

BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A.

Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria

Resolución No. 434 de 2017
(20 de septiembre de 2017)

Por medio de la 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 confieren la Ley 964 de 2005, el Decreto 2555 de 2010, los Estatutos y el Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa, en adelante “Reglamento”, decide una investigación disciplinaria, previas las siguientes consideraciones.

1. Antecedentes

El 17 de julio de 2017 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 Mercado y Bolsa S.A., identificada con el NIT 830.094.283-1, acompañado del expediente original de la investigación adelantada, en 2 cuadernos principales que contienen 765 folios, 6 cuadernos con los Anexos de Visita que contienen 2737 folios y 2 discos compactos con material probatorio.

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 sala de decisión que conocerá del caso, la cual fue integrada por los doctores Luis Fernando López Roca, Luz Ángela Guerrero Díaz y el doctor Félix Soto Amado.

En sesión No. 572 del 26 de julio de 2017, la Sala decidió designar al doctor Félix Soto Amado como su Presidente y admitir el pliego de cargos al encontrar que se adecuaba a los requisitos exigidos por el Reglamento, ordenándose el traslado del mismo a la investigada con el fin de que presentara los descargos correspondientes y allegara o solicitara la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y útiles, decisión que consta en la Resolución 428 del 27 de julio de 2017 y que fue notificada personalmente el 4 de agosto de 2017.

La investigada presentó escrito de descargos al Pliego elevado en su contra el día 29 de agosto de 2017, encontrándose dentro del término para hacerlo por haber hecho uso de su derecho a prórroga, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2.4.4.3 y 2.4.4.4 del Reglamento.

En las Salas de Decisión que se llevaron a cabo en sesiones 579 y 580 del 13 de septiembre y 20 de septiembre de 2017 respectivamente, se estudiaron los hechos que dieron lugar al pliego de cargos presentado por la Jefe del Área de Seguimiento, al igual que las pruebas practicadas y obrantes en el expediente y se procedió a aprobar 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, situación que se evidencia en el presente caso.

En desarrollo de la mencionada facultad, la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria, procede a pronunciarse sobre el caso objeto de la presente investigación advirtiendo la inexistencia de vicios procesales que pudieran anular la presente decisión.

3. Síntesis del pliego de cargos

El pliego de cargos presentado por la Jefe del Área de Seguimiento presenta una descripción de los hechos objeto de investigación, una evaluación de las explicaciones presentadas, un análisis de las pruebas recaudadas y los demás elementos exigidos por el Reglamento de la Bolsa, describiendo las conductas endilgadas a la investigada, como se relaciona a continuación.

En el pliego se señalan cuatro (4) cargos como consecuencia de la comisión de ciertas conductas que en criterio del Área de seguimiento deben ser sancionadas por la Cámara Disciplinaria por ser violatorias de ciertas disposiciones legales y reglamentarias, a saber:

3.1. Primer cargo: Violación de la obligación de abstenerse de ejecutar órdenes de sus clientes: María Mercedes del Rosario Venegas de Cadena (operación No. 24652405-11), María del Pilar Venegas Medina (operación No. 24652405-12), Diana Pardo Amézquita (operación No. 24652405-4) y Fernando Cadena Rey (operación No.24652405-7), careciendo dichas órdenes de los siguientes elementos: especie objeto del encargo, fecha de cumplimiento de la obligación derivada del negocio encargado y la determinación de si se trata de una orden de compra o venta.

El primer cargo formulado por el Área de Seguimiento se encuentra fundado en la información contenida en el Informe de Visita IVG-03-2016 del 4 de mayo de 2016, en el que, en principio, de una muestra de veinte (20) órdenes, dicha Área encontró que en cinco (5) de ellas no se observaban instrucciones precisas para llevar a cabo la celebración de diferentes operaciones en nombre de los clientes que se relacionan a continuación:

Operación	Fecha Operación	Nombre Mandante
24652405-11	17/12/2015	María Mercedes Venegas Cadena
24652405-12	17/12/2015	Pilar Venegas
24652405-4	17/12/2015	Diana Pardo Amézquita
24652405-7	17/12/2015	Fernando Rey Cadena
24981184-4	29/01/2016	Pilar Venegas

En razón de lo anterior, el Área de Seguimiento envió Solicitud Formal de Explicaciones(SFE) a la sociedad comisionista investigada, la cual respondió dicha solicitud sosteniendo que *“como es referenciado por el Trader autorizado en los correos electrónicos remitidos a cada uno de los clientes en comento, fueron llevadas a cabo llamadas telefónicas donde conversaron en relación con las condiciones particulares del negocio, quedando estas lamentablemente por fuera del soporte físico remitido en correo electrónico, por un error involuntario de tipo operativo(...)”*(Subraya fuera del texto original). Ahora bien, adicional a lo anterior, la investigada en la respuesta a la solicitud formal de explicaciones también manifestó que *“ninguno de los cuatro (4) clientes referenciados para las operaciones en comento manifestó objeción a la ejecución de la orden desarrollada por nuestra sociedad, como tampoco fueron afectados sus intereses económicos sino todo lo contrario las operaciones fueron ejecutadas para el beneficio de los clientes, hechos que demuestran que todos los mandantes tenían pleno conocimiento y habían impartido órdenes de inversión de las operaciones en las condiciones en las que fueron ejecutadas(...)”*.

