

BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.

Resolución No. 90 de la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria
(3 de marzo de 2017)

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 “Boisa”, 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 Mercado y Bolsa S.A. en contra de la Resolución 397 del 28 de octubre de 2016, proferida por la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria, previas las siguientes consideraciones.

1. Antecedentes

Por conducto de la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, la Sala Plena conoce del recurso de apelación interpuesto por la sociedad comisionista Mercado y Bolsa S.A. en contra de la Resolución 397 del 28 de octubre de 2016, mediante la cual, en Sala de Decisión, la Cámara Disciplinaria decidió en primera instancia la investigación adelantada en contra de la sociedad Mercado y Bolsa 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 la constitución, en la ampliación o en la actualización de garantías, incumplimiento en la entrega parcial o

¹Los cargos elevados en contra de la disciplinada fueron cuatro, a saber: i) Incumplimiento en la constitución, en la ampliación o en la actualización de garantías, lo que se considera violatorio de los numerales 8, 11 y 12 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010; los numerales 1, 2, 6, 9, 11 y 21 del artículo 1.6.5.1 (vigentes al momento de los hechos), el artículo 5.2.2.2 del Reglamento de la BMC, el numeral 2.3.1.3 y el numeral 2 del numeral 2.3.3 del Boletín Instructivo # 8 de la CC Mercantil S.A., (vigente para la época de los hechos), el numeral 2.3.1.3 del Boletín Instructivo # 8 de la CC Mercantil S.A. (vigente para la época de los hechos), el numeral 1.3.1 del numeral 1.3 del artículo 6.2.2.3.2 de la Circular Única de la BMC y los numerales 11, 12, 13 y 21 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento; ii) incumplimiento en la entrega parcial o total en operaciones del Mercado de Compras Públicas de las operaciones 16680652, 16938757, 179022626, 19535301, 24290281, 24338706, lo que se considera violatorio de los numerales 6, 8 y 11 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, los numerales 1, 2,6 y 7 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento (vigentes para la época de los hechos) y el artículo 5.2.2.2 Reglamento de la Bolsa; iii) Incumplimiento de las condiciones de los contratos de compraventa, establecidas en la ficha técnica de negociación al no haber entregado al comisionista comprador, dentro del término establecido, los documentos requeridos para tramitar el pago en operaciones del mercado de Compras Públicas en las que actuó como comisionista vendedor, lo que se considera violatorio de los numerales 8 y 11 del artículo 2.11.1.8.1 Decreto 2555 de 2010; los numerales 1, 9 y 15 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento (vigentes para la época de los hechos);y los numerales 11, 13 y 21 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento y; iv) Incumplimiento en el pago parcial de operaciones del Mercado de Compras Públicas, lo que se considera violatorio de los numerales 6, 8 y 11 del artículo 2.11.1.8.1 Decreto 2555 de 2010, los numerales 1, 2, 9 y 15 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento (vigentes para la época de los hechos) y del artículo 5.2.2.2 Reglamento de la Bolsa.

total en operaciones del Mercado de Compras Públicas de las operaciones 16680652, 16938757, 179022626, 19535301, 24290281, 24338706; incumplimiento de las condiciones de los contratos de compraventa, establecidas en la ficha técnica de negociación al no haber entregado al comisionista comprador, dentro del término establecido, los documentos requeridos para tramitar el pago en operaciones del mercado de Compras Públicas en las que actuó como comisionista vendedor; incumplimiento en el pago parcial de operaciones del Mercado de Compras Públicas, encontrando mérito para sancionarla con **MULTA de catorce y medio (14.5) salarios mínimos mensuales vigentes.**

La Sala Plena que conoció del recurso fue integrada por los doctores Álvaro Arango Gutiérrez, Luis Fernando López Roca, Jorge Ignacio Lewin Figueroa y Ángela 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. 257 del 15 de febrero de 2017 y en sesión No. 259 del 3 de marzo de 2017 el doctor Álvaro Arango Gutiérrez fungió como Presidente de la misma. En seguida, la referida Sala avocó el estudio del recurso interpuesto, analizó los hechos que dieron lugar a los cargos elevados, así como las pruebas obrantes en el expediente, el contenido de la resolución recurrida, decidió sobre las pruebas solicitadas y aprobó el presente fallo por unanimidad.

2. Recurso de apelación

2.1. Procedencia del recurso

En ejercicio del derecho conferido en virtud del principio de doble instancia previsto en el artículo 2.4.1.7 del Reglamento de la Bolsa, desarrollado en el artículo 2.4.6.1 y siguientes del mismo cuerpo normativo, y habiendo sido notificada de la Resolución 397 el día 12 de enero de 2017, el 19 de enero de 2017 la disciplinada, a través de su representante legal, interpuso recurso de apelación parcial en contra de aquella, dentro del término otorgado en el Reglamento de la Bolsa, controvirtiendo la decisión de la Sala de Decisión en relación con la sanción impuesta por tres de los cargos analizados.

2.2. Contenido del recurso de apelación interpuesto por la disciplinada

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

"[...] REVOCAR las sanciones impuestas en primera instancia y por lo tanto EXONERAR de responsabilidad a la sociedad comisionista Mercado y Bolsa S.A. por los hechos y omisiones relacionados en la resolución de sanción que por el presente escrito se apela

De la misma forma y en caso de no encontrar suficientes los argumentos esgrimidos por nosotros en el presente recurso para absolver a Mercado y Bolsa de los cargos por los que fue sancionada, les solicitamos en subsidio y de manera respetuosa se sirvan reducir el monto de las multas impuestas a esta sociedad comisionista en la Resolución No. 397 del 28 de octubre de 2016 al monto mínimo reglamentariamente permitido, por considerar que las mismas han sido tasadas e impuestas en exceso."

