de imponer sanciones privativas de la libertad, xx) el principio prohibitivo de la reformatio in pejus, xxi) el principio de culpabilidad, xxii) el principio de la personalidad de las sanciones o dimensión personalísima de la sanción, xxiii) el principio de proporcionalidad, y xxiv) el principio de oportunidad”.

No menos importante, agrega la recurrente, es lo dispuesto en el artículo 2.3.3.2 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa Mercantil de Colombia, el cual consagra los criterios y principios generales del régimen sancionatorio, de la siguiente manera:

“Artículo 2.3.3.2.- Imposición de sanciones. Para determinar las sanciones aplicables se apreciarán y tendrán en cuenta los siguientes criterios para su graduación: 1. La gravedad de los hechos y de la infracción 2. Las modalidades y circunstancias de la falta 3. Los antecedentes del investigado 4. El lucro que haya obtenido para sí o para un tercero. 5. La dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa. 6. Las demás circunstancias que a juicio de los miembros de la Cámara Disciplinaria resulten pertinentes, en tanto afecten o pongan en peligro el interés público en el mantenimiento de un mercado organizado bajo condiciones de integridad, transparencia, honorabilidad, seguridad y cumplimiento de las operaciones celebradas a través de la Bolsa. Podrá imponerse a un investigado una o varias de las sanciones previstas en el presente Reglamento de manera concurrente, respecto de los hechos investigados. El incumplimiento de una sanción impuesta se considerará una falta disciplinaria y dará lugar a la imposición de sanciones adicionales.



Adicionalmente, para efectos de la imposición de una sanción se atenderá a los siguientes principios: 1. Razonabilidad: se refiere a la necesidad de que en la imposición de la sanciones se ponderen factores históricos, objetivos y subjetivos, de asistencia y colaboración durante el procedimiento y del daño o peligro derivado de la infracción; 2. Proporcionalidad: se refiere a la necesidad de que la sanción impuesta resulte proporcional a la infracción cometida; 3. Contradicción: se refiere a que en la investigación se tendrán en cuenta las explicaciones que hagan las personas a quienes se les formuló pliego de cargos y la contradicción de las pruebas allegadas regular y oportunamente al proceso disciplinario. En todo caso se pondrá a su disposición los soportes y documentos de la investigación, para la efectividad del ejercicio del derecho de defensa; 4. Efecto disuasorio: se refiere a la necesidad de que la sanción se utilice como ejemplo para evitar que otros participantes del mercado vulneren la norma que dio origen a la misma 5. Revelación dirigida: la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria podrá determinar el momento en que divulgará al público determinada sanción, en los casos en los cuales la revelación de la misma pueda poner en riesgo la estabilidad del mercado. Lo anterior, sin perjuicio del deber de informar las sanciones a la Superintendencia Financiera de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento”.

De esta forma, continúa la disciplinada, la norma es clara en señalar que la sanción debe ser proporcional a la infracción y, en ese orden de ideas, la impuesta resulta contraria a la disposición normativa, toda vez que se le está sancionando de forma más gravosa, por conductas de similar naturaleza desplegadas previamente por otras SCB. En prueba de su dicho cita la sentencia T 029 de 2006 de la Corte Constitucional, en la cual dicha Corporación se pronunció sobre el principio de proporcionalidad y el principio de igualdad.

Con base en lo anterior, la disciplinada de forma respetuosa solicita a los Honorables Miembros de la Cámara Disciplinaria tener en cuenta las explicaciones suministradas como atenuantes de la conducta atribuida y aplicar los principios de igualdad y proporcionalidad contemplados en nuestro ordenamiento jurídico.

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 Comiagro S.A. por el Pliego de Cargos que se elevó en su contra.



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, como en efecto ocurre en el presente caso.

3.2. Consideraciones sobre el recurso interpuesto por la disciplinada.

Consideraciones sobre el cargo recurrido: Incumplimiento en la constitución de la garantía inicial de la operación forward MCP N° 29276889.

