

BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.

Resolución No. 94 de la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria (26 de abril 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 "Bolsa", en ejercicio de las facultades que le confieren la Ley, los Estatutos y el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en adelante el "Reglamento", procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Agrobolsa S.A. en contra de la Resolución 403 de 2017 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 Agrobolsa S.A. en contra de la Resolución 403 del 23 de enero de 2017, mediante la cual, en Sala de Decisión, la Cámara Disciplinaria decidió en primera instancia, la investigación adelantada en contra de la sociedad Agrobolsa S.A., en adelante "la disciplinada".

Previo estudio de los hechos, las explicaciones presentadas, el pliego de cargos elevado¹, el acervo probatorio y, en general, el expediente que reposa en la

¹Los cargos elevados en contra de la disciplinada fueron nueve, a saber: i) Incumplimiento al deber de suministrar la información necesaria y llevar a cabo la debida diligencia para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones y la transferencia de dineros correspondientes a la constitución oportuna de la garantía inicial por parte del comprador en la operación FWD MCP 24138293, lo que se considera violatorio de los numerales 11 y 20 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, los numerales 1 y 45 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de la BMC, el artículo 3.1.3.5.3 de la Circular Única de la BMC, el numeral 1.2 del Instructivo Operativo número 3 del 28/06/2013 de la BMC. Por dichos aspectos, alega el Área de Seguimiento, se habría incurrido en las conductas prescritas en los numerales 11 y 21 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de la BMC; ii) No constitución oportuna de la garantía inicial de la operación FWD MCP 24796824, lo que se considera violatorio de los numerales 11 y 12 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, los numerales 1, 2 y 21 del artículo 1.6.5.1, el numeral 3 del artículo 6.2.2.10 y el artículo 6.4.1.1 del Reglamento de la BMC, así como el subnumeral 1.3.1 del numeral 1.3 del artículo 6.2.2.3.2 de la Circular Única de la BMC. Por dichos aspectos, alega el Área de Seguimiento, se habría incurrido en las conductas prescritas en los numerales 12 y 21 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de la BMC; iii) Incumplimiento en las condiciones fijadas en la FTN. Operación DISPONIBLE MCP No. 24346167, lo que se considera violatorio del numeral 11 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, los numerales 1 y 44 del artículo 1.6.5.1, el numeral 5 y parágrafo 2 del artículo 3.6.2.1.6.1 y artículo 5.2.2.2 del Reglamento de la BMC. Por dichos aspectos, alega el Área de Seguimiento, se habría incurrido en las conductas prescritas en los numerales 11 y 21 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de la BMC; iv) Incumplimiento en el pago de ops FWD MCP 23844014, 23836924 y 24112586, lo que se considera violatorio de los numerales 6, 11 y 20 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, los numerales 1 y 15 del artículo 1.6.5.1, el numeral 4 del artículo 3.6.2.1.6.1 y el artículo 5.2.2.2 del Reglamento de la BMC. Por dichos aspectos, alega el Área de Seguimiento, se habría incurrido en las conductas prescritas en los numerales 11 y 13 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de la BMC; v) Incumplimiento de la

Secretaría de la Cámara Disciplinaria, la Sala de Decisión determinó la existencia de responsabilidad disciplinaria por la no constitución oportuna de la garantía inicial de la operación Forward MCP 24796824; por el incumplimiento en las condiciones fijadas en la Ficha Técnica de Negociación de la operación Disponible MCP No. 24346167; por el incumplimiento en el pago de operaciones FWD MCP Nos. 23844014, 23836924 y 24112586; por el incumplimiento de la obligación de verificar el cumplimiento de los 'requisitos habilitantes' de su mandante y suministrar información incompleta e inexacta a la BMC al respecto; por el incumplimiento respecto de la obligación de abstenerse de participar en rueda de negociación sin estar 'habilitada'; por el incumplimiento de la obligación de adoptar y aplicar los procedimientos de conocimiento del cliente y; por el incumplimiento de la obligación de registrar en el Libro Electrónico de Órdenes las órdenes recibidas de sus clientes, encontrando mérito para sancionarla con MULTA de veinte (20) salarios mínimos mensuales vigentes.

Presentado el recurso en contra dicha decisión, en atención a lo dispuesto por la Sala Plena, el 20 de febrero de 2017 la Secretaría de la Cámara Disciplinaria corrió traslado del mismo al Área de Seguimiento, sin que ésta haya realizado pronunciamiento alguno sobre el particular.

La Sala Plena que conoció del recurso fue integrada por los doctores Álvaro Arango Gutiérrez, Luz Ángela Guerrero Díaz, Jorge Ignacio Lewin Figueroa, Ángela María Arroyave O'Brien y Félix Antonio Soto, al no haber conocido del caso en primera instancia.

obligación de verificar el cumplimiento de los 'requisitos habilitantes' de su mandante, lo que se considera violatorio de los numerales 11 y 20 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, los numerales 1, 2, 40 y 45 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento de la BMC, así como el párrafo 1 del artículo 3.1.2.5.6.1 de la Circular Única de la Bolsa. Por dichos aspectos, alega el Área de Seguimiento, se habría incurrido en las conductas prescritas en los numerales 13 y 21 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de la BMC; vi) Incumplimiento respecto de la obligación de abstenerse de participar en rueda de negociación sin estar 'habilitada', lo que se considera violatorio de los numerales 11 y 20 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, los numerales 1, 2 y 29 del artículo 1.6.5.1 (vigentes para la época de los hechos) y el artículo 5.1.3.4 del Reglamento de la BMC. Por dichos aspectos, alega el Área de Seguimiento, se habría incurrido en las conductas prescritas en los numerales 11 y 21 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de la BMC; vii) Suministro de información incompleta e inexacta a la BMC al haber incumplido con la obligación de verificar el cumplimiento de los 'requisitos habilitantes' de su mandante, lo que se considera violatorio de los numerales 8 y 20 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, los numerales 2, 9, 10, 40 y 45 del artículo 1.6.5.1, y el artículo 5.1.3.4 del Reglamento de la BMC. Por dichos aspectos, alega el Área de Seguimiento, se habría incurrido en las conductas prescritas en los numerales 9 y 21 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de la BMC; viii) Incumplimiento de la obligación de adoptar y aplicar los procedimientos de conocimiento del cliente, lo que se considera violatorio del numeral 20 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, el numeral 2 del artículo 1.6.5.1 y el numeral 4 del artículo 5.2.2.1 del Reglamento de la BMC, así como el numeral 3 del artículo 5.1.1.1 de la Circular Única de la Bolsa. Por dichos aspectos, alega el Área de Seguimiento, se habría incurrido en la conducta prescrita en el numeral 1 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de la BMC; ix) Incumplimiento de la obligación de registrar en el Libro Electrónico de Órdenes las órdenes recibidas de sus clientes, lo que se considera violatorio del numeral 20 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010, el numeral 31 del artículo 1.6.5.1, el artículo 4.2.1.2 del Reglamento de la BMC, así como el artículo 1.6.5.1 de la Circular Única de la Bolsa. Por dichos aspectos, alega el Área de Seguimiento, se habría incurrido en la conducta prescrita en el numeral 7 del artículo 2.2.2.1 del Reglamento de la BMC.

La mencionada Sala en sesiones 258, 260, 261 y 263 de los días 3, 14 y 16 de marzo y 26 de abril de 2017 respectivamente, 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.

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 13 de febrero de 2017 de la Resolución 403, el 20 de febrero de 2017 la disciplinada interpuso recurso de apelación en contra de aquella, dentro del término otorgado a través del Reglamento, contravirtiendo la decisión de la Sala de Decisión en relación con los cargos que le elevó el Área de Seguimiento y que prosperaron de acuerdo con las consideraciones de la primera instancia.

2.2. Contenido del recurso de apelación interpuesto por la investigada

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

Solicitud principal:

[...] que se revoque el numeral segundo de la parte resolutive de la Resolución 403 de 2017 de la Cámara Disciplinaria y se exonere a Agrobolsa de todos los cargos presentados por el Área de Seguimiento por las razones expuestas en el numeral 3 del presente recurso.

Solicitudes subsidiarias:

[...] que se revoque el numeral segundo de la parte resolutive de la Resolución 403 de 2017 de la Cámara Disciplinaria y: (i) se ajuste en el monto que corresponda, disminuyendo consecuentemente la multa impuesta por las razones expuestas en el numeral 3 del presente recurso que constituyan una causal para revocar la sanción adoptada respecto de cada uno de los cargos; (ii) se ajuste en el monto que corresponda, disminuyendo consecuentemente la multa impuesta por las razones expuestas en el numeral 3 del presente recurso y que tienen que

ver con la inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad y otras violaciones al debido proceso por parte del a quo.

[...] que tenga en cuenta los factores de atenuación que correspondan así como que realice una graduación de la sanción ajustada al Reglamento de la Bolsa, consecuentemente disminuyendo la sanción impuesta en razón de que el a quo no tuvo en cuenta en ninguno de los atenuantes de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dieron los hechos objeto de análisis.

La disciplinada presentó su recurso, con base en los siguientes argumentos:

Para el segundo cargo (No constitución oportuna de la garantía inicial de la operación Forward MCP 24796824):

- i. Objeción por inadecuada tipificación normativa y valoración de los hechos por el a quo frente al cuerpo de las normas citadas como infringidas:*

Se realizó una inadecuada tipificación de la conducta y del análisis de la misma en la medida en que conlleva a pensar que lo que se sancionó no fue la constitución de la garantía sino no haberse cumplido el procedimiento especial de aceptación de pago mediante cheque.

Dado que el Área de Seguimiento busca una sanción por no haber constituido la garantía y que el a quo menciona que es cierto que el cheque tiene un efecto liberador, no guarda congruencia con el tipo normativo citado como infringido el que la Cámara Disciplinaria pretenda sancionar por la violación del plazo para constituir garantías.

- ii. Objeción por violación al debido proceso al no dar aplicación al principio de proporcionalidad:*

El a quo no tuvo en cuenta las circunstancias atenuantes suficientes para determinar el monto de la multa que estableció como sanción. Los aspectos que dejaron de analizarse al momento de imponer la referida fueron los siguientes:

- El pago se realizó mediante cheque de gerencia lo que disminuyó el riesgo.*
- La Bolsa aceptó el pago del cheque aún sin su autorización previa.*

- *El total de la garantía equivalía a \$1.388.912 (folio 112) lo que equivale a una suma ínfima y que no tenía el potencial de afectar de ninguna manera la estabilidad o la reputación del mercado.*
- *La garantía constituida fue aceptada por la Bolsa (folio 245 y 246).*
- *En caso de aceptarse que hubo violación, la misma únicamente puede predicarse respecto de no dar aplicación al artículo relacionado con el procedimiento de pago en cheque y no de la obligación de constituir garantías pues, se reitera, la Bolsa aceptó la garantía así constituida.*
- *En otros casos, en los cuales se presentó una ausencia definitiva en la constitución de garantías se sancionó más fuerte, pero porque eran montos muy superiores, sobre una falta más grave.*
- *No se tomó en cuenta, como atenuante, el que se hubiera desplegado la diligencia para la constitución de la garantía, que se hizo a tiempo, sin embargo en contravía de los procedimientos de aprobación previa para la constitución de garantía en cheque.*
- *No es cierto que el dinero en efectivo deba estar disponible para el mercado el mismo día que éste lo requiera, pues de haber sido necesarios los recursos para la ejecución de la garantía, habrían debido pasar, por lo menos, 3 días adicionales no solo para su utilización, sino es que varias semanas debido al plazo de pago previsto en el mismo negocio.*

Para el tercer cargo (Incumplimiento en las condiciones fijadas en la Ficha Técnica de Negociación de la operación Disponible MCP No. 24346167):

- Objeción por error de derecho al no estar la resolución en consonancia con los hechos y error de derecho derivado del error de hecho en la apreciación de los descargos y del material probatorio:*

Siempre se ha sostenido desde la defensa que no se presentó una infracción normativa toda vez que se encuentra excusada en el hecho de un tercero, precisamente, en el hecho de quien actuó como comprador en la operación.

No se hizo entrega de la factura ni de nada de lo requerido debido a que no se contaba con el acta de recibo a satisfacción. Esta acta, que debe ser suscrita por el comprador, es un requisito del mismo comprador para el pago y por ello, constituye el hecho de un tercero respecto de la operación bursátil. El mismo comprador era quien debía emitir el documento exigido por el comprador, no el vendedor (*Opera como un eximente en la medida en que exige que para que proceda el pago es necesario un documento que sólo puede emitir el comprador.*)

La FTN que se utiliza como prueba debe tacharse de sospechosa y no ser tenida en cuenta por la Cámara Disciplinaria en la medida en que no brinda suficiente certeza de que con base en ella se celebró el negocio en cuestión al no contener la totalidad de los elementos que el mismo Reglamento de la Bolsa exige de ella y, por esa vía, desestimarse cualquier conclusión que haya podido realizar el Área de Seguimiento o el a quo con base en la misma, so pena de haber tomado una decisión en contravía al debido proceso.

ii. *Objeción por violación al debido proceso al no dar aplicación al principio de proporcionalidad:*

El a quo considera que se infringieron los términos de la FTN por la no acreditación de condiciones que fijó la ficha técnica de negociación. No se analiza en ningún momento que el principal requisito con el que no se contaba era un documento que producía el mismo comprador y que la ausencia de contar con él no puede ser endilgada al vendedor. No tiene en cuenta el a quo que los trámites que dieron inicio al Comité Arbitral celebrado por la Bolsa fueron iniciados por la solicitud de incumplimiento presentada por Agrobolsa en contra del comprador, lo cual se encuentra probado en el expediente.