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

- a) En principio, la recurrente se refiere al primer cargo por el cual fue sancionada que corresponde al incumplimiento en el deber de constitución, ampliación o en la actualización de garantías en el Mercado de Compras Públicas. Sobre el particular, y de forma general, la sociedad comisionista menciona que las compañías de seguros en ningún caso emiten las pólizas con la mera solicitud de las comisionistas, ya que requiere la eventual intervención de los mandantes en el proceso, por ello indica que la falta en la constitución de garantías no puede ser endilgada de forma exclusiva a las sociedades comisionistas sino que “debe tenerse en cuenta las actuaciones desplegadas por ésta en relación con su cliente y la aseguradora”.²

En cuanto a la ampliación de las garantías en las operaciones 18385326 y 18385375, la sociedad comisionista cita un aparte de la Resolución de primera instancia en donde el *a quo* argumentó que la disciplinada no allegó prueba que lograra demostrar que su actuar estuvo en todo momento enmarcado por la diligencia que se esperaba de ella, aún más, cuando dicha ampliación luego de dos (2) meses de demora, advirtiendo la recurrente que tanto el cargo como la investigación se realizaron “con el fin de establecer que se incumplió con la ampliación de la garantía, y no para determinar la falta de diligencia por parte del sancionado para obtener que tercero expidieran la garantía en cuestión”.

Seguidamente, respecto de la constitución de las garantías en las operaciones Forward MCP 19244175 y 19310008 (actuando desde la punta vendedora) la disciplinada resalta que si se entiende la obligación que tenía la Comisionista como una obligación de resultado como se dijo en la Resolución impugnada, para la sociedad comisionista tal obligación se cumplió pero con un retraso, elemento que a juicio de ella debería ser tenido en cuenta por la Cámara Disciplinaria de cara a establecer la responsabilidad de la Firma y al momento de graduar la sanción .

- b) Por otro lado, frente a la constitución de la garantía en la operación forward MCP 21076862 afirma la sociedad comisionista que la Sala de Decisión desconoció “por completo” todas las acciones desplegadas por Mercado y Bolsa para dar cumplimiento a la obligación contraída con la Fiscalía General de la Nación aun luego de evidenciar las situaciones, según la recurrente, impedían el cumplimiento de la operación convenida. Por ello, se pregunta la comisionista ¿cómo se le puede exigir que cumpliera con la constitución de la garantía si no contaba con la posibilidad ni los medios para hacerlo?. Adicional a esto, la sociedad comisionista manifiesta que se puso en contacto con la firma Agrobursátil S.A. para poder dar cumplimiento al negocio en el cual la mencionada sociedad había participado en la puja y que por lo tanto se encontraba habilitada para poder responder por el cumplimiento de la operación con un mandante diferente pero que, pese a esto y aun contando con la aceptación por parte de esa firma y la disposición de su mandante, la Bolsa no autorizó tal modificación en la negociación, prefiriendo

² Folio 4, Recurso de Apelación;

“declarar el incumplimiento antes que permitir el desarrollo normal de la operación” Al respecto argumenta la sociedad comisionista que no considera que la responsabilidad que tiene es la de *“obligar a su cliente a cumplir y en caso de que no sea posible asumir las consecuencias sin que se le dé ninguna alternativa para que cumpla con sus obligaciones”*, ya que se estaría sancionando de forma objetiva sin tener en cuenta presuntos elementos de diligencia presentes y/o hechos exógenos que exoneran o gradúan, de cierta forma, la responsabilidad de la comisionista.

- c) Sobre la actualización de garantías en líquido y en póliza de la operación forward MCP No. 19536657 indica la recurrente que se presentó un retraso en la actualización correspondiente, no obstante para llevar a cabo tal obligación debía contar con autorización, además de una serie de documentos provenientes del mandante. Concluye así la recurrente que la obligación debía ser cumplida exclusivamente por el mandante pero a quien se le imputa la responsabilidad es a la firma comisionista.
- d) En el segundo cargo que se refiere al deber de entrega en operaciones celebradas en el marco del Mercado de Compras Públicas la sociedad comisionista expone que frente a la operación No. 24290281 se le endilgó responsabilidad pese a que el incumplimiento en la entrega fue *“mínimo e inmaterial”*, ya que correspondió únicamente a un día de retraso, pero que, según la comisionista, en dicha operación se autorizó por parte del comprador una prórroga en la que se extendía el plazo del 4 de noviembre de 2015 hasta el 7 de noviembre de 2015.

No obstante, el hecho de la existencia de una supuesta prórroga en la entrega de la operación mencionada es un argumento nuevo, el cual no fue siquiera alegado en la respuesta a la solicitud formal de explicaciones ni en el escrito de descargos pero la comisionista se permite anexar con su recurso copia del acta firmada en la que el comprador autoriza la prórroga y el *“pantallazo”* del SIB donde se muestra que la entrega de los productos de la operación objeto de discusión tenía plazo hasta el 7 de noviembre de 2015.

