



BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.

Resolución No. 90 de la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria (19 de diciembre de 2016)

Por medio de la cual se decide un recurso de apelación

La Sala Plena de la Cámara Disciplinaria de BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., en adelante la “Bolsa”, en ejercicio de las facultades que le confieren la Ley, los Estatutos y el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en adelante el “Reglamento”, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Área de Seguimiento en contra de la Resolución 396 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 el Área de Seguimiento en contra de la Resolución 396 del 12 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 Bursagán 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

¹Los cargos elevados en contra de la disciplinada fueron seis, a saber: i) Incumplimiento en el deber de ajustar la garantía en líquido, lo que se considera violatorio de los numerales 8, 11 y 20 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, los numerales 1, 2, 9 y 45 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de la BMC y el numeral 2 del artículo 6.2.2.3.3 de la Circular Única de la BMC. Con ello, se habría incurrido en las conductas señaladas en los numerales 11, 12, 13 y 21 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de la BMC; ii) Incumplimiento en operaciones Repo sobre CDM de las operaciones 22766619, 22091003 y 22102663, lo que se considera violatorio de los numerales 6, 8, 11 y 20 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, los numerales 1, 2, 9 y 15 del artículo 1.6.5.1, artículo 3.1.1.6, numeral 2, incisos 2 y 3 del artículo 3.3.1.1., artículo 4.2.1.10, artículo 5.2.1.1 y artículo 5.2.2.2 del Reglamento de la BMC, el literal c del artículo 6.4.1.15 de la Circular Única de la BMC; iii) 3.3. Incumplimiento en el deber de separación de activos, lo que se considera violatorio del literal m) del artículo 50 de la Ley 964 de 2005, el numeral 20 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, el numeral 5 del artículo 7.3.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010, el numeral 2 del capítulo I, Título II, Parte III de la Circular Externa 029 de 2014 de la SFC, los numerales 1, 2, 30, 40 y 45 del artículo 1.6.5.1, artículo 5.2.1.17 del Reglamento de la BMC. Con ello, se habría incurrido en las conductas señaladas en los numerales 11, 12, 13 y 21 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de la BMC; iv) Violación del objeto social por celebración de mandatos con representación, lo que se considera violatorio del artículo 99 del Código de Comercio, el artículo 2.11.1.2.2 del Decreto 2555 de 2010, el artículo 1.6.1.3 y artículo 3.1.1.1 del Reglamento de la BMC. Con ello, se habría incurrido en la conducta señalada en el numeral 21 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de la BMC; v) Violación del deber de remitir a la Bolsa información cierta, veraz y fidedigna de la realidad de los negocios que se registran respecto de las operaciones 22254608, 22411186, 22411274, 22593410, 22597413, 22808254, 22808257, 22809813, 22566036, 22566194, 22566168, 22594050 y 23095852, lo que se considera violatorio del numeral 20 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto



Secretaría de la Cámara Disciplinaria, la Sala de Decisión determinó la existencia de responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento al deber de ajustar la garantía en líquido y la violación del deber de remitir a la Bolsa información cierta, veraz y fidedigna de la realidad de los negocios que se registran respecto de las operaciones 22254608, 22411186, 22411274, 22593410, 22597413, 22808254, 22808257, 22809813, 22566036, 22566194, 22566168, 22594050 y 23095852, encontrando mérito para sancionarla con dos AMONESTACIONES PÚBLICAS. Así mismo, determinó la existencia de responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento en operaciones Repo sobre CDM de las operaciones 22766619, 22091003 y 22102663 y por no contar con una política general en materia de cobro de comisiones que cumpla con los criterios previstos en las normas que regulan la materia, encontrando mérito para sancionarla con MULTA de siete (7) salarios mínimos mensuales vigentes.

Presentado el recurso en contra dicha decisión, en atención a lo dispuesto por la Sala Plena, el 24 de noviembre de 2016 la Secretaría de la Cámara Disciplinaria corrió traslado del mismo a la investigada, sin que esta haya realizado pronunciamiento alguno sobre el particular.

