

**BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.
Cámara Disciplinaria**

Resolución no. 335 de 2015
(13 de julio de 2015)

Por medio del cual se decide una investigación disciplinaria

La Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria de BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. en adelante "Bolsa", en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley 964 de 2005, el Decreto 2555 de 2010, los Estatutos y el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en adelante el "Reglamento", decide una investigación disciplinaria previas las siguientes consideraciones.

1. Antecedentes

El 21 de enero de 2015 la Jefe del Área de Seguimiento radicó en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria el pliego de cargos institucional elevado en contra de la sociedad comisionista de bolsa Mercado y Bolsa S.A. identificada con NIT 830.094.283-1, en adelante la "investigada", acompañado del expediente original contentivo de la investigación adelantada, en 3 cuadernos constitutivos de 1099 folios y 2 discos compactos.

De acuerdo con el artículo 2.3.2.1 del Reglamento y en desarrollo de la metodología establecida en el Reglamento Interno de la Cámara Disciplinaria, la Secretaría de ésta última procedió a conformar y convocar la respectiva Sala de Decisión, la cual fue integrada por los doctores Álvaro Arango Gutiérrez, María Isabel Ballesteros Beltrán y Ángela María Arroyave O'Brien.

En sesión 429 del 28 de enero de 2015, la Sala de Decisión designó como presidente a la doctora Ángela María Arroyave O'Brien y encontró que el pliego no cumplía los requisitos establecidos en el Reglamento de la Bolsa para su formulación por lo que, estando dentro del término reglamentario previsto en el artículo 2.4.4.1 del Reglamento de la Bolsa, se ordenó su devolución a efectos de su reformulación, mediante Resolución 320 del 28 de enero de 2015.

El 16 de febrero de 2015 la Jefe del Área de Seguimiento radicó en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria el pliego de cargos reformulado, acompañado del expediente original contentivo de la investigación adelantada, en 3 cuadernos constitutivos de 1116 folios y 2 discos compactos.

En sesión 433 del 24 de febrero de 2015, la Sala de Decisión encontró que el pliego de cargos reformulado cumplía con los requisitos establecidos en el Reglamento de la Bolsa para su formulación y ordenó su admisión mediante Resolución 322 del 24 de febrero de 2015 así como el traslado a la investigada para que presentara los descargos correspondientes y allegara o solicitara

Expediente 132-2015

Sala de Decisión
Resolución de fallo
Sesión 452 del 13 de julio de 2015



la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y útiles. Dicha resolución fue notificada personalmente a la investigada el 3 de marzo de 2015.

Prevía solicitud de prórroga para la presentación de descargos, la investigada los presentó de manera escrita el 25 de marzo de 2015 de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.4.4.4 del Reglamento de la Bolsa, dentro del término previsto reglamentariamente.

En sesión 445 del 13 de abril de 2015, la Sala de Decisión estudió los hechos y argumentos presentados en descargos por la investigada, al igual que los hechos que dan lugar a los cargos elevados por el Área de Seguimiento, con lo cual, acorde con lo dispuesto en el Reglamento de la Bolsa la Sala de Decisión decretó la práctica de pruebas de oficio de acuerdo con los principios de conducencia, pertinencia y utilidad de las mismas, decisión que consta en la Resolución 330 de 2015.

En sesión 450 del 4 de junio de 2015, la Sala de Decisión designó como presidente de la Sala a la doctora María Isabel Ballesteros Beltrán en reemplazo de la doctora Ángela Arroyave O'Brien, quien se presentó falta temporal en el ejercicio del cargo. Prevía designación del doctor Justo Aníbal Vásquez Durán por la Sala Plena, en sesión 452 del 13 de julio de 2015, la Sala avocó el estudio de los hechos que dieron lugar a los cargos elevados, los descargos presentados y las pruebas obrantes en el expediente y aprobó por unanimidad el presente fallo.

2. Competencia de la Cámara Disciplinaria

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1.2.1 del Reglamento de la Bolsa, la Cámara Disciplinaria es competente para conocer y decidir, sobre la conducta asumida por las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa. En desarrollo de dicha facultad la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa procede a pronunciarse sobre el caso objeto de la presente investigación.

3. Síntesis de las conductas endilgadas en el pliego de cargos

3.1. Que la sociedad comisionista de bolsa no contaba con un oficial de cumplimiento independiente para la época de los hechos

En reunión del 27 de enero de 2014, la junta directiva de la investigada nombró a la señora Nohora Marcela Gordillo Henao como oficial de cumplimiento y dando cumplimiento al trámite de posesión ante la Superintendencia Financiera de Colombia, en adelante "SFC"¹. Verificado el organigrama de la investigada² se observa que la mencionada funcionaria ocupó simultáneamente el cargo de oficial de cumplimiento principal y el de Directora de Operaciones y Riesgos, actuaciones que fueron desarrolladas simultáneamente entre los meses de marzo a agosto de 2014, según material

¹ Expediente, folios 63-64

² Ibídem, folio 66

Expediente 132-2015



probatorio que obra en el expediente. Dicha conducta se considera contraria a las siguientes normas:

- i. Decreto 2555 de 2010, artículo 2.11.1.8.1 numeral 20;³
- ii. Reglamento de la Bolsa, artículo 1.6.5.1 numerales 40 y 45;⁴
- iii. Reglamento de la Bolsa, artículo 2.2.2.1 numerales 19 y 21;⁵
- iv. Circular Externa No. 26 de 2008, artículo 4.2.4.3 numeral 5, hoy en día artículo 4.2.4.3.1.5, Parte I, Título IV, Capítulo IV, de la Circular Externa No. 29 de 2014 de la SFC.⁶

3.2. Que la sociedad comisionista de bolsa no contaba con un oficial de cumplimiento suplente para la época de los hechos

Sostiene el Área de Seguimiento que en reunión de junta directiva de la sociedad investigada llevada a cabo el 21 de julio de 2014 se designó como oficial de cumplimiento suplente a la señora Natalia Manchengo, sin que al 29 de septiembre de 2014⁷ se hubiera posesionado en la medida en que no aceptó el cargo. El 24 de noviembre de 2014 fue designada la señora Yira Conde, iniciándose el trámite de posesión ante la SFC el 10 de diciembre de 2014. De esta manera, argumenta el Área de Seguimiento que la investigada no contó con un oficial de cumplimiento suplente durante dicho periodo y se configuraría así una conducta objeto de investigación y sanción. En consecuencia de lo anterior, el Área de Seguimiento considera infringidas las siguientes normas:

- i. Decreto 2555 de 2010, artículo 2.11.1.8.1 numeral 20;⁸
- ii. Reglamento de la Bolsa, artículo 1.6.5.1 numerales 40 y 45;⁹

³ Decreto 2555 de 2010, artículo 2.11.1.8.1. Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: 20. Cumplir las demás disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

⁴ Reglamento de la Bolsa, artículo 1.6.5.1.- Obligaciones de los miembros. Son obligaciones de las sociedades miembros de la Bolsa las siguientes: 40. Cumplir las demás obligaciones que les impongan las normas legales y reglamentarias; 45. Las demás establecidas en el marco interno normativo de la Bolsa y en la ley.

⁵ Ibídem, artículo 2.2.2.1.- Alcance. Además de las conductas previstas en el marco legal aplicable a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa y a las personas vinculadas a éstas y en el presente reglamento y del incumplimiento de cualquier norma prevista en los mismos, serán objeto de investigación y sanción las siguientes conductas:

19. No entregar a sus clientes, los comprobantes que den cuenta de la negociación y los demás documentos relacionados con las operaciones realizadas por cuenta de ellos, en la forma y tiempo exigidos por la ley y por este Reglamento; 21. Incumplir cualquier otra norma que les resulten aplicables.