El único afectado con la no presentación de los documentos fue la punta vendedora y no la contraparte de la operación ni el mercado pues, en caso de encontrar como cierto que existía incumplimiento, se desconoce que el requisito era necesario sólo para poder ejercer un derecho que le asiste exclusivamente a la vendedora: el derecho a que le paguen.

Para el cuarto cargo (Incumplimiento en el pago de ops FWD MCP 23844014, 23836924 y 24112586):

i. *Objeción por inadecuada tipificación normativa y violación indirecta del reglamento de la Bolsa por el a quo como consecuencia de error de derecho y por inadecuada valoración probatoria:*

El a quo no realiza ninguna mención dentro de sus consideraciones a los argumentos expuestos en los descargos, lo que se considera una violación al derecho de defensa de Agrobolsa. Los siguientes son los argumentos a los que no se refirió la Sala de Decisión:

- El no pago corresponde a la adopción de medidas temporales y extraordinarias debido a la expedición de la Circular Externa 046 de 2015 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo que constituye un

eximente de responsabilidad por tratarse de un hecho del príncipe que limitaba la capacidad de pago de la entidad estatal, fuerza mayor que no fue analizada por el a quo y que de haberlo sido, habría sido tenida en cuenta como eximente de responsabilidad.

- La existencia de una causal de imposibilidad para el pago debió tenerse en cuenta dentro de la formulación de cargos para configurar una violación al procedimiento para solicitar la modificación en razón de la expedición de la mencionada circular y no de la ausencia de pago, en la medida en que este se hizo imposible, lo cual se configura como una inadecuada tipificación de la conducta.
- El eximente de responsabilidad consistente en que la Bolsa no permitió el pago en la fecha pactada.

ii. *Objeción por violación al Reglamento de la Bolsa y a normas de orden superior por pretender desconocer las normas que rigen el presupuesto nacional:*

- El procedimiento existente para informar a la Bolsa no puede entenderse como violatorio de normas de orden superior, es decir, el que la Bolsa exija que se de cumplimiento a un procedimiento para ajustar la información que reposa en sus sistemas no significa que por esa razón, el no hacerlo, genere la obligación de dar cumplimiento a las obligaciones de pago por encima de las restricciones que en materia de derecho presupuestal ha establecido el Congreso de la República.
- Desde la expedición de las instrucciones emitidas por la Superintendencia Financiera de Colombia mediante oficios del 29 de abril y 29 de mayo de 2013, identificados bajo el radicado 2013036246005-000 el procedimiento de pago en el MCP recae sobre la entidad comitente (Circular de la Bolsa, artículos 6.1.1.1 y 6.3.1.1.1) no sobre la comisionista, hecho mismo que reconoce la ya abundante jurisprudencia de la Cámara Disciplinaria en materia de pagos y garantías. Si en aras de discusión la Cámara pretende desconocer su propia doctrina en materia de responsabilidad disciplinaria por el oportuno cumplimiento de los giros realizados por las entidades estatales, en los que ha señalado que sólo procede responsabilidad por diligencia y no por una obligación de resultado, entonces deberá tener como causal atenuante de responsabilidad la existencia del artículo 6.3.1.1.1 de la Circular de la Bolsa que reconoce que si bien se mantiene la responsabilidad contractual, debe reconocerse que el pago

corresponde al hecho de un tercero, por lo que debe atenuarse, sino eximirse.

iii. *Objeción por violación al debido proceso al no dar aplicación al principio de proporcionalidad:*

El a quo considera que se incumplió con el deber de pagar en los términos pactados, no otorga ningún peso específico a la valoración del hecho de que el cliente comprador estaba limitado presupuestalmente por la decisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ni que las operaciones se hubieran pagado el 22 de enero, 9 y 11 de febrero, incluso antes de la fecha que se había pactado para su aplazamiento que era el 22 de marzo de 2016 (folios 265 a 268), con la aquiescencia del vendedor. Si se hubiera generado algún desbalance económico para éste, es evidente que no hubiera aceptado el pago hasta el mes de marzo y lo hubiera exigido con mayor prontitud, que fue lo que sucedió.

Para el quinto y séptimo cargo (Incumplimiento de la obligación de verificar el cumplimiento de los 'requisitos habilitantes' de su mandante y suministro de información incompleta e inexacta a la BMC al haber incumplido con la obligación de verificar el cumplimiento de los 'requisitos habilitantes' de su mandante):

i. *Objeción por inadecuada tipificación normativa y violación indirecta del reglamento de la Bolsa por el a quo como consecuencia de error de derecho:*

El numeral 8 del artículo 3.6.1.2 del Reglamento de la Bolsa, vigente para la época de los hechos, señala lo siguiente:

No se podrán incluir en la ficha técnica de negociación disposiciones o condiciones de negociación o de cumplimiento de la operación que tiendan a direccionar la operación o a limitar el mercado de tal manera que se afecte la pluralidad, por lo que no se podrán incluir requisitos que deban cumplir los comitentes de la contraparte en la operación.

No obstante lo anterior, pretende la misma Bolsa endilgar responsabilidad disciplinaria en cabeza de Agrobolsa por el incumplimiento de un deber supuestamente contenido en la ficha técnica de negociación en contravía del Reglamento de la Bolsa.

Así mismo, al pretender sostener que la indebida acreditación de requisitos habilitantes es causal para sustentar una infracción de las normas supuestamente infringidas, desconoce normas de orden superior aplicables en

virtud del artículo 3.6.1.5 del Reglamento de la Bolsa, vigente para la época de los hechos que reza:

Además de someterse a lo previsto en la normatividad aplicable, en particular en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 4444 de 2008, las operaciones que se realicen dentro del MCP deberán ceñirse a lo dispuesto en el presente título, así como a las Circulares e Instructivos que se expidan en desarrollo del mismo. En lo no previsto en tales normas, se sujetarán a lo establecido en la parte general del presente Reglamento en cuanto resulte compatible con la naturaleza y características propias de las operaciones que se realicen dentro del MCP.

Pues bien, el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, (aplicable plenamente en virtud de lo señalado en la norma citada anteriormente), establece lo siguiente:

PARÁGRAFO 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

A partir de la lectura de la norma citada, resulta evidente que los oferentes, dentro de un proceso de selección abreviada a través de la modalidad de bolsas de productos, pueden presentar sus ofertas (en el caso de la Bolsa: su manifestación de su intención de participar), sin acompañarlas de la totalidad de los documentos referentes a la futura contratación o al proponente que no sean necesarios para la comparación de las propuestas.

En la medida en que el proceso en Bolsa supone que el único factor de comparación entre las propuestas es el precio, una lectura precisa de la Ley 1150 de 2007 y del Reglamento de la Bolsa exige que se estime como improcedente cualquier acusación que esté basada en el incumplimiento de normas cuando no se presentan de manera completa los documentos.

No tendría sentido la existencia del trámite de subsanación en la medida en que cada vez que se aplique dicho procedimiento se estaría en una situación de infracción de la norma por remisión de información, cuando menos, imprecisa, por lo que no es aceptable que se utilicen normas de tipo abierto como el deber de lealtad por la remisión de información ficticia, falsa o incompleta.

En consecuencia la conducta endilgada carece de tipicidad por no encontrarse prohibida por la Ley y debe juzgarse que los hechos objeto de investigación y sanción por el a quo se encontraban ajustados a los procedimientos propios de la contratación estatal.

- ii. *Objeción por violación indirecta de la Ley sustancial como consecuencia de error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de los cargos y de los descargos, además de no estar la resolución en consonancia con los hechos:*

La resolución recurrida no es congruente con los hechos que son descritos en el pliego de cargos en la medida en que señala lo siguiente como soporte sustantivo de su decisión:

Ahora bien, no cabe duda para la Sala que, en efecto, la conducta que se acusa está llamada a prosperar toda vez que tal y como es reconocido por la investigada se presentaron inconsistencias en la información que aquella registró en el SIB, frente a aquella plasmada en las facturas registradas.

Sobre tal aspecto, para la Sala de Decisión, los descargos presentados por la investigada no ostentan el mérito suficiente para relevarla de responsabilidad disciplinaria, no obstante, los mismos se tendrán como elementos moderadores de la sanción a imponer. Para tal efecto se tendrá en cuenta, para el caso concreto: i) el número de facturas registradas en las cuales se presentaron inconsistencias: un total de 13 dentro de un lapso de 5 meses; ii) la representatividad de las inconsistencias presentadas y iii) el grado de afectación que dichas inconsistencias pudo haber generado o que generó al mercado.

Lo anterior a pesar de que para los hechos a los que se refiere el cargo no se registró ninguna información en el SIB, ni en el pliego de cargos se hace referencia a lo señalado en la resolución recurrida, razón por la cual se hace imposible realizar un ejercicio del derecho de defensa y, por esa vía, una violación al derecho del debido proceso de Agrobolsa, en la medida en que se le ha negado la posibilidad de defender jurídicamente y apelar la decisión del a quo por haber este atendido asuntos que no fueron objeto de análisis en el pliego.

- iii. *Objeción por violación al debido proceso al no dar aplicación al principio de proporcionalidad:*

Nada de lo expuesto fue analizado por el a quo al momento de determinar el monto de la sanción impuesta, ya que no se tuvieron en cuenta atenuantes de la sanción sino sólo agravantes.

En el presente caso se debe reiterar que la capacidad de defensa frente a la decisión del a quo se ve gravemente afectada y por esa vía el derecho al debido proceso de Agrobolsa, razón por demás para exonerarla sino por el error de hecho, entonces por la violación al derecho al debido proceso de la sociedad, que ha limitado ostensiblemente la capacidad de hacer ejercicio de este derecho de recurrir la decisión.

Para el sexto cargo (Incumplimiento respecto de la obligación de abstenerse de participar en rueda de negociación sin estar 'habilitada'):

- i. *Objeción por inadecuada tipificación normativa y violación indirecta del reglamento de la Bolsa por el a quo como consecuencia de error de derecho – requisitos habilitantes:*

Además de hacer una reiteración de lo expuesto en la primera objeción a las consideraciones de la Resolución, de las que derivó la sanción impuesta por el quinto y séptimo cargo del pliego de cargos, la disciplinada agregó que sería reprochable al Autorregulador pretender sancionarla por supuestamente incumplir asuntos incluidos en la FTN en contravía del Reglamento de la Bolsa, y una consecuente violación al derecho al debido proceso de Agrobolsa como consecuencia de error de derecho al no dar aplicación estricta a las normas de la Bolsa y pretender sancionar a esta sociedad comisionista al desconocer dichas normas.

- ii. *Objeción por inadecuada tipificación normativa y violación indirecta del reglamento de la Bolsa por el a quo como consecuencia de error de derecho – procedimiento de habilitación:*

Es falso, como se señala en la resolución recurrida, que Agrobolsa no haya presentado en sus descargos argumentos en relación con los hechos objeto de investigación, en la medida que en la página 1 de los mismos se señaló que "*nos adherimos a las explicaciones dadas, ratificándonos en los contenidos como descargos al pliego de cargos*". No obstante lo anterior, por un error de lectura del pliego de cargos, entendimos que dicho cargo había sido archivado por decisión del Área de Seguimiento, pero "*debió el a quo realizar un análisis comprehensivo y completo del documento de descargos*", por lo que no compartimos que se señale en la resolución recurrida que "*la investigada no presentó descargos para las acusaciones a las que se refieren en el cargo citado*".

En cualquier caso, el a quo debió realizar un análisis completo de la normatividad aplicable al procedimiento de habilitación para la celebración de

operaciones a través del MCP, razón por la cual debía remitirse al contenido del artículo 3.1.2.5.6.1 de la Circular Única de Bolsa, vigente para la época de los hechos objeto de investigación.

Si bien hasta la fecha se ha sostenido que ello se debió a un error del operador, ello solamente encuentra justificación en la medida en que entendemos que esta situación se originó en una interpretación normativa en cabeza del Presidente de la rueda quien decidió anular las operaciones en cuestión y, frente a la cual, un error en cabeza del operador era la única situación compatible con una decisión de la Bolsa de esa naturaleza.