La Sala Plena que conoció del recurso fue integrada por los doctores Luis Fernando López Roca, Luz Ángela Guerrero Díaz, María Victoria Moreno Jaramillo, Ángela María Arroyave O'brien y Alberto Caycedo Becerra, al no haber conocido del caso en primera instancia.

Teniendo en cuenta que el Presidente de la Cámara Disciplinaria, doctor Álvaro Arango Gutiérrez, conoció del caso en primera instancia y se encuentra impedido para actuar, en este expediente, como Presidente de la Sala Plena en sede de apelación, los miembros de la Sala Plena presentes designaron por unanimidad al doctor Luis Fernando López Roca como Presidente de la sesión.

La mencionada sala en sesión 250 del 19 de diciembre de 2016, avocó el conocimiento del recurso, estudió los hechos que dieron lugar a los cargos elevados, así como las pruebas obrantes en el expediente y el contenido de la resolución recurrida, procediendo luego a aprobar el presente fallo por unanimidad.

2555 de 2010, los numerales 2, 10 y 40 del artículo 1.6.5.1, artículo 3.7.2.2.1 del Reglamento de la BMC y el artículo 3.1.2.6.1 de la Circular Única de la BMC. Con ello, se habría incurrido en las conductas señaladas en los numerales 9 y 21 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de la BMC y vi) No contar con una política general en materia de cobro de comisiones que cumpla con los criterios previstos en las normas que regulan la materia, lo que se considera violatorio del artículo 2.9.24.1.2 del Decreto 2555 de 2010, los numerales 40 y 45 del artículo 1.6.5.1, numeral 5 del artículo 5.2.2.1 del Reglamento de la BMC. Con ello, se habría incurrido en la conducta señalada en el numeral 21 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de la BMC.

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 el artículo 2.4.6.1 y siguientes del mismo cuerpo normativo, y habiendo sido notificada el 15 de noviembre de 2016 de la Resolución 396, el 17 de noviembre de 2016 el Área de Seguimiento, interpuso recurso de apelación en contra de aquella, dentro del término otorgado a través del Reglamento, controvirtiendo la decisión de la Sala de Decisión en relación con la disposición de abstenerse de declarar responsabilidad disciplinaria por el cargo que le elevó el Área de Seguimiento consistente en el presunto incumplimiento en el deber de separación de activos.

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, lo siguiente:

*[...] MODIFICAR la decisión contenida en la Resolución recurrida con el fin de que se imponga una sanción de multa a la sociedad comisionista de bolsa **BURSAGÁN S.A** en atención a la conducta consistente en la violación de la obligación de mantener separados los activos administrados o recibidos de sus clientes de los propios.*

El Área de Seguimiento presentó su recurso, con base en los siguientes argumentos:

- i. Llama la atención al Área de Seguimiento que la Sala de Decisión considere que para tipificar la conducta de mantener separados los activos administrados o recibidos de sus clientes de los propios, sea necesario acreditar que los recursos existentes en la cuenta compensada eran propiedad de los clientes. La cuenta compensada es una cuenta que debe ser destinada exclusivamente al manejo de recursos de los clientes, por lo que el mantenimiento de dicho tipo de recursos en esa cuenta no configura ninguna violación a la normatividad vigente. Lo que se considera una violación es precisamente lo que manifiesta la investigada, esto es, que se mantengan recursos propios en la cuenta compensada.
- ii. Tal y como se puede leer en el Pliego de Cargos, lo que se establece es un deber para las firmas comisionistas de (i) mantener separados los activos administrados o recibidos de sus clientes, de los propios; (ii) preservar el

- manejo independiente de los recursos en cuentas corrientes; (iii) tomar las medidas tendientes a garantizar la total independencia de los recursos de terceros que administre frente a los recursos propios.
- iii. El bien jurídico tutelado con dicho deber es la protección de los recursos al público. La conducta endilgada involucra necesariamente la utilización de recursos propios, que al ser manejados en la cuenta compensada junto con los recursos de los clientes, conllevan la violación del deber de mantener separados los activos administrados o recibidos de sus clientes propios.
- iv. Sobre este punto se expresó la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria en la Resolución 85 del 26 de mayo de 2016 de la siguiente manera:

No obstante, del material documental allegado al expediente la Sala Plena ha podido constatar que la violación alegada por parte del Área de Seguimiento, respecto del hecho de incumplir el mandato establecido en la norma citada, es decir, mantener los activos de los clientes separados de los propios, se ve materializada en mantener los dineros consignados en la cuenta destinada exclusivamente para manejar los recursos de los clientes.

Lo anterior por cuanto si bien es cierto no resultaría viable que cuando los clientes efectúen una consignación a una cuenta que se tenga destinada exclusivamente para manejar los recursos de los clientes se les deba pedir que realicen varias consignaciones por una sola operación, en cuentas distintas para que se deposite en cada una de ellas lo correspondiente a la comisión, asiento en bolsa, gastos administrativos, pago de la operación, etc., lo cierto es que tales hechos tampoco se pueden entender como un aval para que se mantengan los recursos propios junto a los de los clientes, en la misma cuenta destinada para el manejo de los recursos de éstos, y que, adicionalmente, se utilice dicha cuenta compensada para pagar gastos administrativos, así como lo evidenció la Sala de Decisión y lo expresó² en la Resolución recurrida.

En este orden de ideas, la Sala Plena encuentra mérito para modificar la decisión tomada por la Sala de Decisión sobre este particular y, en consecuencia, imponer una sanción de acuerdo con la graduación que se señala a continuación.” (primer subrayado dentro del texto original- subrayado y negrilla fuera del texto original)

² Resolución 369 de 2016, Pág. 39

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, 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 Bursagán S.A., por algunos de los cargos que se elevaron en su contra en el Pliego de Cargos al que se ha venido haciendo referencia y se abstuvo de declarar responsabilidad disciplinaria por otros de aquellos.

Ahora, en relación con lo señalado en el artículo 2.4.6.1 del Reglamento, es claro que la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria 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 el Área de Seguimiento

De antemano, la Sala Plena debe advertir que no se consideran procedentes los argumentos presentados por el recurrente, razón por la cual el recurso no está llamado a prosperar.

En primer lugar, encuentra la Sala que, tal y como se consideró en primera instancia, para tipificar la conducta de *“incumplimiento en el deber de mantener separados los activos administrados o recibidos de sus clientes de los propios”* resulta necesario demostrar que tanto los recursos propios como los de los clientes de una sociedad comisionista no se encuentran separados.

En tal sentido, no resulta de recibo que las acusaciones realizadas por parte del Área de Seguimiento sobre comisión de conductas de resultado, se pretendan hacer valer como lo que podría denominarse a modo ilustrativo *“conductas de peligro”*, es decir, para la Sala no es aceptable que por el simple hecho de que exista la potencialidad de cometerse una irregularidad, esta pueda considerarse como cometida, tal como sucede en materia penal con los llamados *“tipo de peligro abstractos”* los cuales se sancionan con su sola ocurrencia sin que se requiera efectivamente un efectivo peligro o daño.

Por el contrario, lo que esta Sala ha reiterado es que, en efecto según la normatividad aplicable, se consideran infracciones al régimen disciplinario de la Autorregulación bursátil algunas conductas de peligro abstracto como es el caso de la ausencia de



una política para cobrar las comisiones y/o tarifas. No obstante, para el caso que nos ocupa y por tratarse de una conducta de lesión se requiere que el resultado de la acción implique un daño concreto y en ese sentido, la tipificación se debe hacer argumentando y demostrando primero que la conducta en efecto ocurrió, pero, además, que tal conducta generó un peligro o daño concreto, siendo por ese resultado concreto que la conducta se convierte en sancionable.