A su turno, el Área de Seguimiento sostiene respecto de lo alegado por la comisionista en la respuesta a la SFE que no comparte lo afirmado por la investigada en cuanto a la *“ausencia de afectación de los intereses de los clientes”*, puesto que, como lo indica la Corte Constitucional en sentencia C-014/04, la imputación disciplinaria no precisa de la materialización de un daño o vulneración de un bien jurídico para que se entienda configurada una falta de este tipo. Por otro lado, indica que en lo que atañe a que las órdenes fueron recibidas bajo cumplimiento de los parámetros legales, el Área de Seguimiento no encontró en la visita, ni en la respuesta a la SFE, documentos que sustenten tal afirmación, sino únicamente una serie de correos electrónicos remitidos por los traders a cada cliente, los cuales *“no constituyen la orden del cliente en las condiciones exigidas por la norma”*.

Normas Infringidas.

- Numeral 1 de artículo 1.6.5.1. del Reglamento;¹
- Artículo 1.6.5.12 de la Circular Única de la Bolsa Mercantil de Colombia;²

3.2 Segundo cargo: La sociedad comisionista no cuenta con una política general en materia de cobro de comisiones que cumpla con los criterios previstos en las normas que regulan la materia

Sobre el particular, el Área de Seguimiento afirma que la política de comisiones de la investigada no cumple con los criterios prudenciales fijados en el artículo decreto 2555 de 2010, ya que consta en el Informe de Visita del 4 de mayo de 2016 que el Manual de Comisiones, aprobado por la Junta Directiva mediante acta no. 131 del 30 de septiembre de 2015, es el mismo que se encuentra publicado en la página web de la sociedad comisionista, y que pese a que las políticas establecidas en tal Manual son desarrolladas para Productos Financieros, Físicos – Forward, Mercado de Compras Públicas y

¹ Artículo 1.6.5.1. **Obligaciones de los miembros.** Son obligaciones de las sociedades miembros de la Bolsa las siguientes: 1. Cumplir estrictamente las obligaciones de cualquier género que contraigan con la Bolsa y con quienes utilizan sus mecanismos de negociación;

² Artículo 1.6.5.12.- **Otras obligaciones.** Las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa se abstendrán de ejecutar órdenes de sus clientes que carezcan de cualquiera de los siguientes elementos: especie objeto del encargo y monto o cantidad a negociar, fecha de cumplimiento de la obligación derivada del negocio encargado y la determinación de si se trata de una orden de compra o de venta(...);

Operaciones de registro de Facturas, la mencionada Área no encontró que hubiesen sido establecidos conforme los criterios prudenciales a los que se refiere el artículo 2.9.24.1.2 del Decreto 2555 de 2010.

Al efecto, el Área de Seguimiento cita un apartado de la respuesta a la Solicitud Formal de Explicaciones de la investigada donde indican que *“las comisiones establecidas para cada cliente, como establece en Manual y el Decreto antes mencionado obedecen al estudio que los traders certificado – SIC- y la sociedad realizan sobre cada uno de sus clientes en relación con el tipo de operaciones que realizan, el volumen, frecuencia, tasas de oportunidad, y así se llega a determinar un valor razonable de comisión, tomando además en cuenta las condiciones de mercado (...); y sobre el particular afirma que, debe recordarse que la norma establece que la formación de precios debe basarse en criterios objetivos de costo beneficio, fundamentados en los principios de no discriminación entre clientes. Por lo anterior, la citada Área considera que el estudio que realiza un trader certificado no constituye un método de formación de precios objetivo sino, por el contrario es un sistema subjetivo, lo cual está proscrito por la norma, y genera una discriminación de clientes en la medida en que el precio depende de lo que negocie el trader con ellos.*

Normas Infringidas.

- Numeral 5 del artículo 5.2.2.1 del Reglamento³
- Artículo 2.9.24.1.2 del Decreto 2555 de 2010⁴

³ Artículo 5.2.2.1. Deberes y Obligaciones Generales. Aprobado por Resolución No. 1377 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Las sociedades comisionistas miembros de la bolsa, además de las obligaciones y deberes que les corresponden en virtud de la normatividad vigente y en el presente Reglamento, deberán: (...)5. Adoptar con claridad unas políticas de comisiones y tarifas bajo un régimen de libertad, fundamentadas en los principios de suficiencia de las mismas y no discriminación entre clientes, sin perjuicio de considerar factores basados en la relación comercial con el cliente, tales como frecuencia y cuantía de las operaciones realizadas con él. En todo caso, se aplicarán a las sociedades comisionistas miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities las normas sobre régimen de tarifas previstas en los artículos 3.3.1.1. y siguientes de la Resolución 1200 de 1995 o las normas que la modifiquen, sustituyan o adicionen (...);