De hecho, ni en el oficio PSD-266 del 23 de mayo de 2013 (obrante en el expediente a folios 147 y ss), por medio del cual el Presidente de la Bolsa informó la decisión de anular las referidas operaciones, ni en ninguna parte del expediente se detalla en qué consiste la falta a no acreditar debidamente el cumplimiento de los requisitos establecidos para su negociación y cómo ello configura una ineficacia o una inexistencia. Sobre este aspecto, se trae a colación lo señalado en la Resolución 361 de 2015 de la Cámara Disciplinaria, en la cual, en un caso similar que recoge la decisión de la Sala Plena plasmada en la Resolución 61 de 2014 se sostuvo que no puede predicarse responsabilidad disciplinaria de unas operaciones que han sido anuladas ya que, una vez anuladas éstas *“se entienden como inexistentes y sin efectos jurídicos que se deriven de ellas”*.

Las consideraciones del a quo desconocen la realidad por cuanto en virtud del Reglamento, la anulación de las operaciones (en aplicación de lo establecido en el artículo 3.2.3.2.1), implica una valoración de parte de la Bolsa según la cual, la anulación no afecta la seguridad o seriedad del mercado y mal hace el a quo entonces en adoptar una decisión que afecta la seguridad jurídica de los sujetos disciplinarios y que, al no haber existido nunca, no podría reputar ningún tipo de responsabilidad disciplinaria. Así mismo, se deberá tener en consideración que las afirmaciones del a quo sobre la gravedad de la conducta desconocen dicha realidad y que no se generó ningún tipo de afectación a la seriedad o la seguridad del mercado con el “error” del operador de Agrobolsa.

Yendo aún más allá, la lectura del artículo 3.1.2.5.6.1 de la Circular Única de Bolsa, vigente para la época de los hechos, permite entrever que no hay nada en los hechos que soporte que Agrobolsa violó el procedimiento de habilitación y al Área de Seguimiento le corresponde probar lo contrario sobre la subsanación de la inscripción, en aplicación del principio *in dubio pro disciplinado*.

Finalmente, se reitera que Agrobolsa sí estaba habilitada para participar en la rueda de negocios en que se celebraron las operaciones 17901917, 17901918 y 17901919, tanto que el mismo Presidente de la rueda le permitió operar. De cualquier manera, aún si se acepta que la decisión de la Bolsa fue ajustada a derecho deberá tenerse en cuenta que en virtud de la posición adoptada por la Cámara Disciplinaria en más de una ocasión, el reconocimiento de la inexistencia de un negocio conlleva a que no exista responsabilidad disciplinaria, ya que los actos preparatorios son accesorios y deben seguir la suerte de lo principal, es decir, que jamás existieron.

iii. *Objeción por violación al debido proceso al no dar aplicación al principio de proporcionalidad:*

El a quo considera que Agrobolsa participó en la rueda sin estar habilitada. Sin embargo, es evidente que Agrobolsa sí estaba habilitada para participar en la rueda, pues había entregado los documentos necesarios antes de las 05:00 p.m. del día anterior, hecho que jamás se ha cuestionado en este procedimiento.

La participación de Agrobolsa, válida o no, asistió al mercado en la revelación del precio de mercado teniendo como consecuencia la fijación de precios eficientes, justos y transparentes.

Nada de lo expuesto fue analizado por el a quo al momento de determinar el monto de la sanción impuesta.

Para el octavo cargo (Incumplimiento de la obligación de adoptar y aplicar los procedimientos de conocimiento del cliente):

i. *Objeción por inadecuada tipificación normativa:*

Si bien el contenido de la norma citada como infringida hace referencia a varios verbos rectores del artículo 5.2.2.1 del Reglamento de la Bolsa, no puede dejarse de lado que tanto el numeral 3.8 de la Resolución como el contenido correspondiente del Pliego de Cargos, hacen énfasis no en que se conozca adecuada y plenamente a sus clientes sino a "*tener certeza de las calidades personales de su cliente así como que la información que éste haya suministrado sea veraz*", llegando a absurdos como que las sociedades comisionistas sean responsables de auditar de manera completa los estados financieros de sus clientes para identificar en detalle y profundidad si estos reconocen en sus libros de comercio y contabilidad todos los hechos que lo afectan, por ejemplo.

De hecho, la lectura aislada de este artículo desconoce la manera como la Bolsa reglamentó el contenido del mismo y la respectiva instrucción contenida en el numeral 3 del artículo 5.1.1.1 de la Circular Única de Bolsa. El encabezado mismo de dicho artículo hace referencia al establecimiento de políticas y procedimientos, los cuales no fueron objeto de análisis en ningún momento por parte del Área de Seguimiento ni del a quo, quienes se limitaron a analizar un único caso y si en dicho caso se había cumplido con el deber de verificar que la información suministrada fuera veraz.

La falta de adecuación típica consiste en que los hechos objeto de investigación son la demostración de la falla del procedimiento y no pueden ser equivalentes a señalar que no existen políticas y lineamientos.

- ii. *Objeción por error de derecho al no estar la resolución en consonancia con los hechos y error de derecho derivado del error de hecho en la apreciación de los descargos y del material probatorio:*

El a quo yerra al confundir al cliente con las personas que le prestan sus servicios a éste en la medida en que, tal como se señala en la resolución recurrida, el artículo 5.2.2.1 del Reglamento de la Bolsa establece que es una obligación de Agrobolsa, *“Adoptar las medidas de control adecuadas y suficientes para conocer e investigar adecuada y plenamente a sus clientes”*. De hecho, la información provista en relación con el cliente no fue objeto de glosa alguna lo que demuestra que la certeza que se tenía sobre sus calidades personales era adecuada y precisa, no así de su revisor fiscal o de personas que empleaba a su cargo. Debe recordarse que el alcance de la norma citada no se puede tomar de manera abierta y sin ningún tipo de limitación, sino que se tiene que entender en el contexto en que se hayan adoptado dichas medidas de control, no que las mismas sean 100% efectivas.

Igualmente, el a quo olvida que la referida disposición se trata de una norma calificada que no sólo se exige para tener certeza de las calidades personales del cliente sino que debe entenderse como el deber de conocimiento del cliente cercano al SARLAFT y no a otros deberes propios de la sociedad comisionista que también están asociados al deber de conocimiento.

Es en el contexto establecido en los numerales 4.2.2.1.7 y 4.2.2.2.1 del Capítulo IV, Título IV de la parte I de la Circular Básica Jurídica de la SFC que debe ser analizada la norma y determinar si el hecho de que un contador hubiere modificado un certificado de antecedentes disciplinarios aumentó o no el riesgo de que Agrobolsa hubiera sido utilizada para actividades propias del

SARLAFT. En caso de pretender objetar la conducta de Agrobolsa por ello, no serán estas normas las que deberán citarse como infringidas sino otras, también relacionadas con el deber de conocimiento del cliente, pero entendidas dentro de un contexto de administración de otro tipo de riesgos.

Yerra el a quo al no haber realizado la verificación probatoria completa, pues si tuvo a bien solicitar copia del documento allegado para cuestionarlo no lo hizo así con el real para determinar en qué consistía la diferencia y por qué era material la eliminación del párrafo cuestionado. Es decir, toma como ciertas las afirmaciones de terceros para realizar exactamente la misma verificación que hoy pretende cuestionarle a Agrobolsa.

Lo cierto es que como se describe en la comunicación ABOL/2107, obrante a folio 28 del expediente, el procedimiento existe (que es lo que exigen las normas citadas como infringidas).

Igualmente, del material probatorio obrante en el expediente se pueden fácilmente extraer que desde el 30 de mayo de 2013 se da cuenta de la terminación de los contratos del cliente [se omite] (folios 18 y 19), 1 día antes de que Agrored S.A., que actuara como comisionista compradora, pusiera esta situación en conocimiento de la Bolsa, por lo que no es cierto, como lo señala el a quo que Agrobolsa no haya tomado ningún tipo de medida con posterioridad a la presentación de los documentos o que haya dependido del decir del Ministerio de Defensa para ello. Es decir, desde antes de que la Bolsa se enterara de la situación y que se hiciera llegar la comunicación del Ministerio de Defensa, ya Agrobolsa había informado de la misma a su cliente a efectos de adoptar medidas correctivas, como se deriva de la lectura del numeral 1 del oficio GG/0001148 dirigido por Agrobolsa a la Bolsa. En ese sentido queda demostrada la diligencia de Agrobolsa quien en ningún momento pretendió actuar simplemente como una radicadora y siempre ha demostrado que implementa controles y procedimientos para mitigar los riesgos derivados de depender de información provista por terceros.

iii. Objeción por violación al debido proceso al no dar aplicación al principio de proporcionalidad:

A pesar de lo que señala el a quo en la resolución recurrida, lo sucedido fue un hecho aislado, argumento que no ha sido rebatido con hechos o pruebas, ni siquiera con la estructura misma del argumento del a quo que se limita a sostener que no fue un hecho aislado porque debió ser una situación que Agrobolsa debió evitar.

Antes de que la Bolsa se enterara de la situación, la misma ya había sido corregida por el cliente de Agrobolsa, lo que demuestra la eficacia de las medidas de control implementadas, no así de su eficiencia.

En la medida que se acepte que las medidas adoptadas por Agrobolsa funcionaron, así sea con posterioridad, se desdibuja la figura del dolo eventual que pretende endilgarse a Agrobolsa.

Nada de lo expuesto fue analizado por el *a quo* al momento de determinar el monto de la sanción impuesta.

Para el noveno cargo (Incumplimiento de la obligación de registrar en el Libro Electrónico de Órdenes las órdenes recibidas de sus clientes):

i. Objeción por violación directa de una norma jurídica sustancial:

El problema jurídico se centra en determinar si la modificación del precio de una orden constituye una orden nueva en sí misma que debiera haber sido registrada en el LEO. Señala el *a quo* que toda instrucción para celebrar una operación constituye una orden que debía ser registrada en el LEO.

Al respecto se señala en el numeral 2.11 del Capítulo II, Título III de la Parte III de la Circular Básica Jurídica de la SFC, lo siguiente:

Las órdenes impartidas por un cliente pueden ser canceladas del LEO o corregidas mediante instrucción impartida por el cliente mediante medio verificable que tenga como fin eliminar o variar una orden que haya sido formulada con anterioridad, siempre y cuando no hayan sido ejecutadas. La comisionista de bolsa de valores debe establecer el procedimiento para realizar la cancelación o corrección de las órdenes, y en todo caso, conservar la información necesaria para hacer la trazabilidad de cualquier orden ingresada.

A la luz de la precitada instrucción emitida por la SFC es admisible “variar” una orden que haya sido formulada con anterioridad sin que por ese sólo hecho se considere que se trata de una nueva orden. En ese sentido, la posición del *a quo* desconoce la norma antes referida, que permite que las ordenes “varíen” siempre y cuando no hayan sido ejecutadas, por lo que se hace necesario que la Sala Plena revise y revoque dicha decisión.

ii. Objeción por violación al debido proceso al no dar aplicación al principio de proporcionalidad:

Agrobolsa no tenía ninguna otra orden para la compra o venta del mismo activo en la misma fecha por lo que la posible afectación de sus clientes fue nula. La orden quedó registrada de manera documental por vía de la grabación telefónica por lo que el cliente que la emitió estaba protegido. Siempre se actuó en desarrollo del mejor interés del cliente.

Las normas relativas al LEO están orientadas a la transparencia, seguridad y equidad, tal como lo sostiene el *a quo*, principios que nunca estuvieron afectados por la no inclusión de la supuesta orden en el LEO.

Nada de lo expuesto fue analizado por el *a quo* al momento de determinar el monto de la sanción impuesta.

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 Agrobolsa 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 la exoneró de responsabilidad disciplinaria por otro 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 la disciplinada.

3.2.1. Consideraciones sobre el segundo cargo (No constitución oportuna de la garantía inicial de la operación Forward MCP 24796824)

- i. Sobre la objeción por inadecuada tipificación normativa y valoración de los hechos por el a quo frente al cuerpo de las normas citadas como infringidas:

Para la Sala Plena la objeción referida no está llamada a prosperar, en cuanto no se comparte el señalamiento realizado por la disciplinada según el cual, el Área de Seguimiento buscó una sanción por no haber constituido la garantía de la operación

Forward MCP 24796824 y lo que sancionó la Sala de Decisión correspondió a un incumplimiento del procedimiento especial de aceptación del pago mediante cheque.

Sobre este aspecto, es importante señalar que los conceptos de violación presentados en los pliegos de cargos no se limitan a la manera como se denominen los cargos, sino que su concepción tiene lugar en el cuerpo y contenido mismo de aquellos. Es decir, pese a que el cargo fue denominado por el Área de Seguimiento como "*no constitución oportuna de la garantía inicial de la operación Forward MCP 24796824*", aquel estuvo sustentado por dicha Área en el hecho de que la disciplinada pretendió dar cumplimiento a su obligación, mediante la consignación de un cheque el **mismo día en que vencía el plazo**, es decir cuando la garantía debía ser efectivamente constituida y por tanto acreditada.