3.2.1 Respecto del presunto incumplimiento en la constitución de garantías.

Del estudio del recurso interpuesto por la disciplinada y de todos los demás elementos probatorios que componen el expediente en cuestión, la Sala colige que, en lo que a este punto en particular se refiere, no resultan de recibo los argumentos esgrimidos por la recurrente, pues considera que el análisis del material obrante en el expediente, realizado por el *a quo*, fue correcto y consecuente con los hechos y pruebas allegadas no sólo por el Área de Seguimiento sino por la propia disciplinada.

Al efecto, señala la Sala, debe tenerse en cuenta que *“al juez de segundo grado le está vedado, en principio y salvo las excepciones hechas por el legislador, revisar temas del fallo de primera instancia que son aceptados por la recurrente, bien porque omite reargüirlos en la sustentación del recurso de apelación o bien porque expresamente los elimina de la discusión manifestando su asentimiento en relación con ellos pues éstos quedan excluidos del siguiente debate y, por lo mismo, debe decirse que, frente a dichos aspectos, fenece por completo el litigio o la controversia”*³.

Así sucede en el presente caso, en el que el efectivo incumplimiento en la constitución de la garantía inicial de la operación forward MCP No. 29276889 constituye un hecho plenamente aceptado por la investigada en los descargos, lo cual ratifica en su escrito de recurso.

Ahora, si bien es cierto que la recurrente en diversas oportunidades acepta plenamente la configuración de los supuestos de hecho de la normativa que se invoca como violada, cabe destacar que para efectos de la graduación de la sanción, tal y como solicita la disciplinada, la Sala de Decisión tomó en cuenta todas las circunstancias, tanto atenuantes como agravantes, al momento de valorar las consecuencias de la comisión de la conducta.

En efecto, como se indica en la Resolución recurrida, la Sala de Decisión tuvo en cuenta, para efectos de graduación de la sanción, la materialidad de los hechos y las circunstancias específicas de la conducta cuestionada, el monto de la operación, el antecedente disciplinario por la misma conducta, e, igualmente, consideró la falta de rendición de explicaciones al Área de Seguimiento.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 12 de febrero de 2015. Exp. 28278.



En cuanto a la petición formulada por la disciplinada, en el sentido de considerar la presunta diligencia desplegada para lograr la oportuna y efectiva constitución de la garantía básica de la operación, sea lo primero advertir que en lo que atañe a la obligación de constitución de garantías en el MCP la Cámara Disciplinaria, desde el año 2016, ha establecido lo siguiente:

<i>Punta de la op.</i>		
<i>Tipo garantía</i>	<i>Punta Compradora</i>	<i>Punta Vendedora</i>
<i>En dinero o ≠ a dinero</i>	<i>Responsabilidad de diligencia</i>	<i>Responsabilidad de resultado</i>

Al respecto, mediante Resolución 90 del 19 de diciembre de 2016, expresó la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria lo siguiente:

“Para el caso de la responsabilidad de resultado, la Cámara Disciplinaria entiende que, en cumplimiento de las normas que gobiernan las actuaciones bajo la figura jurídica del contrato de comisión, el deber de constituir las garantías recae de manera directa y exclusiva en cabeza del profesional. Es decir, la sociedad comisionista es quien tiene a su cargo la obligación de constituir las garantías y a pesar de llegar a demostrar que desplegó toda la diligencia posible, dicha situación no opera como un eximente de responsabilidad sino como un aspecto que influye en la graduación de la sanción a imponerse”⁴.