⁶ Circular Externa No. 26 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Art. 4.2.4.3 Requisitos y funciones del oficial de cumplimiento principal y suplente. 5. "No pertenecer a órganos de control ni a las áreas directamente relacionadas con las actividades previstas en el objeto social principal. Circular Básica Jurídica 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia, Parte I, Título IV, Capítulo IV, artículo 4.2.4.3.1.5. No pertenecer a órganos de control ni a las áreas directamente relacionadas con las actividades previstas en el objeto social principal.

⁷ Expediente, folio 63

⁸ Decreto 2555 de 2010, artículo 2.11.1.8.1. Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: 20. Cumplir las demás disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

Expediente 132-2015



- iii. Reglamento de la Bolsa, artículo 2.2.2.1 numerales 19 y 21;¹⁰
- iv. Circular Externa No. 26 de 2008, artículo 4.2.4.3 numeral 7, hoy en día artículo 4.2.4.3.1.7, Parte I, Título IV, Capítulo IV, de la Circular Externa No. 29 de 2014 de la SFC.¹¹

3.3. Que la sociedad comisionista de bolsa no cumplió con la obligación de rendición de cuentas a clientes

Durante una visita realizada por parte del Área de Seguimiento a la investigada se solicitaron los extractos mensuales remitidos a 14 clientes durante los meses de enero a julio de 2014 con su respectiva constancia de envío o recibo.¹² A partir de la información recibida, se encuentra lo siguiente:

Tabla de remisión de extractos a clientes

Cliente	Extractos presentados	Soporte de envío o recibo
Ana Benilda Nieto	Ninguno	No
Comercializa LTDA	Ninguno	No
Conserjes inmobiliarios	Ninguno	No
Constructora Chunugua S.A.	Ninguno	No
Entrepalmas S.A.	Marzo - junio de 2014	No
Fundación de asesorías para el sector rural Ciudad de Dios	Enero- junio de 2014	No
Instituto geográfico Agustín Codazzi	Ninguno	No
Molino Casanare	Enero- junio de 2014	No
Molinos el Yopal LTDA.	Enero- junio de 2014	No
Pasteurizadora Santo Domingo S.A.	Ninguno	No
Precocidos del Oriente S.A.	Ninguno	No
Prieto Nieto Martha Adriana	Ninguno	No
SENA	Ninguno	No
Yolanda Castillo	Enero- junio de 2014	No

⁹ Reglamento de la Bolsa, artículo 1.6.5.1.- Obligaciones de los miembros. Son obligaciones de las sociedades miembros de la Bolsa las siguientes: 40. Cumplir las demás obligaciones que les impongan las normas legales y reglamentarias; 45. Las demás establecidas en el marco interno normativo de la Bolsa y en la ley.

¹⁰ Ibídem, artículo 2.2.2.1.- Alcance. Además de las conductas previstas en el marco legal aplicable a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa y a las personas vinculadas a éstas y en el presente reglamento y del incumplimiento de cualquier norma prevista en los mismos, serán objeto de investigación y sanción las siguientes conductas: 19. No entregar a sus clientes, los comprobantes que den cuenta de la negociación y los demás documentos relacionados con las operaciones realizadas por cuenta de ellos, en la forma y tiempo exigidos por la ley y por este Reglamento; 21. Incumplir cualquier otra norma que les resulten aplicables.

¹¹ Circular Externa No. 26 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Art. 4.2.4.3 Requisitos y funciones del oficial de cumplimiento principal y suplente. 7. Estar Posesionado ante la Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Básica Jurídica 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia, Parte I, Título IV, Capítulo IV, artículo 4.2.4.3.1.7. 4.2.4.3.1.7. Estar posesionado ante la SFC.

¹² Expediente 132-2015. CD 1
Expediente 132-2015

De la anterior información y en relación con lo señalado en el artículo 4.2.1.8 del Reglamento de la Bolsa, el Área de Seguimiento considera infringidas las normas que rigen la manera en que las sociedades comisionistas deben rendir cuentas a los clientes sobre los encargos recibidos, en particular la de remitir mensualmente un reporte de las operaciones con indicación del saldo, movimiento y estado de la cuenta.

En consecuencia de lo anterior, el Área de Seguimiento considera infringidas las siguientes normas:

- i. Decreto 2555 de 2010, artículo 2.11.1.8.1 numeral 20;¹³
- ii. Reglamento de la Bolsa, artículo 1.6.5.1 numerales 40 y 45;¹⁴
- iii. Reglamento de la Bolsa, artículo 2.2.2.1 numerales 19 y 21;¹⁵
- iv. Reglamento de la Bolsa, artículo 4.2.1.8.¹⁶

4. Síntesis de la defensa

4.1. Aspectos formales de la investigación disciplinaria

4.1.1. Contenido mínimo de la solicitud formal de explicaciones

La investigada sostiene que el Área de Seguimiento intenta hacer una distinción entre la solicitud formal de explicaciones y el pliego de cargos, lo cual considera inadecuado debido a que es con la

¹³ Decreto 2555 de 2010, artículo 2.11.1.8.1. Obligaciones generales de los miembros. Los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, estarán sujetos a las siguientes obligaciones: 20. Cumplir las demás disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

¹⁴ Reglamento de la Bolsa, Artículo 1.6.5.1.- Obligaciones de los miembros. Son obligaciones de las sociedades miembros de la Bolsa las siguientes: 40. Cumplir las demás obligaciones que les impongan las normas legales y reglamentarias; 45. Las demás establecidas en el marco interno normativo de la Bolsa y en la ley.

¹⁵ *Ibidem*, artículo 2.2.2.1.- Alcance. Además de las conductas previstas en el marco legal aplicable a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa y a las personas vinculadas a éstas y en el presente reglamento y del incumplimiento de cualquier norma prevista en los mismos, serán objeto de investigación y sanción las siguientes conductas: 19. No entregar a sus clientes, los comprobantes que den cuenta de la negociación y los demás documentos relacionados con las operaciones realizadas por cuenta de ellos, en la forma y tiempo exigidos por la ley y por este Reglamento; 21. Incumplir cualquier otra norma que les resulten aplicables.

¹⁶ *Ibidem*, artículo 4.2.1.8.- Rendición de cuentas. Aprobado por Resolución No. 1624 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa deberán informar a sus clientes de la marcha de los negocios celebrados por su cuenta, rendirle cuenta detallada y debidamente justificada de la gestión y entregarle todo lo que haya recibido por causa de la comisión, para lo cual deberán entregar el comprobante de negociación de las operaciones celebradas por cuenta de sus clientes dentro del término previsto en el presente Reglamento y, además, remitir, como mínimo, mensualmente a la dirección registrada por éstos un reporte acerca de las operaciones celebradas por su cuenta, el saldo, movimiento y estado de la cuenta, sin perjuicio del deber de establecer los mecanismos tendientes a que los mismos puedan consultar en cualquier momento sus saldos y estado, lo cual podrán hacer por escrito o a través de la página de Internet de las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, cuando éstas tengan activado e implementado dicho servicio. Parágrafo Transitorio. Las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa deberán atender la obligación de remitir el reporte y establecer los mecanismos de consulta a que se refiere el presente artículo dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente Libro.

Expediente 132-2015



primera que se inicia el proceso disciplinario y se genera la calidad de investigado y en esa medida le otorga el derecho a controvertirla.

Dado que señala que no existe un fundamento reglamentario que limite el derecho de defensa de los investigados a rendir explicaciones de manera completa e idónea, considera que la solicitud formal de explicaciones debe contener la indicación de los hechos de manera completa aún sin que se haya llegado a la formulación del pliego de cargos. En ese sentido, la investigada considera que en ningún ordenamiento disciplinario es posible la postura manifestada por el Área de Seguimiento toda vez que los hechos deben presentarse en su totalidad y con el debido nivel de detalle que permita al sujeto pasivo conocer lo que se endilga y pronunciarse respecto de ello.

