

BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.

Resolución No. 124 de la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria (9 de septiembre de 2022)

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 Mercado y Bolsa S.A en contra de la Resolución 490 del 29 de junio de 2022, proferida por la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria, previas las siguientes consideraciones.

1. Antecedentes

Por conducto de la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, la Sala Plena conoce del recurso de apelación interpuesto por la sociedad comisionista Mercado y Bolsa S.A. en contra de la Resolución 490 del 29 de junio de 2022, mediante la cual, en Sala de Decisión, la Cámara Disciplinaria decidió en primera instancia la investigación adelantada en contra de la sociedad Mercado y Bolsa S.A, en adelante “la disciplinada”.

Previo estudio de los hechos, las explicaciones presentadas, el pliego de cargos elevado¹, el acervo probatorio y, en general, el expediente que reposa en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, la Sala de Decisión determinó la existencia de responsabilidad disciplinaria de Mercado y Bolsa S.A., por los

¹ Los cargos elevados en contra de la disciplinada fueron siete, a saber: **1) Incumplimiento por parte de Mercado y Bolsa a su deber de incluir toda la información necesaria en el contenido de las órdenes ingresadas en el Libro Electrónico de Órdenes – LEO**, lo que se considera violatorio de las siguientes normas: Numeral 6 del artículo 2.4.1.1. del Reglamento y los Numerales ii), v), vi) y vii) del artículo 1.6.5.4. de la Circular Única de Bolsa. **2) Incumplimiento por registro extemporáneo de órdenes**, lo que se considera violatorio de las siguientes normas: Numeral 6 del artículo 2.4.1.1. del Reglamento y el artículo 1.6.5.1. de la Circular Única de Bolsa. **3) Incumplimiento al deber de contar con los medios verificables de las órdenes registradas en el Libro Electrónico de Órdenes**, lo que se considera violatorio de las siguientes normas: artículo 2.11.1.8.1., numeral 14 del Decreto 2555 de 2010, artículo 4.2.1.2. del Reglamento de la Bolsa y el artículo 1.6.5.3. de la Circular Única de Bolsa. **4) Incumplimiento al principio de trazabilidad de las órdenes**, lo que se considera violatorio de las siguientes normas: artículo 1.1. de la Circular Básica Jurídica Parte III, Título III Capítulo II de la Superintendencia Financiera de Colombia y el numeral 6 del artículo 2.4.1.1. del Reglamento. **5) Incumplimiento al deber de asegurarse de que la información remitida a la Bolsa corresponda a información cierta, veraz y fidedigna de la realidad de los negocios que éstas registran. (Registro de Facturas)**, lo que se considera violatorio de las siguientes normas: artículo 3.7.2.2.1. del Reglamento y el artículo 3.1.2.6.2. de la Circular Única de Bolsa. **6) Incumplimiento de la obligación de establecer estándares mínimos para evaluar las reglas y condiciones del mercado y de las operaciones tales como cupos o límites de operación por contraparte, respecto del cliente SUDESPENSA BARRAGAN S.A. (SARIC)**, lo que se considera violatorio de las siguientes normas: artículo 2.11.1.8.1., numeral 20 del Decreto 2555 de 2010 y el numeral 5.1.2., literal b), numeral i) del Capítulo XXVII de la Circular Externa 030 de 2013, incorporada a la Circular Básica Contable y Financiera de la SFC. **7) Incumplimiento por parte de Mercado y Bolsa al recibir órdenes de persona no autorizada por el mandante. Operación No. 38313914**, lo que se considera violatorio del artículo 4.2.1.2 del Reglamento.

CÁMARA DISCIPLINARIA

cargos consistentes en: **(I)** Incumplimiento por parte de Mercado y Bolsa a su deber de incluir toda la información necesaria en el contenido de las órdenes ingresadas en el Libro Electrónico de Órdenes – LEO; **(II)** Incumplimiento por registro extemporáneo de órdenes; **(III)** Incumplimiento al deber de contar con los medios verificables de las órdenes registradas en el Libro Electrónico de Órdenes; **(IV)** Incumplimiento al principio de trazabilidad de las órdenes; **(V)** Incumplimiento al deber de asegurarse de que la información remitida a la Bolsa corresponda a información cierta, veraz y fidedigna de la realidad de los negocios que éstas registran (Registro de Facturas); **(VI)** Incumplimiento de la obligación de establecer estándares mínimos para evaluar las reglas y condiciones del mercado y de las operaciones tales como cupos o límites de operación por contraparte, respecto del cliente SUDESPENSA BARRAGAN S.A. (SARIC), y, por último, **(VII)** Incumplimiento por parte de Mercado y Bolsa al recibir órdenes de persona no autorizada por el mandante en la operación No. 38313914, encontrando mérito para sancionarla con una **MULTA de TREINTA Y TRES (33) salarios mínimos legales mensuales vigentes** para los siete cargos.

La Sala Plena que conoció del recurso fue integrada por los doctores María Victoria Moreno Jaramillo, Doris Ximena Rojas Rincón, Ángela María Arroyave O'brien y Fabio Andrés Humar Jaramillo, al no haber conocido del proceso en primera instancia, ni hallarse impedidos para pronunciarse respecto del caso materia de estudio.

En sesión No. 413 del 9 de septiembre de 2022, la Dra. María Victoria Moreno Jaramillo fue designada como Presidente de la misma. Así mismo, por virtud del artículo 2.3.3.2 del Reglamento, la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria, en la misma sesión, avocó el conocimiento del recurso, analizó los hechos que fueron objeto de la sanción impuesta, así como las pruebas obrantes en el expediente, el contenido de la resolución recurrida y los argumentos propuestos por la disciplinada, para finalmente 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 2.5.2.1.1 del Reglamento, desarrollado en los artículos 2.5.2.16 y siguientes del mismo cuerpo normativo, habiendo sido notificada de la Resolución 490 el 19 de julio de 2022, el 1 de agosto de 2022, a través de su apoderado, la disciplinada interpuso recurso de apelación en contra de aquella, dentro del término otorgado reglamentariamente.

En su escrito, la recurrente controvierte el fallo proferido por la Sala de Decisión en relación con la sanción impuesta por los cargos tercero, cuarto, sexto y séptimo, consistentes en: **(III)** Incumplimiento al deber de contar con los medios verificables de las órdenes registradas en el Libro Electrónico de Órdenes; **(IV)** Incumplimiento al principio de trazabilidad de las órdenes; **(VI)** Incumplimiento de la obligación de establecer estándares mínimos para evaluar las reglas y condiciones del mercado y de las operaciones, tales como cupos o límites de operación por contraparte, respecto del cliente

CÁMARA DISCIPLINARIA

SUDESPENSA BARRAGAN S.A. (SARIC), y, por último, **(VII)** Incumplimiento por parte de Mercado y Bolsa al recibir órdenes de persona no autorizada por el mandante - Operación No. 38313914.

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

Mediante escrito radicado en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria, la recurrente expone los siguientes argumentos de defensa:

2.2.1. Tercer Cargo: Incumplimiento al deber de contar con los medios verificables de las órdenes registradas en el Libro Electrónico de Órdenes.

Frente al cargo recurrido, previo hacer referencia a los argumentos que al respecto se exponen en el recurso, se estima preciso advertir que la disciplinada cita erróneamente el cargo, ya que este consiste en el **incumplimiento al deber de contar con los medios verificables de las órdenes registradas en el Libro Electrónico de Órdenes** y no en el *“Incumplimiento por parte de Mercado y Bolsa a su deber de incluir toda la información necesaria en el contenido de las órdenes ingresadas en el Libro Electrónico de Órdenes – LEO”*, como se indica en el recurso.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos en que se funda este tercer cargo, la disciplinada alega, en primer lugar, que en los descargos presentados en la primera instancia no se estaba cuestionando la obligación de contar con medios verificables para celebrar operaciones.

Lo anterior, ya que, en su criterio, las órdenes registradas en el Libro Electrónico de Órdenes, en adelante “LEO”, y que son objeto del presente incumplimiento, no correspondían a la celebración de nuevas operaciones diferentes de las inicialmente realizadas y estas órdenes contenían una numeración de raíz igual al consecutivo solicitado, el cual fue entregado al Área de Seguimiento en la respectiva visita.

Así las cosas, alega que estos “registros” no derivaban en la celebración de una nueva operación, sino que correspondían a información posterior que era registrada en el LEO para efectos de que la SCB pudiera realizar un adecuado registro contable y operativo de las operaciones en cuestión. En función de esta argumentación, manifiesta que no era necesario contar con un medio verificable que soportara estos “registros”, toda vez que esa información era complementaria a la orden que inicialmente se había recibido a efectos de la ejecución de la operación.