Una vez precisado lo anterior, la Sala Plena considera fundamental poner de presente que, de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso disciplinario en cuestión, no se encontró efectivamente probada la debida diligencia alegada por la recurrente, toda vez que previo al incumplimiento decretado por la Bolsa el 2 de agosto de 2017, en el expediente reposan únicamente las comunicaciones COM-01852 y COM-01853 de fecha 25 de julio, día de celebración de la operación, en las cuales la investigada le indica a su mandante que en ejercicio del mandato impartido se celebró la operación 29276889 y le solicita “su siempre gentil ayuda” a fin de adelantar la constitución de la póliza de garantía del negocio, así como el pago de los costos bursátiles. Estas comunicaciones, al ser remitidas informando del negocio celebrado el mismo día de la negociación, en medida alguna acreditan la diligencia alegada por la recurrente, que se ha debido extender, cuando menos, durante la vigencia de la obligación.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que los correos aportados de fecha 27 de julio de 2017 solo dan cuenta de conversaciones cruzadas entre las comisionistas compradora y vendedora en la citada operación, y están orientadas a lograr la aceptación de los equipos ofrecidos por parte del mandante comprador, pero ni constituyen correspondencia cruzada entre la investigada y su mandante, ni mucho menos “tienden a lograr la efectiva constitución de las garantías”, como lo alega la recurrente.

En tal sentido, al no encontrarse debidamente acreditada la diligencia que debió desplegar la investigada, tendiente a lograr no la aceptación de los equipos por la contraparte, sino la efectiva constitución de la

⁴ Cámara Disciplinaria - BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., *Doctrina Cámara Disciplinaria 2014-2016*, p.18.



garantía por parte de su mandante, que es este precisamente el motivo por el cual se le sancionó, tal aspecto no puede ser considerado como factor de atenuación de la sanción.

3.2.2 Respeto de la habilitación de los mandantes.

Sobre la inconformidad de la recurrente respecto de la manifestación del a quo, en el sentido que *“Tampoco resulta admisible la consideración sobre la habilitación de los mandantes que efectuó la Bolsa, por cuanto se precisa que, tal habilitación en ninguna medida exime a las sociedades comisionistas del deber de conocimiento del cliente y la verificación de los requisitos habilitantes”*, en la medida en que la manifestación de la previa habilitación de la Bolsa correspondía al recuento de los hechos y no tenía por objeto, en ningún momento, que se considerara como un eximente de responsabilidad por el incumplimiento en cuestión, esta Sala considera válido el reproche efectuado por la Sala de Decisión, por cuanto no podría entenderse de otra manera tal afirmación, cuando está contenida en el escrito de descargos sin ninguna consideración adicional.

Lo anterior aunado al hecho de que si como lo alega la recurrente su intención era solo la de hacer un recuento de los hechos, extraña a esta Sala que tal recuento no incluyera etapas anteriores a la negociación y que resultaban de vital importancia para la valoración de la conducta acusada, tales como la publicación de la ficha técnica de la negociación y los requisitos en ella establecidos.

3.2.3 Respeto del debido conocimiento del cliente.

Sobre la manifestación de la recurrente, en el sentido que cumple estrictas políticas en esta materia y que su mandante es un cliente vinculado desde el año 2013, que ha cerrado 30 operaciones cumplidas en su integridad y a entera satisfacción, lo que evidencia que ha habido un adecuado seguimiento y conocimiento del cliente, esta Sala considera importante recordar que la sanción impuesta no tuvo por causa la falta de conocimiento y seguimiento del cliente y que, por lo tanto, tal aspecto no fue objeto de debate en este proceso disciplinario.

Sin perjuicio de lo anterior, se estima del caso poner de relieve que el cumplimiento de estrictas políticas en materia de conocimiento y seguimiento de los clientes⁵, al igual que de las negociaciones en las que ellos desean participar, debe contribuir a minimizar los riesgos de incumplimiento de las operaciones, para evitar que se concreten, a partir de la adopción de medidas orientadas a su temprana identificación, medición y control.