En segundo lugar, para la Sala Plena, los argumentos expuestos parecen confundirse en el recurso de alzada que el Área de Seguimiento presenta, pues razonamientos como el que se señala a continuación dan a entender que para dicha Área también es evidente la necesidad de demostrar que los recursos propios se encuentren mezclados con los de los clientes para que el aludido cargo prospere: *“En consecuencia, la conducta endilgada involucra necesariamente la utilización de recursos propios, que al ser manejados en la cuenta compensada junto con los recursos de sus clientes, conllevan la violación del deber de mantener separados los activos administrados o recibidos de sus clientes de los propios.”*³ (Resaltados y subrayas fuera del texto original). Sobre esto la Sala considera que, en efecto, no basta el solo hecho de que los recursos de la sociedad y de los mandantes se encuentren consignados en la misma cuenta para que la conducta sea censurable, sino que necesariamente se debe demostrar que eran manejados de manera conjunta, que eran compensados y se encontraban mezclados sin que fuera posible identificar unos y otros.

En tercer lugar, a tono con las consideraciones señaladas en el párrafo anterior, encuentra la Sala que la recurrente hace una cita de lo considerado por la Sala Plena en sesión del pasado 26 de mayo de 2016 y que quedó plasmado en la Resolución 85, con el fin de sustentar su postura en procura del recurso de apelación que presentó. Sin embargo, no entiende la Sala la interpretación que el Área de Seguimiento está dando a lo citado, pues se advierte claramente que lo que resultó reprochable para ese caso fue tanto mantener los recursos propios mezclados con los de sus clientes (aspecto que sí se probó en esa ocasión), como la utilización de la cuenta compensada para pagar gastos administrativos, asunto diferente al que ocupó a la Sala cuya decisión hoy se conoce en alzada. Veamos:

“No obstante, del material documental allegado al expediente la Sala Plena ha podido constatar que la violación alegada por parte del Área de Seguimiento, respecto del hecho de incumplir el mandato establecido en la norma citada, es decir, mantener los activos de los clientes separados de los propios, se ve materializada en mantener los dineros consignados en la cuenta destinada exclusivamente para manejar los recursos de los clientes.”

³ Párrafo 5 de la página 5 del Recurso de Apelación presentado por el Área de Seguimiento a la Resolución No. 396 del 12 de octubre de 2016 de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa Mercantil.

*Lo anterior por cuanto si bien es cierto no resultaría viable que cuando los clientes efectúen una consignación a una cuenta que se tenga destinada exclusivamente para manejar los recursos de los clientes se les deba pedir que realicen varias consignaciones por una sola operación, en cuentas distintas para que se deposite en cada una de ellas lo correspondiente a la comisión, asiento en bolsa, gastos administrativos, pago de la operación, etc., lo cierto es que tales hechos tampoco se pueden entender como un aval para que se **mantengan los recursos propios junto a los de los clientes, en la misma cuenta destinada para el manejo de los recursos de éstos**, y que, adicionalmente, se utilice dicha cuenta compensada para pagar gastos administrativos, así como lo evidenció la Sala de Decisión y lo expresó⁴ en la Resolución recurrida. (Resaltados con subrayas fuera del texto original).*

En cuarto lugar, lo que se evidencia en el presente caso es una incorrecta tipificación de la conducta, pues se pretende que se sancione una potencial no separación de activos, sin demostrar que dichos activos no estuviesen separados, valga decir, el hecho de que los recursos propios y de los clientes se encuentren en la misma cuenta no equivale a decir que no estén separados y que por ese solo hecho se presente la infracción. En efecto, recursos propios de la sociedad comisionista pueden encontrarse por diferentes motivos en la cuenta compensada, por ejemplo, tratándose de comisiones, por la elemental razón de que la comisión está incluida en los recursos que se giran a dicha cuenta, los cuales posteriormente son retirados por la firma comisionista. Lo que no puede ocurrir es que los recursos de la firma se compensen o mezclen con recursos de los clientes como sucedería si en una cuenta exclusiva de la firma comisionista, utilizada para sus manejos administrativos, se confunden dineros provenientes de sus clientes. Así se entiende que lo consideró la Sala de Decisión, razón por la cual su decisión no fue exonerar a la disciplinada por tal cargo, sino que, resolvió abstenerse de declarar responsabilidad disciplinaria en cabeza de aquella, aspecto que es plenamente compartido por esta instancia.