⁴ Artículo 2.9.24.1.2. Criterios. Para efectos de lo dispuesto en el presente título, las sociedades comisionistas deberán establecer una política general en materia de cobro de comisiones e información al público sobre las mismas, así como observar los siguientes criterios: Para efectos de lo dispuesto en el presente título, las sociedades comisionistas deberán establecer una política general en materia de cobro de comisiones e información al público sobre las mismas, así como observar los siguientes criterios prudenciales: a) La formación de precios debe basarse en factores objetivos de costo beneficio, atendiendo las particularidades del mercado, pudiendo cobrar precios diferenciales a los diversos clientes sólo en aspectos tales como volumen de transacciones, clase de título, plazo o mercado, considerándose proscritos los actos unilaterales que conlleven tratamientos discriminatorios que no consulten alguna de las variables que justifican diferenciaciones; b) En el establecimiento de los precios deberá atenderse lo relacionado con las disposiciones vigentes en materia de prácticas comerciales restrictivas, en particular en lo que concierne a la determinación de precios y distribución de mercados; c) La comisión pactada por operaciones de compra podrá considerarse como parámetro para determinar la aplicación de la comisión en el cobro correspondiente a las operaciones de venta de los mismos títulos; d) Cada transacción debe considerarse de modo individual. En todo caso, para la determinación de las comisiones, se tendrá en cuenta el parámetro utilizado por las sociedades comisionistas para el conjunto de clientes que realicen operaciones bajo condiciones similares.

3.3 Tercer cargo: En cuanto a las obligaciones de conocimiento del cliente relacionadas con el Sistema de Administración de Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (SARLAFT):

3.3.1 No haber dado cumplimiento a las obligaciones relacionadas con listas vinculantes para Colombia, de conformidad con la Ley 1121 de 2006.

El Área de Seguimiento encuentra que en este caso, pese a haberse enviado por parte de la investigada el soporte de la consulta en listas vinculantes de los respectivos clientes: (i) el documento tiene una fecha posterior a la que consta en el formulario de vinculación del cliente, o (ii) la fecha de expedición del documento o del formato de vinculación no puede ser determinada, o (iii) la identificación del respectivo cliente no corresponde. Por lo anterior, para dicha Área los documentos remitidos no permiten probar que la sociedad comisionista cumplió con su obligación de consultar las listas vinculantes para Colombia, de manera previa y obligatoria a la vinculación del potencial cliente.

Normas Infringidas.

- Numeral 4.2.2.1.4 de la Parte I, Título IV, Capítulo IV de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia;⁵
- Numerales 13 y 22 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento;⁶
- Numeral 4 del artículo 5.2.2.1 del Reglamento;⁷

3.3.2 Violación de la prohibición de iniciar relaciones contractuales o legales, sin haber realizado la entrevista.

El Área de Seguimiento argumenta para este caso que, a pesar de haberse enviado por parte de la investigada el “Formato de entrevista Clientes”, dicho documento: (i) tiene una fecha de expedición posterior a la del formato de vinculación del cliente, o (ii) la fecha del formato de vinculación o del

⁵ 4.2.2.1.4. Dar cumplimiento a las obligaciones relacionadas con listas internacionales vinculantes para Colombia, de conformidad con el derecho internacional y disponer lo necesario para que se consulten dichas listas, de manera previa y obligatoria a la vinculación de un potencial cliente a la entidad

⁶ Artículo 1.6.5.1. Obligaciones de los miembros. Son obligaciones de las sociedades miembros de la Bolsa las siguientes: (...) 13. Contar con un Sistema de Administración de Riesgo, el cual deberá incluir los mecanismos para el conocimiento del cliente, así como las disposiciones para realizar un seguimiento permanente a su condición de riesgo; (...) 22. Adoptar la estructura de cubrimiento de riesgos que exijan la ley y los reglamentos;

⁷ Artículo 5.2.2.1. Deberes y Obligaciones Generales. Aprobado por Resolución No. 1377 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Las sociedades comisionistas miembros de la bolsa, además de las obligaciones y deberes que les corresponden en virtud de la normatividad vigente y en el presente Reglamento, deberán: (...) 4. Adoptar las medidas de control adecuadas y suficientes para conocer e investigar adecuada y plenamente a sus clientes de manera previa a realizar operaciones por su cuenta. En desarrollo de tal deber, las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa deberán recopilar aquella información que le permita tener certeza de las calidades personales de su cliente así como que la información que éste haya suministrado sea veraz, a fin de evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas, sin su conocimiento ni consentimiento, como instrumentos para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas;

formato de entrevista no puede ser determinada, o (iii) por las inconsistencias que se presentan en el texto del formato de entrevista, este no constituye prueba suficiente de que la sociedad comisionista cumplió con su obligación de no iniciar relaciones contractuales o legales con el potencial cliente, mientras no se hubiera realizado la entrevista.

Normas Infringidas.

- Numeral 4.2.2.2.1 de la Parte I, Título IV, Capítulo IV de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia;⁸
- Numerales 13 y 22 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento;⁹
- Numeral 4 del artículo 5.2.2.1 del Reglamento;¹⁰

3.3.3 Violación de la obligación de vincular personas jurídicas, sin conocer la identidad de los accionistas que tengan directa o indirectamente más del 5% de su capital social, aporte o participación de la entidad.