Por otro lado, y para la operación forward MCP 179022626 la recurrente hace referencia a lo dicho en primera instancia por la Sala de Decisión en cuanto a que *“al ser la investigada una profesional en el desarrollo de este tipo de negocios, podía fácilmente haber establecido un cronograma para llevar a cabo el proceso de certificación que le permitiera obtener toda la documentación a tiempo para efectos de realizar la entrega dentro del plazo establecido, atendiendo y previendo los tiempos que maneja el ente certificador en cada etapa del trámite, desde la toma de muestras hasta el envío al laboratorio y posterior expedición del certificado de conformidad”*. Lo anterior, con el fin de cuestionar si solo con el hecho de contar con un cronograma el cargo por incumplimiento en la entrega no habría prosperado porque la comisionista habría demostrado así su diligencia.

Además de lo anterior, y de forma mucho más generalizada, expresa Mercado y Bolsa en su escrito que en el resto de operaciones la Sala de Decisión se limitó a verificar el incumplimiento sin ir más allá, dejando de lado si existió o no diligencia por parte de dicha comisionista, para

finalmente sancionar basándose en criterios objetivos que, en el decir de la sociedad comisionista, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran proscritos.

Del mismo modo, pide a la Sala tomar en consideración que las operaciones efectuadas en el MCP tienen una serie de requisitos que hacen que el cumplimiento de las mismas quede supeditado en gran medida al actuar de los mandantes y que las condiciones dispuestas en las fichas técnicas de negociación y de producto imposibilitan el cumplimiento posterior por parte de un proveedor diferente.

Finalmente, sostiene que conoce plenamente a sus clientes (los cuales son empresas con gran trayectoria y reconocimiento por su seriedad y su cumplimiento), que ha realizado la asesoría correspondiente en cuanto a responsabilidades y obligaciones; y que cuenta con diferentes procedimientos encaminados a llevar un seguimiento de sus clientes y de las negociaciones, sus vencimientos, entregas y demás elementos de importancia.

- e) Para el tercer cargo que hace alusión al *“incumplimiento de las condiciones de los contratos de compraventa, establecidas en la ficha técnica de negociación al no haber entregado al comisionista comprador, dentro del término establecido, los documentos requeridos para tramitar el pago en operaciones de MCP en las que actuó como comisionista vendedor”*, la firma comisionista fue sancionada por no remitir a su contraparte compradora en el término señalado el acta de recibo a satisfacción del bien y el certificado donde acreditara estar al día en los pagos de los últimos 6 meses de aportes al sistema de seguridad social y aportes parafiscales conforme la normatividad vigente.. Así las cosas, en el escrito de apelación expresa que remitió un correo a la comisionista Agrobursátil S.A. con todos los documentos requeridos.

Frente a la certificación remitida alega que fue expedida por el revisor fiscal con fecha del 9 de noviembre de 2015, mientras que la certificación a la cual se refiere tanto el Área de Seguimiento como la Cámara Disciplinaria en primera instancia y con base en la cual se sustenta el cargo y la posterior sanción, es de fecha 21 de diciembre de 2015, y corresponde a la que se remitió por la comisionista para gestionar el pago del mes de diciembre del 2015.

Complementa la comisionista expresando que dicha certificación según lo establecido en la Ficha Técnica de Negociación es requisito para el pago del producto y no para la legalización de la entrega ante la Bolsa Mercantil de Colombia, *“la cual según la normatividad vigente únicamente requiere como prueba la factura o el documento equivalente a la misma”*. En este sentido, señala la recurrente que cumplió a cabalidad con el envío de los documentos requeridos en el término establecido en la FTN. Finalmente, advierte que conforme lo expuesto no hubo incumplimiento alguno y que, adicionalmente, una sanción de multa por dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes excede lo recibido por concepto de comisión y como consecuencia pone a la sociedad comisionista de bolsa en una situación gravosa teniendo en cuenta que, según indica la comisionista, el producto fue entregado y *“cualquier demora en entrega de documentos adicionales para que la contraparte procediera al pago fue en desmedro de los mismos vendedores”*

- f) Ahora bien, en lo que atañe al cuarto cargo sobre incumplimiento en el pago de operaciones en el Mercado de Compras Públicas, específicamente en la operación No. 23157617, expone la comisionista que no contaba con la debida autorización de la entidad pública para aplicar el pago a través del sistema de compensación el día en el que se generó el incumplimiento en el pago pese a que tenía los recursos disponibles correspondientes al pago, los cuales ya habían sido girados en la cuenta compensada de la Bolsa Mercantil de Colombia.

Del mismo modo, la disciplinada hace referencia a la Circular No. 09 del 7 de abril de 2015 y a la Circular No. 11 del 30 de junio de 2016 que trajeron consigo una reforma al artículo 3.1.3.5.3 de la Circular Única de la Bolsa donde se dice que el pago de las operaciones en el Mercado de Compras Públicas debe realizarse directamente por los mandantes sin que los recursos pasen por las sociedades comisionistas que los representa.

Argumenta, además, que existe una contradicción normativa entre las normas que tratan la compensación y liquidación y la “normatividad superior” donde se señala que el pago de las operaciones corresponde a la sociedad comisionista quien en ningún caso puede alegar falta de provisión de fondos, ya que en las disposiciones internas se dice que se está actuando bajo el contrato de comisión y que, por tanto, la responsabilidad recae en cabeza de la SCB.