3.2.4 Respeto del cumplimiento de los requisitos y condiciones de la Ficha Técnica de Negociación.

Frente al análisis particular de este punto, la recurrente expresa insistentemente que revisó, verificó y certificó los requisitos habilitantes (Condiciones de Participación) establecidos en la FTN y que no existió

⁵ Artículo 1.6.5.1. del Reglamento. Obligaciones de los miembros. Son obligaciones de las sociedades miembros de la Bolsa las siguientes: 13. Contar con un Sistema de Administración de Riesgo, el cual deberá incluir los mecanismos para el conocimiento del cliente, así como las disposiciones para realizar un seguimiento permanente a su condición de riesgo.

duda alguna sobre su cumplimiento por parte de su mandante, por lo que concluye que desplegó toda la diligencia requerida.

Al respecto precisa la Sala como punto base y fundamental dentro de este proceso disciplinario, que una cosa es que el mandante cumpla los requisitos habilitantes para participar en el proceso de oferta y adjudicación del respectivo negocio y otra, adicional y diferente, la verificación efectiva que debe también realizar la SCB, para establecer que los productos a entregar por su mandante (la punta vendedora) **correspondan en un todo con las características contenidas en la FTN**, las cuales a simple vista no se cumplían en este caso, lo que llevó incluso a que su mandante, en una segunda oportunidad, ofreciera entregar equipos distintos de los inicialmente propuestos, que tampoco coincidían en sus especificaciones técnicas con los requisitos establecidos y requeridos por la punta compradora.

Tales eventos evidencian que ni con ocasión de la celebración de la negociación, ni luego de configurado el incumplimiento, la disciplinada cumplió la **obligación de verificar que los equipos ofertados cumplieran los requisitos de la FTN**, ni tampoco se aportaron pruebas al proceso que permitan inferir que la comisionista hiciera oposición o posibles comentarios al contenido de dicho documento en la oportunidad indicada.

Adicionalmente, en relación con la discrepancia frente a los 6 puertos traseros USB que debían tener los equipos y la insistencia de la recurrente respecto a que los equipos cumplieran técnicamente con la cantidad de puertos requeridos, advierte nuevamente esta Sala que a simple vista los equipos ofrecidos no correspondían con lo requerido por la punta compradora, expresado previamente en la Ficha Técnica de Negociación, toda vez que, tal y como lo confirma la recurrente en su escrito de descargos, la especificación técnica incluía la existencia de **6 puertos traseros USB de 3.0**.

Al respecto resulta de la mayor importancia precisar las especificaciones de los equipos requeridos por la punta compradora, según lo publicado en las fichas técnicas, comparadas con las especificaciones de los equipos que ofreció entregar la punta vendedora. Veámoslo:

3.2.4.1 Requisitos del documento publicado vs Especificaciones de Optiflex 3050.

ESPECIFICACIONES DEL DCE PUBLICADO	ESPECIFICACIONES OPTIFLEX 3050
Ranuras de Expansión y conectores: Traseros: 6 USB 3.0; 1 de serie; 1 en serie (opcional); 1 en paralelo (opcional); 2 PS/2 (teclado y mouse); 1 VGA	2 USB posteriores 3.1 Gen 1 2 USB posteriores 2.0 2 USB internos 2.0 1 VGA (opcional)

3.2.4.2 Requisitos del documento publicado vs Especificaciones de Optiflex 7050.



Con
este

Requisitos Específicos	Requisitos Específicos
Memoria : DDR4 Capacidad de 4 GB Almacenamiento interno: SATA de 1 TB 7200 rpm superior Ranuras de Expansión y conectores: Frontales: 2 USB 3.0; 2 USB 2.0 (1 de carga rápida); 1 entrada de línea de audio; 1 salida de línea de audio Traseros: 6 USB 3.0; 1 de serie; 1 en serie (opcional); 1 en paralelo (opcional); 2 PS/2 (teclado y mouse); 1 VGA; 2 DisplayPort; 1 entrada de línea de audio; 1 salida de línea de audio; 1 RJ-45	Memoria : DDR4 Capacidad de 4 GB Almacenamiento interno: Disco SATA de 1 TB 7200 rpm Ranuras de Expansión y conectores: 10 USB externos: 6 USB 3.1 Gen 1 (2 frontales/4 traseros), 4 USB 2.0 (2 frontales/2 traseros), 1 frontal con PowerShare, 4 USB 2.0 internos 1 RJ-45 1 serial 2 Display Port 1.2 1 HDMI 1.4 2 PS/2 1 UAI 1 línea de salida de audio 1 VGA Ofrecemos puertos USB 3.1 Gen 1 superior al mínimo requerido de 3.0
Teclado: USB Compatible con el sistema operativo Latinoamericano QWERTY	Teclado: USB Compatible con el sistema operativo Latinoamericano QWERTY

