

**BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.****Resolución no. 72 de la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria**  
(5 de junio de 2015)**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 confiere 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 Jefe del Área de Seguimiento de la Bolsa en contra de la Resolución 329 de 2015 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 Jefe del Área de Seguimiento de la Bolsa en contra de la Resolución 329 del 10 de abril de 2015, mediante la cual en Sala de Decisión, la Cámara Disciplinaria decidió en primera instancia la investigación adelantada en contra de la sociedad comisionista de bolsa Coobursátil Ltda., en adelante “la disciplinada”.

Previo estudio de los hechos, las explicaciones presentadas, el pliego de cargos elevado<sup>1</sup>, 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 disciplinada de su deber de designar un oficial de cumplimiento principal por un periodo de más de dos años, encontrando mérito para sancionarla con multa de 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes y absteniéndose de declarar responsabilidad por la conducta de contar con un oficial de cumplimiento suplente posesionado ante la Superintendencia Financiera de Colombia.

Presentado el recurso contra dicha decisión, en atención a lo dispuesto por la Sala Plena, el 13 de mayo de 2015 la secretaría de la Cámara Disciplinaria corrió traslado del recurso de apelación interpuesto por el Área de Seguimiento a la disciplinada, ello con el fin de que se pronunciara en relación con el recurso presentado por el Área de Seguimiento.

---

<sup>1</sup>Los cargos elevados en contra de la disciplinada fueron dos, a saber: (i) El incumplimiento en la obligación de contar con un oficial de cumplimiento suplente debidamente posesionado, lo cual constituiría el incumplimiento de las siguientes normas: el numeral 15 y 20 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, el numeral 4.2.4.3.1.7 del numeral 4.2.4.3 de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia y el numeral 29 (hoy 40) del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de la Bolsa; y (ii) El incumplimiento en la obligación de designar, a través de su Consejo de Administración y posesionar a un nuevo Oficial de Cumplimiento principal, ante la Superintendencia Financiera de Colombia, lo cual constituiría el incumplimiento de las siguientes normas: los numerales 15 y 20 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, el numeral 4.2.4.1.4 del numeral 4.2.4.1 y el numeral 4.2.4.3.1.7 del numeral 4.2.4.3 de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, el numeral 29 (hoy 40) del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de la Bolsa.

La Sala Plena que conoció del recurso fue integrada por los doctores Álvaro Arango Gutiérrez, David Micán Rivera, María Isabel Ballesteros Beltrán y Rodrigo Andrés Espinosa Palacios, quienes conocieron del caso al no haber conocido de él en primera instancia. En sesión 193 del 5 de junio de 2015 la Sala Plena avocó el estudio del recurso interpuesto, estudió los hechos que dieron lugar a los cargos elevados, las pruebas obrantes en el expediente, el contenido de la resolución recurrida 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 329 de 2015 el 5 de mayo de 2015, la Jefe del Área de Seguimiento interpuso recurso de apelación parcial en contra de aquella el mismo día, dentro del término otorgado a través del Reglamento de la Bolsa, contravirtiendo la decisión de la Sala de Decisión en relación con el primer cargo que se le había elevado a la disciplinada en el Pliego de Cargos.

### 2.2. Contenido del recurso de apelación interpuesto por el Área de Seguimiento

Mediante escrito radicado en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, el Área de Seguimiento solicitó a la Sala Plena:

*Modificar la decisión contenida en la resolución recurrida con el fin de que se imponga una sanción a la sociedad comisionista de bolsa COOBURSÁTIL LTDA., en atención a la conducta adoptada en relación con no contar con un oficial de cumplimiento suplente debidamente posesionado ante la Superintendencia Financiera de Colombia.*

Dicha solicitud se basó en los siguientes argumentos:

- i. En el entender del Área de Seguimiento, la decisión del *a quo* hace referencia a otros deberes distintos a que la disciplinada contara con un oficial de cumplimiento suplente debidamente posesionado ante la SFC, lo cual se habría probado. La Sala de Decisión desarrolla argumentos relacionados con su designación, la diligencia desplegada para su posesión y haber ejercido el cargo sin haberse posesionado, más no desarrolla propiamente lo acusado por el Área de Seguimiento;
- ii. La obligación a que se refiere el subnumeral 4.2.4.3.1.7 de la Parte I, Título IV, Capítulo IV de la Circular Básica Jurídica de la SFC, norma que soporta el primer cargo<sup>2</sup>, es de naturaleza

<sup>2</sup>El incumplimiento en la obligación de contar con un oficial de cumplimiento suplente debidamente posesionado, lo cual constituiría el incumplimiento de las siguientes normas: el numeral 15 y 20 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, el numeral 4.2.4.3.1.7 del numeral 4.2.4.3 de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia y el numeral 29 (hoy 40) del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de la Bolsa

institucional pues fija criterios y parámetros que deben cumplir las entidades vigiladas, y en particular el numeral 4.2 establece los parámetros que en materia de estructura organizacional deben cumplir en relación con el SARLAFT, estableciendo como funciones a cargo de ciertos órganos ciertas obligaciones entre las cuales se encuentra la contenida en el subnumeral referido. Como corolario de lo anterior, el Área de Seguimiento sustenta su posición en el contenido de las hoy derogadas Circular Externa 26 de 2008 de la SFC y en la Circular Externa 03 de 2005 de la Supervalores, en la cuales se establecía el deber del oficial de cumplimiento de tomar posesión, previo al ejercicio de sus funciones;

- iii. Igualmente, el Área de Seguimiento considera que la valoración que hace la Sala de Decisión acerca de la inadecuada tipificación no se ajusta a la jurisprudencia sobre la materia pues en su entender, en derecho disciplinario los principios de derecho penal se aplican *mutatis mutandi* y que, en particular, el principio de tipicidad no requiere que el tipo **sea autónomo y dándole una lectura sistemática a la obligación o prohibición**, lo cual deriva en el entender del AS, según el cual, dado que *“no existe una norma que establezca expresamente la obligación de la sociedad comisionista de surtir los trámites necesarios para posesionar al oficial de cumplimiento suplente y en consecuencia contar con el mismo”*. Desarrolla su argumentación señalando que la declaratoria de ausencia de responsabilidad disciplinaria por la violación del subnumeral 4.2.4.3.1.7 de la Circular Básica Jurídica al no demostrarse que la persona designada para ejercer el aludido cargo haya actuado sin estar posesionada ante la SFC es incorrecta pues la norma citada no establece en ninguno de sus apartes que las personas designadas como oficial de cumplimiento suplente no ejerzan dicho cargo sin estar posesionadas ante la SFC, y si así fuere, el Área de Seguimiento no hace alusión a ello en el Pliego de Cargos elevado.

### 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 sociedad comisionista de bolsa Coobursátil Ltda. Pero la exoneró por lo señalado en el cargo primero del pliego de cargos.

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



- ii. Se aclara que el análisis del Área de Seguimiento se basa en la “persistencia” en no contar con un oficial de cumplimiento debidamente posesionado;
- iii. Se hace una mención a que las normas citadas como incumplidas no hacen referencia a que el oficial no haya sido designado por el Consejo de Administración;
- iv. Se advierte que el Área de Seguimiento no cuestiona normativamente la diligencia para adelantar la designación del funcionario, la cual pareciera extraerse del contexto estudiado de diversas maneras: (a) designación de personas idóneas; (b) seguimiento al trámite de posesión;
- v. Se advierte que el requisito del oficial de cumplimiento de estar posesionado no se demostró en la medida en que no se probó que la persona designada hubiera actuado como tal sin estar posesionada;
- vi. Se concluye que la estructura fáctica del cargo no guarda correspondencia a las normas presuntamente infringidas ni al material probatorio que obra en el expediente.