Sobre este aspecto, resaltan varias situaciones a tener en cuenta:

1. El incumplimiento de la referida obligación por parte de la investigada es un hecho objetivo que el Área de Seguimiento demostró con el aporte de las comunicaciones BMC-173-2016 y MEMOBMC-094-2016 obrantes a folios 112, 113 y 111, respectivamente. Sobre el mismo, la disciplinada no presenta reparo.
2. Teniendo en cuenta que la postura de la disciplinada se arguyó bajo el supuesto de que con la simple consignación del cheque el mismo día en que aquella debía ya haber acreditado la constitución de la garantía, la Sala de Decisión despachó dicho argumento considerando que si bien desde el ámbito comercial el cheque se tiene como un instrumento liberador de obligaciones, no se puede obviar que en el mercado especial de la Bolsa, la utilización de dicho mecanismo sólo tiene cabida de manera excepcional, al punto que para utilizarse requiere la autorización del mismo escenario, bajo un supuesto de imprevisibilidad e irresistibilidad que configuren su procedencia.

Así las cosas, no es cierto que el tipo normativo citado como infringido y lo considerado por la Sala de Decisión no guarden congruencia, pues con el material probatorio allegado al expediente y el análisis de los argumentos presentados por el Área de Seguimiento y la disciplinada, se concluye coherentemente el incumplimiento del que se le acusa a ésta última.

- ii. Sobre la objeción por violación al debido proceso al no dar aplicación al principio de proporcionalidad:

Teniendo en cuenta que la disciplinada alega en su recurso una violación al debido proceso por no dar aplicación al principio de proporcionalidad, la Sala debe advertir

que a juicio de la Cámara Disciplinaria no existe cabida a un alegato de este tipo ya que, como se ha dicho con anterioridad, el debido proceso opera como una garantía de las formas propias de cada juicio, es decir, como el derecho con el que cuentan los autorregulados de poder acceder a cada una de las etapas procesales y actuar dentro de los límites debidos en cada uno de ellos.²

No obstante, en aras de ofrecer las mayores garantías posibles a los sujetos pasivos de la Autorregulación, la Sala Plena decidió analizar cada uno de los argumentos que componen la precitada objeción con un enfoque exclusivo en una presunta violación al principio de proporcionalidad, más que del debido proceso, de la siguiente manera:

1. El hecho de que el pago se haya realizado mediante cheque de gerencia y que por tal motivo se haya disminuido el riesgo, como lo alega la disciplinada, no disminuye el incumplimiento de la obligación en el que incurrió aquella, pues dicha disminución del riesgo no se evidencia en el factor de severidad del riesgo, sino en el de probabilidad, exclusivamente.
2. No es cierto que la Bolsa haya aceptado el pago del cheque aún sin autorización previa, pues al respecto baste con mencionar que en la comunicación MEMOBMC-094-2014, obrante a folio 111 del expediente, la entonces Directora de Compensación y Liquidación de la Bolsa, solicita la convocatoria de una sesión de Comité Arbitral con ocasión de *“la no constitución oportuna de la garantía inicial sobre la operación 24796824”*, de donde se infiere claramente que contrario a lo indicado por la disciplinada, la Bolsa consideró que la garantía no había sido constituida, sin aceptación del cheque por parte de la misma.
3. Sobre el particular se debe advertir que tal aspecto no se puede confundir con la aprobación del movimiento que la Bolsa realizó, dos días después del vencimiento del plazo con el que contaba la disciplinada para cumplir dicha obligación (folio 245), y que por supuesto no tiene la facultad de enervar el incumplimiento.
4. El hecho de que la misma disciplinada considere que el monto de la garantía, correspondiente a \$1.388.912, equivale a *“una suma ínfima”* sólo evidencia un contrasentido entre lo que aquella considera ínfimo cuando de cumplir sus obligaciones se trata, y lo que considera desproporcionado (\$737.714) por una sanción que se le ha impuesto de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

² Téngase por referencia lo anotado sobre el particular en el libro: *Doctrina Cámara Disciplinaria 2014-2016*, BMC 2016. Páginas 56 y ss.

5. Como se ha expuesto por parte de la Sala de Decisión, y que ahora es confirmado por la Sala Plena, el incumplimiento del que se le acusó a la disciplinada consistió en la no constitución oportuna de la garantía, por no dar aplicación al artículo relacionado con el procedimiento de constitución de aquella mediante el pago en cheque, situación que no puede ser considerada como un atenuante al momento de moderar el monto de la sanción impuesta.
6. En comparación con otros casos (Resolución 374 de 2016 de Sala de Decisión confirmada por la Resolución 84 de 2016 de Sala Plena, Resolución 395 de 2016 de Sala de Decisión confirmada por la Resolución 89 de 2017 de Sala Plena), la Sala Plena observa que, contrario a lo que alega la disciplinada, el monto de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, se encuentra dentro de las sumas a las que normalmente han venido ascendiendo las multas que se han impuesto por este tipo de infracciones.
7. La presunta diligencia que alega la disciplinada en la constitución de la garantía, además de tardía, no puede considerarse como un atenuante pues resulta incomprensible que aquella haya preferido la tramitación de dicho pago mediante un mecanismo más dispendioso (cheque), que además es excepcional, sobre el mecanismo regular establecido para el cumplimiento de dicha obligación (transferencia electrónica).
8. El hecho de que, según la disciplinada no sea cierto que el dinero en efectivo debiera estar disponible para el mercado el mismo día que éste lo requiera, no puede considerarse como un atenuante, pues las demoras operativas que arguye aquella no pueden ser tenidas en cuenta en desmedro de la institucionalidad y el cumplimiento de los plazos formales que el Reglamento establece para honrar las obligaciones que los miembros adquieren en el mercado administrado por la Bolsa, en su calidad de profesionales del mismo.

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

3.2.2. Consideraciones sobre el tercer cargo (Incumplimiento en las condiciones fijadas en la Ficha Técnica de Negociación de la operación Disponible MCP No. 24346167)

- i. Sobre la objeción por error de derecho al no estar la resolución en consonancia con los hechos y error de derecho derivado del error de hecho en la apreciación de los descargos y del material probatorio:

Para la Sala Plena, los argumentos expuestos por la disciplinada en su recurso de alzada no están llamados a prosperar por las siguientes razones:

1. **"La culpa o hecho de un tercero es la situación en la que el daño causado a una o varias de las partes intervinientes en un determinado negocio jurídico no le es imputable a ninguna de éstas sino que fue producido por una persona ajena al mismo, lo que significa que no tiene relación jurídica alguna con el negocio celebrado ni con las partes por lo que existiría un rompimiento del nexo causal entre el perjuicio sufrido y la persona que lo causó."**³
2. Pretender que se reconozca la existencia del eximente de responsabilidad denominado "hecho de un tercero", contempla la obligación en cabeza de quién lo alega de demostrar los aspectos de imprevisibilidad e irresistibilidad en los actos cometidos por quien pueda llegar a considerarse como un tercero respecto de los hechos. Es decir, para encontrar procedente su alegación, la disciplinada debería haber demostrado que: *i)* por el hecho del tercero, a pesar de sus mayores esfuerzos, estaba en imposibilidad material y formal de evitar que el incumplimiento se diera y *ii)* el hecho del tercero era de un carácter tan remotamente probable y súbito que ni siquiera una persona diligente hubiera, razonablemente, tomado alguna medida para precaverlo.⁴

Tales aspectos no han sido probados ni siquiera someramente por parte de la disciplinada en ninguna de las instancias abordadas, y tampoco resulta posible deducirlos del material probatorio obrante en el expediente.

3. Ahora bien, alegar que la disciplinada no realizó la entrega de las facturas y demás documentación, debido a que no contaba con el documento denominado "*acta de recibo a satisfacción*" es una afirmación que no encuentra sustento para la Sala en la medida en que como se puede observar en el material probatorio obrante en el expediente, la Ficha Técnica de Negociación (FTN) contemplaba como requisito para el pago, la presentación de los siguientes documentos:

- *Factura debidamente firmada por quien recibe en los sitios antes señalados, indicando nombre claro, cédula de ciudadanía, cargo y fecha de recepción del producto. La factura debe indicar que es negociación por la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A y el número de la operación.*

³ *Doctrina Cámara Disciplinaria 2014-2016*, BMC 2016. Página 104.

⁴ Por referencia revítese lo conceptuado en el siguiente vínculo: http://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/doku.php?id=hecho_de_un_tercero_como_causal_de_exoneracion.

- *Acta de recibo a satisfacción del bien elaborada por el almacenista y firmada por el Supervisor Regional de la ALFM y por el competente del comitente vendedor.*
- *Certificación firmada por el revisor fiscal y/o representante legal donde se indique que se encuentra al día en los pagos de los último seis (6) meses de Aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (Salud, Pensión, Riesgos Profesionales) y Aportes parafiscales de conformidad con la normatividad vigente.*
- *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.*

Dichos documentos debían presentarse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la entrega efectiva del producto por parte del comisionista vendedor, sin que se pudiera derivar, por lo menos de manera razonable, que la imposibilidad de aportar uno sólo de ellos imposibilitara la entrega de los demás.

Por tal motivo, no pueden considerarse de recibo los argumentos de la disciplinada, máxime cuando se tiene acreditado que aquella incumplió, para la operación en referencia, no sólo con la entrega del documento denominado "acta de recibo a satisfacción" sino también en los demás, de la siguiente manera (folio 122 del expediente):

OPERACIÓN	CIUDAD DE ENTREGA	ACTA DE RECIBO A SATISFACCIÓN	FACTURA	CERTIFICADO OBL. LABORALES	CERTIFICADO PARAFISCALES
24346167	Villagarzón	NO	NO		
	Tame	NO	NO	NO	NO
	Neiva	NO	NO		

4. Adicionalmente, se considera improcedente la tacha de "sospechosa" que la disciplinada pretende realizar sobre la FTN por los siguientes motivos:

4.1. Desde un aspecto netamente conceptual, la FTN, como documento que es, no podría tacharse de sospechosa sino de falsa. En materia procesal, la *sospecha* se puede interponer respecto de los testigos que, a juicio de quien lo alega, concurren en determinadas circunstancias que, sin llegar a convertirlos en testigos inhábiles, pueden disminuir su credibilidad⁵ (artículo 211 Código General del Proceso).

⁵ Información consultada en la enciclopedia jurídica BIZ: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/tacha-de-testigos/tacha-de-testigos.htm>

En cambio, la tacha de falsedad y desconocimiento del documento, opera como un instrumento procesal que tiene por finalidad quitarle validez o restarle eficacia probatoria a los documentos que siendo parte del expediente, tengan la vocación de influir en la decisión adoptada (artículos 269 y s.s. del CGP)

- 4.2. En este sentido, la tacha de falsedad de un documento puede realizarla únicamente la parte a quien se atribuya el documento, afirmándose que está suscrito o manuscrito por ella, caso que en ninguna medida corresponde con el aquí debatido.
- 4.3. Como se indicó antes, la tacha de falsedad de un documento únicamente procede cuando el mismo tiene suficiente capacidad de influencia en la decisión, lo que no ocurre en este caso toda vez que se puede advertir que no sólo la FTN resultó determinante en la decisión sino que, existen otros tantos documentos que sirvieron como base y sustento de la determinación de primera instancia, tales como los que se aprecian a folios 116, 118, 122, 123, 249 a 251 del expediente.
- 4.4. Adicionalmente a que el instrumento de la tacha se considera, al menos conceptualmente, mal instaurado, también se evidencia que la oportunidad procesal en la que se interpone el mismo tampoco es la adecuada, pues dicho trámite tiene cabida ante el juzgador de primera instancia y no ante el de segunda, quien únicamente está llamado a determinar si existen méritos suficientes para revocar una decisión por injusta o confirmarla por ajustarse a derecho.
- 4.5. Aún así, si en gracia de discusión se tuvieran como ciertas las sospechas que aduce la disciplinada sobre la FTN, ya que, en su sentir *"no brinda suficiente certeza de que con base en ella se celebró el negocio en cuestión al no contener la totalidad de los elementos que el mismo Reglamento de la Bolsa"*; se advierte que para la Sala Plena no resulta clara tal incertidumbre. Lo anterior en la medida en que el documento denominado "FTN-OP.24346167" obrante en el expediente dentro de un CD a folio 128, cumple con los requisitos plasmados en el numeral 8 del artículo 3.6.1.2 del Reglamento vigente para la época de los hechos, del que se lee que la FTN es el documento *"que contiene las condiciones de la negociación, tales como bienes, productos y/o servicios a ser negociados, cantidad, calidad y características de los mismos, las condiciones, descripción del procedimiento y sitios de entrega, forma y fecha de pago de las operaciones, condiciones y obligaciones del vendedor y/o comprador, las condiciones jurídicas de las operaciones, así como las condiciones y obligaciones del comitente vendedor."*

Así las cosas, no existe para la Sala lugar a la discusión que plantea la recurrente, quien por las subrayas de su autoría en el texto que transcribe en su recurso a página 8, plantea que la incertidumbre por la cual propone la “*tacha de falsedad*” sobre al FTN se da por no encontrar en la misma los bienes, productos y/o servicios negociados; por lo que en su criterio, no se puede creer que con base en aquel fue que se celebró el negocio en cuestión, dejando de advertir que en el mismo texto del citado documento se lee:

“CONTRATO DE COMISIÓN No. 087/2015 PARA LA CELEBRACION DE OPERACIONES EN EL MERCADO DE COMPRAS PUBLICAS-MCP DE LA BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA S.A.-BMC, CELEBRADO ENTRE LA AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES Y AGROBURSATIL S.A. (AGROBURSATIL S.A.)”