Concluye la disciplinada resaltando que, a efectos de mitigar el impacto de ese “error informático”, desde octubre de 2022 (sic) se adoptaron nuevas medidas en el LEO al interior de la SCB, y solicita que se revisen estos argumentos pues, en su criterio, fueron desechados en primera instancia, sin tener en consideración que el Área de Seguimiento no comprobó que se hayan ejecutado efectivamente operaciones diferentes de las inicialmente registradas, y que ahora se pretende, en su opinión, solicitar medios verificables sobre unos “registros” que no corresponden a la celebración de nuevas operaciones.



CÁMARA DISCIPLINARIA

Por último, solicita se proceda a dar cumplimiento al artículo 29 de la Ley 964 de 2005, en consonancia con la garantía que se le debe a los sujetos disciplinados en relación con el respeto a su derecho a la defensa y al debido proceso, y, en consecuencia, insta a que se declare la ausencia de responsabilidad en relación con el cargo recurrido.

2.2.2. Cuarto Cargo: Incumplimiento al principio de trazabilidad de las órdenes.

Señala la disciplinada en su escrito, frente al cuarto cargo, que en el Pliego de Cargos elevado en su contra se señaló como infringida la norma contenida en el artículo 1.1. del Capítulo 2, Título 3, Parte 3 de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual, en su opinión, no es aplicable a las sociedades comisionistas de bolsa -SCB- miembros de la Bolsa Mercantil de Colombia, ni directamente, ni por vía de remisión.

Agrega que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.5.1.4 del Reglamento, el Pliego de Cargos debe contener una síntesis ... *“de las normas que se consideren infringidas, exponiendo el concepto de su violación”*. Pese a ello, en la Resolución recurrida la Sala de Decisión, en sus consideraciones, hace referencia a una norma que no hizo parte del Pliego de Cargos, específicamente al artículo 4.3.1.2 del Reglamento, que recoge el principio de trazabilidad, al tiempo que exhorta a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa a su observancia, lo cual, a juicio de la disciplinada, constituye una violación, pues se trata de una norma que no fue citada en dicho Pliego.

Continúa la disciplinada mencionando que, en su criterio, “pareciera que el *a quo* decidiera subrogarse en la función de supervisión y asumir la posición que le corresponde al área de seguimiento”, al determinar cuáles eran las normas que estimaba como incumplidas y que no fueron incluidas en el Pliego. Por tal motivo, la recurrente plantea los siguientes interrogantes para efectos de que sean analizados en segunda instancia:

“A) ¿puede un pliego de cargos hacer referencia de manera genérica a la obligación de todas las sociedades comisionistas de (sic) cumplimiento a la ley sin concretar en qué consiste una violación y dejando que sea la cámara disciplinaria quien determine si existe o no una norma que fue violada?”

B) ¿puede existir una variación en las normas supuestamente infringidas entre el pliego de cargos y la decisión de imponer una sanción por violación a otras normas?”

C) ¿puede la cámara disciplinaria Decidir si una determinada conducta supone una violación a normas que no fueron objeto de debate?”

Para finalizar sus alegatos frente al cuarto cargo, solicita la recurrente que se revise la sanción impuesta en primera instancia y que, subsidiariamente, se tengan en cuenta las consideraciones en torno a las limitantes del sistema “Siimona”, así como las medidas que fueron adoptadas al interior de la SCB para corregir dicha situación, a efectos de atenuar la sanción impuesta.

2.2.3. Sexto Cargo: Incumplimiento de la obligación de establecer estándares mínimos para evaluar las reglas y condiciones del mercado y de las operaciones, tales como cupos o límites de operación por contraparte, respecto un (1) mandante.

CÁMARA DISCIPLINARIA

Respecto del sexto cargo recurrido, expresa la disciplinada que existe una ausencia de tipicidad en la conducta sancionada, ya que, de acuerdo con su opinión, existe un fallo en las consideraciones efectuadas para este cargo en primera instancia. Alega la recurrente que, en ningún momento, argumentó en los descargos presentados la supuesta falta de obligación de fijar cupos de contraparte y que, por ende, existe una clara ausencia de análisis congruente por parte de la Sala de Decisión, así como también, una afectación directa del principio de presunción de inocencia y del *in dubio pro disciplinado*, toda vez que lo que alegó en su oportunidad es que en ninguna parte del Pliego de Cargos se puso de presente una disposición que, con absoluta certeza, consagrara la obligación a cargo de su representada, de asignar un cupo de contraparte a sus clientes en el contexto del Saric.

Reitera que en ningún momento se buscó desechar o considerar inexistente la obligación, sino cuestionar la manera cómo estaba estructurado el pliego de cargos, en una absoluta violación del artículo 29 de la ley 964 de 2005 y, por consiguiente, al derecho constitucional al debido proceso de su representada. Concluye que resulta grave que la Sala de Decisión, en primera instancia, pretenda hacer valer supuestas obligaciones de explicar cómo gestiona la disciplinada el riesgo, ya que no se le cuestionó sobre eso, sino, por el contrario, por haber celebrado una operación sin previamente haber fijado el cupo de contraparte, y que se subroga en las funciones de supervisión que le corresponden al Área de Seguimiento, lo cual, a su juicio, evidencia una afectación directa del principio de presunción de inocencia y del *in dubio pro disciplinado*.

Con base en estos argumentos, solicita se revise la sanción impuesta en relación con este cargo.

2.2.4. Séptimo cargo: Incumplimiento por parte de Mercado y Bolsa al recibir órdenes de persona no autorizada por el mandante. Operación No. 38313914.

Frente al último cargo recurrido, aun cuando la disciplinada titula de manera errada el cargo en su escrito de apelación, ya que éste consiste en el **Incumplimiento por parte de Mercado y Bolsa al recibir órdenes de persona no autorizada por el mandante** y no en el *“Incumplimiento de la obligación de establecer estándares mínimos para evaluar las reglas y condiciones del mercado y de las operaciones, tales como cupos o límites de operación por contraparte, respecto de un (1) mandante”*, los argumentos que seguidamente expone se refieren a los hechos por los cuales efectivamente se le sancionó.

Así, inicia su escrito la recurrente manifestando que allegó oportunamente, junto con los descargos, el *“oficio suscrito por el cliente en el que da cuenta de las personas que están autorizadas a emitir órdenes respecto a operaciones Repo sobre CDM, incluyendo expresamente a la mencionada persona”*. Pese a ello, la Sala de Decisión no tuvo en cuenta dicha prueba, en la medida en que el documento no tenía fecha de expedición, interpretación esta que estima contraria al principio *in dubio pro disciplinado*, extensivo a actuaciones como la presente, en virtud de abundantes jurisprudencias constitucionales en materia del derecho al debido proceso.

Solicita a la Sala Plena que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 2.5.2.2.14 del Reglamento, que limita la actuación probatoria en segunda instancia, tome en cuenta el documento remitido en la presente

CÁMARA DISCIPLINARIA

instancia, de sentido similar, que sí contiene la fecha específica a partir de la cual la persona que emitió la orden contaba con dicha autorización.

Con base en todo lo anterior, pide a la Sala abstenerse de declarar responsabilidad para el cargo recurrido.

3. Pronunciamento del Área de Seguimiento

La Secretaría de la Cámara Disciplinaria, en aras de proteger el debido proceso y garantizar el derecho a la contradicción y de defensa, conforme lo establecido por el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, el 16 de agosto de 2022 remitió al Área de Seguimiento, vía correo electrónico, el recurso interpuesto en contra de la Resolución 490 del 29 de junio de 2022, poniéndole de presente que contaba con un término de ocho (8) días hábiles para efectuar su respectivo pronunciamiento, de considerarlo necesario.

Al respecto, el Jefe del Área de Seguimiento, en adelante A.S., radicó vía correo electrónico, el 26 de agosto de 2022, su respectivo pronunciamiento frente a los cuatro cargos recurridos, indicando lo siguiente:

3.1. Tercer cargo: Incumplimiento al deber de contar con los medios verificables de las órdenes registradas en el Libro Electrónico de Órdenes.