2.3. Pronunciamiento del Área de Seguimiento

Del mencionado recurso, la Cámara Disciplinaria a través de su Secretaría, dio traslado al Área de Seguimiento el 20 de enero de 2017, y dicha Área emitió pronunciamiento mediante comunicación del 25 de enero de 2017, en la cual solicita confirmar la decisión y se refiere básicamente a dos aspectos: El primero respecto de la responsabilidad derivada del contrato de comisión en las operaciones del Mercado de Compras Públicas, en la que ante la alegación de la recurrente según la cual, las comisionistas no tiene posibilidad de cumplir con el contrato celebrado en la Bolsa, el Área de Seguimiento indica que las comisionistas en desarrollo de un contrato de comisión, es decir, actúan en su propio nombre para realizar un negocio jurídico determinado en el MCP y con base en él *“los comisionistas que participan en dicho mercado tienen la facultad legal o les es dable asumir las obligaciones que nacen a la vida jurídica producto del contrato de compraventa celebrado. Por tanto no es aceptable ni de recibo la afirmación señalada por la encartada”*.

El segundo aspecto contenido en el referido pronunciamiento hace referencia al incumplimiento en el pago de las operaciones 20428308 y 23157617 del MCP en el cual, luego de hacer una reseña de las instrucciones que sobre el particular emitió la Superintendencia Financiera de Colombia, concluye que tales instrucciones en ninguna medida introdujeron cambios en materia de obligaciones por parte de las comisionistas, pues como lo indica el propio texto del artículo 3.1.3.5.3 de la Circular Única de Bolsa: *“la presente disposición no altera ni modifica las obligaciones propias del contrato de comisión suscrito entre la sociedad comisionista de bolsa y sus clientes, por lo que, tanto la entrega de dineros correspondientes al pago de obligaciones pactadas en el MCP, como la entrega de dineros correspondientes a garantías y sus respectivos rendimientos, constituidas para las operaciones celebradas en el MCP, se llevará a cabo en cumplimiento de los deberes atribuibles a las sociedades comisionistas miembros”*.

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 Mercado y Bolsa S.A., por los cargos que se elevaron en su contra en el Pliego de Cargos.

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

3.2 Consideraciones sobre el recurso interpuesto por la disciplinada

3.2.1 Consideraciones específicas sobre los argumentos

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

3.2.2 Consideraciones sobre el primer cargo: Presunto incumplimiento en la constitución, en la ampliación o en la actualización de garantías.

De manera previa al análisis del presente cargo, la Sala Plena reitera las posturas que ha manejado a través del tiempo en cuanto al tema de la constitución de garantías y la responsabilidad esperada de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa Mercantil de Colombia con la única intención de poner en conocimiento y lograr una total comprensión y claridad de la forma en la cual la Cámara asume el análisis de los casos que tienen que ver con esta materia. Por tal razón, y así como lo señaló la Sala de Decisión en la resolución proferida en primera instancia, se recoge lo allí plasmado así:

"(...)

- i. *Para las garantías que debieron constituirse en el MCP después de la fecha de generación de las instrucciones de la SFC radicadas bajo el consecutivo 2013036246, es decir mayo de 2013 y antes de la entrada en vigencia del Libro VI del Reglamento de la BMC y de la Circular Única de la Bolsa, es decir 1 de abril de 2014:*

Punta de la op.	Punta Compradora	Punta Vendedora
Tipo garantía		
En dinero	Responsabilidad de diligencia	Responsabilidad de diligencia
≠ a dinero	Responsabilidad de diligencia	Responsabilidad de resultado

- ii. *Para las garantías que debieron y deberán constituirse con posterioridad a la entrada en vigencia del Libro VI del Reglamento de la BMC y de la Circular Única de la Bolsa, es decir 1 de abril de 2014, exclusivamente para los casos que no hayan sido objeto de decisión en firme y ejecutoriada en esta materia por parte de la Cámara Disciplinaria:*

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

Una vez establecidas las diferentes posturas asumidas por la Cámara Disciplinaria, analizados los argumentos por medio de los cuales la sociedad comisionista de bolsa sustenta su apelación respecto del primer cargo, así como la resolución proferida en primera instancia y el contenido del expediente, la Sala Plena, en lo que para este cargo atañe, relaciona las operaciones objeto de análisis y las sintetiza de la siguiente manera:

OPERACIÓN	FECHA	TIPO DE GARANTÍA	VALOR GARANTÍA	FECHA MÁX. PARA CONSTITUCIÓN	FECHA CONSTITUCIÓN	PUNTA EN LA OPERACIÓN	POSTURA CÁMARA DISCIPLINARIA
18385326	23/07/2013	AMPLIACIÓN PÓLIZA	45,730,807	15/11/2013	22/01/2014	COMPRADOR	DILIGENCIA
18385375	23/07/2013	AMPLIACIÓN PÓLIZA	45,730,807	15/11/2013	22/01/2014	COMPRADOR	DILIGENCIA
19244175	18/11/2013	CONSTITUCIÓN	44,079,118	01/12/2013	31/12/2014(SIC)	VENDEDOR	RESULTADO
19310008	25/11/2013	CONSTITUCIÓN	19,141,695	09/12/2013	12/12/2013	VENDEDOR	RESULTADO
21076862	28/07/2014	CONSTITUCIÓN	SIN INFO	04/08/2014	No constituyó	VENDEDOR	RESULTADO
19536657	20/12/2013	ACTUALIZACIÓN	SIN INFO	21/03/2014	04/04/2014	VENDEDOR	RESULTADO

Como se observa, la anterior tabla incluye cada una de las operaciones indicando el número con el que se identifica, la fecha de celebración, el tipo de garantía, su valor, la fecha máxima para la constitución, la punta en la cual operaba la sociedad comisionista disciplinada y si la obligación de constitución de la garantía corresponde a una obligación de medio o de resultado, conforme la postura de la Cámara Disciplinaria, a la que se hizo referencia en apartes anteriores.