Las características técnicas de los productos, se encuentran detalladas en las fichas técnicas de producto anexas y que hacen parte integral a este documento y las obligaciones descritas en este documento. (subrayas con resaltados fuera de los originales)

De esta manera se encuentra que, los conceptos que echa de menos la recurrente en la FTN se hallan en la Ficha Técnica del Producto, que por virtud de lo dispuesto en la propia FTN hacen parte integral de ella.

4.6. Además, tampoco existen pruebas que se hayan aportado al expediente, de las que se pueda evidenciar que dicho documento no corresponde al real y, por el contrario, obra a folio 125 una comunicación, suscrita por el entonces Director de MCP de la Bolsa Mercantil quien previa solicitud, remite de manera institucional al Área de Seguimiento **“en lo que respecta a la operación 24346167 la Ficha Técnica de Negociación y comprobante de negociación aportado por la Dirección de Operaciones”** correspondientes, de donde se infiere que el documento aportado corresponde en un todo al que sirvió como base de la negociación. (Resaltados y subrayas fuera del texto original).

Por tal motivo, para la Sala Plena no resultan procedentes los argumentos que motivan la presunta falta de certeza, que pretende advertir la disciplinada en su recurso de alzada.

ii. Sobre la objeción por violación al debido proceso al no dar aplicación al principio de proporcionalidad:

Teniendo en cuenta que la disciplinada alega en su recurso una violación al debido proceso por no dar aplicación al principio de proporcionalidad, se reitera que a juicio de la Cámara Disciplinaria no existe cabida a un alegato de este tipo ya que, tal

garantía opera como una garantía de las formas propias de cada juicio, es decir, como el derecho con el que cuentan los autorregulados de poder acceder a cada una de las etapas procesales y actuar dentro de los límites debidos en cada una de ellas.⁶

No obstante, en aras de ofrecer las mayores garantías posibles a los sujetos pasivos de la Autorregulación, la Sala Plena decidió analizar cada uno de los argumentos que componen la precitada objeción con un enfoque exclusivo en una presunta violación al principio de proporcionalidad, más que al debido proceso, así:

1. No es posible aducir que el principal requisito de la FTN incumplido por la disciplinada y que dio lugar al referido cargo era la denominada “acta de recibo a satisfacción”, pues como se ha dicho en primera instancia y se ha reiterado por esta Sala unos reglones atrás, *se tiene acreditado que aquella incumplió, para la operación en referencia [24346167], no sólo en la entrega del documento denominado “acta de recibo a satisfacción” sino que, también, en los demás requisitos*, lo que, en todo caso, no puede ser considerado de ninguna manera como un atenuante en la graduación de la sanción, sino que podría haberse usado como lo contrario.
2. No se entiende con base en qué pruebas la disciplinada concluye que los trámites que dieron inicio al Comité Arbitral fueron iniciados por parte de Agrobolsa en contra del comprador, por lo que sugiere un presunto actuar diligente, si se tiene en cuenta que el memorando mediante el cual la Dirección de Registro de la Bolsa solicita la convocatoria del Comité Arbitral sobre la operación 24346167 señala que *“no se evidencia cumplimiento de las condiciones fijadas en la Ficha Técnica de Negociación ya que no se entregó por parte del vendedor la totalidad de los soportes requeridos, tal como lo informa la SCB compradora en la solicitud de incumplimiento.”* (Subrayas fuera del texto original).
3. Tampoco es posible asegurar que el único afectado con el incumplimiento presentado fue la punta vendedora y no la contraparte, ni el mercado, pues únicamente le afectó poder ejercer el derecho a que le paguen, pues tales afirmaciones en concepto de esta Sala, desconocen los postulados en los que ha insistido ampliamente esta corporación acerca de la seriedad y profesionalismo que se espera de los miembros del mercado de la Bolsa Mercantil, así como de la seguridad y formalidad del mercado mismo, por lo que no resultan de recibo.

⁶ Téngase por referencia lo anotado sobre el particular en el libro: *Doctrina Cámara Disciplinaria 2014-2016*, BMC 2016. Páginas 56 y ss.

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 y ratificar las consideraciones de la primera instancia para el mismo.

3.2.3. Consideraciones sobre el cuarto cargo (Incumplimiento en el pago de las operaciones FWD MCP 23844014, 23836924 y 24112586)

- i. Sobre la objeción por inadecuada tipificación normativa y violación indirecta del reglamento de la Bolsa por el *a quo* como consecuencia de error de derecho y por inadecuada valoración probatoria:

Para la Sala Plena no existe lugar a la objeción planteada por la disciplinada, en la medida de lo siguiente:

1. De conformidad con lo establecido en el Reglamento de la Bolsa (artículo 2.4.4.13), las decisiones adoptadas en contra de los autorregulados deben imponerse de acuerdo a los principios y criterios de graduación establecidos en el Reglamento, además de ser motivadas y congruentes.

Además de no sustentarse por parte de la disciplinada el por qué se podría llegar a considerar una violación al derecho de defensa de aquella, el hecho de que, presuntamente, no se haya hecho mención en las consideraciones a los argumentos expuestos por ésta en su escrito de descargos, la Sala Plena no puede corroborar dicho hecho; pues además de que existen apartes que hacen referencia a lo alegado por la disciplinada en sus descargos, se entiende que el juzgador tiene absoluta libertad de realizar sus consideraciones adoptando argumentos de cualquiera de las partes procesales y/o los propios, sin que por ello se encuentre cercenando de manera alguna el derecho de los sujetos pasivos de la autorregulación a defenderse.

Así mismo, en la resolución recurrida se encuentra un capítulo completo en el que se observa que la Sala de Decisión realizó una síntesis concreta de los argumentos expuestos por la disciplinada en sus descargos, que para el cargo en concreto se encuentran citados en el numeral 4.4.

2. Ahora bien, si en gracia de discusión se encontrara la necesidad de examinar los argumentos que supuestamente dejó de analizar la Sala de Decisión, aquellos que se encuentran escritos en el recurso de alzada, la Sala Plena debe anotar que aquellos se pueden despachar con las mismas consideraciones que emitió el juzgador de primera instancia así:

Al respecto, la Sala observa que, si bien parece innegable la intención de la investigada de acogerse a las medidas establecidas mediante Circular por la Bolsa, e informadas a través del Boletín Informativo No. 902, del 30 de noviembre de 2015 (folios 257 a 261 del expediente), también lo es que el mecanismo explícito señalado en ese mismo boletín para acogerse a las medidas adoptadas no fue suplido por parte de la investigada, si se tiene en cuenta que en los puntos 2, 2.1 y 2.1.3 de dicho boletín se lee lo siguiente:

"2. Autorización

*Se autorizará la ampliación de la fecha de pago respecto de las obligaciones a las que se refiere el numeral 1° de la presente circular, en un término que no exceda el **22 de marzo de 2016**, siempre que se cumplan las condiciones y requisitos que se establecen a continuación:*

[...]

2.1. Las sociedades comisionistas compradoras miembros de la Bolsa que hayan realizado las operaciones a las que se refiere la presente Circular, podrán solicitar por escrito a la Bolsa, la modificación de las fechas de los pagos de las obligaciones correspondientes, acreditando el cumplimiento de los siguientes requisitos:

[...]

2.1.3. Que tratándose de pagos correspondientes al cumplimiento de la operación o a la constitución de garantías se realice la solicitud de común acuerdo entre las partes de la operación a través de comunicación debidamente firmada por el representante legal de cada una de ellas, a más tardar un día hábil antes de la correspondiente fecha de pago de la obligación respectiva antes de las 5:00 p.m."

Así mismo, en el punto 3 de dicho boletín se lee lo siguiente:

"Las sociedades comisionistas compradoras deberán radicar o enviar desde un correo corporativo a la Bolsa (garantias@bolsamercantil.com.co) en los términos establecidos, la solicitud de ampliación del plazo de la obligación de pago (Costos, Garantías y/o Pago de producto) de la operación, según el formato adjunto (Anexo 1). [...]"

*De otro lado, obra en el expediente a folio 265 un formato de solicitud (anexo 1) calendarizado del 18 de enero de 2016 y con sello de recibido de la Bolsa del **19 de enero de 2016** a través de cual la sociedad comisionista investigada y su contraparte en las operaciones 23836924 y 24112586 informaron a la Bolsa haber acordado modificación en la fecha de pago de tales operaciones, dejando como nueva fecha de cumplimiento de las mismas el 22 de marzo de 2016. Así mismo, a folios 266 a 267 se encuentra una copia del acta sin firmar, de comité arbitral No. 003 de 2016 mediante la cual se da cuenta de una reunión de dicho comité celebrada el **15 de enero de 2016** a las 3:55 p.m. "con el objeto de solucionar las situaciones presentadas en el desarrollo de la operación 23844014 [...]" En tal acta, se da cuenta de que la investigada acordó con su contraparte "prorrogar la fecha de pago de la operación antes mencionada a más tardar hasta el próximo 22 de marzo de 2016".*

*En efecto, yéndose al detalle de las citadas operaciones, conforme al material probatorio recaudado, encuentra la Sala que el plazo pactado para el pago de las operaciones fue el **31 de diciembre de 2015**, razón por la cual, dada la intención de la investigada de acogerse a lo establecido en el precitado Boletín, se advierte que aquella tuvo que haber enviado "la solicitud de común acuerdo entre las partes de la operación a través de comunicación debidamente firmada por el representante legal de cada una de ellas,*

a más tardar un día hábil antes de la correspondiente fecha de pago de la obligación respectiva antes de las 5:00 p.m. (Subrayas fuera del texto original), es decir a más tardar el 30 de diciembre de 2015; aspecto que no fue cumplido por la investigada para ninguna de las operaciones de la referencia, toda vez que como se indicó en precedencia la solicitud de modificación fue radicada en la Bolsa hasta el 19 de enero de 2016, razón por la cual, el incumplimiento endilgado por el Área de Seguimiento en el presente cargo, se encuentra acreditado.

3. El eximente de responsabilidad que esgrime la disciplinada, consistente en que la Bolsa no permitió el pago en la fecha pactada, no encuentra razón de ser pues dicha decisión de la Bolsa se encuentra sustentada en el hecho de que la disciplinada no agotó el procedimiento necesario para poder acceder en el mercado administrado por la Bolsa a los beneficios a los que se refería el Boletín Informativo No. 902, del 30 de noviembre de 2015.
- ii. Sobre la objeción por violación al Reglamento de la Bolsa y a normas de orden superior por pretender desconocer las normas que rigen el presupuesto nacional:

La Sala Plena no encuentra de recibo la objeción presentada por la disciplinada, con base en las siguientes consideraciones:

1. Las medidas adoptadas por la Bolsa mediante Circular e informadas al mercado a través del Boletín Informativo No. 902 del 30 de noviembre de 2015, no son consideradas por la Sala Plena de la forma en que lo anota la disciplinada en su alzada. Lo anterior, en la medida en que el hecho de que la Bolsa, en su deber de administrador de un mercado organizado haya decidido adoptar medidas que no resultan en lo más mínimo represivas o coercitivas, para acceder a un beneficio expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sino que se dan en procura de mantener ordenado un sistema de negociación bursátil, no puede considerarse como violatorio o desbordante de normas de rango superior. Por el contrario, en criterio de la Sala, las medidas que adopta la Bolsa, como administradora del mercado, procuran por una organización mínima en su escenario para las etapas de pre, durante y post negociación.
2. Para la Sala Plena, la posición de Sala de Decisión no resulta contradictoria con la Doctrina de la Cámara Disciplinaria, cuando reconoció la existencia de responsabilidad disciplinaria en cabeza de la disciplinada por el incumplimiento en el pago de las referidas operaciones. Al efecto se considera que no se equivoca la disciplinada al asegurar que es extensa la línea de decisiones que la Cámara Disciplinaria ha emitido en materia de pagos y garantías, no obstante, en lo que no acierta es al no considerar que el concepto emitido por

el órgano disciplinario es diferente y particular respecto de cada uno de los casos.

Así, en materia de garantías, la postura de la Cámara Disciplinaria no ha sido pasiva, y sobre tal aspecto, la Sala de Decisión señaló en los cuadros contenidos en el numeral 5.2 de la Resolución recurrida, la forma como el órgano disciplinario de la autorregulación de la Bolsa, ha entendido dicha materia.