Del análisis de lo expuesto anteriormente, se encuentra que cada uno de los puntos expuestos por la Sala de Decisión, lejos de lo señalado por el Área de Seguimiento, realmente están dando respuesta a lo argumentado por ese despacho en el sentido en que haya razón a la situación fáctica de no contar con un oficial de cumplimiento suplente debidamente posesionado, pero advierte que del contexto argumentativo y lingüístico del pliego de cargos, lo que se deriva es un reproche a que durante dos años, a pesar de haber nombrado un oficial de cumplimiento, “no se encuentra probado que el trámite de la posesión se haya surtido completamente” y que soporta su “persistencia” en el incumplimiento de la norma. Acto seguido, procedió la Sala de Decisión, en la resolución impugnada, a realizar algunas consideraciones en torno a cómo considera que el concepto de la conducta descrito no corresponde a las normas citadas como infringidas ni a que se haya probado que el oficial de cumplimiento no haya cumplido con los requisitos fijados por dichas normas.

En ese sentido, encuentra la Sala Plena que el análisis del *a quo* estuvo totalmente relacionado con lo argumentado por el Área de Seguimiento, sin que exista yerro en ese sentido, como lo argumenta ésta última. Más allá, es en este sentido que debe realizarse el análisis de los argumentos expuestos en el pliego de cargos como ha sido la posición de la Cámara Disciplinaria al adoptar la jurisprudencia que sobre el contenido de dicho documento ha sostenido el Consejo de Estado en otras jurisdicciones<sup>3</sup>, exigiendo que deba tratarse de un pronunciamiento jurídico concreto que redunde en que los cargos sean formulados de manera clara, concisa y oportuna a efectos de que se pueda garantizar un adecuado ejercicio del derecho de defensa, tal como lo ordenan los artículos 29 tanto de la Constitución Política de Colombia como de la Ley 964 de 2005. Lo anterior equivale a decir que el análisis de la conducta no se realiza exclusivamente a partir de las normas citadas como incumplidas sino también de la manera en que el Área de Seguimiento expone que las considera incumplidas, ambos análisis expuestos claramente en la resolución de primera instancia.

Por consiguiente, la Sala no considera probada equivocación del *a quo* en la resolución recurrida por los argumentos anteriormente expuestos.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 2. Subsección A. C.P. Sentencia del 16 de febrero de 2012. Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00048-00(0384-10), M.P Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

### 3.2.2. Naturaleza de las normas endilgadas como incumplidas

A partir de la lectura del pliego de cargos, se encuentra que las normas citadas como incumplidas se citan el numeral 4.2.4.3.1.7<sup>4</sup> del numeral 4.2.4.3. del Capítulo IV, Título IV, Parte I<sup>5</sup> de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 1996), los numerales 15 y 20 del artículo 2.11.1.8.1<sup>6</sup> del Decreto 2555 de 2010 y el numeral 29 vigente para la época en que ocurrieron los hechos (hoy contenido en el numeral 40) del artículo 1.6.5.1<sup>7</sup> del Reglamento de la Bolsa, lo que se considera violatorio del numeral 21 del artículo 2.2.2.1 del mismo reglamento.

Analizado el contenido de dichas normas, se encuentra que el numeral 20 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010 y los numerales 40 del artículo 1.6.5.1 y 8 del 2.2.2.1 del Reglamento de la Bolsa corresponden a tipos abiertos y sin contexto alguno. De igual manera, el numeral 15 del artículo 2.11.1.8.1 del decreto en mención corresponde a un tipo abierto pues se refiere al deber de acatar instrucciones impartidas por la Bolsa, el organismo de autorregulación o la Superintendencia Financiera de Colombia. A partir del contexto de la norma restante, se encuentra que la instrucción cuyo cumplimiento habría sido desconocido corresponde a la impartida mediante el numeral 4.2.4.3.1.7 del numeral 4.2.4.38 del capítulo IV, Título IV, Parte I de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, es decir, que el requisito del oficial de cumplimiento sea que esté posesionado ante esa entidad.