Ahora bien, como se observa la Cámara Disciplinaria realiza el estudio de las operaciones objeto del cargo formulado, situándose en la postura respecto de la cual se espera que las sociedades comisionistas que actúan como representantes del *comitente comprador* hayan desplegado distintas actividades que permitan entrever que, aun cuando en este caso su obligación es de medio y no de resultado, *ejecutaron la debida diligencia* en pro del cumplimiento efectivo y adecuado de las obligaciones adquiridas en virtud de las negociaciones celebradas en la Bolsa y que pertenecen al ámbito específico y particular del Mercado de Compras Públicas.

Sobre el particular, la disciplinada alega en su recurso, que se está frente a una indebida formulación del cargo por parte del Área de Seguimiento, en la medida en que fue estructurado como reproche a la comisionista por el incumplimiento objetivo al no ampliar, actualizar y/o constituir las pólizas de garantía de las operaciones y no por el incumplimiento al deber de diligencia, como ha debido hacerlo toda vez que conforme la doctrina de la Cámara Disciplinaria, al actuar en punta vendedora su obligación es de medio y no de resultado.

En este sentido, la Sala Plena como fallador de segunda instancia procede a exponer sus consideraciones de la siguiente manera:

En primer lugar, la Sala no comparte lo manifestado por la recurrente, toda vez que no considera que el cargo haya sido formulado de forma indebida por parte del Área de Seguimiento, pues como puede observarse en el pliego, independientemente de la literalidad del enunciado del cargo, las normas citadas como vulneradas en su contenido no sólo versan sobre el cumplimiento por parte de los miembros (entiéndanse aludidas las sociedades comisionistas) al deber objetivo de cumplir con todas las obligaciones contraídas, en este caso a la constitución y eventual ajuste de las diferentes garantías, sino que también se encuentran citadas normas que con un carácter más general se refieren al deber de *"conducir todos los negocios con lealtad, claridad, diligencia, buena fe, precisión y especial responsabilidad"* como a manera de ejemplo se encuentra en el numeral 6 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento que se encontraba vigente para la época de la comisión de los hechos.

Así las cosas, considera la Sala Plena que a la luz del Reglamento todas y cada una de las actuaciones surtidas al interior de este escenario deben encontrarse permeadas de una debida diligencia y una especial responsabilidad por parte de los actores del mercado y en tal sentido, afirmar que un cargo se encuentra mal estructurado por no señalar de forma expresa que lo que se acusa es la falta de diligencia como lo sostiene la recurrente es un argumento que no resulta de recibo, pues lo determinante en el análisis es que, sin importar la literalidad del enunciado otorgado por la Jefe del Área de Seguimiento en el pliego, la sociedad comisionista no logró probar su diligencia, la cual era la defensa que hubiese podido alegar incluso desde la respuesta a la Solicitud Formal de Explicaciones demostrando así de forma integral que aún en el supuesto de que su obligación era de medio y no de resultado realizó todas las labores encaminadas al cumplimiento del deber de constitución, actualización o ampliación de las pólizas de las distintas operaciones que constituyen el cargo formulado.

Adicionalmente resalta la Sala que, aún desde el punto de vista meramente formal tampoco resulta de recibo el argumento de la recurrente, teniendo en cuenta que de las 6 operaciones objeto de reproche,

únicamente en dos de ellas cabría el argumento de la diligencia, ya que por las 4 restantes, al encontrarse actuando desde la punta vendedora, su deber era de resultado y no de medio.

Así, respecto a estas 4 operaciones en las que como lo admitió la recurrente en su escrito incurrió en el incumplimiento pues su obligación era de resultado y considerando que no realizó la correspondiente ampliación, constitución y/o actualización de las garantías, es responsable por su omisión, puesto que como es de conocimiento de la comisionista se encuentra actuando bajo la figura del contrato de comisión, en el cual como lo indica en su pronunciamiento el área de Seguimiento, significa que está actuando en nombre propio pese a que sea por cuenta ajena y, por consiguiente las obligaciones adquiridas son responsabilidad suya y, por ende, no puede pretender exonerarse de responsabilidad alegando que el cumplimiento efectivo o no de sus obligaciones como miembro de la Bolsa Mercantil de Colombia se encontraban del todo supeditadas a su mandante.

Finalmente, la Sala Plena estima necesario señalar que es claro que la autorregulación debe *per se* regirse por un procedimiento y una normatividad específicos, sin embargo, su ejercicio debe guardar cierto grado de flexibilidad y adaptación en atención a las diferentes particularidades que este mercado y más el Mercado de Compras Públicas suponen, de suerte que debe en todo momento primar lo sustancial sobre lo formal, por lo que la Cámara Disciplinaria no puede limitarse a la exegética, ni poner los elementos procesales o formales por encima de lo sustancial para revocar una sanción bajo el supuesto según el cual, a criterio de la disciplinada no se le indicó de forma expresa que el cargo por el cual se le acusaba correspondía en *stricto sensu* únicamente a su falta de diligencia, pues dicho actuar resultaría a todas luces contrario a los fines de transparencia, seguridad y confianza en el mercado que orientan su gestión.