En lo que atañe a este punto, el Área de seguimiento sostiene que el documento remitido por la sociedad comisionista investigada (i) tiene una fecha de expedición posterior a la del formato de vinculación, o (ii) la fecha del documento en el que consta la identidad de los accionistas o del formato de vinculación no puede ser determinada. De esta manera, para dicha Área, no constituye prueba suficiente de que la sociedad comisionista cumplió con su obligación de conocer la estructura de propiedad del cliente al momento de su vinculación.

Normas Infringidas.

- Numeral 4.2.2.2.1.1.1. De la parte I, título IV, capítulo IV de la circular básica jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia;¹¹

⁸ Conocimiento del cliente (...) las entidades vigiladas no pueden iniciar relaciones contractuales o legales con el potencial cliente mientras no se haya diligenciado en su integridad el formulario, realizado la entrevista, adjuntados los soportes exigidos y aprobado la vinculación del mismo, como mínimo(...)

⁹ Artículo 1.6.5.1. Obligaciones de los miembros. Son obligaciones de las sociedades miembros de la Bolsa las siguientes: (...) 13. Contar con un Sistema de Administración de Riesgo, el cual deberá incluir los mecanismos para el conocimiento del cliente, así como las disposiciones para realizar un seguimiento permanente a su condición de riesgo; (...) 22. Adoptar la estructura de cubrimiento de riesgos que exijan la ley y los reglamentos;

¹⁰ Artículo 5.2.2.1. Deberes y Obligaciones Generales. Aprobado por Resolución No. 1377 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Las sociedades comisionistas miembros de la bolsa, además de las obligaciones y deberes que les corresponden en virtud de la normatividad vigente y en el presente Reglamento, deberán: (...) 4. Adoptar las medidas de control adecuadas y suficientes para conocer e investigar adecuada y plenamente a sus clientes de manera previa a realizar operaciones por su cuenta. En desarrollo de tal deber, las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa deberán recopilar aquella información que le permita tener certeza de las calidades personales de su cliente así como que la información que éste haya suministrado sea veraz, a fin de evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas, sin su conocimiento ni consentimiento, como instrumentos para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas;

- Numerales 13 y 22 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento;¹²
- Numeral 4 del artículo 5.2.2.1 del Reglamento;¹³

3.3.4 Violación de la obligación de obtener de los potenciales clientes, el diligenciamiento de los formularios de solicitud de vinculación.

Por último, para este tema, afirma el Área de Seguimiento que, a pesar de que la sociedad comisionista investigada aportó un formulario de vinculación este (i) no corresponde a uno de vinculación sino de actualización de información y, (ii) existen inconsistencias en la fecha de expedición del documento.

Normas Infringidas.

- Artículo 4.2.2.2.1.3. De la Parte I, Título IV, Capítulo IV de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia;¹⁴
- Numerales 13 y 22 del artículo 1.6.5.1 del Reglamento;¹⁵
- Numeral 4 del artículo 5.2.2.1 del Reglamento;¹⁶

¹¹ 4.2.2.2.1.1.1. Identificación. Supone el conocimiento y verificación de los datos exigidos en el formulario que permiten individualizar plenamente la persona natural o jurídica que se pretende vincular. Tratándose de la vinculación de personas jurídicas, el conocimiento del cliente supone, además de lo dispuesto en el formulario, conocer la estructura de su propiedad, es decir, la identidad de los accionistas o asociados que tengan directa o indirectamente más del 5 % de su capital social, aporte o participación en la entidad;

¹² Artículo 1.6.5.1. Obligaciones de los miembros. Son obligaciones de las sociedades miembros de la Bolsa las siguientes: (...) 13. Contar con un Sistema de Administración de Riesgo, el cual deberá incluir los mecanismos para el conocimiento del cliente, así como las disposiciones para realizar un seguimiento permanente a su condición de riesgo; (...) 22. Adoptar la estructura de cubrimiento de riesgos que exijan la ley y los reglamentos;

¹³ Artículo 5.2.2.1. Deberes y Obligaciones Generales. Aprobado por Resolución No. 1377 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Las sociedades comisionistas miembros de la bolsa, además de las obligaciones y deberes que les corresponden en virtud de la normatividad vigente y en el presente Reglamento, deberán: (...) 4. Adoptar las medidas de control adecuadas y suficientes para conocer e investigar adecuada y plenamente a sus clientes de manera previa a realizar operaciones por su cuenta. En desarrollo de tal deber, las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa deberán recopilar aquella información que le permita tener certeza de las calidades personales de su cliente así como que la información que éste haya suministrado sea veraz, a fin de evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas, sin su conocimiento ni consentimiento, como instrumentos para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas;

¹⁴ 4.2.2.2.1.3 Formularios Para efectos del conocimiento del cliente, las entidades deben diseñar y adoptar formularios de solicitud de vinculación de clientes que contengan cuando menos la información que más adelante se indica, los cuales deben diligenciarse de acuerdo con las instrucciones señaladas en el presente instructivo. Salvo en los casos expresamente exceptuados en el presente Capítulo, las entidades deben obtener de los potenciales clientes, el diligenciamiento de los formularios de solicitud de vinculación para el suministro de productos o prestación de servicios. Dicho formulario debe también ser diligenciado por toda persona que se encuentre facultada o autorizada para disponer de los recursos o bienes objeto del contrato, caso en el cual la entidad debe verificar el documento que acredita dicha facultad o autorización. La recolección de la firma y la huella del potencial cliente pueden contratarse con terceros;