Si bien se comparte que dicha norma hace parte de un cuerpo de instrucciones más amplio, sea la oportunidad para señalarlo que ninguna otra instrucción hace parte del cuerpo de normas que fueron citadas como incumplidas por el Área de Seguimiento, razón por la cual no podría la Cámara Disciplinaria pronunciarse sobre su infracción. Así, el hecho de que en el recurso de apelación se mencione que los numerales 4.2.4.1.4 y 4.2.4.3.1.7 de la norma en cita *“son otros más de los que deben ser considerados en el diseño, implementación y funcionamiento del SARLAFT por parte de dichas entidades”* no es enteramente de la opinión de la Sala pues solamente podrían ser tenidos en cuenta a efectos de interpretar jurídicamente el alcance de una disposición, más no podría realizarse una concreción en materia de infracciones normativas mediante la remisión a dichas normas o instrucciones.

<sup>4</sup>4.2.4.3. Oficial de cumplimiento principal y suplente 4.2.4.3.1. Requisitos:(...)4.2.4.3.1.7. Estar posesionado ante la SFC

<sup>5</sup> La Superintendencia Financiera de Colombia, mediante Circular Externa 029 de 2014 del 3 de octubre de 2014, reexpidió la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 7 de 1996), actualizando su contenido con la normatividad y con los pronunciamientos jurisprudenciales vigentes en materia financiera, aseguradora y del mercado de valores.

<sup>6</sup>**Decreto 2555 de 2010, artículo 2.11.1.8.1.Obligaciones generales de los miembros.** Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: (...) 15. Acatar las instrucciones que les imparta la bolsa respectiva o el organismo de autorregulación respectivo, cuando sea del caso, y cumplir las órdenes e instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia. (...) 20. Cumplir las demás disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

<sup>7</sup>Artículo 1.6.5.1. Obligaciones de los miembros. Son obligaciones de las sociedades miembros de la Bolsa las siguientes:  
(...)

40. Cumplir las demás obligaciones que les impongan las normas legales y reglamentarias;

<sup>8</sup>**Circular Básica Jurídica de la SFC (Circular Externa 007 de 1996), numeral 4.2.4.3.Oficial de cumplimiento principal y suplente.**  
4.2.4.3.1. Requisitos: (...) 4.2.4.3.1.7. Estar posesionado ante la SFC.

Pues bien, por sí solo, el numeral 4.2.4.3.1.7 no conlleva, en ningún sentido, la obligación específica en cabeza de la entidad vigilada de adelantar el trámite de posesión del oficial de cumplimiento suplente para la persona que haya sido designada en dicho cargo ni, en general, obligación alguna distinta de que la persona que ejerza dicho cargo se encuentre debidamente posesionada ante la Superintendencia Financiera de Colombia. Máxime si se tiene en cuenta que la misma norma distingue con claridad las aludidas disposiciones así: (i) en el referido numeral 4.2.4.1 se establecen “*Funciones de la Junta directiva u órgano que haga sus veces*”, situación que permite aducir que todo lo allí dispuesto es de carácter institucional, pues se refiere a funciones y obligaciones que recaen sobre los administradores de la sociedad y que, como bien se entenderá, comprometen el ejercicio de la actividad regulada y exclusiva de las sociedades comisionistas. Sin embargo, esta obligación no pudo ser probada como desatendida por parte del Área de Seguimiento. Reiteramos, lo establecido en el numeral 4.2.4.3, del que se viene hablando, consagra “*Requisitos y funciones del Oficial de Cumplimiento principal y suplente*” y no en vano especifica la norma que “**El oficial de cumplimiento debe cumplir como mínimo con los siguientes requisitos: (...) 7. Estar posesionado ante la SFC**”. En ese sentido la norma es muy clara y para la Sala Plena es evidente que en este caso las obligaciones que se establecen son de requisitos para el ejercicio de un cargo, sin que en momento alguno se haga referencia a la conducta por la que se acusó a la sociedad comisionista que, se insiste, hace referencia directa a la “persistencia” de la sociedad comisionista de no contar con un oficial de cumplimiento suplente posesionado, a pesar de haber ejecutado actos tendientes a lograr un nombramiento.<sup>9</sup>