Frente al tercer cargo se pronuncia el A.S. resaltando, primeramente, que la recurrente cita de manera errónea el cargo en su escrito de apelación, y recuerda que el incumplimiento endilgado, de acuerdo con el pliego de cargos elevado, consiste en el **incumplimiento al deber de contar con los medios verificables de las órdenes registradas en el Libro Electrónico de Órdenes** y no en el *“Incumplimiento por parte de Mercado y Bolsa a su deber de incluir toda la información necesaria en el contenido de las órdenes ingresadas en el Libro Electrónico de Órdenes – LEO”*.

Argumenta el A.S. que dicha situación genera inconvenientes para poder llevar a cabo un debido pronunciamiento respecto del recurso de apelación presentado por Mercado y Bolsa, en razón a que considera que se crea incertidumbre y dudas sobre cuál es el cargo que fue objeto de objeción por parte de la encartada, pues no existe certeza y claridad sobre el cargo que fue apelado.

Acto seguido, el Área de Seguimiento considera que es pertinente poner de presente que, en el desarrollo de su labor de supervisión, le solicitó a la SCB los medios verificables de las órdenes registradas en el LEO² *(tanto para negociaciones en las que se hicieron pujas como para operaciones en*

² ASI-2452-20 Solicitud de Información a Mercado y Bolsa, comunicación dirigida a Sandra Milena Mejía Serrano, representante legal de MERCADO Y BOLSA S.A. Asunto: Solicitud de información, remitida mediante correo electrónico del 17 de diciembre de 2020.

CÁMARA DISCIPLINARIA

el MCP), y que, efectivamente, la disciplinada remitió la información requerida³, dando cuenta de los números de los consecutivos con los cuales se registraron dichas órdenes en el LEO.

Concluye el primer punto señalando que dichos números consecutivos fueron brindados por la propia SCB, y corresponden a los registros identificados en el LEO con los Nos. 20028200, 20036801, 20033302, 20035907, 20035908, 20035909 y 20036901, por lo que no tendría sentido, en su criterio, el argumento de la recurrente respecto a que dichos registros no corresponden a órdenes, sino, por el contrario, a información que surge con posterioridad al cierre de las operaciones y que su finalidad, únicamente, es realizar un adecuado registro contable y operativo de éstas.

Resalta la disposición del numeral 4 del artículo 4.3.1.1. del Reglamento, según la cual el LEO es un *“Sistema electrónico en el que todas las órdenes de compra, venta, y demás operaciones sobre bienes, productos o commodities, servicios, documentos de tradición o representativos de mercancías, títulos, valores, derechos, derivados y contratos que reciba una sociedad comisionista miembro, actuando por cuenta de un tercero, quedan registradas y son ordenadas cronológicamente”*, entendido bajo el cual no podría la SCB registrar otra información que no sean las órdenes recibidas por los clientes, ya que sería faltar a lo establecido por el propio Reglamento. Por lo tanto, conforme su dicho, tales registros únicamente pueden entenderse como ÓRDENES y, en consonancia con lo anterior, comparte la decisión de la Sala en primera instancia frente al presente cargo y solicita se mantenga la sanción.

3.2. Cuarto cargo: Incumplimiento al principio de trazabilidad de las órdenes.

En lo que respecta a este cargo, indica el A.S que no encuentra propósito o explicación en lo señalado por la recurrente en punto a que la norma invocada como infringida en el pliego de cargos, refiriéndose específicamente al artículo 1.1 del Capítulo 2, Título 3, Parte 3 de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, no le es aplicable a las sociedades comisionistas miembros de una bolsa de bienes y productos agropecuarios agroindustriales o de otros commodities, ni directamente, ni por vía de remisión.

Asevera que la recurrente expone tal premisa sin argumentar la razón de esta, lo que le impide hacer un análisis adecuado de la misma. No obstante, manifiesta que registrar información adicional en el LEO genera un impacto directo en la trazabilidad y el tratamiento de las órdenes de la Sociedad Comisionista, pues, en su parecer, los consecutivos adicionales no son consecuencia de una modificación instruida o impartida por el cliente frente a cada una de las órdenes relacionadas en el LEO.

Así las cosas, el Área reitera que la recurrente, al ser miembro de la Bolsa, está obligada a acatar y aplicar la legislación relacionada con el LEO y, por lo tanto, encuentra que la Sociedad violó la norma con la conducta que se reprocha, por incluir distintos registros adicionales en el LEO a los soportados

³ Información de visita Mercado y Bolsa (3) Respuesta ASI-2452-20 Correo 20 de enero de 2021\1. Solicitud de información ASI-2452-20.rar\1. Solicitud de información ASI-2452-20\2. Operaciones\2.1 MCP\2.1.1, (11) Correo del 26 enero de 2021 de Mercado y Bolsa\OneDrive_2021-05-21.zip\Pendientes\< archivos 8 al 11 >, (23) Correo del 26 mayo de 2021 de Mercado y Bolsa\20039100_ok.rar.

CÁMARA DISCIPLINARIA

en medios verificables, como si se tratara de modificaciones a las órdenes, vulnerando así el principio de trazabilidad que deben observar las sociedades comisionistas para el procesamiento de las órdenes en el tantas veces citado sistema, específicamente frente a los registros adicionales identificados con los Nos. 20024500, 20027200, 20026300, 20027501, 20027401, 20028900, 20030100, 20029201, 20030600, 20031101, 20031400, 20031500, 20032300, 20033600, 20035000, 2003600, 20038600 y 20041000.

En conclusión, el Área se acoge a las consideraciones expresadas por la Sala de Decisión en la Resolución recurrida y solicita se confirme la sanción impuesta en primera instancia para el cuarto cargo.

3.3. Sexto cargo: Incumplimiento de la obligación de establecer estándares mínimos para evaluar las reglas y condiciones del mercado y de las operaciones, tales como cupos o límites de operación por contraparte, respecto del cliente SUDESPENSA BARRAGAN S.A. (SARIC).

En primer lugar, el A.S resalta el análisis efectuado en el Pliego de Cargos, conforme al cual, al cliente Sudespensa Barragán S.A. se le otorgó un cupo por cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) de manera posterior a la celebración de la operación No. 35070740 del 23 de mayo de 2019, como se observa en el Acta de Comité de Riesgos No. 96 del 22 de julio de 2019. Por lo tanto, la disciplinada incumplió la obligación de establecer cupos o límites para la celebración de la mencionada operación.

Ahora bien, en atención al argumento de la Sociedad, este es, que el marco normativo que se imputa hace referencia al manual de política de riesgo y no a la obligación de fijar cupos de contraparte para todos los tipos de clientes, el Área considera pertinente citar la norma imputada, esto es, el numeral 5.1.2., literal b), numeral i) del Capítulo XXVII de la Circular 030 de 2013, que contiene las reglas relativas a la administración del riesgo de contraparte y fue incorporada a la Circular Contable y Financiera de la Superintendencia Financiera de Colombia:

“(...) 5.1.2. Estándares mínimos:

El SARiC debe cumplir como mínimo con los siguientes estándares:

(...)

b. Evaluar las reglas y condiciones del mercado y de las operaciones que pueden incidir en la capacidad de cumplimiento de sus contrapartes, para determinar los mecanismos de mitigación aplicables, tales como:

i. Cupos o límites de operación por contraparte: *Definidos e implementados de acuerdo con las políticas y criterios de tolerancia al riesgo de contraparte aprobados por la Junta Directiva de la entidad, u órgano que haga sus veces.*

En particular, dichos cupos o límites deben incorporar criterios tales como: *montos máximos de exposición por tipo de operación, por tipo de activo o valor, por mercado; y cupo o límite total por contraparte, incluidas aquellas contrapartes que tengan el carácter de vinculadas o relacionadas. (...)*



CÁMARA DISCIPLINARIA

Los cupos o límites deben ser revisados con la periodicidad que establezca la Junta Directiva de la entidad, u órgano que haga sus veces, con el fin de incorporar los cambios en el perfil de riesgo de la contraparte o del comportamiento de otros factores de riesgo que definan las SCBV y las SCBA, así como aquellos que resulten de los ajustes en los lineamientos sobre la gestión del riesgo.” (Negrilla subrayado fuera del texto original)” (negrilla del texto del escrito del A.S.)

De la anterior norma concluye el A.S que claramente se establecen estándares que deben implementar las SCB para evaluar la reglas y condiciones del mercado y de las operaciones que pueden incidir en la capacidad de cumplimiento de sus contrapartes, destacándose el de los cupos o límites de operación por contraparte. De esta forma, la recurrente tenía la obligación de asignar cupos o límites de operación por contraparte para así cumplir con los estándares del SARiC, sin que se pueda observar algún eximente o limitación en su aplicación, para un determinado tipo de cliente de la Sociedad.