¹⁵ Artículo 1.6.5.1. Obligaciones de los miembros. Son obligaciones de las sociedades miembros de la Bolsa las siguientes: (...) 13. Contar con un Sistema de Administración de Riesgo, el cual deberá incluir los mecanismos para el conocimiento del cliente, así como las disposiciones para realizar un seguimiento permanente a su condición de riesgo; (...) 22. Adoptar la estructura de cubrimiento de riesgos que exijan la ley y los reglamentos;

3.4. Cuarto cargo: Violación de la obligación de entrega parcial de producto en la operación Forward MCP No. 23621071, lo que se considera violatorio del numeral 11 del artículo 2.11.1.8.1 Decreto 2555 de 2010; del artículo 3.6.1.7. del Reglamento de la BMC; del artículo 5.2.2.2. del Reglamento de la BMC; y del numeral 13 del artículo 2.2.2.1. del Reglamento.

En lo que se refiere a este último cargo, el Área de Seguimiento pone de presente que la operación en cuestión fue celebrada el 3 de agosto de 2015 entre Correagro S.A. (comisionista comprador) y Mercado y Bolsa S.A. (comisionista vendedor) teniendo como subyacente negociado el monto de 150.000 CAMISETAS INTERIOR – COLOR VERDE DIFERENTES COMPOSICIONES – UNIDAD – EMPACADO – PROCESADO. Para esa operación se pactó en el marco del comité arbitral No. 301 del 5 de diciembre de 2016, que la entrega tenía como fecha máxima el día 10 de enero de 2017.

Manifestó además que, el día 18 de enero de 2017, la Bolsa emitió comunicación solicitando a la investigada que certificara el cumplimiento en la entrega del mencionado producto, a lo cual, el día 19 de enero de 2017, la investigada responde tal requerimiento indicando que tal entrega no pudo realizarse en la fecha pactada debido a que su mandante se encontraba en un proceso de reorganización, el cual conllevó a que la empresa quedara en una situación económica precaria imposibilitando el cumplimiento de la operación, causándose así, según la investigada, un hecho irresistible.

De esta manera, por incumplir la obligación de entrega parcial del producto negociado en los términos pactados, el Área de Seguimiento considera que la investigada actuó de forma contraria a las normas y reglas establecidas en la ley y el Reglamento de la Bolsa.

Normas Infringidas.

- Numeral 11 Del Artículo 2.11.1.8.1 Decreto 2555 De 2010;¹⁷
- Artículo 3.6.1.7. Del Reglamento;¹⁸

¹⁶ Artículo 5.2.2.1. Deberes y Obligaciones Generales. Aprobado por Resolución No. 1377 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Las sociedades comisionistas miembros de la bolsa, además de las obligaciones y deberes que les corresponden en virtud de la normatividad vigente y en el presente Reglamento, deberán: (...) 4. Adoptar las medidas de control adecuadas y suficientes para conocer e investigar adecuada y plenamente a sus clientes de manera previa a realizar operaciones por su cuenta. En desarrollo de tal deber, las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa deberán recopilar aquella información que le permita tener certeza de las calidades personales de su cliente así como que la información que éste haya suministrado sea veraz, a fin de evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas, sin su conocimiento ni consentimiento, como instrumentos para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas;

¹⁷ Artículo 2.11.1.8.1 (Artículo 29 del Decreto 1511 de 2006). 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: (...)11. Cumplir estrictamente todas las obligaciones que contraigan con la bolsa de la que sean miembros o con los demás agentes del mercado, y en especial con las operaciones que celebre por conducto de la bolsa respectiva.

¹⁸ Artículo 3.6.1.7.- Cumplimiento, Compensación, Liquidación y Garantías de las operaciones. La Compensación y Liquidación de las operaciones celebradas en el MCP se realizará por conducto del sistema de compensación y liquidación de operaciones,

- Artículo 5.2.2.2. Del Reglamento;¹⁹
- Numeral 13 Del Artículo 2.2.2.1. Del Reglamento.²⁰

4. Síntesis de la Defensa

Mediante escrito radicado en la Secretaría de la Cámara Disciplinaria el 29 de agosto de 2017, la investigada presentó sus descargos al Pliego elevado y solicitó la exoneración de los cargos formulados por el Área de Seguimiento y que la investigación que cursaba en su contra en este Despacho fuera archivada, toda vez que no había contrariado norma alguna. Lo anterior, fundamentado en los siguientes argumentos:

4.1. Primer cargo: Violación de la obligación de abstenerse de ejecutar órdenes de sus clientes: María Mercedes del Rosario Venegas de Cadena (operación No. 24652405-11), María del Pilar Venegas Medina (operación No. 24652405-12), Diana Pardo Amézquita (operación No. 24652405-4) y Fernando Cadena Rey (operación No.24652405-7), careciendo dichas órdenes de los siguientes elementos: especie objeto del encargo, fecha de cumplimiento de la obligación derivada del negocio encargado y la determinación de si se trata de una orden de compra o venta.