Por otro lado, la Sala Plena advierte que son completamente acogidas las consideraciones de la Sala de Decisión por cuenta de las cuales se concluye que del análisis de los hechos y del material probatorio que reposa en el expediente, se considera que no se encuentran probados los supuestos de aplicación de las normas supuestamente infringidas, no porque no se evidencie infracción alguna sino porque ésta no corresponde al marco normativo citado como infringido. Ello, por cuanto como lo advirtió con claridad la Sala de Decisión, se puede corroborar el cumplimiento del Consejo de Administración de la disciplinada de haber designado al oficial de cumplimiento suplente, sin que se le pueda increpar la trasgresión de alguna norma por haber estado al tanto de la resolución de un trámite de posesión, adelantado por la persona que fue designada para dicho cargo, ante una entidad sobre la que no tiene capacidad de dirección. Lo anterior sumado al hecho de que lo que se reprocha en la conducta del cargo es “persistir” por dos años en no contar con un oficial posesionado, cuando a la misma Área de Seguimiento le constaba que se habían hecho las designaciones del caso y lo que había fallado era el proceso de posesión.

Además, en opinión de la Sala de Decisión, que comparte esta instancia, lo que correspondía era citar las normas adecuadas que hablan acerca del deber de contar con una estructura adecuada de administración de riesgos, que derivan del artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y que se concretan con características que deben tener quienes ejercen los cargos, no una norma que asigna funciones dentro de un manual. De otra manera, se le daría a la norma un alcance que no tiene y que sólo puede ser entendido en el contexto de un marco normativo que desarrolla, contexto que no hace parte del pliego de cargos y que apenas se menciona en el recurso de apelación. Por esta razón,

<sup>9</sup>Expediente 133-2015, folio 830

una decisión sancionatoria sería violatoria del debido proceso que se debe garantizar al investigado pues no se le habría permitido defenderse de manera puntual y concreta, términos que no son extraños a lo establecido en el Reglamento de la Bolsa y que, como ya se señaló en el punto inmediatamente anterior, corresponde a la posición de la Cámara Disciplinaria al adoptar la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el contenido del pliegos de cargos en materia disciplinaria pues la defensa del derecho al debido proceso debe entenderse en un sentido material y amplio y no solamente formal.

Así mismo, para la Sala Plena es importante aclarar que no resulta procedente aceptar el argumento expresado por el Área de Seguimiento que refiere en su recurso de apelación relacionado con la norma de la SFC que estaba vigente antes de la expedición de la Circular Externa 26 de 2008 (norma hoy derogada por la Circular Externa 29 de 2014), es decir la Circular Externa 7 de 1996. Para la Sala, llegar a adoptar una decisión basándose en normas derogadas, incluso para la fecha de ocurrencia de los hechos que son objeto de investigación, tornaría cualquier determinación que se pudiera tomar en ese sentido en injusta y violatoria del debido proceso y de las normas que regulan la actividad de autorregulación, en particular lo señalado en el artículo 29 de la Ley 964 de 2005, en la medida en que no existiría la norma con base en la cual se adoptaría tal decisión.

La Sala no comparte que por vía de la interpretación deba dársele un alcance de una instrucción emitida por la SFC distinto al señalado por esa entidad o, por esa vía, revivir disposiciones derogadas, conducta que es en sí misma objeto de reproche pues, en su instrucción, a bien tuvo el supervisor del mercado la decisión de no incluir ciertas previsiones que por alguna razón u otra conllevaron a modificar la extensión de las obligaciones de los vigilados. Mal haría la Sala en extender el alcance de una norma vigente basándose en el contenido de una norma derogada o, incluso, bajo una interpretación histórica, concluir precisamente lo contrario: que para el supervisor esta conducta no reviste de materialidad alguna pues su voluntad quedó materializada en que el régimen jurídico no contemplara las consecuencias que tenía la circular derogada.