Ahora bien, si en gracia de discusión, se hubiera encontrado que la imputación que se hizo consistía en un *incorrecto manejo de la cuenta compensada*, con la argumentación expuesta, el señalamiento de las normas aplicables y el material probatorio aportado al expediente, por ejemplo, no habría motivo para la Sala Plena en no reconocer la existencia de responsabilidad disciplinaria.

No obstante, se insiste, la improcedencia para sancionar en este caso se debe a la incorrecta tipificación de la conducta que realizó el Área de Seguimiento, aspecto que además señaló claramente la Sala de Decisión en la Resolución recurrida de la siguiente manera:

⁴ Resolución 369 de 2016, Pág. 39



*“En sentido de lo anterior, encuentra la Sala que con las normas citadas no es posible que el cargo elevado prospere, habida cuenta del error de tipificación que se presenta, pues no se puede dejar de lado que la certificación del revisor fiscal de la investigada (obrante a folio 83) con base en la cual el Área de Seguimiento pretende probar la conducta alegada menciona en su contenido que “el promedio de días en que **los recursos de Bursagán**, producto de comisiones, fueron mantenidos en la cuenta compensada del Banco de Bogotá, para el periodo (mayo [2014] a mayo 2015) es de aproximadamente 35 días.” (Subrayas fuera del texto original). Así las cosas, derivar responsabilidad disciplinaria para la investigada por un hecho en el cual empleó exclusivamente recursos propios, imputando presuntas infracciones a normas que proscriben la posibilidad de mantener juntos recursos de clientes con propios, no resulta de recibo.*

Finalmente, la Sala Plena no puede dejar de advertir el inconveniente que observa en la aplicación que el Área de Seguimiento pretende dar de las normas que señala como presuntamente infringidas. Ello, pues en ninguna de las disposiciones citadas se señala de manera concreta el término máximo con el cual cuenta la sociedad comisionista para proceder a separar los recursos propios de los de sus clientes, cuando unos y otros resulten en la misma cuenta como consecuencia de que los depósitos que hacen los mandantes en la cuenta compensada, como en el presente caso. Ni la ley ni el reglamento establecen un plazo para ello, cumplido el cual pueda deducirse que la sociedad está en mora de hacerlo. Y para sancionar es preciso que una norma establezca el término vencido el cual se configura la infracción. Por otro extremo, la simple mecánica del manejo de las cuentas enseña que difícilmente antes del corte de fin de mes la firma comisionista tiene claridad de los dineros suyos que a título de comisiones pagadas debe retirar de la cuenta, razón por la cual la Sala no observa ninguna irregularidad a este respecto. En suma, interpretar el mandato de “mantener la separación” de los activos de los clientes y la sociedad, en la forma en que lo hace el Área de Seguimiento para el caso concreto, equiparando esa conducta a la de la sociedad que toma los dineros de sus clientes para consignarlos en sus propias cuentas, sometiéndolos a los riesgos inherentes de sus bienes propios (por ejemplo, embargo proveniente de deudas de la sociedad comisionista), no resulta, pues, acertado.

Corolario de lo anterior y por no encontrar méritos que desestimen las razones tenidas en cuenta por el *a quo*, la Sala Plena decide mantener la decisión adoptada por la Sala de Decisión en cuanto al aludido cargo.

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 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,

5. Resuelve

Primero: Confirmar integralmente la Resolución 396 del 12 de octubre de 2016 proferida por la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria.

Segundo: Notificar a la sociedad comisionista de Bolsa Bursagán 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 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 19 días del mes de diciembre de 2016.

Notifíquese y cúmplase,

(Original firmado)
LUIS FERNANDO LÓPEZ ROCA
Presidente

(original firmado)
GLORIA LUCÍA CABIELES CARO
Secretaria