Frente al primer cargo la investigada se refirió aduciendo que respecto de la cliente Diana Pardo Amézquita existen correos entre ella como comitente y un trader de la sociedad comisionista investigada (Alejandro Acuña) que sirven como soporte para demostrar que le fueron indicadas por la cliente el cúmulo de condiciones de la inversión que había realizado con base en la instrucción impartida el 14 de diciembre de 2017, a lo que la investigada afirma en sus descargos que *"El cliente ya se encontraba notificado de la inversión y únicamente esperaba la confirmación de la realización de la misma"*.

regulado en el Libro VI del presente Reglamento, a través de los mecanismos previstos en dicho libro para cada tipo de operación.

Las operaciones que se realicen con sujeción a lo descrito en el presente Título siempre deberán ser compensadas y liquidadas a través del sistema de compensación y liquidación administrado por la Bolsa. De conformidad con lo establecido en el presente Reglamento, para que las operaciones puedan ser compensadas y liquidadas en dicho sistema han debido ser aceptadas en mismo, de conformidad con lo establecido en el Libro VI del presente Reglamento. Las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa que celebren las operaciones a las que se refiere el presente título, estarán obligadas a constituir las Garantías que exija la entidad a través de la cual se realice la Compensación y Liquidación de las operaciones. La constitución y administración de las Garantías se realizará de conformidad con lo dispuesto en los reglamentos de la entidad a través de la cual se realice la Compensación y Liquidación de las operaciones, en los eventos de incumplimiento así como en todo aquello no previsto expresamente en el presente Reglamento, que sea competencia de ésta entidad.

¹⁹ Artículo 5.2.2.2.- Cumplimiento de las operaciones. Aprobado por Resolución No. 1377 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa deberán pagar el precio de compra o hacer o verificar la entrega de los bienes, productos, servicios, títulos, valores, derechos o contratos negociados, cuando actúen por cuenta de sus clientes o por cuenta propia, de conformidad con el procedimiento establecido para tal efecto en el presente Reglamento, en las Circulares e Instructivos. Para el efecto, no podrán, en ningún caso, alegar falta de provisión. En desarrollo de la presente previsión las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa deberán cumplir estrictamente las obligaciones que contraigan con la Bolsa, la CRCBNA y con los demás agentes del mercado.

²⁰ Artículo 1.6.5.1. Obligaciones de los miembros. Son obligaciones de las sociedades miembros de la Bolsa las siguientes: (...)
13. Contar con un Sistema de Administración de Riesgo, el cual deberá incluir los mecanismos para el conocimiento del cliente, así como las disposiciones para realizar un seguimiento permanente a su condición de riesgo.

En cuanto a los demás clientes, junto con el escrito de descargos, la sociedad investigada aporta como anexos los oficios a través de los cuales los clientes ratifican haber otorgado las órdenes correspondientes, indicando que las órdenes fueron impartidas de forma previa a la celebración de la operación y que se encuentran satisfechos con el servicio prestado por la investigada.

4.2 Segundo cargo: La sociedad comisionista no cuenta con una política general en materia de cobro de comisiones que cumpla con los criterios previstos en las normas que regulan la materia, lo que se considera violatorio del artículo 2.9.24.1.2. del Decreto 2555 de 2010, Numeral 5 del artículo 5.2.2.1. del Reglamento.

Como defensa al cargo formulado, la sociedad comisionista de bolsa expresó que en su momento, la política de comisiones se basaba en dos conceptos, a saber:

Primero, “los Porcentajes Mínimos en materia de tarifa de comisión por cada tipo de producto, que fueron evaluados y aprobados por la Junta Directiva de la compañía, lo cual se fundamentó principalmente en la evaluación de tarifas de registro y compensación y liquidación de la Bolsa Mercantil de Colombia y regula un criterio de evaluación de los negocios a celebrarse por cuenta de nuestra sociedad comisionista en el escenario de la Bolsa”. Segundo, el concepto de Valor Razonable, el cual, según la investigada, se calcula por referencia a un valor fiable de mercado, por lo que el precio cotizado en un mercado activo “*será la mejor referencia del valor razonable*”.

Finalmente, añade la investigada que el Decreto 2555 de 2010 no establece que deban existir rangos fijos de cobro de comisión sino que las tarifas sean objetivas y fundamentadas en el costo beneficio del producto según las particularidades del mercado, lo cual puede ser utilizado como parámetro.

4.3 En cuanto a las obligaciones de conocimiento del cliente relacionados con el Sistema de Administración de Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (SARLAFT):

4.3.1. No haber dado cumplimiento a las obligaciones relacionadas con listas vinculantes para Colombia, de conformidad con la Ley 1121 de 2006.

La investigada en sus descargos, respecto de la conducta imputada, se permite anexar una serie de documentos y pantallazos en donde señala que se evidencia de forma clara las consultas realizadas a las listas vinculantes, en cada caso particular.