En ese sentido, en relación con los motivos de inconformidad presentados por el Área de Seguimiento que hacen referencia a las disposiciones consagradas en la Circular Externa 26 de 2008 de la SFC, la Sala encuentra que los mismos no pueden apreciarse como permitidos, para la pretensión perseguida por aquella en su recurso de apelación dado que ni puede aplicar instrucciones inexistentes al momento de la ocurrencia de los hechos objeto de investigación ni reconocer que la norma tiene un alcance completamente diferente al que realmente tiene, cuando es valorada por sí misma frente a los hechos objeto de reproche, sin ningún otro tipo de contexto, que fue la posición del *a quo* y la cual la Sala Plena comparte.

### 3.2.3. Inadecuada tipificación

En relación con la adecuada tipificación de la conducta endilgada a la sociedad comisionista, dado que el Área de Seguimiento sostiene que la resolución de primera instancia desconoce la jurisprudencia que delimita el alcance de los principios que en materia penal fijan la forma cómo se debe entender el derecho al debido proceso, la Sala Plena procede a realizar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, debe resaltarse que la Cámara Disciplinaria acoge como referente la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre el manera en que debe entenderse la extensión del derecho al debido proceso en procesos distintos a los de naturaleza penal, en particular los principios que rigen los procedimientos de derecho administrativo sancionatorio. Desde esta perspectiva, si bien no se puede trazar una analogía entre las normas que rigen el derecho disciplinario de los funcionarios públicos o el derecho administrativo sancionatorio, debido a la naturaleza de la actividad de autorregulación y a la similitud de los objetivos que se busca satisfacer con su funcionamiento con aquellos de la Superintendencia Financiera de Colombia, pueden aceptarse como parte del marco jurídico por vía interpretativa los pronunciamientos realizados por las altas cortes en relación con la extensión del derecho al debido proceso en procedimientos sancionatorios adelantados por entidades que ejercen actividades de inspección, vigilancia y control.

En ese sentido, las decisiones que adopte la Cámara Disciplinaria deben estar revestidas de un respeto a los derechos consagrados constitucional, legal y reglamentariamente, pero la extensión en el ejercicio de dichos derechos puede ser limitada siempre que se garantice su ejercicio material.

En este punto en particular, vale señalar que la Sala comparte lo señalado por la jurisprudencia citada en el recurso presentado por el Área de Seguimiento pero considera que no es aplicable al caso por las razones que se proceden a exponer.

La resolución recurrida señala en su parte considerativa lo siguiente:

“Teniendo en cuenta lo expuesto, la Sala nota que la estructura fáctica del cargo, las normas que se citaron como presuntamente infringidas y el material probatorio y evidencia física que se pretende hacer valer como prueba no guardan relación con la conducta endilgada por el Área de Seguimiento a la investigada. Por consiguiente, teniendo en cuenta la forma como se estructuró y sustentó el aludido cargo por parte del Área de Seguimiento, la Sala se abstendrá de declarar responsabilidad disciplinaria a la investigada en este aspecto.”

Lo citado, se entiende en el marco de lo discutido en los numerales 3.2.1 y 3.2.2 de la presente resolución, en los que se determinó que la norma citada como infringida por el Área de Seguimiento carecía de un contexto que permitiera determinar, por sí sola, una violación a una norma de orden superior ya que la norma, en sí misma, se refiere exclusivamente a requisitos para el ejercicio de un cargo. Además, se señaló como el Área de Seguimiento pretendía que fuera incorporado por vía interpretativa un marco normativo al cual no hizo referencia en el pliego de cargos y frente al cual ni el investigado pudo defenderse ni la Sala de Decisión incorporar en su decisión debido a la consecuente violación al debido proceso de la sociedad comisionista a que hubiere conllevado. Es decir, la denominada “inadecuada tipificación” a que hace alusión el Área de Seguimiento, se centra en sí es suficiente o no citar una norma puntual en el pliego de cargos y pretender una sanción por todo el contexto en el que dicha norma puede leerse.