En virtud de lo expuesto y al no encontrar argumentos que conlleven a la modificación de lo dicho en primera instancia frente al presente cargo, la Sala Plena procede a confirmar la sanción impuesta por la Sala de Decisión.

3.2.3.- Consideraciones sobre el segundo cargo: Presunto incumplimiento en la entrega parcial o total en operaciones del Mercado de Compras Públicas.

Al respecto la Sala encuentra que la comisionista dirige sus afirmaciones solamente respecto de las operaciones No. 179022626 y 24290281 por lo que se pronunciará únicamente sobre éstas y no sobre las tres operaciones restantes que también conforman el cargo formulado por el Área de Seguimiento.

Ahora bien, la disciplinada en su escrito de apelación, como se ve en la síntesis realizada en el literal d) del numeral 2.2 de la presente resolución, cita un aparte de la resolución proferida por el *a quo* en donde para la operación forward MCP 179022626 la Sala de Decisión manifiesta que *“al ser la investigada una profesional en el desarrollo de este tipo de negocios, podía fácilmente haber establecido un cronograma para llevar a cabo el proceso de certificación que le permitiera obtener toda la documentación a tiempo para efectos de realizar la entrega dentro del plazo establecido, atendiendo y previendo los tiempos que maneja el ente certificador en cada etapa del trámite, desde la toma de muestras hasta el envío al laboratorio y posterior expedición del certificado de conformidad”*, por lo que la recurrente cuestiona si

con la simple construcción de un cronograma hubiese sido entonces suficiente para demostrar la diligencia que se esperaba de ella y así enervar la responsabilidad endilgada por el Área de Seguimiento que conllevó a la sanción impuesta por la Sala de Decisión.

Sobre el particular, considera la Sala Plena que el argumento esbozado por la recurrente resulta irrelevante, toda vez que se entiende que cuando la Sala de Decisión señala que *“podía fácilmente haber establecido un cronograma para llevar a cabo el proceso de certificación”* lo hace a título informativo como un ejemplo de lo que una sociedad comisionista, que se entiende es un profesional en este mercado, pudo haber hecho mínimamente a fin de ser diligente en aras de lograr que la operación celebrada fuese cumplida (en cuanto a la entrega) en los términos establecidos de manera inicial en la etapa de negociación.

Así, tal ejemplificación realizada por el *a quo* en su resolución tenía como fin demostrar que en la mencionada operación no había lugar a alegar como eximente de responsabilidad una supuesta fuerza mayor o caso fortuito, ya que todas las etapas y tiempos del proceso de certificación de las materias primas eran totalmente previsibles y determinables para una comisionista que hubiese actuado de forma diligente y profesional, hecho que no se pudo comprobar y por lo tanto resulta reprochable el incumplimiento de la obligación de entrega.

Adicionalmente, considera la Sala Plena que atacar la sanción impuesta por la Sala de Decisión en ese caso refiriéndose a la elaboración de un cronograma que *a manera de ejemplo* se le hizo resulta desatinado, como quiera que la Sala de Decisión de la misma forma pudo haberle indicado toda clase de medidas precautelativas que pudo haber desarrollado Mercado y Bolsa para cumplir las operaciones y que tampoco aparecieron siquiera mencionadas mucho menos acreditadas en el expediente. Por lo tanto, al no cumplir con la obligación de entrega y *ni siquiera haber actuado con un mínimo grado de previsión* como podría esperarse de un profesional experto en este tipo de negocios, la Sala encuentra acertadas las consideraciones elevadas por el *a quo* para la presente operación.

Ahora bien, en lo relacionado con la operación No. 24290281, la comisionista trae a esta etapa del proceso como hecho nuevo que existió una prórroga, anexando en su escrito una serie de pruebas encaminadas a demostrar tal alegación, no obstante se debe tener en cuenta lo dispuesto por el Reglamento de la Bolsa en su artículo 2.4.4.7 que dispone lo siguiente:

“Artículo 2.4.4.7.- Aporte de pruebas. Aprobado por Resolución 1847 de 2007 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Las pruebas que no hayan sido decretas por la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria pero que se consideren concluyentes o determinantes para efectos de la decisión podrán ser aportadas por el investigado dentro de cualquier etapa del procedimiento, siempre que se demuestre la imposibilidad de haberlas aportado previamente, por tratarse de hechos sobrevinientes cuya prueba resulta conducente, pertinente y útil para efectos de la investigación.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Al efecto, debe tenerse en cuenta que tal disposición no resulta meramente procesal ni de poca monta sino que conlleva en sí misma, la consagración del principio de la perentoriedad de los términos y por

tanto del debido proceso, así, para que la Sala Plena pudiera valorar este hecho *nuevo* en esta etapa del proceso, valiéndose de las pruebas allegadas por la recurrente, ésta debió demostrar: (i) que existió imposibilidad de haber aportado tales pruebas en la correspondiente instancia y, (ii) la sobreviniencia del hecho.

Para el caso en concreto, no se refirió la recurrente a la imposibilidad de haber aportado las pruebas antes y considera la Sala, el hecho de haberse presentado una prórroga en el plazo otorgado para la entrega no puede considerarse como un hecho sobreviniente en este procedimiento y menos cuando tal ocurrencia data del mes de noviembre del año 2015, es decir un mes antes de que se le solicitara rendir explicaciones, un año y 8 meses antes de presentar los descargos y 2 años 2 meses antes de la presentación del recurso.