4.3.2. Violación de la prohibición de iniciar relaciones contractuales o legales, sin haber realizado la entrevista

Frente a esta conducta, la investigada, en lo que atañe al cliente Molinos El Yopal señala que hace parte de la carpeta de ese cliente el formato de entrevista de clientes en donde el comercial Alberto Pacheco hace la presentación del mandante en comento (anexo 8).

Para el cliente Fundases, la investigada afirma que se presentó un error de transcripción en la fecha del formato de entrevista dejando como fecha “2006/09” y no la de “20/06/09” que para ella es la correcta y que de ahí se deriva el cumplimiento de su obligación.

Para el cliente Casa Luker, la investigada sostiene que el documento revisado por el Área de Seguimiento corresponde a un formato de actualización, no obstante, hace parte integral de la carpeta de ese cliente el formulario de vinculación de fecha del 27 de septiembre de 2005 y cuatro formatos de actualización de años 2010, 2013, 2014 y 2016 (Anexo 19), por lo que en su sentir queda probada la vinculación del cliente.

4.3.3. Violación de la obligación de vincular personas jurídicas, sin conocer la identidad de los accionistas que tengan directa o indirectamente más del 5% de su capital social, aporte o participación de la entidad.

Para el cliente Molinos El Yopal, la investigada sostiene que la composición accionaria de esta sociedad, al tratarse de aquellas de responsabilidad limitada, se encuentra en los certificados de Existencia y Representación Legal de 2013 y 2016 que anexan al escrito. (Anexos 20 y 21). Por su parte, para el cliente Conafe, la investigada relaciona el Check-List de los documentos de vinculación con la aprobación correspondiente del oficial de cumplimiento, lo que para ella da cuenta del cumplimiento de su obligación en lo que se refiere a este cliente. Para el cliente Casa Luker, la investigada sostiene que el documento revisado por el Área de Seguimiento corresponde a un formato de actualización, no obstante, hace parte integral de la carpeta de ese cliente el formulario de vinculación de fecha del 27 de septiembre de 2005 y cuatro formatos de actualización de años 2010, 2013, 2014 y 2016 (anexo19), por lo que en su sentir queda probada la vinculación del cliente.

Finalmente, para el cliente Protela S.A. la sociedad comisionista investigada argumenta que se encuentra dentro del expediente de su cliente una certificación con fecha del 19 de abril de 2012 del señor Germán Arturo Aldana Baracaldo, contador público de la compañía, en donde se encuentra el registro de accionistas y la composición accionaria de ese cliente, por lo que concluye que han cumplido con lo pertinente.

4.3.4. Violación de la obligación de obtener de los potenciales clientes, el diligenciamiento de los formularios de solicitud de vinculación.

Para los tres clientes relacionados con la presente conducta, la investigada manifiesta que hacen parte integral de la carpeta expediente de cada uno de los clientes los formatos de vinculación suscritos, por lo que en su criterio se encuentra probado el cumplimiento de esa obligación; y añade que lo revisado por el Área de Seguimiento para justificar la formulación del cargo corresponde a actualizaciones enviadas por los clientes.

4.4 Violación de la obligación de entrega parcial de producto en la operación Forward MCP No. 23621071.

Finalmente, en este cargo la investigada alega que de la declaratoria de incumplimiento no puede decirse que se dio con ocasión de su negligencia ni de la de su comitente vendedor, en el entendido que el producto ya había sido fabricado para ser entregado. No obstante, según la investigada, no pudo prever que el día 6 de enero recibiera un correo por parte de su comitente vendedor indicándole que por problemas en la “colorimetría” las pruebas realizadas al lote no eran conformes y que, por ende, debía llevarse a cabo un comité arbitral. Así, la investigada explica que como consecuencia de lo anterior sólo contaba con un día hábil para reparar los hechos constitutivos de incumplimiento de la operación, así que su margen de acción era muy corto, por lo que trató, a través de un comité arbitral, formalizar la entrega del producto negociado, en la medida en que su mandante había manifestado su intención de cumplir.

Añade también que pese a su gestión no pudo convocar al mencionado comité ni pudo sustituir el mandante argumentando, además como defensa que la Sala debe tener en cuenta: Primero, que el marco normativo de la Bolsa no le permite realizar ese tipo de cambios de comitentes sobre las negociaciones celebradas en el escenario; segundo, que el tiempo de acción era de apenas un día hábil, a partir de la notificación que realizó la sociedad GRUPO EMPRESARIAL INBOUTEX S.A.S. sobre la no conformidad del producto en las pruebas de colorimetría; tercero, la manifestación de interés de su comitente, quien manifestó su intención de cumplir con la respectiva obligación de entrega, para lo que requería que se le brindaran los mecanismos a través del sistema para que se renegociaran los tiempos, con el fin de volver a realizar los laboratorios; y por último, que el incumplimiento se dio de forma parcial y no en la totalidad de las unidades negociadas, entonces, a pesar del incumplimiento señalado, la operación seguía ejecutándose.

Finalmente, concluye diciendo que tampoco se encuentra previsto en su objeto social la facultad de llevar a cabo la producción del bien negociado, razón por la cual debería la Sala tener en cuenta las diligentes gestiones realizadas en pro del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la operación celebrada, actuando siempre dentro del marco del contrato de comisión.