La lectura de la jurisprudencia y doctrina citada por el Área de Seguimiento en su recurso se considera inaplicable, debido a que en ella se hace referencia a situaciones fácticas fundamentalmente diferentes

al caso objeto de estudio. En efecto, la jurisprudencia citada estudió casos de: (i) demandas de constitucionalidad impetradas en contra del Código Disciplinario Único que en el entender de los accionantes no son suficientes para concretar una adecuada tipicidad para los procesos disciplinarios que se adelanten en contra de funcionarios públicos (Sentencias C-708/99, C-280/96, C-431/04, C-404/01, C-195/93, C-127/93 de la Corte Constitucional de Colombia) que hacen referencia a la posibilidad de que el legislador cree tipos sancionables en blanco o abiertos y frente a las cuales la doctrina y jurisprudencia es bastante pacífica estableciendo que es admisible, siempre y cuando no se abandone al arbitrio de las autoridades que valoren y sancionen sin contar con normas precisas<sup>10</sup>. Dado que en el presente caso el cuestionamiento no está dado por lo abierto o blanco de la norma, a pesar de que normas que fueron citadas como infringidas cumplen con dicho precepto; (ii) casos concretos en los cuales se sancionó a una persona por su condición de funcionario público y se alega haberle trasgredido el derecho constitucional al debido proceso como los tratados en sentencia 0384-10 del Consejo de Estado y T-438/92 de la Corte Constitucional, en los cuales se estudiaron temas propios como la carga de la prueba y la forma de vinculación del disciplinado, asuntos que en su *ratio decidendi* no guardan relación sobre la manera en cómo se formulan los cargos.

De hecho, del texto de algunas de las sentencias citadas, sí se extraen apartes que dan pie para pensar precisamente lo contrario a lo argumentado por el Área de Seguimiento en su recurso y es que, a pesar de la aplicación restrictiva de los principios que rigen los procedimientos en materia penal a los procesos de naturaleza administrativa, en todo caso debe contarse con la suficiente precisión para que, de manera inequívoca, el investigado pueda ejercer su derecho a la defensa.<sup>11</sup> Es decir, que si bien es cierto

<sup>10</sup>Al respecto puede analizarse la posición expuesta en la sentencia C-819 de 2006 en la que se afirma que *“si el concepto es a tal punto abierto, que no puede ser concretado en forma razonable, entonces dichos conceptos desconocen el principio de legalidad, pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valoran y sancionan libremente la conducta sin referentes normativos precisos.”* Y, frente a este mismo punto, la doctrina que señala que: *“el principio de reserva absoluta de la ley que opera en materia penal y de cobertura aplicable a las sanciones administrativas es que en el primer caso la ley legitimadora ha de cubrir por entero la previsión de la penalidad como la descripción de la conducta ilícita (tipicidad) sin posibilidad de recurso algún a un reglamento de aplicación o desarrollo; mientras que el principio de cobertura legal de las sanciones administrativas sólo exige cubrir con la ley formal una descripción genérica de las conductas y las clases y cuantía de las sanciones, pero con la posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas, es decir, la tipicidad”*. PARADA, Ramón. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Madrid: Marcial Pons, 1993 citado en *“La tipicidad en el derecho administrativo sancionador”* en *Estudios de Derecho*. Vol. LXVIII. No. 151, junio de 2011. Universidad de Antioquia, Medellín.

<sup>11</sup>Por citar un ejemplo, se transcribe lo que en materia de tipicidad la corte ha dicho en varias de esas sentencias: *(Sentencia C-708/99)*: **“Así pues, mientras por el principio de legalidad se “demanda imperativamente la determinación normativa de las conductas que se consideran reprochables o ilícitas” el principio de tipicidad concreta dicha regulación, “en el sentido de que exista una definición clara, precisa y suficiente acerca de la conducta o del comportamiento ilícito, así como de los efectos que se derivan de éstos, o sean las sanciones. De esta manera la tipicidad cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro, proteger la seguridad jurídica.”**” (Subrayas fuera del texto original).

que en el derecho disciplinario y en el derecho administrativo sancionatorio se considera viable la existencia de tipos legales en blanco, no se desconoce, en ninguno de los aludidos pronunciamientos de las altas Cortes, la necesidad de que en pliego de cargos se establezca con claridad y de manera específica las normas reglamentarias en donde se consagra una conducta concreta, haciendo así un señalamiento claro entre conducta, norma presuntamente infringida y sanción imputable, situación que, se insiste, en el presente caso se extraña si lo que pretendía el Área de Seguimiento era que se sancionaran las conductas descritas en el pliego de cargos.