Por otro lado, en materia de pagos, la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria, entre otras cosas ha manifestado: *“la existencia de la figura jurídica denominada comisión, en el escenario de los mercados administrados por la BMC, genera la obligación en cabeza del comisionista de cumplir las prestaciones principales y accesorias que se emanan de las negociaciones celebradas en la Bolsa, efecto de lo cual resulta innegable que en el caso de las operaciones celebradas en la BMC, unas de las obligaciones principales corresponde a entregar el bien y pagar el precio acordado”*⁷.

Además, sobre la materia, se ha reiterado y sustentado conceptualmente en el primer tomo de la *Doctrina de la Cámara Disciplinaria de la BMC 2014-2016*, lo siguiente:

“La Sala resalta que en un mercado bursátil en el cual únicamente tienen cabida los profesionales que han sido autorizados por el Estado para operar en él, debe primar como principio esencial el profesionalismo y el cabal cumplimiento de las obligaciones contraídas, pues en caso contrario se estaría afectando directamente algunos pilares principales del mercado, como lo son la confianza y seguridad jurídica de los negocios celebrados en el mercado y entonces, como actividad de interés público perdería su seriedad y profesionalismo.

*Igualmente recuerda que la necesidad de dar cumplimiento a los negocios celebrados es un principio recogido en el artículo 1607 del Código Civil y que desde el Derecho Romano se encuentra plasmado en la máxima pacta sunt servanda la cual no se limita exclusivamente al mercado financiero ni de valores. En tal sentido, es en la palabra y en la capacidad de cumplirla que se funda la seriedad de un mercado, máxime cuando el mismo funciona al amparo de la supervisión del Estado, razón por la cual sin importar la naturaleza del bien, los pactos son para cumplirlos, pudiendo sólo ser modificados cuando concurran las reglas fijadas de manera previa por las partes para tal efecto.”*⁸

⁷ Resolución 82 del 28 de marzo de 2016 de la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria.

⁸ Téngase por referencia lo anotado sobre el particular en el libro: *Doctrina Cámara Disciplinaria 2014-2016*, BMC 2016.

Página 24.

Por tal motivo, no se encuentra sustento en lo que asegura la disciplinada sobre el presunto desconocimiento de la Sala de Decisión de la doctrina de la Cámara en la citada materia y tampoco se puede considerar ha lugar, que en virtud del artículo 6.3.1.1.1 de la Circular Única de la Bolsa se considere que la obligación de pago corresponda al hecho de un tercero, pues como también se ha anotado por esta corporación en anteriores ocasiones *"de conformidad con la jurisprudencia que ha abordado el tema desde el ámbito sancionador, únicamente puede considerarse viable tal eximente [el hecho de un tercero], cuando el tercero, de quien se alega ser causante del daño, resulta ajeno y/o extraño a las partes responsables., **calidad ésta que no resulta predicable de su propio cliente-comitente.**"*(subrayas fuera del texto original)⁹

iii. Sobre la objeción por violación al debido proceso al no dar aplicación al principio de proporcionalidad:

Teniendo en cuenta que la disciplinada alega en su recurso una violación al debido proceso por no dar aplicación al principio de proporcionalidad, la Sala insiste que no existe cabida al mismo por cuanto, el debido proceso opera como una garantía de las formas propias de cada juicio, es decir, como el derecho con el que cuentan los autorregulados de poder acceder a cada una de las etapas procesales y actuar dentro de los límites debidos en cada una de ellas.¹⁰

No obstante, en aras de ofrecer las mayores garantías posibles a los sujetos pasivos de la Autorregulación, la Sala Plena decidió analizar cada uno de los argumentos que componen la objeción con un enfoque exclusivo en una presunta violación al principio de proporcionalidad, más que del debido proceso, de la siguiente manera:

Las razones que entrega la disciplinada, no pueden tenerse como válidas por el simple hecho de que en el escenario de la Bolsa quien adquiere la obligación de pago, en nombre propio, de una operación tranzada en el escenario es la sociedad comisionista y no su cliente.

De esta manera, se puede observar que si bien los recursos destinados para el pago provienen del comitente comprador y aquellos estuvieron limitados presupuestalmente por la decisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no se puede dejar de lado que la no concesión del beneficio del que se habla en el Boletín Informativo No. 902 del 30 de noviembre de 2015, obtenible a partir del agotamiento del procedimiento establecido en dicho instrumento, se dio por la falta de diligencia del

⁹ Ibídem, cita No. 7.

¹⁰ Téngase por referencia lo anotado sobre el particular en el libro: *Doctrina Cámara Disciplinaria 2014-2016*, BMC 2016. Páginas 56 y ss.

mismo comisionista, quien al no remitir una simple comunicación al correo electrónico que en aquel se señala, dentro de los plazos establecidos, privó a su cliente de la capacidad de obtener una prórroga legítima en el mercado de la Bolsa.

Al efecto se reitera que, la seriedad y seguridad del mercado que administra la Bolsa se encuentra supeditada al comportamiento que en igual sentido se espera de los miembros de aquella, y considerar como un atenuante el que las partes hayan acordado con posterioridad al vencimiento de los plazos pactados ordinariamente el cumplimiento de sus obligaciones, o de la supuesta inexistencia de un desbalance económico en la contraparte, no se compadece con la seriedad y profesionalidad que se espera de los actores de un mercado organizado.

Corolario de lo anterior y por no encontrar méritos que desestimen las razones tenidas en cuenta por el *a quo*, la Sala Plena decide confirmar la sanción impuesta por la Sala de Decisión en cuanto al aludido cargo y ratificar las consideraciones tenidas en cuenta por la primera instancia.

3.2.4. Consideraciones sobre el quinto y séptimo cargo (Incumplimiento de la obligación de verificar el cumplimiento de los ‘requisitos habilitantes’ de su mandante y suministro de información incompleta e inexacta a la BMC al haber incumplido con la obligación de verificar el cumplimiento de los ‘requisitos habilitantes’ de su mandante)

- i. Sobre la objeción por inadecuada tipificación normativa y violación indirecta del reglamento de la Bolsa por el a quo como consecuencia de error de derecho:

Para la Sala Plena la objeción planteada por la disciplinada no puede considerarse ha lugar con base en los siguientes argumentos:

1. Si bien es cierto que el 8 del artículo 3.6.1.2 del Reglamento, vigente para la época de los hechos, establece lo citado por aquella en el aparte transcrito, la Sala considera que la interpretación que la disciplinada está haciendo del mismo no es la correcta.

Al respecto se debe tener en cuenta que, el numeral 8 del artículo 3.6.1.2 del Reglamento de la Bolsa, vigente para la época de los hechos, completo establece lo siguiente:

***Ficha técnica de negociación.** Documento que contiene las condiciones de la negociación, tales como bienes, productos y/o servicios a ser negociados, cantidad, calidad y características de los mismos, las condiciones, descripción del procedimiento y sitios de entrega, forma y fecha de pago de las operaciones, condiciones y*

obligaciones del vendedor y/o comprador, las condiciones jurídicas de las operaciones, así como las condiciones y obligaciones del comitente vendedor.

Igualmente deberán contener las garantías adicionales exigidas al comitente vendedor, los mecanismos de supervisión e interventoría y, en general, aquellos aspectos específicos de la negociación, que de conformidad con la carta de intención y el contrato de comisión otorgado por la entidad estatal sea necesario incluir.

La Bolsa podrá regular el contenido mínimo que deberán tener las fichas técnicas de la negociación; sin perjuicio de lo anterior, la información de las fichas técnicas de la negociación será determinada conjuntamente por la entidad pública y la sociedad comisionista miembro de la Bolsa seleccionada para actuar por cuenta de ésta, motivo por el cual, corresponderá a dicha sociedad comisionista miembro de la Bolsa resolver las inquietudes o dudas que surjan respecto de tales contenidos de conformidad con el procedimiento establecido para tal fin en el presente reglamento, sin perjuicio de poder contar con el apoyo de terceros o de su cliente para realizar dicha actividad.

Tratándose de enajenaciones de bienes inmuebles, la ficha técnica de la negociación deberá establecer claramente quién será el responsable del pago de los impuestos, tasas y contribuciones que se causen con ocasión de la venta y transferencia de la propiedad, así como la fecha en que deberá realizarse el otorgamiento de los instrumentos públicos a que haya lugar.

No se podrán incluir en la ficha técnica de negociación disposiciones o condiciones de negociación o de cumplimiento de la operación que tiendan a direccionar la operación o a limitar el mercado de tal manera que se afecte la pluralidad, por lo que no se podrán incluir requisitos que deban cumplir los comitentes de la contraparte en la operación.

Como se puede observar, en el primer párrafo de dicho numeral se consagra claramente que la FTN es el documento que contiene, entre otras cosas, "las condiciones y obligaciones del comitente vendedor", razón por la cual, de entrada, se queda sin piso lo que sugiere la disciplinada acerca de que el contenido de la FTN de la referida negociación se dio en contravía del Reglamento de la Bolsa.

En un ejercicio de aclaración a la interpretación que la disciplinada está dando al citado aparte del otrora artículo del Reglamento de la Bolsa, la Sala Plena debe advertir que la prohibición a la que se refiere el último párrafo de la precitada disposición se refiere a un escenario en el cual se quisieran llegar a presentar "disposiciones o condiciones de negociación o de cumplimiento de la operación que tiendan a direccionar la operación o a limitar el mercado de tal manera que se afecte la pluralidad", de allí que, **en ese escenario particular y para tal efecto** el Reglamento proscribió, a renglón seguido, la imposibilidad de "incluir requisitos que deban cumplir los comitentes de la contraparte en la operación", más no de manera general, como sí lo permite en la primera parte del numeral.

2. Teniendo en cuenta la cita que la disciplinada realiza del último párrafo de la disposición consagrada en el artículo 3.6.1.5 del Reglamento, vigente para la época de los hechos, la Sala Plena debe señalar que al darle lectura, se aparta de la interpretación que la disciplinada está haciendo y por ende no comparte las razones que expone la recurrente.

En primer lugar, se debe advertir que la disposición citada contempla que, además de someterse a la normatividad nacional aplicable a la materia de contratación Estatal, “las operaciones que se realicen dentro del MCP deberán ceñirse a lo dispuesto en el presente título, así como a las Circulares e Instructivos que se expidan en desarrollo del mismo” y luego, como excepción, “[e]n lo no previsto en tales normas, se sujetarán a lo establecido en la parte general del presente Reglamento”, teniendo presente que por “tales normas” el Reglamento se refiere a Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, el Decreto 2474 de 2008, el Decreto 4444 de 2008 y al título VI del Libro III del reglamento mismo, así como a las Circulares e Instructivos que desarrollan el mismo.

Considerando que la disciplinada pretende la aplicación del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 en el presente caso, se entiende que ello lo hace bajo el supuesto de que el Reglamento de la Bolsa y las Circulares e Instructivos que se han dado en desarrollo del mismo, no prevén regulación alguna en la materia de la que trata el cargo.

Sin embargo, luego de hacer una revisión sobre el tema, la Sala Plena ha encontrado que tal supuesto no resulta de aplicación, en la medida que el procedimiento de *subsanción* de los documentos en el MCP es un trámite que se encuentra reglado, entre otros, en el artículo 3.1.2.5.6.1 y sus respectivos párrafos, de la Circular Única de Bolsa, por lo que se entiende que dicho procedimiento se encuentra previsto en norma especial. Por tal motivo, no se puede dar aplicación, por vía de analogía remitida, a unas reglas diseñadas para procedimientos de *selección abreviada* de contratación Estatal, cuando ya existe reglamentación específica sobre dicho tema en el procedimiento de compras públicas a través de Bolsa de productos (véase además el artículo 3.6.1.3 del Reglamento de la Bolsa).

Así mismo, la Sala debe aclarar que tampoco comparte la afirmación de la disciplinada por virtud de la cual considera que en la Bolsa, el único factor de comparación entre las propuestas es el precio, pues dicha aseveración no se compadece con la regulación contenida en el numeral 3 del artículo 3.6.2.1.2.3 del Reglamento, que indica que, cuando una entidad estatal pretenda adquirir bienes, productos y/o servicios por conducto de la Bolsa, debe informar entre

otros, la manifestación de si pretende que la puja se realice sobre el precio o **sobre la cantidad.**

Por otro lado, la Sala Plena también considera desacertadas las conclusiones que expone la disciplinada por cuenta de las cuales entiende que no tendría sentido la existencia del trámite de subsanación en la medida en que cada vez que se aplique dicho procedimiento se estaría en una situación de infracción de la norma por remisión de información imprecisa. Lo anterior en razón a que sencillamente no se puede considerar el trámite de subsanación como un procedimiento al que se llegue presentando declaraciones, rendidas bajo la gravedad de juramento, que no correspondan a la verdad. Es decir, no tiene ningún asidero que se pretenda la aplicación de dicho trámite para aportar documentos a un proceso de negociación, que no se aportaron en una etapa inicial, cuando en una declaración rendida bajo la gravedad de juramento se indicó que sí se habían aportado.