En ese orden de ideas, concluye el Área indicando que comparte las consideraciones de la Sala de Decisión, en cuanto a que: “(...) *la operación desarrollada por el mandante en cuestión fue anterior a la aprobación del cupo, lo cual iría en contra del fin que persiguen este tipo de normas que lo que buscan es que las sociedades comisionistas de forma preventiva administren de la mejor manera los diferentes riesgos (...)*”, y solicita, en consonancia con lo anterior, que se confirme la sanción impuesta en primera instancia.

3.4. Séptimo cargo: Incumplimiento por parte de Mercado y Bolsa al recibir órdenes de persona no autorizada por el mandante. Operación No. 38313914.

Para el último cargo recurrido, advierte el A.S. que la disciplinada nuevamente cometió un error al referirse en su escrito de apelación al *“Incumplimiento de la obligación de establecer estándares mínimos para evaluar las reglas y condiciones del mercado y de las operaciones, tales como cupos o límites de operación por contraparte, respecto de un (1) mandante”*.

“(...) La anterior situación genera inconvenientes para poder llevar a cabo un debido pronunciamiento del recurso de apelación presentado por Mercado y Bolsa, en razón a que crea incertidumbre y dudas sobre cuál es el cargo que fue objeto de apelación por parte de la encartada; toda vez que no se tiene la certeza y claridad del cargo que fue apelado en el numeral 3.4. del escrito del apelante. / Cabe resaltar que la anterior situación se convierte en un error constante en el recurso de apelación presentado por la sociedad; dado que, como ya quedó evidenciado en el presente escrito, la misma situación ocurrió en el numeral 3.1. de la apelación”

Sin embargo, el Área encuentra pertinente tener en consideración que la prueba que pretende hacer valer la Sociedad Comisionista en el presente punto es totalmente inoportuna, y como sustento de lo anterior, hace referencia al artículo 2.5.2.2.3 del Reglamento, donde se establece la oportunidad probatoria del investigado dentro del proceso disciplinario, en los siguientes términos: **“(...) Descargos y oportunidad probatoria. (...) La respuesta al pliego de cargos es la oportunidad para que el investigado allegue o solicite las pruebas que en su defensa considere pertinente aportar al proceso**

CÁMARA DISCIPLINARIA

disciplinario. *El investigado deberá acompañar con su respuesta todas las pruebas que tenga en su poder. (...). (subrayado y negrilla fuera del texto original)*

En ese orden de ideas, reitera que la oportunidad procesal de la disciplinada para solicitar o allegar al proceso cualquier tipo de prueba que considere pertinente para sustentar las explicaciones brindadas era en el escrito de descargos.

En complemento de lo anterior, y en relación con la solicitud de la recurrente para que sea tenida en cuenta la prueba relacionada con “*un documento de sentido similar que contiene fecha específica a partir de la cual la persona que emitió la orden contaba con dicha autorización*”, trae a colación lo establecido en el artículo 2.5.2.2.14 del Reglamento⁴, que señala específicamente los eventos en los cuales aplica la práctica de pruebas en segunda instancia. Con apoyo en esta disposición, manifiesta que en ningún momento la solicitud de pruebas en segunda instancia por parte de la disciplinada se fundamenta en hechos de fuerza mayor o en un caso fortuito, y que tampoco se evidencia algún motivo o razón a lo largo del proceso para estar en presencia de un hecho de esa índole.

Concluye indicando que la solicitud de la práctica de la prueba solicitada por la recurrente, particularmente frente al documento que contiene la fecha específica a partir de la cual la persona que emitió la orden sí contaba con dicha autorización, es procesalmente improcedente e inoportuna, y adiciona a su pronunciamiento, que si esta prueba se tuviera en cuenta en el recurso de apelación se debe considerar que dicho documento tiene como fecha el 28 de julio de 2022, lo cual no podría aplicar para los hechos acontecidos el 14 de abril del año 2020 en la celebración de la operación No. 38313914, ya que, en su criterio, dicha autorización no se puede otorgar después de dos (2) años de ocurridos los hechos. Por lo anterior, solicita a la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria confirmar la sanción impuesta en primera instancia para el séptimo cargo.

Finalmente, el Área solicita a la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria tomar en consideración los argumentos expuestos precedentemente, para confirmar la decisión contenida en el artículo primero de la parte resolutive de la Resolución No. 490 de 2022, proferida por la Sala de Decisión en primera instancia.

4. Consideraciones de la Sala Plena

4.1. 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

⁴ Artículo 2.5.2.2.14 del Reglamento - Pruebas en segunda instancia. La Sala Plena podrá decretar de oficio o a petición de parte la práctica de las pruebas que considere pertinentes, conducentes y útiles, siempre y cuando se refieran a: 1. Pruebas no decretadas o practicadas en las etapas de investigación y decisión respecto de los hechos objeto de investigación. 2. Cuando decretadas en primera instancia se dejaron de practicar sin culpa de quien las pidió. 3. Cuando se trate de documentos que no pudieron aportarse en primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra del investigado.



CÁMARA DISCIPLINARIA

miembros de la Bolsa y las personas vinculadas a éstas, *“...en relación con las normas, reglamentos y demás disposiciones aplicables a los mercados de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities sin la presencia física de los mismos, así como de los servicios, documentos de tradición o representativos de mercancías, títulos, valores, derechos, derivados y contratos que puedan transarse en tales mercados...”*.

En desarrollo de dicha facultad la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa sancionó a la sociedad comisionista de bolsa Mercado y Bolsa S.A. por el Pliego de Cargos que se elevó en su contra mediante escrito radicado en la Cámara Disciplinaria el 27 de abril de 2022.

Ahora, por virtud de lo señalado en el artículo 2.3.3.2 del Reglamento de la Bolsa, es claro que la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa Mercantil de Colombia es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las resoluciones de fallo emitidas por las Salas de Decisión de la Cámara Disciplinaria, como en efecto ocurre en el presente caso.

4.2. Consideraciones sobre el recurso interpuesto por la disciplinada.

4.2.1. Consideraciones frente al tercer cargo, consistente en el incumplimiento al deber de contar con los medios verificables de las órdenes registradas en el Libro Electrónico de Órdenes.

Antes de iniciar con las consideraciones particulares frente al tercer cargo recurrido, esta Sala advierte que en efecto, como lo menciona el Área de Seguimiento, el cargo elevado en el Pliego presentado en el marco del proceso disciplinario que cursa en contra de la recurrente se refiere al ***“Incumplimiento al deber de contar con los medios verificables de las órdenes registradas en el Libro Electrónico de Órdenes”***; no obstante, en el escrito de apelación la disciplinada erróneamente se refiere a él como el ***“Incumplimiento por parte de Mercado y Bolsa a su deber de incluir toda la información necesaria en el contenido de las órdenes ingresadas en el Libro Electrónico de Órdenes – LEO”***.

Sobre el particular esta Sala coincide con lo argumentado por el Área de Seguimiento en su escrito, donde manifiesta que dicha equivocación genera un inconveniente a la hora de efectuar un pronunciamiento toda vez que el cargo señalado como ***“Incumplimiento por parte de Mercado y Bolsa a su deber de incluir toda la información necesaria en el contenido de las órdenes ingresadas en el Libro Electrónico de Órdenes – LEO”***, no guarda relación alguna con el tercer cargo recurrido.

No obstante, en aras de garantizar el derecho a la defensa contenido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, esta Sala Plena procederá a efectuar su pronunciamiento sobre el tercer cargo recurrido, y lo hará entendiéndolo tal y como lo presenta tanto el respectivo Pliego de Cargos como la Resolución emitida por la Sala de Decisión, que es objeto del recurso, y, en consecuencia, bajo esas consideraciones evaluará los argumentos expuestos por la recurrente en su recurso en lo que al tercer cargo respecta.

En ese orden de ideas, del estudio del recurso interpuesto por la disciplinada, del pronunciamiento efectuado por el Área de Seguimiento y de todos los demás elementos probatorios que componen el expediente, la Sala colige que, en lo que a este punto en particular se refiere, no resultan de recibo los

CÁMARA DISCIPLINARIA

argumentos esgrimidos por la recurrente, pues considera que el análisis del material obrante, realizado por el *a quo*, fue correcto y consecuente con los hechos y pruebas allegadas no sólo por el Área de Seguimiento sino por la propia recurrente.