Así las cosas, al no haberse detallado en la solicitud formal de explicaciones y el informe de visita E-10-2014¹⁷ las condiciones y hechos objeto de investigación, no es posible ejercer debidamente el derecho de defensa. En ese sentido, la investigada solicita que cese la función disciplinaria pues al haberse elaborado de manera indebida la solicitud formal de explicaciones se pretermitió una etapa procesal dando lugar a la violación de sus derechos fundamentales. La investigada trae a colación jurisprudencia en relación con el derecho al debido proceso¹⁸ sobre la que pretende argumentar que las actuaciones del Área de Seguimiento van en contra del mismo al no observar los requisitos del artículo 2.4.3.1 del Reglamento de la Bolsa en cuanto a la determinación de los hechos, la conducta y la norma presuntamente violada. Así pues, se expone en el escrito de descargos, que la investigada no pudo ejercer su derecho de defensa toda vez que le resultaba imposible contradecir aquello que no conoció en su integridad, argumento que presenta en referencia a la manera como le fue presentada la solicitud formal de explicaciones.

Puntualmente, en relación con el cargo de la independencia del oficial de cumplimiento la investigada alega que no existe similitud de argumentos entre la solicitud formal de explicaciones y el pliego de cargos pues, en el primero se habla de la independencia y autonomía mientras que en el segundo simplemente se remite al cumplimiento de una norma específica sin mayor análisis en relación con el ejercicio de su cargo y su independencia junto a las actividades y funciones que presuntamente violaron la norma. De la misma manera, no se determina el periodo de ejercicio al que se refieren ambos cargos y su relación con la norma presuntamente violada, luego no es posible para la investigada ejercitar su derecho de defensa de manera adecuada.

¹⁷ Expediente, folios 971-977

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-458 de 1994, M.P Jorge Arango Mejía: define el derecho al debido proceso *“el conjunto de garantías que buscan asegurar al ciudadano que ha acudido al proceso, una recta y cumplida administración de justicia y la debida fundamentación de las resoluciones judiciales”*; la sentencia T-197 de 1995 de la misma corporación: *“el debido proceso busca que las pretensiones sean atendidas por la jurisdicción con objetividad e imparcialidad, señalando previamente las reglas a cumplir”*; y, la sentencia C-025 de 1999 de la misma corporación, que señala: *“una de las principales garantías del debido proceso es el derecho de defensa entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial de ser oída y hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas y solicitar la práctica y evaluación de las que se estimen favorables.”*

Expediente 132-2015



Frente al cargo relacionado con el oficial de cumplimiento suplente, argumenta que tampoco es posible ejercer el derecho de defensa pues no se determina el periodo en el cual se sostiene que se incumplió la norma y en esa medida estima que se carece de precisión en los hechos y en la descripción de la conducta. Al analizar la formulación de los cargos la investigada argumenta que acorde al numeral 3.4, acápite II de la solicitud formal de explicaciones, en relación con el artículo 2.4.3.1 del Reglamento de la Bolsa, se debe indicar cuál es la norma presuntamente transgredida, lo cual no ocurrió en el presente caso al presentarse como normas globalmente la Circular Básica Jurídica 026 de 2008 y 024 de 2009. De esta manera, no es posible establecer los hechos y su posterior adecuación típica con cada norma presuntamente violada por lo que no se cumple con los requisitos del artículo 2.4.3.1 del Reglamento e imposibilita a la investigada para ejercer su derecho de defensa.

Finalmente, en cuanto al cargo de la rendición de cuentas a los clientes, la investigada argumenta que no es posible ejercer el derecho de defensa ni contradecir los hechos pues en el escrito no se detallan los periodos de la supuesta violación.

4.1.2. Aplicación del principio de oportunidad

La investigada sostiene que el Área de Seguimiento omitió explicar cómo las conductas endilgadas atentan contra la confianza y seguridad del mercado, a pesar de manifestar que ello ocurre y tampoco señala en ningún momento las razones por las cuales no procedía la aplicación del principio de oportunidad.

En el caso del oficial de cumplimiento principal, la investigada manifiesta haber implementado un plan de acción tendiente a la designación de una persona diferente en el cargo que se consideraba incompatible ejercer de manera concurrente el 15 de diciembre de 2014, lo que en su consideración terminaría con la presunta infracción. Asimismo, argumenta que no se han presentado situaciones en las que el oficial de cumplimiento se haya visto coartado en su independencia u autonomía. En cuanto a la relación con el periodo de tiempo que ejerció el cargo de manera concurrente, sostiene que se debe tener en cuenta que fue muy reducido, por lo cual, investigar y sancionar a la investigada representaría un gasto superior al beneficio que se pueda obtener, toda vez que la entidad ya ha adoptado las medidas conducentes para terminar la presunta infracción.

Frente al cargo de oficial de cumplimiento suplente la investigada sostiene que ya se estructuró el plan de acción para la designación y posesión de otra persona en tal cargo. Igualmente, sostiene que hay que tener en cuenta que el periodo de ausencia presentado fue muy reducido y que, al tratarse de un cargo de suplencia y no habiéndose verificado ausencia o falta alguna del principal, no se presentó ninguna situación que pudiera perjudicar el normal funcionamiento de la sociedad y los intereses de los inversionistas.

Expediente 132-2015

Sala de Decisión
Resolución de fallo
Sesión 452 del 13 de julio de 2015



Respecto del cargo de rendición de cuentas a los clientes, la investigada argumenta que la presunta infracción se habría presentado para algunos casos aislados y que nunca existió desinformación de los inversionistas pues adicionalmente al reporte de rendición de cuentas, se remitió a todos los clientes correos electrónicos con las características de cada movimiento. Adicionalmente, la investigada manifiesta haber adoptado un plan de acción con medidas tendientes a continuar informando oportunamente a los clientes acerca del estado de sus inversiones. Por las anteriores razones la investigada solicita dar aplicación al principio de oportunidad.

4.2. Aspectos sustanciales de la investigación disciplinaria

La investigada manifiesta en sus descargos que en relación con el cargo del oficial de cumplimiento principal se modificó el concepto de violación respecto de la solicitud formal de explicaciones y por lo tanto el alcance de la transgresión, razón por la cual no le fue posible ejercer la defensa. Complementa señalando que en sesión del 26 de enero de 2015, se designó a un oficial de cumplimiento el cual está pendiente de aprobación acorde al comité de posesiones de la SFC.

Respecto al cargo de rendición de cuentas la investigada señala que en la sociedad una vez realizada una operación se remiten correos electrónicos con toda la información respectiva, razón por la cual no se viola el bien jurídico tutelado, y que describe como la debida información a sus clientes, información que se envía de manera periódica y oportuna.

Por último, en cuanto al cargo de oficial de cumplimiento suplente la investigada argumenta que actualmente se está realizando el trámite de posesión de un nuevo oficial suplente.

4.3. Graduación de la sanción

La investigada argumenta que al no existir razones de fondo para sancionar con base en los cargos y al no indicarse cómo cada una de las tres conductas amenaza con afectar la confianza del público, cuál es la dimensión del daño y asimismo por qué se debe imponer una sanción de multa, pide que se tengan en cuenta los criterios fijados en el artículo 2.3.3.2 del Reglamento de la Bolsa, los cuales considera aplicables de la siguiente manera: (i) los hechos de la rendición de cuentas no son graves y, en últimas, siempre se cumplió; (ii) en los casos de los oficiales de cumplimiento, se trató de situaciones por fuera del control de la investigada; (iii) no existen antecedentes disciplinarios; (iv) no hubo lucro a partir de las supuestas infracciones; (v) no se afectó al mercado o a los clientes.

De esta manera, solicita que se imponga una sanción de amonestación teniendo en cuenta que la investigada ha adoptado diferentes mecanismos para resolver las presuntas irregularidades.