Por el contrario, la Sala entiende que, en virtud de la reglamentación aplicable, el trámite de subsanación procede, sin cometer conductas disciplinables, **en el término previsto** y cuando existe una **deficiencia** en los elementos necesarios para probar la acreditación de un requisito o cuando existe **ausencia de un documento** en el trámite inicial, no como pretende la investigada para completar una documentación que conforme lo manifestado por la Bolsa *"no allegó pese a lo manifestado por su Representante Legal, ni siquiera la mitad de los documentos requeridos por la Entidad Estatal"* (Memorando BMC-1528 del 4 de junio de 2014 obrante a folio 23).

Así las cosas, la objeción planteada por la disciplinada se considera improcedente y las razones de la misma, a juicio de la Sala Plena, no soportan el mérito suficiente para modificar la decisión del a quo.

- ii. Sobre la objeción por violación indirecta de la Ley sustancial como consecuencia de error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de los cargos y de los descargos, además de no estar la Resolución en consonancia con los hechos:

Teniendo en cuenta los argumentos que de manera objetiva la disciplinada plantea en la referida objeción, la Sala Plena encuentra sustentadas las razones expuestas y considera procedente la objeción planteada.

Luego de analizar los argumentos presentados frente a la Resolución recurrida, se evidencia que, en efecto, las consideraciones plasmadas para determinar la sanción por los cargos quinto y séptimo del Pliego de Cargos (considerados en el numeral 5.5

de la resolución de la Sala de Decisión) no son congruentes con las conductas acusadas y por ende, con la determinación tomada. En ese sentido, únicamente aclarando que se podría presentar una violación al principio procesal de la *congruencia*, más no al *derecho de la defensa*, como lo advierte sin sustentarlo la disciplinada, la Sala Plena encuentra necesario revocar la sanción determinada para los referidos cargos de la resolución recurrida.

- iii. Sobre la objeción por violación al debido proceso al no dar aplicación al principio de proporcionalidad:

Toda vez que la Sala halló procedente la objeción a la que se refiere el subnumeral inmediatamente anterior, no considera necesario hacer referencia a la objeción referida a la aplicación del principio de proporcionalidad.

3.2.5. Consideraciones sobre el sexto cargo (Incumplimiento respecto de la obligación de abstenerse de participar en rueda de negociación sin estar ‘habilitada’)

- i. Sobre la objeción por inadecuada tipificación normativa y violación indirecta del Reglamento de la Bolsa por el a quo como consecuencia de error de derecho – requisitos habilitantes:

Teniendo en cuenta que la disciplinada realiza una reiteración de lo expuesto en la primera objeción a las consideraciones de la Resolución, de las que derivó la sanción impuesta por el quinto y séptimo cargo del pliego de cargos, la Sala Plena igualmente reitera lo considerado en el subnumeral i) del numeral 3.2.4 precedente, por lo que la presente objeción se considera improcedente.

- ii. Sobre la objeción por inadecuada tipificación normativa y violación indirecta del reglamento de la Bolsa por el a quo como consecuencia de error de derecho – procedimiento de habilitación:

La Sala Plena considera improcedente la objeción planteada por la disciplinada con base en los siguientes motivos:

1. Es evidente que la disciplinada dice y se desdice en sus argumentos, cuando señala como falsa la consideración de la Sala de Decisión, que tuvo a bien considerar que aquella no presentó descargos sobre el cargo relacionado con el *Incumplimiento respecto de la obligación de abstenerse de participar en rueda de negociación sin estar ‘habilitada’*, pues, a su criterio, el hecho de haber manifestado de manera general que “*nos adherimos a las explicaciones dadas, ratificándonos en los contenidos como descargos al pliego de cargos*”,

debe considerarse como una manifestación de descargos frente al incumplimiento endilgado. La contradicción inicial que salta a la vista, subyace en que, pese a argumentar inicialmente lo dicho, posteriormente agrega que por un error de lectura del pliego de cargos en el que ella misma incurrió, entendió que el referido cargo había sido archivado por decisión del Área de Seguimiento, por lo que terminó no presentando descargos al mismo.

Para la Sala Plena no existe duda de que, en efecto, la investigada no presentó descargos dentro de su escrito al referido cargo, toda vez que en primer lugar, se debe advertir que las etapas contenidas en el Reglamento para adelantar el proceso disciplinario se encuentran definidas de manera muy concreta y el agotamiento de cada una de ellas resulta vital para el mismo, en virtud de la garantía procesal del debido proceso.

Además, si bien el documento con el que, según el Reglamento, se inicia el proceso disciplinario es la Solicitud Formal de Explicaciones, no se puede tener a aquel como la imputación concreta de un cargo, por lo que mal se haría en considerar las explicaciones a una actuación meramente consultiva del Área de Seguimiento, como lo es dicha Solicitud, como el ejercicio de los descargos a uno o varios cargos que se le imputen a los sujetos disciplinarios.

Así, no se puede dejar de considerar que el Pliego de Cargos es la herramienta mediante la cual el Área de Seguimiento realiza las acusaciones concretas, acerca de la comisión de las conductas presuntamente cometidas por los sujetos pasivos de la Autorregulación, y el mismo se da como consecuencia de las explicaciones que obtenga a raíz de la Solicitud Formal de Explicaciones.

De esta manera, no resulta de recibo para la Sala Plena el hecho de que la disciplinada pretenda que, pese a reconocer que por un error de ella misma creyó que el cargo se había archivado, se excuse en su propia culpa bajo el argumento de que la Sala de Decisión debió *“realizar un análisis comprehensivo y completo del documento de descargos”*; pues así como al a quo no le está permitido fallar sobre conductas que pueda evidenciar, en desarrollo de un proceso, distintas a las que formalmente acuse el Área competente para ello, tampoco tiene a su cargo construirle los argumentos a los investigados para defenderlos; máxime si se tiene en cuenta que si bien la presentación de Explicaciones a la Solicitud Formal de Explicaciones, en virtud del artículo 2.4.3.3 del Reglamento, se considera como un deber, no lo es así la presentación de descargos, pues en ejercicio de su derecho a la defensa, la investigada se encuentra en completa libertad de allegarlos o no.

Por tal motivo, de manera muy válida el juzgador en primera instancia, ante la situación presentada, tuvo a bien señalar que la disciplinada no presentó descargos para el cargo referido, como en efecto sucedió y como lo comparte la Sala Plena.

Así las cosas, entendiendo además que el derecho a la segunda instancia no puede tenerse como una expansión injustificada de la etapa de descargos, la Sala Plena se abstiene de realizar consideraciones sobre los nuevos argumentos presentados por la disciplinada en su recurso, para este cargo, pues de hacerlo, estaría patrocinando una actuación irregular de la disciplinada que pretende convertir una etapa de segunda instancia, en donde, se reitera, únicamente se tiene lugar a analizar posibles yerros del juzgador inicial, en una extensión de los términos con los que inicialmente contaba para presentar su defensa contra los cargos endilgados.

iii. Sobre la objeción por violación al debido proceso al no dar aplicación al principio de proporcionalidad:

Teniendo en cuenta que la disciplinada alega en su recurso una violación al debido proceso por no dar aplicación al principio de proporcionalidad, la Sala debe advertir que a juicio de la Cámara Disciplinaria no existe cabida a este alegato pues como se ha dicho antes, el debido proceso opera como una garantía de las formas propias de cada juicio, es decir, como el derecho con el que cuentan los autorregulados de poder acceder a cada una de las etapas procesales y actuar dentro de los límites debidos en cada uno de ellos.¹¹

No obstante, en aras de ofrecer las mayores garantías posibles a los sujetos pasivos de la Autorregulación, la Sala Plena decidió analizar cada uno de los argumentos que componen la precitada objeción con un enfoque exclusivo en una presunta violación al principio de proporcionalidad, más que del debido proceso, de la siguiente manera:

Para la Sala Plena, las razones presentadas como sustento de la referida objeción por parte de la disciplinada, lejos de poder considerarse como un atenuante, reafirman la cuantía de la sanción impuesta por la Sala de Decisión.

Al respecto debe tenerse en cuenta que, en las consideraciones presentadas por la Sala de Decisión, se anota que con base en la documentación obrante en el expediente citada en el numeral 3.6, (esto es los folios 147, 148, 149, 156, 157, 158 y

¹¹ Téngase por referencia lo anotado sobre el particular en el libro: *Doctrina Cámara Disciplinaria 2014-2016*, BMC 2016. Páginas 56 y ss.

159 del expediente), se da por sentada la acusación realizada por el Área de Seguimiento.

Así las cosas, no fue por el hecho de que la investigada no presentara descargos que se le sancionó, sino que ello obedeció a que el Área de Seguimiento logró demostrar de manera clara y objetiva la infracción acusada. Por tal motivo, no hay razón para que la disciplinada, en esta instancia, sostenga que, contrario a lo evidente, sí se encontraba habilitada para participar en la reseñada rueda.

Por otro lado, no se puede tener como atenuante el hecho de que la participación no válida de la disciplinada, en la rueda para la cual no estaba habilitada, aportara a la “revelación del precio de mercado” y que con ello se hayan podido fijar precios “eficientes, justos y transparentes”, pues de hacerlo así se estarían dejando de lado los pilares de profesionalismo, ética y corrección con el que se deben mirar a los profesionales del mercado.

En consecuencia, desde el ámbito disciplinario, no se puede encontrar como aceptables unos supuestos beneficios para el mercado si aquellos se obtuvieron con el sacrificio de las reglas del mismo y la infracción a los altos estándares de conducta que se exige a los participantes del mercado de la Bolsa Mercantil.

En la medida de lo anterior, la Sala Plena no considera adecuado ni oportuno modificar la cuantía de la sanción determinada por parte de la Sala de Decisión y, en lugar de eso, corrobora la misma.

3.2.6. Consideraciones sobre octavo cargo (Incumplimiento de la obligación de adoptar y aplicar los procedimientos de conocimiento del cliente)

i. Sobre la objeción por inadecuada tipificación normativa:

La Sala Plena considera que la objeción planteada no está llamada a prosperar con base en las siguientes consideraciones:

1. Tal y como lo señala la disciplinada, el Pliego de Cargos enfocó el sustento del concepto de violación para el aludido cargo, no en que se conozca adecuada y plenamente a sus clientes sino en “*tener certeza de las calidades personales de su cliente así como que la información que éste haya suministrado sea veraz*”. En tal sentido, si bien es cierto una lectura desprevenida de las disposiciones contenidas en las normas citadas como infringidas pudieran llevar a un lector ajeno al mercado a la conclusión de que se está imponiendo la obligación a los regulados de llegar a absurdos como que deban auditar de

manera completa los estados financieros de sus clientes, la Sala Plena no puede tener por procedente tal interpretación, si tiene en cuenta que quien realiza tal gestión, lo hace contando con la condición de ser un profesional del mercado de la Bolsa.

Sobre tal aspecto se debe resaltar que, no es consecuente con el profesionalismo que se espera de los miembros de la Bolsa, que la aludida disposición se entienda con el rasero que la recurrente expone como ejemplo, sino que, por el contrario, en cumplimiento de la especial condición de profesional del mercado los partícipes del mismo deben surtir sus actuaciones con la diligencia e iniciativa con que las realizaría cualquier persona que actúa en ejercicio de un privilegio que le ha otorgado el Estado.

En tal sentido, fue bastante enfática la Sala de Decisión al considerar lo siguiente:

*En este sentido debe tenerse en cuenta que la anotada disposición se refiere a la obligación en cabeza de la investigada de entre otros adoptar medidas de control adecuadas y suficientes para **conocer e investigar** a sus clientes de manera previa a realizar operaciones de tal manera que deben tener certeza de las calidades de su cliente y de la información que éste haya suministrado sea veraz, medidas de control que se extrañan del todo dentro del material probatorio aportado y a las que en ninguna medida se refiere la investigada aparte de indicar que se trataba de un antiguo cliente suyo. Frente a esta clara disposición contentiva de varios verbos rectores de tipo activo y en general frente a la obligación de conocimiento del cliente ampliamente analizada y difundida dentro del mercado, no puede patrocinar la Sala que la sociedad comisionista se abstenga de adelantar las gestiones que le resultan exigibles y en cambio se limite a actuar en posición de mera radicadora de documentos. (Subrayas fuera del texto original)*

2. En efecto, no se considera que exista una falta de adecuación típica entre la conducta cometida y las normas acusadas, ya que es una realidad inobjetable que la norma exige la verificación de que la información que le entrega su cliente sea veraz, así como que de ello se desprende que dicha verificación se debe realizar dentro de las capacidades normales de un profesional del mercado, por lo cual no tendría sentido significar tal mandato con absurdos como que se debieran auditar los estados financieros del cliente.
- ii. Sobre la objeción por error de derecho al no estar la resolución en consonancia con los hechos y error de derecho derivado del error de hecho en la apreciación de los descargos y del material probatorio:

La Sala Plena considera improcedente la referida objeción planteada por la disciplinada con base en los siguientes motivos:

1. No puede dejar de mencionar la Sala Plena que no porque existan otras conductas que también se puedan derivar de la aplicación del artículo 5.2.2.1 del Reglamento como las que menciona la recurrente, la infracción cometida por la disciplinada puede dejar de considerarse como una conducta típica.
2. Asegurar que el a quo incurrió en un yerro por no haber analizado el documento allegado en comparación con el real, es un argumento que no comporta el mérito suficiente para revocar la sanción determinada. A este efecto, la Sala Decisión advirtió argumentos que dejan prever que, inclusive, sin hacer la comparación que menciona la disciplinada, el documento allegado resulta tan evidentemente irregular que no habría necesidad en compararlo con el real.