Lo anterior por cuanto, conforme los motivos de inconformidad de la recurrente, el Área de Seguimiento pretende con su acusación asignar responsabilidad *por la existencia de una supuesta orden que se recibió supuestamente sin contar con medios verificables*, y el *a quo* accede a dicha solicitud cuando el problema jurídico no se centra en si se contó con dichos medios verificables sino en que no existió tal orden. No obstante, para esta Sala no resulta acertado invocar en esta instancia la distinción que pretende la recurrente cuando: (i) en primer lugar, ella misma ha denominado como órdenes los registros incluidos en el Leo, y (ii) ha sido además ella misma quien las ha entregado a la referida Área cuando le fueron requeridas las órdenes, sin que en su momento hubiera advertido de la ahora alegada diferenciación.

Adicionalmente, el recurso menciona que el Área de Seguimiento no comprobó que se haya ejecutado una operación con la información que reposaba en el LEO y pretende ahora que existan medios verificables sobre dicha información, lo cual en su sentir se aleja de la presunción de inocencia y traslada la carga probatoria en contravía de su derecho al debido proceso.

Sobre el particular esta Sala considera conveniente recordar que de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 4.3.1.1 del Reglamento, el LEO es el “*Sistema electrónico en el que **todas las órdenes de compra, venta, y demás operaciones sobre bienes, productos o commodities, servicios, documentos de tradición o representativos de mercancías, títulos, valores, derechos, derivados y contratos que reciba una sociedad comisionista miembro, actuando por cuenta de un tercero, quedan registradas y son ordenadas cronológicamente.***” (Resaltado de la Sala)

En este orden de ideas, vale la pena precisar que lo cuestionado en el presente cargo es la ausencia de medios verificables que respalden los registros ingresados en el LEO, correspondientes a los Nos. 20028200, 20036801, 20033302, 20035907, 20035908, 20035909 y 20036901, entendiéndose éstos como aquellos mecanismos que permiten el registro confiable del momento y de la información correspondiente a las órdenes recibidas, grabación de llamadas, medios escritos, etc.

Al respecto encuentra la Sala que tanto en el escrito de descargos como en el recurso de apelación interpuesto, la disciplinada se limitó a explicar que las órdenes que en tal calidad entregó al Área de Seguimiento y registró en el Libro Electrónico de Órdenes no eran tales, sino que correspondían a información posterior que era registrada en el LEO para efectos de que la sociedad comisionista pudiera realizar un adecuado registro contable y operativo de las operaciones en cuestión, por lo que no era necesario contar con un medio verificable que soportara esos “registros”. En sustento de estas manifestaciones la ahora recurrente no acompañó una prueba que permitiera demostrar su dicho, sino que, como se indicó antes, simplemente lo afirmó.

Ahora bien, en la labor de decidir el recurso de apelación interpuesto le corresponde a la Sala Plena analizar todas las pruebas allegadas a la actuación a definir, con independencia de quien las haya aportado, y, conforme a las mismas, determinar los hechos demostrados.



CÁMARA DISCIPLINARIA

Así las cosas, en la medida en que las pruebas allegadas a la actuación demuestran que, en respuesta al requerimiento que a la disciplinada le hizo el Área de Seguimiento, aquélla entregó información sobre los registros identificados en el LEO con los Nos. 20028200, 20036801, 20033302, 20035907, 20035908, 20035909 y 20036901, dando cuenta que se trataba de órdenes, y que las argumentaciones que con posterioridad esgrimió no están probadas, es decir, las que presentó la recurrente en el sentido de afirmar que no se trataba de órdenes sino de información posterior que era registrada en el LEO para efectos de que la comisionista pudiera realizar un adecuado registro contable y operativo de las operaciones en cuestión, la decisión a adoptar por la Sala respecto del mencionado cargo debe centrarse en cuál es la parte que ha de verse perjudicada por esa falta de prueba, a cuyos efectos se debe aplicar la regla de la carga de la prueba.

Para este fin resulta necesario entonces traer a colación la disposición contenida en el artículo 167 del Código General del Proceso que establece:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. ...”

Siendo así, conforme a la regla de la carga de la prueba antes trascrita es a la disciplinada a quien incumbía aportar las pruebas para esclarecer los hechos alegados, máxime si se tiene en cuenta que la sociedad comisionista está *“...en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba...”*.

En consecuencia, esta Sala encuentra que al no haber sido suficientemente desvirtuados hechos que ciertamente resultan de gran relevancia para el consabido análisis, es la recurrente quien ha de asumir tal deficiencia probatoria, y, por tanto, lo procedente es la confirmación de la sanción de **MULTA** que en cuantía de **6 salarios mínimos legales mensuales vigentes** impuso la primera instancia.

4.2.2. Consideraciones frente al cuarto cargo, consistente en el incumplimiento al principio de trazabilidad de las órdenes.

Frente a este cargo, la Sala procederá a efectuar el análisis de los argumentos esbozados por la recurrente, específicamente en relación con los siguientes dos aspectos: (i) la ausencia de tipicidad frente a la norma acusada como infringida, esta es, la establecida en el numeral 1.1. del Capítulo 2,

CÁMARA DISCIPLINARIA

Título 3, Parte 3 de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual señala lo siguiente: “1. *PRINCIPIOS A SEGUIR EN EL PROCESAMIENTO DE ÓRDENES.* / 1.1. *Trazabilidad. Consiste en la posibilidad de verificar y auditar las condiciones en las cuales se surten cada una de las etapas para el procesamiento de las órdenes*”; (ii) la referencia que se hizo en la Resolución recurrida al artículo 4.3.1.2. del Reglamento de Operación y Funcionamiento de la BMC, el cual no fue invocado como violado en el Pliego de Cargos y que recoge el principio de trazabilidad.

Explica la recurrente que la norma de la Circular Básica Jurídica no puede considerarse aplicable a las SCB miembros de la Bolsa Mercantil de Colombia, ni directamente, ni por vía de remisión, y agrega que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.5.1.4 del Reglamento, el Pliego de Cargos debe contener una síntesis de las normas que se consideren infringidas, exponiendo el concepto de su violación, por manera que la cita de normas no invocadas como violadas, a efectos de sustentar la sanción, vulnera derechos del investigado, como son el derecho al debido proceso y a la defensa.

Pues bien, tras el estudio del Pliego de Cargos y demás elementos probatorios que componen el expediente, para esta Sala quedó demostrado que la conducta de la disciplinada limita la posibilidad de adelantar ese proceso de verificación y auditoría de que trata el principio de la trazabilidad de las órdenes, respecto de las condiciones en las cuales se surten cada una de las etapas para el procesamiento de éstas, principio que, como bien se expresó por parte de la Sala de Decisión en la Resolución de primera instancia, resulta de la mayor importancia en el manejo adecuado y correcto del Libro Electrónico de Órdenes.

No obstante, la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria considera que si bien es cierto que en materia administrativa sancionatoria y en las labores de disciplina que le competen a la Cámara Disciplinaria, se goza de una mayor amplitud para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas sancionables, también lo es que dicha amplitud no significa que la autoridad sancionadora pueda “realizar la adecuación típica de la conducta del disciplinado de cualquier manera, o que pueda abstenerse de realizar tal proceso lógico-jurídico”, pues “siempre, se resalta, debe estar presente un proceso expreso, congruente y jurídicamente sustentado de adecuación típica de la conducta de la persona investigada a las normas que se invocan para sancionarle”⁵.

De ahí que en desarrollo del proceso disciplinario necesariamente se debe realizar por parte de las autoridades encargadas de su adelantamiento un debido proceso de subsunción o adecuación típica de la conducta infractora, que implica confrontar correctamente la conducta examinada con la descripción que contiene el tipo normativo que se invoca como violado, de manera que es a partir de este completo y exacto cotejo que puede formular el cargo y de esa manera permitir al investigado el efectivo ejercicio de su derecho de defensa.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 26 de marzo de 2014. Radicación número: 11001-03-25-000-2013 00117-00(0263-13).



CÁMARA DISCIPLINARIA

En el presente caso, el pliego de cargos, en el acápite de Disposiciones normativas infringidas del correspondiente cargo, cita las siguientes:

2.4.1.1. Artículo 1.1. de la Circular Básica Jurídica Parte III, Título III Capítulo II de la Superintendencia Financiera de Colombia.

“1. Principios a seguir en el procesamiento de órdenes.

Artículo 1.1. Trazabilidad. Consiste en la posibilidad de verificar y auditar las condiciones en las cuales se surten cada una de las etapas para el procesamiento de las órdenes”.