5. Consideraciones de la Sala

5.1. Consideraciones previas

5.1.1. Supuestas violaciones al debido proceso

En relación con los argumentos planteados por la investigada en torno a la supuesta violación a su derecho al debido proceso, la Sala se pronunció mediante resoluciones 320 y 322 de 2015, inicialmente devolviendo el pliego de cargos por considerar que no se ajustaba a lo exigido por el Reglamento de la Bolsa en cuanto a su formulación, particularmente por lo relacionado con eventuales violaciones al debido proceso que se corría el riesgo de materializar en el evento de haber admitido el pliego en su forma original. Dichas posibles violaciones, algunas de las cuales fueron mencionadas por la investigada en sus explicaciones formales y en sus descargos, considera la Sala que no se materializaron en la medida en que el pliego de cargos trasladado contenía lo exigido por el Reglamento de la Bolsa y permitía un adecuado ejercicio del derecho de defensa y contradicción, además de que a pesar de las objeciones planteadas por la investigada, es evidente que ésta comprendió puntualmente en sus respuestas los hechos, conductas y normas cuyo incumplimiento se le endilgaba y se defendió efectivamente y de manera precisa frente a las mismas, como se procederá a exponer, lo que demostraría que el contexto de la solicitud formal de explicaciones habría sido lo suficientemente claro para el ejercicio del derecho de defensa, a pesar de algunas falencias formales alegadas por la investigada.

El artículo 2.4.3.1 del Reglamento de la Bolsa indica que a partir de la solicitud formal de explicaciones se da inicio a la etapa investigativa en el proceso disciplinario y establece como requisitos hacer mención de los hechos, la conducta observada y la probable norma violada, así como la advertencia del derecho a consultar el expediente, todo lo anterior en respeto del derecho al debido proceso del investigado en línea con lo exigido a través del artículo 29 de la Ley 964 de 2005 y del mismo artículo de la Constitución Política de Colombia. Ahora bien, se afecta dicha garantía superior, con una decisión que no haya dado oportunidad al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, lo cual no ocurre en este caso, pues la decisión se produce con ajuste a las normas procesales y con respeto a los principios y normas que rigen los procesos disciplinarios.¹⁹

Si bien reconoce la Sala que el derecho al debido proceso de la investigada podría haberse puesto en peligro con el pliego inicial, dichos yerros fueron corregidos en la medida en que se evidencian dos acciones: (i) la reformulación del pliego de cargos por solicitud de la Sala de Decisión; y, (ii) la defensa concreta y puntual que hace la investigada, además del reconocimiento que hace de la violación de normas en distintos apartes de sus descargos, solicitando incluso ser sancionada con una amonestación.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-692 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil
Expediente 132-2015



Así, si bien se encuentra que en la solicitud formal de explicaciones no se identificó de manera precisa las normas presuntamente violadas, la Sala considera que de la lectura del artículo y los hechos era posible realizar una defensa concreta, lo cual se evidenció en la manera cómo la investigada lo realizó, además de que, con posterioridad, antes del pronunciamiento de cualquier decisión, la investigada tuvo la oportunidad de pronunciarse concretamente frente a los cargos imputados ejerciendo nuevamente su derecho a la defensa.

En cuanto se refiere a los demás argumentos planteados por la investigada, analizado de manera integral el contenido del pliego y de las actuaciones previas, la Sala considera que a pesar de lo expuesto por la investigada, en cuya opinión no existió una similitud de argumentos entre la solicitud formal de explicaciones y el pliego de cargos por haberse abordado el concepto de la conducta referente al oficial de cumplimiento principal de diferente manera, la Sala encuentra improcedente el argumento en la medida en que las normas citadas como infringidas son precisas en ambos documentos y describen puntualmente las características de independencia y autonomía con las que debe contar el oficial de cumplimiento y que echa de menos la investigada en el pliego. Consultado el contenido de las páginas 10 y 11 del pliego de cargos²⁰ se evidencia que no solo se hace mención a la misma norma sino que a diferencia de la solicitud formal de explicaciones existe una descripción más clara y profusa de los hechos objeto de investigación y asimismo un análisis más detallado de la conducta en el cual se concreta en qué consiste dicha supuesta transgresión de la norma, por lo que tampoco son de recibo los argumentos de la investigada en relación con que dichos documentos no describían de manera precisa la manera en que se consideró violada la norma.

Para la Sala no cabe exigir que deba existir una correspondencia exacta entre la solicitud formal de explicaciones y el pliego de cargos en la medida en que ello no guardaría armonía con la dinámica y evolución de toda investigación, por lo cual la naturaleza de uno y otro documento no es idéntica y de exigirse tal identidad se estarían omitiendo, entre otras, las siguientes facultades: (i) la facultad probatoria que tiene el Área de Seguimiento entre la elaboración de ambos documentos; (ii) la posibilidad que tiene el Área de Seguimiento de precisar una conducta con base en la información recogida con posterioridad al envío de la solicitud formal de explicaciones; y, (iii) la obligación que tiene el Área de Seguimiento de analizar en el pliego de cargos los argumentos expuestos por el acusado. Lo que sí debe existir es una correspondencia entre los hechos y las normas citadas como infringidas, aún si se presentan variaciones en la calificación de la conducta o en la descripción de cómo se considera que los hechos se ubican en los supuestos previstos en las normas presentadas como infringidas. De otra manera se harían inocuas las facultades antes descritas y la razón misma del proceso.

En relación con el cargo de oficial de cumplimiento suplente, la investigada alega que no es posible establecer el periodo en cuestión en el cual se le acusó de no haber cumplido con la norma presentada como infringida, sin embargo, la Sala encuentra que la solicitud formal de explicaciones

²⁰ Expediente, folios 1125-1126
Expediente 132-2015



evidencia una conducta y un periodo de tiempo correspondiente al de la visita y el reflejado en el informe. En el caso del pliego de cargos la Sala encuentra a partir de la página 11²¹ un periodo determinado de los hechos, así como la mención a una conducta concreta que se subsume en una norma relevante.

Respecto al cargo de rendición de cuentas, como se ha mencionado, la Sala encontró en sesión del 28 de enero de 2015 que el pliego de cargos inicial no contaba con una descripción suficientemente clara de los hechos y periodos razón por la cual se procedió a su devolución. Como resultado de lo anterior el Área de Seguimiento radicó nuevamente el pliego el 16 de febrero de 2015, el cual en sesión del 24 de febrero de 2015 se pudo constatar que la conducta se precisaba a través de unos hechos descritos en dicho documento estableciendo los clientes presuntamente afectados y los periodos de tiempo en que se estimaba como incumplida la norma.

En el anterior sentido, carece de soporte predicar la invalidez del proceso por afectación del derecho de defensa pues al momento de admitir el pliego de cargos la Cámara Disciplinaria verificó que se cumplieran con los requisitos del Reglamento en términos de descripción de los hechos y conductas, como ha quedado ya expuesto.

Finalmente, para la Sala tampoco son de recibo los argumentos de la investigada en el sentido que se viole su derecho al debido proceso en relación con la imparcialidad y objetividad pues dentro de las etapas que componen la autorregulación la Cámara Disciplinaria cuenta con la función disciplinaria, la cual es independiente y autónoma²². Por esta razón no es posible predicar la nulidad del proceso como consecuencia de la violación al derecho a la defensa o al debido proceso pues dentro de las oportunidades procesales el Área de Seguimiento procedió a su corrección y la investigada pudo ejercer su derecho a la defensa al presentar los descargos correspondientes, de tal manera que no se adoptó ninguna decisión en contra de la investigada sin que se hubieran corregido los yerros o materializado una violación a sus derechos.