Por todo lo anterior, la Sala pone de presente que la etapa procesal para alegar ese hecho y para aportar tales pruebas ya se encuentra precluido, razón suficiente para abstenerse de pronunciarse al mismo y, por lo tanto, procede a confirmar la sanción impuesta en este cargo por la Sala de Decisión.

3.2.4.- Consideraciones sobre el tercer cargo: incumplimiento de las condiciones de los contratos de compraventa, establecidas en la ficha técnica de negociación al no haber entregado al comisionista comprador, dentro del término establecido, los documentos requeridos para tramitar el pago en operaciones del Mercado de Compras Públicas en las que actuó como comisionista vendedor.

Sobre el particular la Sala analiza lo presentado por la recurrente y observa que en cuanto a la operación en cuestión se estableció en la *ficha técnica de negociación (FTN)* correspondiente que “dentro de los 8 días hábiles siguientes a la entrega efectiva del producto, *el comisionista vendedor, debía entregar a la sociedad comisionista compradora*”:

- La factura debidamente firmada por quien recibe,
- El acta de recibo a satisfacción del bien,
- Certificación firmada por el revisor fiscal y/o representante legal donde se indique que se encuentra al día en los pagos de los últimos 6 meses de Aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y aportes parafiscales,
- Certificación firmada por el revisor fiscal y/o representante legal donde acredite que ha cumplido durante los últimos 6 meses con sus obligaciones laborales del personal que participe en la ejecución de la presente negociación.

En virtud de esto, la apelante afirma haber aportado vía correo la totalidad de la documentación requerida a su contraparte, no obstante, al revisar el recurso presentado por la sociedad comisionista de bolsa, la Sala advierte que convenientemente, la recurrente cita el acápite de forma de pago establecido en la ficha técnica de negociación pero de forma incompleta, esto es sin incluir todo el listado de documentos requeridos para el trámite de pago (los cuales son enunciados *ut supra*) dejando por fuera la exigencia de la factura debidamente firmada por quien recibe y el acta de recibo a satisfacción del bien (ésta última no fue allegada), centrándose únicamente en las certificaciones expedidas por el revisor

fiscal y/o representante legal donde acreditan encontrarse al día frente a los pagos de aportes al Sistema de Seguridad Social, parafiscales y obligaciones laborales de los últimos 6 meses.

Teniendo en cuenta que la referencia hecha a la FTN podría inducir a error en la medida en que fue citada de forma incompleta, y que, adicionalmente, la Sala colige lo dicho en primera instancia en cuanto a que la documentación no fue remitida por la comisionista en su totalidad, la Sala comparte las consideraciones plasmadas en la Resolución 397 de 2016, ya que como la misma comisionista "(...) lo afirma en su escrito de explicaciones, no sólo no entregó el acta de recibo a satisfacción sino que del estudio de las pruebas obrantes en el expediente tampoco se allegó a tiempo el certificado de obligaciones laborales, toda vez que dicho certificado³ tenía fecha del 21 de diciembre de 2015 cuando la fecha correspondiente a la entrega de la totalidad de los documentos estaba fijada para el 18 de noviembre de 2015"; por ende, la Sala no encuentra argumentos que desvirtúen la imputación realizada y procede a confirmar la sanción impuesta por el *a quo*.

3.2.5.- Consideraciones sobre el cuarto cargo: incumplimiento en el pago parcial de operaciones del Mercado de Compras Públicas

De cara al análisis de los argumentos presentados por la apelante, La Sala encuentra totalmente válido el análisis realizado por la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria que tuvo por objeto el estudio de dicho pliego, en la medida que " *no encuentra válidas en ningún caso las afirmaciones hechas por la investigada, toda vez que no es dable afirmar que el pago de un producto se postergue o no se realice debido a que para la investigada no se había dado la entrega material del lote de gases nobles, teniendo en cuenta que la contraparte vendedora adelantó todo los trámites necesarios para que el comprador se hiciera con el producto pero que por una falta de previsión y conocimiento del cliente, el mandante comprador no contaba con la infraestructura adecuada para el almacenamiento de los gases nobles que había adquirido. Por esta razón, extraña a la Sala que el argumento por medio del cual la investigada justifica su incumplimiento en el pago radique en una omisión que es exclusivamente atribuible a ella, pese a la situación particular que hace mención la investigada respecto de la prohibición de manejo de los dineros de carácter público por parte de las sociedades comisionistas de bolsa que actúen en el marco del Mercado de Compras Públicas.*"

Sumado a esto, la Sala Plena encuentra que en ningún momento se logra evidenciar cuáles fueron las acciones adelantadas por la sociedad comisionista de bolsa para evitar caer en el incumplimiento, ya que, pese a que su actuar se encuentra limitado al ser la comisionista de una Entidad Pública, se concluye del análisis de los hechos, del expediente y de las pruebas aportadas al mismo, que Mercado y Bolsa tuvo un papel pasivo por no decir poco diligente, ya que como se indicó no es posible notar cuáles fueron las labores tendientes a postergar o prorrogar la entrega del producto adquirido de forma que la Entidad tuviera el tiempo necesario para disponer o si fuere el caso adecuar su infraestructura para poder recibir el producto negociado y, así las cosas, proceder con el pago del mismo.