2.4.1.2. Numeral 6 del Artículo 2.4.1.1. del Reglamento

“Artículo 2.4.1.1. Conductas objeto de investigación y sanción. Además de las conductas previstas en las normas, reglamentos y demás disposiciones aplicables a las sociedades comisionistas miembros, a las personas naturales vinculadas a estas y a los mercados administrados, serán objeto de investigación y sanción las siguientes conductas: (...) 6. No llevar los libros de registro de órdenes, de registro de operaciones y demás libros y documentos relacionados con las actividades y operaciones autorizadas, con sujeción a las disposiciones aplicables”.

Ahora bien, en la Resolución 490, objeto del recurso interpuesto, al referirse al cuarto cargo la correspondiente Sala de Decisión así se pronunció:

“5.4.- Consideraciones respecto del cuarto cargo. (...)

Es así, que al mencionar que se debe examinar la conducta con sujeción a las “disposiciones aplicables”, debemos remitirnos a toda la normatividad incluida en el Reglamento que regula dicha materia y, en específico, al artículo 4.3.1.2. del Reglamento que habla sobre la trazabilidad y que exhorta a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa a su observancia, replicando la disposición de la Circular Básica Jurídica atacada en los descargos y dejando sin base el alegato de la investigada (...).” (Resaltado de esta Sala)

De lo anterior resulta evidente para esta Sala lo siguiente:

- Que en la determinación de la conducta reprochable por parte del Área de Seguimiento se invocó una norma que no es aplicable a las SCB miembros de la Bolsa Mercantil de Colombia, esto es, el numeral 1.1. de la Circular Básica Jurídica, Parte III, Título III, Capítulo II, de la Superintendencia Financiera de Colombia, cuyos destinatarios son las **sociedades comisionistas de bolsa de valores**, norma que hace parte del Título III de la Parte III, contentivo de instrucciones dirigidas a las **Sociedades comisionistas de bolsa de valores**. Por ello resulta evidente que la violación de lo instruido en el numeral 1.1. de dicho aparte de la Circular no puede predicarse de la disciplinada, puesto que, se reitera, tiene como destinatarios a sociedades distintas de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa Mercantil, sin que,



CÁMARA DISCIPLINARIA

además, en el Pliego de Cargos se hayan mencionado las razones por las cuales el A.S. considera aplicable dicha norma a la disciplinada.

Ratifica lo dicho el que el mencionado Capítulo II inicie con la siguiente previsión: *“Los organismos de autorregulación del mercado de valores deben establecer los parámetros mínimos que deben cumplir los libros de órdenes que implementen las sociedades comisionistas de bolsa de valores, con base en lo previsto en el presente Capítulo.”* (Subrayado fuera del texto).

- Adicionalmente, encuentra esta Sala que la primera instancia al analizar la conducta introdujo en las consideraciones el artículo 4.3.1.2. del Reglamento, que no había sido relacionado como infringido en la respectiva acusación, lo que no le era dable toda vez que respecto del mismo ningún juicio de reproche se hizo a la disciplinada en el Pliego de Cargos y, por lo tanto, tampoco pudo ésta presentar sus alegaciones y ejercer en debida forma su derecho a la defensa.

Es de anotar que la invocación que se hace en el numeral 6º del artículo 2.4.1.1 del Reglamento a las **“disposiciones aplicables”**, con sujeción a las cuales se deben llevar los libros de registro de órdenes, de registro de operaciones y demás libros y documentos relacionados con las actividades y operaciones autorizadas, so pena de considerarse una conducta sancionable, norma que sí se cita en el Pliego de Cargos, no puede entenderse como una autorización para que el operador jurídico pueda remitirse *“...a toda la normatividad incluida en el Reglamento que regula dicha materia y, en específico, al artículo 4.3.1.2. del Reglamento que habla sobre la trazabilidad y que exhorta a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa a su observancia, replicando la disposición de la Circular Básica Jurídica atacada en los descargos...”* (Resolución recurrida), pues es evidente que se trata de una norma en blanco o abierta, cuyo contenido debe necesariamente complementarse, de manera clara e inequívoca, con normas que permitan la correspondiente integración normativa, sin que corresponda esa función al investigado, ni pueda la Cámara Disciplinaria suplir, al momento de definir la imposición de una sanción, la actividad que al respecto compete al Área de Seguimiento.

En ese orden de ideas, sancionar a la disciplinada con sustento en una disposición que no le había sido citada como infringida, o hacerlo con fundamento en una norma que no le resulta aplicable, en cuanto no tiene por destinatarios a las SCB miembros de la BMC, constituye una violación al debido proceso y, en particular, al derecho a la defensa.

En consecuencia, se reitera, no resulta procedente sancionar a la recurrente por un incumplimiento que si bien quedó demostrado, como se indicó al inicio del presente numeral, el mismo no puede juzgarse a partir de la disposición normativa contenida en el numeral 1.1. del Capítulo 2, Título 3, Parte 3 de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, señalada como infringida en el Pliego, en virtud del cargo consistente en el **“incumplimiento al principio de trazabilidad de las órdenes”**, a lo que, en armonía con lo dispuesto por la disciplinada en su recurso, habría que agregar la afectación al derecho a la defensa de ésta, por haberse sustentado la sanción en una norma que no fue mencionada como infringida en el Pliego de Cargos.

CÁMARA DISCIPLINARIA

Ahora bien, frente al último argumento esbozado por la disciplinada, en lo relativo a que, en su criterio, no se tuvieron en cuenta en la Resolución recurrida las consideraciones en torno a las limitantes del sistema Siimona, así como las medidas que fueron adoptadas por la SCB para corregir dicha situación, a efectos de atenuar la sanción impuesta, el análisis resulta inocuo, en la medida en que el cargo no está llamado a prosperar, tal como fue formulado. No obstante, conviene señalar que si bien es cierto que en la Resolución recurrida no se efectuó un pronunciamiento específico y particular sobre los atenuantes y agravantes que se tuvieron en cuenta para la graduación de la sanción en el cargo cuarto, al revisar la sanción impuesta y compararla con la dosimetría de la Política Disciplinaria de la Cámara es posible concluir que sí se tuvieron en cuenta los argumentos esbozados por la disciplinada en su escrito de descargos para efectos de la imposición de la sanción, toda vez que se estableció una sanción de multa de seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que correspondería a la mínima posible para conductas graves con igual número de atenuantes y agravantes, que establece una sanción en un rango entre 6 a 15 salarios.

Con fundamento en lo antes expuesto, la Sala **REVOCA** la sanción impuesta en primera instancia para el cargo cuarto, consistente en la imposición de una multa de seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4.2.3. Consideraciones frente al sexto cargo, consistente en el incumplimiento de la obligación de establecer estándares mínimos para evaluar las reglas y condiciones del mercado y de las operaciones, tales como cupos o límites de operación por contraparte, respecto de un (1) mandante.

Argumenta la disciplinada que el marco normativo que se le imputa como violado hace referencia al contenido del manual de política de riesgo y no a la obligación de fijar cupos de contraparte para todos los tipos de clientes, y que, por tanto, *“...el área de seguimiento debía precisar en donde radica la obligación de que mi representada asignara un cupo de contraparte a sus clientes en el contexto del Saric, lo cual no fue incluido pues hace referencia a un marco normativo que dice que debe contener el manual de política de riesgo y no la obligación de fijar cupos de contraparte a rajatabla para todos los tipos de clientes y operaciones...”*.

Pues bien, sobre el particular la Sala considera preciso formular las siguientes consideraciones respecto de la norma señalada como infringida en el Pliego de Cargos, esta es, el numeral 5.1.2. literal b) numeral i) del Capítulo XXVII de la Circular 030 de 2013, contentiva de las reglas relativas a la administración del riesgo de contraparte:

Una primera es que el Capítulo XXVII de la Circular Básica Contable y Financiera determina las reglas para la administración del Riesgo de Contraparte, el cual se define allí mismo *“...como la contingencia a la cual se ven sometidas estas entidades (en clara referencia, entre otras, a las sociedades comisionistas de bolsa de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities) ante el incumplimiento de una o varias operaciones por parte de sus contrapartes y tener que cubrir dicho incumplimiento con sus propios recursos o materializar una pérdida en sus balances”*, lo cual *“...puede presentarse en desarrollo de las operaciones por cuenta propia de las SCBV o de las SCBA,*

CÁMARA DISCIPLINARIA

cuando la contraparte de la operación no cumpla con sus obligaciones durante el plazo de la operación o al momento de la liquidación de la misma.”