5.1.2. Principio de oportunidad

El principio de oportunidad se encuentra regulado en el Reglamento de la Bolsa en los artículos 2.4.1.4 y 2.4.1.5 e impone los parámetros bajo los cuales el Jefe del Área de Seguimiento, previo pronunciamiento de la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria puede decidir archivar una investigación a pesar de existir elementos de juicio que darían lugar a la formulación de cargos. No obstante lo anterior, debe aclararse que conforme al marco reglamentario, la decisión de archivar una conducta en aplicación de dicho principio es facultativa, incluso permitiendo que aún solicitada su aplicación por el Jefe del Área de Seguimiento, la Cámara Disciplinaria conceptúe en contra de la misma.

²¹ Ibídem, folio 1125

²² Corte Constitucional, Sentencia C-1641 del 2000 M.P Alejandro Martínez Caballero Expediente 132-2015



En razón de lo anterior, la descripción de los hechos que hace la investigada y que en su opinión darían lugar al archivo de la investigación resulta improcedente en esta etapa del proceso.

5.2. Consideraciones frente a los cargos formulados

5.2.1. Consideraciones generales

La investigada manifiesta que en el pliego de cargos se extraña una precisión en cuanto a la manera como se afectó los bienes jurídicos tutelados o la dimensión del daño causado, lo que debe sustentar la necesidad de imponer una sanción. Sobre el particular, la Sala considera necesario aclarar que a la luz de la jurisprudencia, el principio *nullum crimen, nulla poena sine iniuria* no es enteramente aplicable a los procesos disciplinarios adelantados por un ente autorregulador. En efecto, los principios que rigen en materia penal son aplicables con matices frente al proceso disciplinario propio de la autorregulación del mercado de valores, en el cual existen mayores limitaciones.²³ En tal sentido, es improcedente pretender la aplicación en toda su extensión de dichos principios, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional pronunciándose validando la diferencia sustancial que existe entre las diferentes esferas de la actividad disciplinaria y señalando que los procedimientos impuestos en los procesos disciplinarios de la autorregulación del mercado de valores se encuentran en el ámbito del derecho privado.²⁴ Así lo entendió el juez de primera

²³ Corte Constitucional, sentencia C-597 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero. *“entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal.”*

²⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-692 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil *“ (i) La autorregulación es una institución propia del derecho privado, a través de la cual se busca fijar unas reglas de juego para ordenar las relaciones en los distintos sectores sociales y en beneficio de la comunidad; (ii) dicha figura encuentra fundamento en la autonomía de la voluntad privada, que a su vez se ampara en los derechos a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la personalidad jurídica, a la libre asociación a la iniciativa privada y a la libertad económica, entre otros; (iii) la autorregulación es connatural a la actividad bursátil y conlleva, por parte de los participantes en el mercado, la imposición de unas normas de conducta, la supervisión de su cumplimiento y la consecuente sanción por su violación, así como también la observancia de la ley y la regulación estatal; (iv) la autorregulación en el mercado de valores de Colombia existe desde la creación de la Bolsa de Bogotá en 1928 y ha tenido expreso reconocimiento legal a partir del Decreto-ley 2969 de 1960; (v) el propósito de la autorregulación, a través de los entes autorreguladores, es contribuir con el Estado en la misión de preservar la integridad y estabilidad del mercado, la protección de los inversionistas y el cumplimiento de la ley; y (vi) la autorregulación en el mercado bursátil es una actividad complementaria a la actividad reguladora del Estado, en cuanto no busca reemplazar ni sustituir las funciones públicas de regulación, reglamentación, supervisión, vigilancia y control, que se encuentran en cabeza del Estado, por intermedio del Congreso y del Gobierno, y que ejercen, el primero directamente, y el segundo a través de la Superintendencia Financiera; y (vii) la propia ley acusada aclara que la actividad de autorregulación no tiene el carácter de función pública y, por lo tanto, no implica delegación de las funciones de inspección, vigilancia y control sobre el mercado bursátil.”*

Expediente 132-2015



instancia en la acción de tutela No. 267-2013, fallo confirmado por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Bogotá en sentencia del 15 de noviembre de 2013, en los siguientes términos:

[...] en torno a los hechos y pretensiones establecidos en el escrito de acción de tutela, en cuanto al desconocimiento de las formas propias del proceso disciplinario, ha de señalarse que la Corte Constitucional ha sido explícita en cuanto a la forma en que la actividad sancionadora de una institución, puede adelantarse libremente atendiendo los lineamientos de sus estatutos y procedimientos por ella establecidos, siempre que en los mismos se encuentren garantizados todos los principios, garantías y prerrogativas especiales que encierra el derecho fundamental al debido proceso, sin embargo, la potestad sancionatoria no requiere estar sujeta al mismo rigor de los procesos judiciales y administrativos [...]

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa al indicar la improcedencia de aplicar íntegramente los principios penales al presente proceso disciplinario²⁵, toda vez que como la indicado la Corte Constitucional al señalar que

La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido.²⁶

Siendo así, los bienes jurídicos protegidos en el derecho disciplinario bursátil no se identifican con aquellos propios del derecho penal y por esa razón los principios de este ordenamiento no son aplicables analógicamente al proceso disciplinario del órgano autorregulador de la Bolsa que, como se señaló, se encuentra sometido a la órbita de la autonomía privada a pesar de estar sometido a la obligación de contar con autorización previa del Estado para su ejercicio.

Ahora bien, aclarada la aplicabilidad de los principios penales al proceso disciplinario adelantado en la Bolsa, la imposición de una sanción no requiere de la concreción de un perjuicio material sino la puesta en peligro de un interés jurídicamente tutelado por las normas y el Reglamento. Afectación que se ve materializada en el caso en particular, como se procederá a exponer, con la sola violación de la norma en la medida en que se desconoce la necesidad de implementar figuras tendientes a dotar al mercado y a los inversionistas de seguridad.

En esa medida el principio de lesividad que gobierna la estructura penal al determinar que no hay infracción penal sin una lesión material a un bien jurídico tutelado,²⁷ hace referencia a la

²⁵ Cámara Disciplinaria de BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., Sala Plena, Resoluciones 006-2010, 009-2010-032-2012 y 059-2013.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-988 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis Expediente 132-2015



gradualidad de afectación de diferentes bienes jurídicos protegidos por diferentes normas en las cuales la acción u omisión no es suficientemente grave para afectar el orden social al no afectar el bien jurídico u otros derechos.²⁸ En el caso disciplinario, como se expuso, se busca por medio de unos deberes y obligaciones proteger la organización y funcionamiento del mercado al establecer modelos de conducta los cuales no requieren de la concreción de un resultado para su estudio disciplinario, toda vez que al realizarse la actividad con recursos del público, cualquier acción u omisión que atente contra la seguridad, confianza y transparencia afecta el bien jurídico tutelado pues lo pone en riesgo.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala no acepta los argumentos planteados en dicho sentido por la investigada.

5.2.2. Oficial de cumplimiento principal

La Sala considera importante iniciar recordando que la actividad financiera en Colombia está catalogada como de interés público según lo ordenado a través del artículo 335 de la Constitución Política. Debido a la necesidad de proteger el adecuado y continuo funcionamiento del mercado financiero, se generan cargas e imposiciones tanto económicas como jurídicas para poder desarrollar la actividad bursátil pues para poder cumplir con los anteriores objetivos y principios es claro que no cualquier agente puede ejercer dicha actividad.²⁹ Por esta razón, se establece en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, disposiciones aplicables a los intermediarios de este mercado en virtud de la remisión que hace el artículo 22 de la Ley 964 de 2005, la obligación para las entidades que hacen parte del sistema de controlar y prevenir el riesgo de lavado de activos como la posibilidad de pérdida o daño por la propensión a ser utilizada a través de sus operaciones como instrumento para el lavado de activos y financiación del terrorismo.