³ Expediente 153-2016, Folio 567;

De igual forma, tampoco resulta de recibo para la Sala que la sociedad comisionista busque defenderse bajo el argumento, de la expedición por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia de las instrucciones que restringen el manejo de recursos por parte de las firmas comisionistas en el marco del Mercado de Compras Públicas, para asumir un rol pasivo en las operaciones de MCP celebradas y en las que represente a la Entidad Pública pretendiendo liberarse de tales compromisos atribuyéndole a ésta última la responsabilidad frente a la ocurrencia eventual de cualquier incumplimiento que ponga en juego el cumplimiento efectivo y en los términos señalados, de las obligaciones adquiridas.

Finalmente, resulta pertinente para la Sala reiterar que las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa Mercantil de Colombia actúan bajo la figura del contrato de comisión, por lo que comparte lo precisado en primera instancia respecto de que *“las operaciones que una sociedad comisionista de bolsa celebra en desarrollo de un contrato de comisión las hace en nombre propio pero por cuenta del comitente, lo que significa que frente a la contraparte en la operación que se celebra en el escenario de la Bolsa, es la sociedad comisionista quien tiene la condición de parte, pero con la obligación de transmitir los efectos del contrato celebrado a su comitente. Ello por cuanto la comisión, de conformidad con los artículos 1287⁴ y 1262⁵ del Código de Comercio, es una especie de mandato que no es representativo, lo que significa que el titular de los derechos y las obligaciones que surgen del contrato celebrado es el comisionista y no el comitente por cuenta de quien aquél actúa.*

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

En virtud de lo anterior, la Sala, al no encontrar una defensa suficiente, que permita sustentar una modificación a la decisión ya adoptada por el *a quo*, confirma en lo relacionado la sanción impuesta.

⁴ Artículo 1287 del Código de Comercio: *“La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena.”*

⁵ Artículo 1262 del Código de Comercio: *“El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra. / El mandato puede conllevar o no la representación del mandante. / Conferida la representación, se aplicarán además las normas del Capítulo II del Título I de este Libro.”*

4. Graduación de la sanción

Al respecto, la Sala Plena encuentra que los criterios que la Cámara Disciplinaria debe tener en cuenta para imponer una sanción no son más que aquellos que se señalan en el Reglamento de la Bolsa, a los cuales se ha ajustado la Sala de Decisión para determinar las sanciones que ha decidido imponer a la disciplinada mediante la Resolución 397 de 2016.

Pues bien, al respecto la Sala Plena recuerda que en atención al carácter de interés público que el artículo 335 constitucional ha dado a la actividad bursátil, le resultan exigibles los más altos estándares de calidad y cumplimiento, motivo por el cual lo mínimo que se espera de los miembros de la Bolsa es que conozcan que el mercado al que pertenecen, por el sector en el que desarrollan su actividad económica y por la distinción que implica la especialidad y calidad de los servicios que prestan, requiere una actuación íntegra en la cual no resulta admisible, desde ningún punto de vista, asomo alguno de desidia o impericia, razones de sobra para considerar que el incumplimiento de cualquiera de los deberes que como profesional le corresponden a un miembro de la Bolsa, debe ser sancionado de manera ejemplarizante y oportuna.

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 la sociedad comisionista Mercado y Bolsa S.A., no modificará la decisión esbozada por la Sala de Decisión.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena no considera procedente ni pertinente modificar la Resolución de primera instancia y en consecuencia,

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

5. Resuelve

- Primero:** Confirmar integralmente la Resolución 397 del 28 de octubre de 2016 proferida por la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria.
- Segundo:** Notificar a la sociedad comisionista de Bolsa Mercado y Bolsa S.A. del contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., advirtiendo que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.
- Tercero:** Notificar a la Jefe del Área de Seguimiento el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., advirtiendo que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

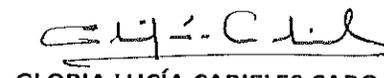
Cuarto: En firme la presente Resolución, comuníquese a la Superintendencia Financiera de Colombia y a la Secretaría General de la Bolsa Mercantil de Colombia el contenido de la misma, para lo de su competencia.

Dada en Bogotá, D.C., a los tres (3) días del mes de marzo de 2017.

Notifíquese y cúmplase,



ÁLVARO ARANGO GUTIÉRREZ
Presidente



GLORIA LUCÍA CABIELES CARO
Secretaria

En la fecha 8 de mayo de 2017 se notificó personalmente a la doctora Carolina Ortíz Forero identificada con cédula de ciudadanía no. 52.250.232 expedida en Bogotá, Jefe del Área de Seguimiento de BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. de la Resolución 90 del 3 de marzo de 2017, enterándole del contenido de la misma y advirtiéndole que contra la misma no procede ningún recurso. Así mismo, se le hace entrega de una copia de la resolución objeto de esta diligencia.



NOTIFICADO



NOTIFICADOR

En la fecha 15 de mayo de 2017 se notificó personalmente a la doctora SANDRA MILENA MEJÍA SERRANO identificada con cédula de ciudadanía no. 63.532.606 expedida en Bucaramanga, representante legal de la sociedad comisionista MERCADO Y BOLSA S.A. de la Resolución 90 del 3 de marzo de 2017, enterándole del contenido de la misma y advirtiéndole que contra la misma no procede ningún recurso. Así mismo, se le hace entrega de una copia de la resolución objeto de esta diligencia.

Sandra Mejía
NOTIFICADO

SE-Cil
NOTIFICADOR