Por lo tanto, se reitera que si lo que pretendía el Área de Seguimiento era la imposición de una sanción por la falta de diligencia de la sociedad en surtir el trámite de posesión de la persona designada o que su estructura administrativa y de administración de riesgos no correspondía a lo exigido a estos intermediarios, las normas que se habrían infringido serían otras distintas a las citadas, tal como lo expuso el *a quo*.

Ahora, sostiene el Área de Seguimiento que la interpretación amplia que pretendía, se explica en parte porque *“no existe una norma que establezca expresamente la obligación de la sociedad comisionista de surtir los trámites necesarios para posesionar al oficial de cumplimiento suplente y en consecuencia contar con el mismo”* afirmación que no es compartida por la Sala Plena y que desconoce lo señalado sobre el particular en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010 en lo que se refiere a la estructura con la que en materia de administración de riesgos deben contar las sociedades vigiladas, así como lo señalado en el Capítulo 2 del Título IV de la Parte I de la Circular Externa 29 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia y lo que sobre el particular establecía el Capítulo 10 del Título I de la Circular 7 de 1996 de la entonces Superintendencia Bancaria, ambos cuerpos de instrucciones que fijan responsabilidades en materia de posesiones y plazos para realizar dicho trámite, además de la existencia de un amplio marco normativo tanto a nivel legal como reglamentario que regula no sólo la estructura de las sociedades comisionistas miembros de una bolsa de productos agropecuarios, agroindustriales y de otros commodities sino también del comportamiento y diligencia exigible a sus administradores.

En sentido de lo anterior, la Sala Plena se abstendrá de modificar la decisión adoptada en primera instancia por parte de la Sala de Decisión, de conformidad con la improcedencia del recurso de apelación parcial que fue interpuesto por el Área de Seguimiento.

---

*(Sentencia C-431/04)* “Como la definición de faltas disciplinarias corresponde a una forma de ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, en la cual deben observarse, mutatis mutandi, los principios de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad y proporcionalidad, la utilización de estos referentes morales objetivos debe hacerse con suficiente precisión a fin de que la determinación de la conducta sancionable no irrespete los referidos principios, en especial los de legalidad y tipicidad. Y aunque en el derecho administrativo sancionador, y dentro de él el disciplinario, los principios de tipicidad y legalidad no tengan la misma rigurosidad exigible en materia penal, aun así **el comportamiento sancionable debe ser determinable inequívocamente, como también la sanción correspondiente, como única manera de asegurar el derecho al debido proceso a que alude el artículo 29 superior.**” (Subrayas fuera del texto original).

#### 4. Graduación de la sanción

La Sala Plena manifiesta que comparte por completo las precisiones adoptadas por la Sala de Decisión en cuanto a la graduación de la sanción inicialmente impuesta y, como consecuencia de no encontrar procedente el recurso de apelación interpuesto por el Área de Seguimiento, no modificará la sanción esbozada por la Sala de Decisión.

#### 5. Resuelve

- Primero:** Confirmar integralmente la Resolución 329 del 10 de abril de 2015 proferida por la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria.
- Segundo:** Notificar a la sociedad comisionista de Bolsa Coobursátil Ltda. 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 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., 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 5 días del mes de junio de 2015.

Notifíquese y cúmplase,

**(original firmado)**  
**ÁLVARO ARANGO GUTIÉRREZ**  
Presidente

**(original firmado)**  
**JUAN CAMILO PRYOR SOLER**  
Secretario