Siendo así, las entidades deben adoptar los mecanismos y reglas de conducta que deberán observar sus representantes legales, directores, administradores y funcionarios, diseñar y poner en práctica procedimientos específicos así como designar a funcionarios responsables para verificar el adecuado cumplimiento de los mismos, instrucciones que han sido desarrolladas de manera precisa a través de circulares de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Es en relación con dichos deberes de dotar al sistema de seguridad para su funcionamiento, que se encuentra la violación de dicho marco normativo pues a partir del acta de reunión de Junta Directiva del 27 de enero de 2014³⁰, de la consulta al RNAMEV el 29 de septiembre de 2014³¹ y 14 de abril de 2015³² y el comunicado de la SFC del 25 de marzo de 2014³³, se constata que la señora

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C- 636-2009, M.P. Mauricio González Cuervo

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-955 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

³⁰ Expediente 132-2015, folio 86

³¹ *Ibidem*, folio 63-64

³² *Ibidem*, folio 1337

³³ *Ibidem*, folio 1325

Expediente 132-2015



Nohora Marcela Gordillo Henao fungió desde el 27 de enero de 2014 como oficial de cumplimiento principal de la investigada.

Como se señaló en el pliego de cargos, las normas citadas como incumplidas establecen que el oficial de cumplimiento principal no debe pertenecer a órganos de control ni a las áreas directamente relacionadas con las actividades previstas en el objeto social.³⁴ Para la Sala, dicha prohibición hace referencia a una incompatibilidad entendida como el evento en el que se predica de ciertas actividades la imposibilidad de ejercer simultáneamente las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia.³⁵ En el caso del Sarlaft, al requerirse contar con un equipo técnico y humano de trabajo enfocado a la exposición al riesgo de LA/FT en que se encuentre la entidad vigilada, en relación con su tamaño³⁶ no es posible ostentar otro cargo relacionado con el desarrollo del objeto social principal o sus organismos de control pues se busca garantizar la idoneidad, moralidad y eficiencia de dicha área y no ocasionar la ocurrencia constante de conflictos de interés entre áreas operativas y comerciales en contra de la necesidad de dotar al mercado de seguridad y honorabilidad.

Ahora bien, al analizar el cargo endilgado y las pruebas obrantes en el expediente, la Sala encuentra suficiente material probatorio que demuestra que la mencionada funcionaria actuaba durante el periodo comprendido entre enero y noviembre de 2014 como Directora de Operaciones³⁷, Directora de Operaciones y de Riesgos³⁸, Directora de Riesgos³⁹, miembro del Comité de Auditoría⁴⁰ y como oficial de cumplimiento de la investigada⁴¹ de manera simultánea.

³⁴ Superintendencia Financiera, Circular Externa No. 26 de 2008, artículo 4.2.4.3 numeral 5.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia T- 181 de 1997, M.P Fabio Morón Díaz.

³⁶ Superintendencia Financiera, Concepto 2014115721-002 del 15 de enero de 2015

³⁷ Expediente 132-2015: correos electrónicos del 4 de abril de 2014, 3 de julio de 2014 y 8 de octubre de 2014 en los folios 1306-1323 del expediente; comunicaciones de cierre de operación del 23, 29 y 31 de enero, 12, 14, 17, 26 de febrero, 3, 5, 13, 14, 17 y 18 de marzo, 10, 11, 21 y 22 de abril, 5, 12, 13 y 16 de junio, 4 de agosto, 15 de septiembre, 1, 22, 24 y 30 de octubre, 4, 5, 14 y 28 de noviembre de 2014 enviados a diferentes clientes de la investigada en los folios 726, 731, 734, 744, 751, 752, 784-785, 787, 788, 790-792, 795, 826, 843, 862, 866, 869, 872, 875, 879, 886, 899, 910, 913, 935, 943, 946-952, 955, 965-1022, 970, 1010, 1023-1035 del expediente; Acta de la visita del AS en calidad de oficial de cumplimiento y Directora de Operaciones el 29 de octubre de 2014 en los folios 972 del expediente.

³⁸ Expediente 132-2015: Acta de Junta Directiva No. 117 del 21 de julio de 2014 en los folios 63-66 del expediente.

³⁹ Expediente 132-2015: actas No.56-57 del 7 de febrero de 2014 y 9 de junio de 2014 del comité de riesgos en los folios 68-72 del expediente y actas No. 1-7 de 6 de febrero de 2014, 7 de marzo de 2014, 8 de abril de 2014, 9 de mayo de 2014, 6 de junio de 2014 y 8 de julio de 2014 del comité de riesgos en los folios 73-76 del expediente.

⁴⁰ Expediente 132-2015: acta No. 2 del 24 de febrero de 2014 y el Reglamento de dicho comité en el CD 1 del expediente.

⁴¹ Expediente 132-2015: acta de Junta Directiva No. 111 del 27 de enero de 2014 en los folios 86-89 del expediente, acta de Junta Directiva No. 114 del 28 de abril de 2014 en los folios 92-95 del expediente, acta de Junta Directiva No. 117 del 21 de julio de 2014 en los folios 97-100 del expediente, informe del oficial de cumplimiento del 14 de abril de 2014 (informe de primer trimestre) en los folios 122-126 del expediente, informe del oficial de cumplimiento del 17 de julio de 2014 (informe de segundo trimestre) en los folios 127-131 del expediente, informe del oficial de cumplimiento del 22 de Expediente 132-2015



En lo que hace referencia a sus funciones como Directora de Operaciones, se encuentra en el manual de funciones del cargo el ejercicio de las siguientes labores que se estiman como propias del desarrollo del objeto social:⁴²

- i. Efectuar un seguimiento permanente a las operaciones financieras para asegurar que el cumplimiento de las mismas se realiza de acuerdo a los parámetros establecidos por la Bolsa y con la oportunidad requerida
- ii. Consulta de la cuenta compensada, realizando la conciliación diaria de la misma que incluya la identificación del saldo para cada uno de los clientes de la sociedad.
- iii. Liquidar diariamente la compensación de operaciones de Físicos y Financieros, remitiendo las solicitudes de giro a los que haya lugar y enviar los soportes necesarios para demostrar el pago tanto a la BMC como a los clientes.
- iv. Realizar el reporte mensual de los vencimientos financieros al área comercial y/o clientes para el periodo próximo, con el fin de anticipar los movimientos de recursos.

Incluso, de la lectura de los objetivos del cargo se encuentra que entre estos se encuentra la coordinación, supervisión y ejecución de las tareas necesarias para la realización de todas las operaciones que realiza MERCADO Y BOLSA S.A. a través de la BMC. A partir de lo anterior, la Sala encuentra que la Directora de Operaciones y Riesgos ejecutaba actividades tan intrínsecamente relacionadas con el objeto social principal de la sociedad comisionista que era la persona responsable de dar cumplimiento a las operaciones por medio de la liquidación de las mismas.

Analizado lo anterior, es claro que dicha área es absolutamente necesaria para el desarrollo del objeto social pues se predica una fuerte relación entre las operaciones celebradas por cuenta de sus clientes en la Bolsa como lo es coordinar, supervisar y ejecutar las diferentes tareas que se desprendan de las diferentes operaciones celebradas, es decir, dar cumplimiento a las operaciones. Así las cosas, es evidente para la Sala que se configura la incompatibilidad con su calidad como oficial de cumplimiento principal pues se afecta la independencia de la que debe gozar en relación con otras áreas. Lo anterior tiene sentido bajo el supuesto que por un lado un área se debe encargar del estudio de clientes en relación con su exposición al riesgo LA/FT y por otro lado el área encargada de tratar con la coordinación, supervisión y ejecución de las operaciones, lo que claramente implica una independencia y especialidad pues su núcleo de trabajo es diferente.

Bajo el entendido que queda probada la configuración de la infracción sin que se haya probado de parte de la investigada hecho o circunstancia alguna que la exima de responsabilidad, la Sala

agosto de 2013 en los folios 135-137 del expediente, informe de revisoría dirigido a oficial de cumplimiento del 15 de abril de 2014 en los folios 169 del expediente, informe de revisoría dirigido a oficial de cumplimiento del 15 de abril de 2014 en los folios 175 del expediente, certificado UIAF- 30 de abril de 2014 en los folios 182 del expediente y en comunicaciones remitidas a clientes de la sociedad el 14 de julio de 2014 en los folios 187 a 191 y 306 del expediente..