Tal aspecto se desprende de la consideración que a continuación se señala, esbozada por la Sala de Decisión en la resolución recurrida:

Sobre el particular debe indicarse además que por considerarla necesaria para emitir su pronunciamiento, la Sala de Decisión en uso de las facultades otorgadas por el artículo 2.4.4.6 del Reglamento procedió mediante Resolución 398 del 8 de noviembre de 2016, a decretar de oficio la prueba consistente en un requerimiento a la Presidencia de la Bolsa para que aportara con destino al plenario entre otros, las certificaciones de la Junta Central de Contadores materia de análisis, las cuales fueron aportadas en CD obrante a folio 1131 del expediente (carpeta Agrobolsa JEM 01) en las cuales se advierte que se menciona luego de la identificación de los contadores, que "en los últimos 5 años REGISTRA NO ANTECEDENTE DISCIPLINARIO", texto que de por sí no resulta lógico, aunado a que las líneas de los asteriscos que llenan los campos no resultan continuas y sumado a que en el mismo texto se indica "Para consultar la validez de este certificado consulte la siguiente página <http://www.jcconta.gov.co/certificadodigital>", hechos todos que en conjunto hacían esperar por parte de la comisionista profesional del mercado responsable de verificar tales documentos, una actuación diferente a la omisiva. (Subrayas fuera del texto original)

Adicionalmente, si en gracia de discusión se requiriera realizar tal comparación, del material documental obrante en el expediente, a folio 314 del expediente, se encuentra un certificado legítimo, emitido por la Junta Central de Contadores para otra persona natural en donde, al realizar la comparación con el certificado cuestionado saltan a la vista las grandes inconsistencias del allegado.

3. Finalmente, la Sala Plena considera que no puede tenerse como un argumento adecuado para sustentar la procedencia de la objeción el hecho de que el cliente de la disciplinada haya tomado la decisión de terminar el contrato con el

empleado (contador) y con su revisor fiscal, pues ni en los descargos aportados en primera instancia, ni en el recurso analizado en segunda, se ha demostrado que dicha determinación se haya dado con ocasión de la supuesta diligencia desplegada por la disciplinada o que se hayan desplegado acciones ejecutivas efectivas por parte de aquella para advertir, aminorar o mitigar en alguna medida los riesgos asociados a la situación que se generaron con la comisión de esta conducta por parte de la disciplinada.

iii. Sobre la objeción por violación al debido proceso al no dar aplicación al principio de proporcionalidad:

Teniendo en cuenta que la disciplinada alega en su recurso una violación al debido proceso por no dar aplicación al principio de proporcionalidad, la Sala debe advertir que, el debido proceso opera como una garantía de las formas propias de cada juicio, es decir, como el derecho con el que cuentan los autorregulados de poder acceder a cada una de las etapas procesales y actuar dentro de los límites debidos en cada una de ellas¹² y por tanto no cabe una alegación de este tipo.

No obstante, en aras de ofrecer las mayores garantías posibles a los sujetos pasivos de la Autorregulación, la Sala Plena decidió analizar cada uno de los argumentos que componen la precitada objeción con un enfoque exclusivo en una presunta violación al principio de proporcionalidad, más que del debido proceso, de la siguiente manera:

Para la Sala Plena, las razones presentadas como sustento de la referida objeción por parte de la disciplinada, lejos de poder considerarse como un atenuante, reafirman la cuantía de la sanción impuesta por la Sala de Decisión.

Al efecto se advierte que, no por el hecho de que la disciplinada insista en que la situación presentada fue “un hecho aislado”, se configura una causal de tal magnitud que amerite tenerse como atenuación en la graduación de una conducta grave que se encuentra relacionada con aspectos penales en contra del ejercicio de la profesión de Contaduría.

Tampoco se puede aceptar por parte de la Sala Plena que, según el dicho de la disciplinada, ésta hubiera corregido la situación presentada, si finalmente el cargo que tuvo prosperidad en consideración de la Sala de Decisión y que en la presente instancia se corrobora por parte de la Sala Plena, correspondió al hecho de no haber desplegado oportunamente las acciones necesarias para tener certeza de que la información que le entregó su cliente fuera veraz; aspecto que por sí solo presta un

¹² Téngase por referencia lo anotado sobre el particular en el libro: *Doctrina Cámara Disciplinaria 2014-2016*, BMC 2016. Páginas 56 y ss.

merito independiente y suficiente para determinar la existencia de responsabilidad disciplinaria, más no depende en nada de que el cliente de la disciplinada haya decidido con posterioridad y por su propia cuenta tomar decisiones desde el ámbito laboral en su estructura interna.

En la medida de lo anterior, la Sala Plena no considera adecuado ni oportuno modificar la cuantía de la sanción determinada por parte de la Sala de Decisión y, en lugar de eso, corrobora la misma.

3.2.7. Consideraciones sobre noveno cargo (Incumplimiento de la obligación de registrar en el Libro Electrónico de Órdenes las órdenes recibidas de sus clientes):

i. Sobre la objeción por violación directa de una norma jurídica sustancial:

Para la Sala Plena la objeción planteada por la disciplinada no está llamada a prosperar con base en las siguientes razones:

1. Tal y como lo expuso la Sala de Decisión, la Cámara Disciplinaria entiende “*por orden todas las instrucciones para celebrar una operación sobre determinado producto*”. Dicha consideración, que sin lugar a dudas es respaldada por la Sala Plena, es la base con la cual se fundamentó la determinación tomada por el a quo para establecer la existencia de una responsabilidad disciplinaria en cabeza de la disciplinada.

Sin embargo, si en gracia de discusión se quisiera tomar el anterior raciocinio como no válido, la Sala Plena advierte que tanto de los argumentos como las pruebas obrantes en el expediente, allegadas tanto por la disciplinada como por el Área de Seguimiento, se debe derivar la existencia de responsabilidad disciplinaria en cabeza de la disciplinada.

Lo anterior, por cuanto al tenor de lo establecido en el numeral 2.11 del capítulo II, título III de la parte III de la Circular Básica Jurídica de la SFC, si bien es admisible “variar” una orden que haya sido formulada con anterioridad a que se ejecute y no por ese solo hecho se puede configurar una conducta sancionable, del expediente se desprende que la disciplinada ni siquiera registró en el LEO tal variación, por lo que sus alegaciones no han sido demostradas de ninguna manera y se han quedado simplemente en su dicho.

Adicionalmente, tampoco se ha probado que la disciplinada, en desarrollo de la disposición consagrada en la precitada norma, tenga establecido un procedimiento “*para realizar la cancelación o corrección de las órdenes, y en*

todo caso, conservar la información necesaria para hacer la trazabilidad de cualquier orden ingresada", pues la grabación del audio en donde se encuentra consignada la nueva orden dada por su mandante o la modificación a la antigua, tal como lo quiere ver la disciplinada, no se encontraba en su poder para permitir hacer la trazabilidad de la que habla la norma, sino que por el contrario, tal grabación fue obtenida por el Área de Seguimiento, del sistema de grabaciones implementado por la Bolsa, sin el cual no habría sido posible conocer los hechos objeto de análisis en este cargo, ni llegar a las conclusiones que así pretende la disciplinada.

ii. Sobre la objeción por violación al debido proceso al no dar aplicación al principio de proporcionalidad:

Teniendo en cuenta que la disciplinada alega en su recurso una violación al debido proceso por no dar aplicación al principio de proporcionalidad, la Sala debe advertir que a juicio de la Cámara Disciplinaria no existe cabida a un alegato de este tipo ya que, como se ha dicho en anterioridad, el debido proceso opera como una garantía de las formas propias de cada juicio, es decir, como el derecho con el que cuentan los autorregulados de poder acceder a cada una de las etapas procesales y actuar dentro de los límites debidos en cada una de ellas,¹³ derecho cuya vulneración no aparece acreditada por la recurrente.

No obstante, en aras de ofrecer las mayores garantías posibles a los sujetos pasivos de la Autorregulación, la Sala Plena decidió analizar cada uno de los argumentos que componen la precitada objeción con un enfoque exclusivo en una presunta violación al principio de proporcionalidad, más que del debido proceso, de la siguiente manera:

Para la Sala Plena, las razones expuestas por la disciplinada en su recurso no prestan el mérito suficiente para reducir la multa de un (1) SMLMV que la Sala de Decisión determinó en cabeza de aquella por los siguientes motivos:

1. El hecho de que la disciplinada no tuviera ninguna otra orden para la compra o venta del mismo activo en la misma fecha, no disminuye en nada la afectación a la transparencia del mercado que aquella consumó con su conducta, pues en un mercado como el de la Bolsa, la organización es un elemento esencial con el que se permite garantizar la seguridad del mismo; organización que se ve altamente afectada si no se puede garantizar la confiabilidad de los registros del LEO. A este respecto, se debe reiterar que fue sólo gracias a los medios que la misma Bolsa ha dispuesto para poder supervisar el mercado abierto que

¹³ Téngase por referencia lo anotado sobre el particular en el libro: *Doctrina Cámara Disciplinaria 2014-2016*, BMC 2016. Páginas 56 y ss.

se pudo constatar la infracción de la disciplinada, no habiendo podido llegar a una supervisión adecuada si únicamente se hubiera contado con los medios utilizados por Agrobolsa.

2. Es importante anotar que, para la Sala, no existe duda que la nueva orden que da objeto a la referida sanción no fue registrada por Agrobolsa en el LEO, y asegurar lo contrario indicando que su registro se dio *"de manera documental por vía de la grabación telefónica"* es un incorrecto que se desvirtúa con el simple hecho de que la grabación, además de pertenecerle a la Bolsa y no a la disciplinada, tampoco fue relacionada en el LEO como modificación a una orden anterior o inclusión como una orden nueva. Es decir, la grabación sola no se constituye automáticamente por sí misma en un registro del LEO como lo pretende hacer ver la disciplinada.

En la medida de lo anterior, la Sala Plena no considera procedente, ni oportuno modificar la cuantía de la sanción determinada por parte de la Sala de Decisión y, en lugar de eso, corrobora la misma.

4. Graduación de la sanción

La Sala Plena manifiesta que comparte las precisiones adoptadas por la Sala de Decisión en cuanto a la graduación de la sanción inicialmente determinada para todos los cargos, excepto para el quinto y séptimo, analizado por el a quo en el punto 5.5 de las consideraciones de la Resolución recurrida.

Como consecuencia de encontrar procedente el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Agrobolsa S.A. en contra de la Resolución 403 de 2017, únicamente en los referidos cargos, la Sala Plena modificará la decisión esbozada por la Sala de Decisión exclusivamente en lo que hace a los cargos denominados *Incumplimiento de la obligación de verificar el cumplimiento de los 'requisitos habilitantes' de su mandante y Suministro de información incompleta e inexacta a la BMC al haber incumplido con la obligación de verificar el cumplimiento de los 'requisitos habilitantes' de su mandante.*

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

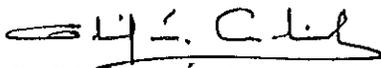
5. Resuelve

- Primero:** REVOCAR la sanción de un (1) S.M.L.M.V impuesta por la Sala de Decisión a que se refiere el literal d) del numeral 6 de la Resolución 403 del 23 de enero de 2017 proferida por la Sala de Decisión, por las razones expuestas en el numeral 3.2.4 de la presente Resolución.
- Segundo:** En consecuencia MODIFICAR el numeral segundo de la parte Resolutiva de la Resolución 403 del 23 de enero de 2017, proferida por la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria, el cual quedará así:
- “Segundo: Sancionar disciplinariamente a la sociedad Agrobolsa S.A., identificada con el NIT 830.103.828-5 en su calidad de miembro de Bolsa al momento de los hechos objeto de investigación, con la sanción de MULTA de diecinueve (19) salarios mínimos mensuales vigentes por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.*
- Tercero:** CONFIRMAR en todo lo demás la Resolución 403 del 23 de enero de 2017, proferida por la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria.
- Cuarto:** NOTIFICAR a la sociedad comisionista de Bolsa Agrobolsa S.A. del contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., advirtiendo que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.
- Quinto:** 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.
- Sexto:** 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 26 días del mes de abril de 2017.

Notifíquese y cúmplase,


ÁLVARO ARANGO GUTIÉRREZ
Presidente


GLORIA LUCÍA CABIELES CARO
Secretaria