Sobre la base de este riesgo, la normativa ordena a las sociedades comisionistas *“...diseñar, implementar y mantener un Sistema de Administración del Riesgo de Contraparte (SARiC) acorde con su estructura, tamaño, objeto social y actividades autorizadas, que les permita identificar, medir, controlar y monitorear eficaz y eficientemente este riesgo.”*

Por manera que el SARiC constituye todo un sistema para la administración del riesgo de contraparte, no asimilable a un mero manual, que exige la identificación, medición, control y monitoreo de este riesgo, con acciones concretas a adelantar por parte de las sociedades comisionistas y sus distintos órganos sociales, propias de cada una de estas etapas.

Así, grosso modo, la identificación exige determinar y evaluar *“los eventos o circunstancias en los cuales podría materializarse el RiC y adoptar los mecanismos de mitigación necesarios en caso que (sic) se materialice el riesgo”*, teniendo en cuenta factores tales como las operaciones y mercados, así como el perfil de riesgo de las contrapartes.

Ahora bien, el sistema de administración del riesgo de contraparte, en ese proceso de identificación y evaluación, debe contemplar unos estándares mínimos, señalados en el numeral 5.1.2. del aparte citado, que implica asignarles una calificación de riesgo, acorde con los criterios tanto cualitativos como cuantitativos aprobados por la Junta Directiva de la entidad, *“de forma previa a la realización de operaciones con la respectiva contraparte y actualizarse con la periodicidad definida por la Junta Directiva, u órgano que haga sus veces, la cual no podrá ser superior a seis (6) meses”*, y prever mecanismos de mitigación del riesgo, a partir, entre otros, de la fijación de cupos o límites de operación por contraparte, que deben ser *“Definidos e implementados de acuerdo con las políticas y criterios de tolerancia al riesgo de contraparte aprobados por la Junta Directiva de la entidad...”*. Bajo este entendido, la Superintendencia dispone que los cupos o límites de operación por contraparte *“...deben incorporar criterios tales como: montos máximos de exposición por tipo de operación, por tipo de activo o valor, por mercado; y cupo o límite total por contraparte, incluidas aquellas contrapartes que tengan el carácter de vinculadas o relacionadas. (...)”*.

Veamos lo que instruye en el numeral (i) de la sección 5.1.2. dicha autoridad:

“(...) 5.1.2. Estándares mínimos:

El SARiC debe cumplir como mínimo con los siguientes estándares:

(...)

b. Evaluar las reglas y condiciones del mercado y de las operaciones que pueden incidir en la capacidad de cumplimiento de sus contrapartes, para determinar los mecanismos de mitigación aplicables, tales como:



CÁMARA DISCIPLINARIA

- i. ***Cupos o límites de operación por contraparte: Definidos e implementados de acuerdo con las políticas y criterios de tolerancia al riesgo de contraparte aprobados por la Junta Directiva de la entidad, u órgano que haga sus veces. (Resaltado de la Sala).***
En particular, dichos cupos o límites deben incorporar criterios tales como: montos máximos de exposición por tipo de operación, por tipo de activo o valor, por mercado; y cupo o límite total por contraparte, incluidas aquellas contrapartes que tengan el carácter de vinculadas o relacionadas. Para estos efectos, se entenderán como contrapartes vinculadas o relacionadas las definidas en el literal b) del numeral 2 del artículo 7.3.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010. Los cupos o límites deben ser revisados con la periodicidad que establezca la Junta Directiva de la entidad, u órgano que haga sus veces, con el fin de incorporar los cambios en el perfil de riesgo de la contraparte o del comportamiento de otros factores de riesgo que definan las SCBV y las SCBA, así como aquellos que resulten de los ajustes en los lineamientos sobre la gestión del riesgo.” (Se destaca)

De la lectura de la anterior norma es evidente para esta Sala, en consonancia con lo señalado en el respectivo pronunciamiento del A.S., que en la norma cuya violación se imputa sí se establecen claramente los estándares mínimos que deben implementar todas las SCB para evaluar la reglas y condiciones del mercado y de las operaciones que pueden incidir en la capacidad de cumplimiento de sus contrapartes, destacándose, entre ellos, la fijación de cupos o límites de operación por contraparte.

En otras palabras, la norma de la Circular Básica Contable y Financiera que se cita como violada sí contiene la obligación de asignar un cupo de contraparte para los clientes de la disciplinada y, por lo tanto, estaba la disciplinada obligada a cumplir lo allí instruido, en armonía con lo señalado por el numeral 20 del artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555 de 2010.

Y ello fue precisamente lo que manifestó la Sala de Decisión en la Resolución que se recurre, cuando expresó que de las normas que se citan como violadas surge la obligación para las sociedades comisionistas miembros “*de contar con un sistema de administración de riesgo de contraparte (SARiC) óptimo y suficiente que se encuentre cumpliendo, por lo menos, con los lineamientos y los estándares mínimos que ha establecido la Superintendencia Financiera de Colombia en su Circular Básica Contable y Financiera. Es en esta normativa donde se conmina a las sociedades comisionistas de bolsa tanto de valores como a las de bolsa de productos agropecuarios a que dentro de su sistema de administración de riesgos se estructure un SARiC que, entre otras cosas, incorpore una evaluación de las reglas y condiciones no sólo del mercado sino también de las operaciones que puedan afectar de una u otra forma en la capacidad de cumplimiento de sus contrapartes. Por ello se entendería que dicho requisito se cumple en el momento en que la comisionista defina e implemente cupos o límites tomando en cuenta las políticas de tolerancia al riesgo que hayan sido dispuestas por ella siempre y cuando observen los criterios que establece la Superintendencia Financiera (...)*”.

No es cierto entonces, como lo plantea el recurrente, “*que el a quo no tuvo en cuenta las explicaciones presentadas en el escrito de descargos...*”, respecto a que (i) “*...la Circular de la Superintendencia Financiera no tiene por vocación co-administrar y fijar los parámetros ni las herramientas específicas que deben ser utilizadas por la sociedad comisionista para la administración del riesgo de contraparte*”; (ii) que “*la mención de la herramienta de los cupos o límites de operación por contraparte deben ser*



CÁMARA DISCIPLINARIA

fijados de acuerdo con las políticas y criterios aprobados por la Junta Directiva de Mercado y Bolsa, elemento volitivo y normativo que no se ha analizado en el pliego de cargos”, y (iii) que “existe una falta de tipicidad de la conducta en la medida en que se está utilizando un tipo administrativo en blanco que requiere de concreción para configurar de manera precisa la supuesta infracción y que debe hacer referencia de manera concreta en el caso en particular al manual, a las políticas y a los criterios aprobados por la Junta Directiva de Mercado y Bolsa, lo cual se echa de menos en el pliego de cargos.”

La exposición que hace la Sala de Decisión acerca de la norma de la Circular Básica Contable y Financiera precisamente lo que hace es desvirtuar los señalamientos de la recurrente, cuando se refiere al contenido que tiene la norma infringida; a que los cupos deben ser fijados con ajuste a las políticas y criterios de tolerancia al riesgo de contraparte aprobados por la Junta Directiva, acorde con unas exigencias y unos estándares mínimos, y que ello debe traducirse en cupos específicos respecto de cada una de sus contrapartes, eso sí, los que técnicamente disponga la entidad, como obligada que está a administrar ese riesgo, aspecto este que no desconoce la Sala; y en cuanto al tipo administrativo en blanco, que esta instancia entiende referido por la recurrente al citado numeral (i) de la Sección 5.2 (que no al artículo 2.11.1.8.1 del Decreto 2555), argumento que habría sido desvirtuado a partir de la exposición que se hace en la Resolución recurrida respecto al contenido obligacional de la norma infringida, que no requiere de su complementación por otras normas que establezcan la obligación de fijar cupos por cada contraparte.

En ese sentido, el aquo sí emitió su decisión conforme a derecho, de forma motivada y congruente, como lo exige el artículo 2.5.2.2.16 del Reglamento, considerando las explicaciones presentadas en el escrito de descargos y con respeto al derecho constitucional al debido proceso de la disciplinada, así como a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 964 de 2005, cuya razón de su violación por el aquo no explica la recurrente, pero que, en todo caso, a la luz del aparte pertinente de la norma, no cabe duda que en la determinación de la responsabilidad de la disciplinada y la imposición de la sanción se garantizó el derecho de defensa y el debido proceso de ésta.