base en
análisis

comparativo, la Sala concluye que, efectivamente, a simple vista las especificaciones de los equipos ofrecidos por la punta vendedora no coinciden en su totalidad con los requisitos técnicos exigidos por la punta compradora, toda vez que el requerimiento se refiere a la existencia de **6 puertos traseros USB 3.0**, condición que no fue cumplida en ninguno de los casos.

Así las cosas, los argumentos en el sentido que el comitente vendedor cumplió la totalidad de los requisitos establecidos en la FTN y que dicho cumplimiento fue verificado en su integridad por la SCB, como se afirma en el escrito de recurso, no pueden ser de recibo para efectos de hacer menos gravosa la sanción, amén que la razón del proceso disciplinario de que da cuenta esta providencia no fue el incumplimiento de estos aspectos, como ya se ha mencionado espacio líneas atrás.

3.2.5 Frente a la justificación del incumplimiento.

Frente a este punto en particular, la Sala considera que aportar la comunicación del mandante en la que daba cuenta del motivo de su incumplimiento, sin incluir ninguna mención que evidenciara la posición de la disciplinada respecto de la decisión de éste y sin aportar prueba alguna de haberle insistido en la necesidad de cumplir la obligación que se había adquirido, ni haberle advertido sobre las consecuencias directas de su conducta para la disciplinada y para el mercado en general, se entendió por la Sala de Decisión como una falta de reproche de tal conducta e, incluso, un cierto respaldo a su incumplimiento.

Y así entendido, a todas luces resulta contrario a la naturaleza del contrato de comisión, en el cual las obligaciones originadas en el negocio que se celebra en virtud de la orden del mandante, en nombre propio pero por cuenta de éste, recaen en cabeza de la propia comisionista, sin que ésta pueda excusarse en la actuación de su cliente; tampoco ello corresponde con el comportamiento que se espera de un profesional de un mercado público, en donde la confianza que se tenga en él puede verse menguada por los incumplimientos de sus agentes.

Es por lo anterior que la Sala Plena comparte las apreciaciones de la Sala de Decisión, que consideró el aporte de dicho documento como una forma de justificación de la disciplinada, en la búsqueda de atenuar la sanción, lo cual no resulta admisible, tanto más de cara a las razones allí expuestas.

3.2.6 De la graduación y proporcionalidad de la sanción.

3.2.6.1. Frente a los antecedentes disciplinarios.

Sobre la consideración de la disciplinada, según la cual la decisión tomada no se ajusta a los principios de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad, por cuanto los antecedentes disciplinarios que se invocan en la Resolución de sanción, contenidos en la Resolución 366 de 2016, no pueden considerarse como un análisis igualitario, esta Sala advierte que, en efecto, si bien el cargo es el mismo, incumplimiento en la constitución de la garantía, en esa ocasión la disciplinada actuaba en punta compradora, lo cual hace más gravosa la situación del cargo en esta oportunidad, donde actúa desde la punta vendedora, caso en el cual, como se ha expuesto en precedencia, su obligación es de resultado.

Así las cosas, este argumento lejos de resultar benévolo para la recurrente actúa en su contra, en la medida en que justifica la imposición de una sanción mayor, toda vez que no solo se trata de una conducta de naturaleza igual sino que además, en esta oportunidad, su responsabilidad es mayor, por la condición en la que actuó la disciplinada.