⁴² Expediente, CD1
Expediente 132-2015

Sala de Decisión
Resolución de fallo
Sesión 452 del 13 de julio de 2015



considera que el cargo prospera toda vez que la investigada permitió que la señora Nohora Delgadillo ejerciera cargos en contravía de lo señalado en las normas citadas como infringidas.

5.2.3. Oficial de cumplimiento suplente

Analizada la conducta endilgada por el Área de Seguimiento, la Sala de Decisión encuentra que si bien existe una concordancia entre las normas citadas como infringidas y los hechos objeto de investigación, el contenido del numeral 7 del artículo 4.2.4.3 de la Parte I, Título IV, Capítulo IV de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia establece los requisitos con los que debe cumplir una persona para poder ejercer como oficial de cumplimiento, puntualmente el de estar posesionado ante la Superintendencia Financiera de Colombia.

En la medida en que en el presente caso no se probó que dicha norma hubiera sido violada al permitir la investigada que una persona ejerciera sin dar cumplimiento a dicho requisito, la Sala no encuentra mérito para sancionar con ocasión de la misma.

Por otro lado, estima la Sala que si la intención del Área de Seguimiento en cuanto concierne a este cargo correspondía a destacar la obligación que tienen las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa de designar un oficial de cumplimiento suplente, debió haberse argumentado la violación de otras disposiciones que hubieran resultado más adecuadas para tal fin en la medida en que, de ser ese el caso, no existiría relación de causalidad entre la norma y la conducta.

5.2.4. Rendición de cuentas

El contrato de comisión, en cuyo desarrollo se celebran las operaciones autorizadas a las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa a través de dicho escenario, exige de la aplicación del deber de información y de rendición de cuentas, en virtud de la previsión que trae el artículo 1268⁴³ del Código de Comercio. En el caso particular de este tipo de intermediarios, el Reglamento de la Bolsa establece en su artículo 4.2.1.8 la manera en que se debe dar cumplimiento a dicho deber, estableciendo las siguientes obligaciones:

- i. Rendición de cuenta posterior a la celebración de una operación mediante la entrega del comprobante de negociación;
- ii. Remisión mensual del reporte de operaciones.

Sostiene la investigada que sí cumplió con dicha norma pues mantenía informados a sus clientes de las respectivas operaciones por medio de correos electrónicos. Al analizar la naturaleza de la

⁴³ Artículo 1268. Deber de información. El mandatario deberá informar al mandante de la marcha del negocio; rendirle cuenta detallada y justificada de la gestión y entregarle todo lo que haya recibido por causa del mandato, dentro de los tres días siguientes a la terminación del mismo. El mandatario pagará al mandante intereses por razón de la suma que esté obligado a entregarle, en caso de mora.

Expediente 132-2015



rendición de cuentas, tal como fue explicado en las consideraciones generales, es evidente que se trata del deber de información del artículo 1268 del Código de Comercio y 7.3.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010, frente al cual se ha manifestado la SFC sosteniendo que *"es una obligación del intermediario entregar a sus clientes [...] los extractos en los cuales se relacione a un tiempo determinado los movimientos e inversiones que haya hecho su cliente"*⁴⁴. Esta obligación se diferencia de la de informar inmediatamente al cliente acerca del cierre de una operación y que está encaminadas al cumplimiento del contrato así como dar cuenta de su administración presentando al cliente una relación del giro de dichas órdenes constituyendo una rendición de cuentas.⁴⁵

Al analizar el material probatorio la Sala encontró la siguiente información de los respectivos clientes.

Clientes	Extractos solicitados	Correos electrónicos	Folio
Ana Benilda Nieto- Constructora Chunugua S.A.- Prieto Nieto Martha Adriana	Enero a julio de 2014	4 de abril de 2014, 3 de julio de 2014 y 8 de octubre de 2014.	1321-1323-CD3
Entrepalmas S.A.	Enero a julio de 2014	4 de abril de 2014, 3 de julio de 2014 y 8 de octubre de 2014.	1312-1314-CD3
Fundación de asesorías para el sector rural Ciudad de Dios	Enero a julio de 2014	8 de octubre de 2014, 3 de julio de 2014 y 4 de abril de 2014.	1315-1317-CD3
Yolanda Castillo	Enero a julio de 2014	4 de abril de 2014, 3 de julio de 2014 y 8 de octubre de 2014.	1318-1320-CD3
Molino Casanare	Enero a julio de 2014	4 de abril de 2014, 3 de julio de 2014 y 8 de octubre de 2014.	1309-1311-CD3
Molinos el Yopal LTDA.	Enero a julio de 2014	4 de abril de 2014, 3 de julio de 2014 y 8 de octubre de 2014.	1306-1308-CD3

La Sala encuentra a partir de la anterior información que la investigada en términos generales cumplió con su deber de rendir cuenta a sus clientes pero no en la manera ni con la periodicidad exigida por la norma endilgada como incumplida, pues aparte de la información suministrada respecto del desarrollo de las operaciones en los anteriores correos electrónicos evidencia que en los archivos adjuntos presentaba para cada cliente la historia de los movimientos de su cuenta así como un extracto en diferentes fechas, las instrucciones de inversión, redención y ventas, junto al saldo de cada cuenta de manera trimestral.

Dentro de las normas relacionadas con el deber de rendir cuentas, el artículo 4.2.1.8 del Reglamento de la Bolsa determina de manera específica que la rendición de cuentas debe realizarse por lo menos una vez al mes. Así las cosas, es claro que en el presente caso se debe dar aplicación a

⁴⁴ Superintendencia Financiera de Colombia, concepto 2011021995-001 del 11 de abril de 2011.

⁴⁵ Ibídem, síntesis de conceptos, Boletín No.4 de 1999 en <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&lId=39009>
Expediente 132-2015



las disposiciones del Reglamento y que, con base al material probatorio la Sala confirma que la investigada incumplió con su deber de rendir cuentas acorde a las disposiciones reglamentarias, pues la rendición de cuentas se realizó por trimestre y no mensualmente.

Al analizar la anterior información contenida en los folios 1188-1194, 1195-1232, 1233-1245, 1246-1263 y 1264-1281 del expediente, que corresponde a los correos electrónicos remitidos a Conserjes Inmobiliarios, IGAC, SENA, Pasteurizadora Santo Domingo S.A. y Comercializa Ltda., la Sala encuentra que la investigada solo cumplió con su deber de informar el desarrollo de las operaciones toda vez que los correos electrónicos recaen sobre temas operativos de las operaciones realizadas en la Bolsa, temas de pagos, descuentos de pagos, información de cierre de operaciones, garantías, documentos técnicos de la negociación, estado de las operaciones y sus entregas. Así pues, es claro que no se cumplió con el deber general de rendir cuentas a sus clientes y mucho menos el deber especial de rendir cuentas con la periodicidad fijada en el Reglamento de la Bolsa. Si bien se entregó información relevante a los clientes y se puede indicar que se encontraban informados respecto de algunos elementos, del material probatorio no se puede colegir el cumplimiento de la norma citada como infringida por la investigada.

Por las anteriores razones, la Sala encuentra responsable a la investigada en el caso de los 14 clientes pues dentro del material probatorio no fue posible encontrar que se haya cumplido con la obligación reglamentaria de rendir cuentas, si bien en el caso de 8 clientes se cumplió con el deber general de rendir cuentas, el mismo material evidenció que no se realizó dentro del plazo estipulado en el Reglamento, e incluso en el caso de 6 clientes no se realizó ni siquiera la rendición de cuenta general que trata la Ley. En ese sentido la Sala encuentra responsable a la investigada por el presente cargo.