Ahora bien, debe advertirse que el hecho de que los cupos deban ser *definidos e implementados de acuerdo con las políticas y criterios de tolerancia al riesgo de contraparte aprobados por la Junta Directiva de la entidad, u órgano que haga sus veces*, en ninguna medida implica que para establecer la tipicidad de la conducta se deba acudir a lo mandado en el manual de riesgos en cuanto a las políticas y criterios de tolerancia al riesgo de contraparte aprobados por la Junta Directiva de la Sociedad, puesto que lo que se cuestiona es la no fijación de un cupo previa la realización de la operación para el mencionado cliente y no la inaplicación de lo dispuesto en dicho manual. En cualquier caso, ha debido acreditar la recurrente que previa la celebración de la operación sí definió un cupo de contraparte respecto del mandante SUDESPENSA BARRAGÁN S.A., con ajuste a lo aprobado por la Junta Directiva, teniendo en cuenta que ese precisamente era el cargo.

En este caso, la Sala considera que se encuentra plenamente probado el incumplimiento endilgado a la disciplinada, por cuanto, conforme al material probatorio aportado, no se acreditó la definición del cupo aplicable al referido cliente, de manera **previa a la celebración de la operación**.

CÁMARA DISCIPLINARIA

En efecto, conforme al material probatorio obrante en el expediente, lo que aparece acreditado es que al cliente Sudespensa Barragan S.A. se le fijó un cupo de operación por contraparte de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) en el Comité de Riesgos celebrado el día **22 de julio de 2019**, según consta en el Acta No. 96 del citado Comité, suscrita por el Ing. Mauricio Ortiz, lo que significa que se hizo con posterioridad a la celebración de la operación No. 35070740, llevada a cabo el **23 de mayo de 2019**.

Por las anteriores consideraciones, la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria decide confirmar para el cargo imputado, la sanción de **MULTA de 6 salarios mínimos legales mensuales vigentes** impuesta en primera instancia.

4.2.4. Consideraciones frente al séptimo cargo recurrido, consistente en el incumplimiento por parte de Mercado y Bolsa al recibir órdenes de persona no autorizada por el mandante. Operación No. 38313914.

Señala la recurrente en su escrito de apelación, que junto con los descargos allegó oportunamente un *“oficio suscrito por el cliente en el que da cuenta de las personas que están autorizadas a emitir órdenes respecto a operaciones Repo sobre CDM, incluyendo expresamente a la mencionada persona”*, y que la Sala de Decisión no tuvo en cuenta dicha prueba, en la medida en que el documento no tenía fecha de expedición. Por ello estima que dicha interpretación resulta contraria al principio *in dubio pro disciplinado*, extensivo a esta clase de actuaciones, en virtud de las abundantes jurisprudencias constitucionales en materia del derecho al debido proceso.

En este orden de ideas, solicita que a pesar de lo dispuesto en el artículo 2.5.2.2.14 del Reglamento, que limita la actuación probatoria en segunda instancia, se tome en cuenta el documento remitido en segunda instancia, que sí contiene la fecha específica a partir de la cual la persona que emitió la orden contaba con dicha autorización.

Sobre el particular, la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria considera pertinente recordarle a la recurrente que, si bien junto con sus descargos allegó un documento con el cual pretendía demostrar que la persona que envió el correo en el que se confirmaron los términos de la negociación sí contaba con la autorización del Representante Legal del mandante para impartir la correspondiente orden, el mismo no podía ser tenido en cuenta por la Sala de Decisión para efectos de enervar el incumplimiento endilgado, en la medida en que carece de fecha de expedición, lo que impide determinar si en efecto para la fecha de celebración de la operación tal persona podía actuar como autorizada.

En este orden de ideas y frente a la prueba que en similar sentido se pretende hacer valer en segunda instancia, se debe considerar que, tal y como la propia recurrente lo menciona en su escrito de apelación, el artículo 2.5.2.2.14 del Reglamento establece, en cuanto concierne a las pruebas en segunda instancia, que *“La Sala Plena podrá decretar de oficio o a petición de parte la práctica de las pruebas que considere pertinentes, conducentes y útiles, siempre y cuando se refieran a:*

- 1. Pruebas no decretadas o practicadas en las etapas de investigación y decisión respecto de los*



CÁMARA DISCIPLINARIA

hechos objeto de investigación.

2. *Cuando decretadas en primera instancia se dejaron de practicar sin culpa de quien las pidió.*
3. *Cuando se trate de documentos que no pudieron aportarse en primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra del investigado.”*

Así las cosas, frente al “documento de sentido similar que contiene fecha específica a partir de la cual la persona que emitió la orden contaba con dicha autorización” y, en particular, frente a la solicitud de la disciplinada para que se ordene el decreto de pruebas consistente en la incorporación de dicho documento, concluye la Sala Plena que no resulta procedente tal decreto, por cuanto no se advierte el acaecimiento de alguna de las causales previstas en la disposición normativa antes transcrita, para acceder a tal solicitud en esta instancia, ni su ocurrencia aparece demostrada.

Y es que, a efectos de lo previsto por la norma, el llamado por la recurrente “documento de sentido similar” constituye una prueba ya aportada en la etapa de decisión, pues, valga anotar, se trata de la “ratificación del ordenante”, de la designación que hace el representante legal del cliente Molino Casanare Ltda. C.I. a la señora Dexi Esperanza Munévar Herrera como autorizada para confirmar las condiciones de cierre de las operaciones repo sobre CDM celebradas en la Bolsa, “desde el mes de enero de 2017”, ratificación que aunque sin fecha ya obraba en el expediente, por lo que mal podría ser considerada en esta instancia como una prueba no practicada o decretada con anterioridad, o dejada de practicar, ni tampoco se acreditó que se trata de un documento que no pudo aportarse en primera instancia por fuerza mayor o por caso fortuito, o por obra del investigado.

Ahora bien, si en gracia de discusión se accediera a la solicitud de incorporar tal documento al expediente, lo cierto es que el mismo está fechado el 28 de julio de 2022, fecha posterior a la celebración de las operaciones, por lo que no tiene la vocación de enervar el incumplimiento sancionado, que consiste en que para el mes de abril de 2020 se recibió la orden de una persona diferente de la que estaba registrada como ordenante, pues, se precisa, la ratificación posterior de la orden no exime a la disciplinada del incumplimiento en el que se vio inmersa.

La Sala Plena destaca la importancia que reviste para cualquier mandatario o comisionista el contar con órdenes impartidas por los mandantes a través de personas debidamente autorizadas, tanto más tratándose de mercados públicos como los administrados por la Bolsa, no sólo por razones de mercado, para que no sea afectada la confianza, corrección y transparencia en éstos, sino, además, por la responsabilidad de distinta índole que de ello se puede llegar a generar.

Por las anteriores consideraciones, la Sala Plena no puede aceptar los argumentos de la recurrente y, por lo tanto, decide confirmar para el cargo imputado la sanción de **MULTA de 6 salarios mínimos legales mensuales vigentes** impuesta en primera instancia.

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

5. Resuelve

Primero: Revocar la sanción de multa que se decidió imponer para el cuarto cargo en el numeral 6 (“Graduación de la Sanción”) de la Resolución 490 del 29 de junio de 2022.

Segundo: Modificar el numeral *Primero* de la Resolución 490 del 29 de junio de 2022, cuyo texto definitivo quedará así:

“Primero: Sancionar disciplinariamente a la sociedad comisionista MERCADO Y BOLSA S.A., identificada con el NIT 830.094.283-1, en su calidad de miembro de Bolsa, con la sanción de MULTA de veintisiete (27) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución y a las que se hace referencia específicamente en el numeral 5 de esta providencia.”

Tercero: Confirmar, en todo lo demás, la Resolución 490 del 29 de junio de 2022, proferida por la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria.

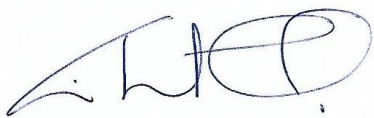
Cuarto: Notificar a la sociedad comisionista de Bolsa Mercado y Bolsa S.A. del contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., advirtiéndole que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

Quinto: Notificar al Jefe del Área de Seguimiento el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., advirtiéndole que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

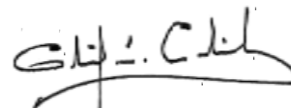
Sexto: En firme la presente Resolución, comuníquese a la Superintendencia Financiera de Colombia y al área de Comunicaciones de la Bolsa el contenido de la misma, para su correspondiente publicación.

Dada en Bogotá, D.C., a los nueve (9) días del mes de septiembre de 2022.

Notifíquese y cúmplase,



MARÍA VICTORIA MORENO JARAMILLO
Presidente



GLORIA LUCÍA CABIELES CARO
Secretaria