3.2.6.2. Frente a la proporcionalidad de la sanción.

Respecto al argumento con el cual se sustenta la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta, por cuanto en otras resoluciones se han impuesto multas menores, a continuación se analizan las sanciones impuestas por incumplimiento en la constitución de garantías en las resoluciones mencionadas por la apelante, así:

No. Resolución	SCB	Monto Sanción	Información	Valores Operaciones
No. 319 de 2015	Comfinagro	4 SLMMV	Operaciones constituidas tardíamente (1- 102 días)	COP\$ (1.000.000 a 324.000.000)
No. 397 de 2016	Mercado y Bolsa	4 SLMMV	No constitución.	COP\$ (19.000.000 a 47.000.000)
No. 459 de 2018	Renta y Campo	7 SLMMV por 10 operaciones	Operaciones constituidas tardíamente (1-22 días)	COP\$ (1.000.000 - 113.000.000)

Al efecto, y como se observa en el cuadro anterior, las sanciones impuestas por este cargo en las Resoluciones 319 y 459 fueron de 4 y 7 smmlv por varias operaciones, respecto de las cuales resulta de la mayor importancia advertir que se refieren a demoras en el cumplimiento de la obligación de constituir las garantías, que en efecto luego fueron constituidas, situación que dista mucho del cargo que nos ocupa, en el que la garantía jamás se constituyó, la operación no se cumplió y, por tanto, la afectación al mercado podría ser superior.

Ahora, respecto de la Resolución 397, mediante la cual se impuso una sanción de 4 smmlv por la no constitución de una garantía, debe tenerse en cuenta que en esa ocasión se trató de operaciones con cuantía entre \$19 y \$47 millones, evento también de relevancia si se tiene en cuenta que en el caso que nos ocupa el monto de la operación incumplida supera los \$700 millones.



Así las cosas, resulta forzoso concluir que las sanciones contenidas en las resoluciones citadas por la recurrente, lejos de representar una violación al derecho a la igualdad por ella deprecado, explican por qué en este caso se impuso una sanción en cuantía superior.

Además de lo anterior, esta Sala advierte que cada caso debe evaluarse de manera particular, considerando atenuantes y agravantes específicos, así como también medios y situaciones pertinentes, en función de determinar la graduación y proporcionalidad de la sanción, por lo que los factores históricos se consideran una referencia que permitirá a la Sala evaluadora tener un parámetro al momento de ajustar y determinar la sanción a imponer, pero, en ningún momento, los procesos disciplinarios podrán evaluarse de forma exactamente igual, pues, se reitera, en cada caso se debe realizar un análisis y estudio de las condiciones, circunstancias fácticas y presupuestos particulares de cada uno de ellos.

En tal sentido, conviene traer a colación el siguiente extracto de las sentencias de nuestra Corte Constitucional, a saber, las Nos. C-006 y C-394 de 2017⁶, respectivamente:

“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 amplia 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.”

Por lo expuesto y de acuerdo con las circunstancias del caso, tales como los antecedentes de la disciplinada en la misma conducta, la falta de respuesta a la Solicitud Formal de Explicaciones, la aceptación del incumplimiento endilgado, la falta de acreditación de la diligencia alegada, la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria no considera de recibo los argumentos presentados por la disciplinada en su recurso y, en consecuencia, decide mantener la sanción de **MULTA de 6 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, impuesta en primera instancia.

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

⁶ Sentencia C 138/19



4. Resuelve

- Primero:** Confirmar la sanción impuesta a Comiagro S.A. mediante la Resolución 462 de 2019, por el único cargo consistente en *“Incumplimiento en la constitución de la garantía inicial de la operación forward MCP N° 29276889”*, con base en las consideraciones plasmadas en el numeral 3.2 precedente.
- Segundo:** Notificar a la sociedad comisionista de Bolsa Comiagro 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 ocho (08) días del mes de agosto de 2019.

Notifíquese y cúmplase,

MARÍA VICTORIA MORENO JARAMILLO
 Presidente

GLORIA LUCÍA CABIELES CARO
 Secretaria