6. Graduación de la Sanción

De acuerdo con lo expuesto a lo largo del presente escrito encuentra la Sala que existe una vulneración de las normas legales y reglamentarias aplicables por parte de la sociedad comisionista de Mercado y Bolsa S.A. Teniendo en cuenta que no existe eximente de responsabilidad que rompa la imputabilidad de las 2 conductas que en la parte considerativa del acápite 5 fueron encontradas como violatorias, la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria, determina la sanción a imponer teniendo en cuenta para efectos de graduación, la gravedad de los hechos y la infracción, las modalidades y circunstancias de la falta, los antecedentes de la investigada, la dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa. Asimismo, la Sala tendrá en cuenta que no todas las conductas imputadas por parte del Área de Seguimiento implicaron la responsabilidad disciplinaria de la firma comisionista.

En el caso del oficial de cumplimiento principal, la investigada ignoró la importancia de contar con un oficial de cumplimiento independiente pues tal como se evidenció del material probatorio existió una clara incompatibilidad entre los diferentes cargos que ostentaba la señora Nohora

Expediente 132-2015

Sala de Decisión
Resolución de fallo
Sesión 452 del 13 de Julio de 2015



Marcela Gordillo. De igual forma se constató que dicha incompatibilidad se prolongó por un largo periodo de tiempo lo que implicó un propensión a elevar el riesgo que la entidad fuera usada para propósitos de lavado de activos o financiación de terrorismo, pues uno de los requisitos establecidos por parte de la SFC hacia sus vigiladas para conseguir cumplir con lo dispuesto en el EOSF es contar con funcionarios independientes con el fin de garantizar el efectivo cumplimiento de las políticas sin tener conflictos de interés con las otras áreas de la entidad.

Asimismo, cabe recordar que los intermediarios del mercado están obligados a cumplir con normas de organización interna y de conductas encaminadas a proteger los intereses de los clientes y el mercado en general y en esa medida es claro que al desarrollar esta actividad se están asumiendo ciertos riesgos y se está exponiendo a otros, dentro de los cuales se encuentra el riesgo a ser usada para el lavado de activos o financiación del terrorismo, razón por la cual debe actuar como un profesional diligente y prudente no solo al momento de cumplir con las disposiciones legales sino con los eventos que se relacionen con ese riesgo. De esta manera, al ignorar dicha incompatibilidad la investigada no solo incumplió con una disposición legal sino elevó el riesgo en la actividad al exponer el efectivo cumplimiento del Sarlaft. En segundo lugar, se afecta con la estructura misma del mercado pues se atenta contra la transparencia que debe contar cada entidad participante en el sentido que debe cumplir con todas las disposiciones legales para ejercer una actividad de interés público y brindar confianza al público que los recursos están siendo administrados y usados por parte de profesionales autorizados. Así pues, al comprometer la eficiencia del Sarlaft al ignorar su independencia y permitir el ambiente para una situación de conflicto de intereses se afecta la confianza del mercado en que la actividad bursátil se está desarrollando bajo los parámetros legales.

En cuanto se refiere a los argumentos planteados por la investigada, no resulta aceptable argumentar que se haya tratado de situaciones por fuera del control de la investigada, en la medida en que fue la investigada quien permitió que la misma persona ejerciera dos cargos incompatible contrariando con esta conducta el marco normativo expuesto. Cabe mencionar que esta omisión pudo también haber reportado para la investigada un lucro por vía del ahorro generado en la no contratación del personal exigido por la normatividad vigente para su funcionamiento; se trata de exigencias sustentadas en la protección de actividades de interés general, como se ha reiterado por la Sala, de manera que dicha premisa debe ser priorizada por los intermediarios del mercado en el momento de adoptar decisiones sobre vinculación de sus funcionarios bajo las calidades de idoneidad e independencia exigidas en la normativa aplicable.

Por último, en relación con el caso de la rendición de cuentas, al incumplir con la obligación reglamentaria se desconoció el objetivo de informar a los clientes el manejo de sus inversiones lo que genera que no exista información confiable y oportuna que permita evaluar el riesgo y desarrollo de los negocios en la Bolsa. Siendo así, se afecta la confianza en el mercado pues los profesionales encargados de manejar sus recursos no cumplen con los requisitos mínimos de información para generar confianza en el público. Por último, la Sala trae a colación el plan de

Expediente 132-2015

Sala de Decisión
Resolución de fallo
Sesión 452 del 13 de Julio de 2015



acción propuesto por la investigada al Área de Seguimiento el 11 de diciembre de 2014⁴⁶ por medio del cual reconoce sus inconvenientes en relación con los dos anteriores cargos con lo cual reconoce en cierta medida su conocimiento de las normas legales y su incumplimiento.

Así las cosas, en relación con los dos anteriores cargos es claro que el resultado de ignorar con sus deberes legales y reglamentarios conlleva afectar la confianza del público en el sistema pues se parte que "(...) *la confianza por parte de los usuarios [reside] en que las obligaciones derivadas de la respectiva obligación serán rutinariamente satisfechas.*"⁴⁷ Así las cosas, el cumplimiento de normas y deberes se torna más relevante toda vez que la exposición al riesgo de este tipo de entidades y efectos negativos en el mercado exige una mayor diligencia, precisión y claridad por parte de las entidades.

No obstante lo anterior, la investigada no fue encontrada responsable frente al cargo referido al oficial de cumplimiento suplente, y al analizar los antecedentes de la investigada se encuentra que cuenta con antecedentes disciplinarios, sin embargo, ninguno en relación con los presentes cargos. Así pues, teniendo en cuenta lo anterior y acorde al artículo 2.3.3.2, la gravedad de contar con la incompatibilidad del oficial de cumplimiento principal por un periodo largo del 2014 y no cumplir adecuadamente con la obligación de rendir cuentas a su clientes en otro periodo largo del 2014, la Sala a partir del daño generado a la confianza del público ponderando los elementos de graduación de la sanción, en consideración a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y, particularmente, de efecto disuasorio para evitar la ocurrencia de circunstancias similares, y atendiendo a la materialidad de los hechos y a las circunstancias específicas de la falta estudiada, la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria decide imponer por unanimidad una sanción de MULTA POR 3 SMLMV por la infracción de las normas en las conductas analizadas.

7. Resuelve

PRIMERO: Sancionar disciplinariamente a la sociedad Mercado y Bolsa S.A. Comisionista de Bolsa, identificada con el NIT. 830.094.283-1, en su calidad de sociedad comisionista miembro de la Bolsa para la época de los hechos objeto de investigación con la sanción MULTA POR 3 SMLMV, por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución.

SEGUNDO: Notificar a la sociedad Mercado y Bolsa S.A. el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Bolsa, advirtiendo que contra la presente Resolución procede el recurso de apelación ante la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria, el cual podrá interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

TERCERO: El pago de la multa que mediante esta Resolución se impone, se debe efectuar a nombre de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A en la cuenta de ahorros No. 080-14726-7 del Banco de

⁴⁶ Expediente, folios 1076-1077

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-640 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo Expediente 132-2015



Bogotá, mediante consignación en efectivo o cheque de gerencia. El pago deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al día en que quede en firme la presente Resolución. La consignación deberá acreditarse en el Departamento de Gestión de Recursos Financieros de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., el mismo día en que se produzca el mismo. El incumplimiento en el pago será considerado una falta disciplinaria y una conducta sancionable.

CUARTO: Notificar al Jefe del Área de Seguimiento, el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Bolsa, advirtiendo que contra la presente Resolución procede el recurso de apelación ante la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria, el cual podrá interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

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

Dada en Bogotá, D.C., el trece (13) de julio de dos mil quince (2015).

Notifíquese y cúmplase,

MARÍA ISABEL BALLESTEROS BELTRÁN
Presidente

JUAN CAMILO PRYOR SOLER
Secretario