5. Consideraciones de la Sala

5.1.- Consideraciones generales

Sea lo primero advertir sobre lo expresado por la Cámara Disciplinaria en varias decisiones y específicamente respecto de la sociedad investigada Mercado y Bolsa S.A., en Resoluciones 397 del 28 de octubre de 2016 y después en Resolución 426 del 29 de junio de 2017 (expedientes 153 y 164 respectivamente), sobre las características y connotaciones del contrato de comisión, así como sobre las implicaciones que tiene para las sociedades comisionistas de la Bolsa la celebración de operaciones en desarrollo de dicho contrato, con el fin de que se brinde total claridad respecto de la materia y haya una mayor conciencia por parte de las sociedades comisionistas sobre los efectos y consecuencias de los negocios jurídicos que celebran, para reiterar que frente a la contraparte en la operación que se celebra en el escenario de la Bolsa, es la sociedad comisionista quien tiene la condición de parte, lo que

significa que el titular de los derechos y las obligaciones que surgen del contrato celebrado es el comisionista y no el comitente por cuenta de quien éste actúa.

Así las cosas, se insiste, el comisionista, es el sujeto negocial, comprometido personalmente en el negocio, con independencia de que, por virtud del contrato, los efectos del mismo se radiquen en su comitente y desde esta óptica corresponde a la Sala abordar el análisis de los cargos imputados, en los siguientes términos:

5.2.- Consideraciones sobre el primer cargo: Violación de la obligación de abstenerse de ejecutar órdenes de sus clientes: María Mercedes del Rosario Venegas de Cadena (operación No. 24652405-11), María del Pilar Venegas Medina (operación No. 24652405-12), Diana Pardo Amézquita (operación No. 24652405-4) y Fernando Cadena Rey (operación No. 24652405-7), careciendo dichas órdenes de los siguientes elementos: especie objeto del encargo, fecha de cumplimiento de la obligación derivada del negocio encargado y la determinación de si se trata de una orden de compra o venta.

En cuanto al primer cargo formulado, la Sala, luego de realizar un análisis del expediente en general, observó que el cargo imputado por el Área de Seguimiento a la comisionista investigada se refiere a una serie de órdenes que en criterio de dicha Área no cumple con la totalidad de elementos, en la medida en que de la lectura de los documentos aportados por la firma comisionista, en donde se supone constan las órdenes impartidas por sus mandantes, no se observan claramente tales elementos ni se logra establecer si la orden se trataba de compra o de venta.

Al respecto, la sociedad comisionista alega en su respuesta a la solicitud formal de explicaciones que ninguno de sus clientes manifestó objeciones a la ejecución de dichas órdenes ni siquiera existió atisbo alguno de que se hubiesen presentado discrepancias o evidencia de afectación a sus intereses económicos de manera que, para la investigada, se demuestra que todos los mandantes tenían pleno conocimiento y habían impartido las correspondientes órdenes de inversión en las condiciones en las que fueron ejecutadas.

Dicho esto, la Sala considera que efectivamente de la documentación aportada por Mercado y Bolsa, en principio no podrían determinarse de manera clara y completa algunos de los elementos determinantes de las órdenes. Empero, en sus descargos la sociedad comisionista investigada aportó como anexos las ratificaciones correspondientes a los cuatro (4) clientes, a saber: María Mercedes del Rosario Venegas de Cadena (operación No. 24652405-11), María del Pilar Venegas Medina (operación No. 24652405-12), Diana Pardo Amézquita (operación No. 24652405-4) y Fernando Cadena Rey (operación No. 24652405-7); en las que cada cliente indica que ha recibido la asesoría suficiente, que en efecto se impartió la orden en la fecha y las condiciones señaladas por ellos.

Sobre el particular, la Sala considera que, pese a las ratificaciones aportadas por la investigada, corresponde determinar si las órdenes cumplen con los elementos necesarios y requeridos para ser consideradas como tal, y al efecto, debe en primer lugar verificar que las mismas se encuentren en un medio verificable tal como dispone el Reglamento en su artículo 4.2.1.2, según el cual las sociedades comisionistas: "(...) únicamente podrán recibir órdenes para la celebración de operaciones, por parte de

sus clientes y las terceras personas que hayan sido expresamente autorizadas por éstos para actuar como ordenantes, lo cual deberá constar por cualquier medio verificable. Dichas órdenes deberán quedar registradas en el Libro Electrónico de Registro de Órdenes de conformidad con lo dispuesto en el Libro Tercero del presente Reglamento y demás disposiciones previstas en la normatividad aplicable" (Subraya fuera del texto original).

Para tales efectos, considera la Sala que un medio verificable es aquel que permite el registro confiable y fidedigno tanto del momento como de la totalidad de la información correspondiente a la orden impartida, de tal manera que con posterioridad permita verificar todas y cada una de las condiciones en que tal orden es ejecutada. Dicho medio puede ser, por ejemplo, grabación, filmación, correo, documento físico o electrónico o cualquier otro medio, siempre y cuando permita acreditar que determinada orden se dio de una forma u otra, todo esto sin dejar de lado que el Reglamento establece de forma expresa que, las órdenes impartidas por parte de los clientes a las sociedades comisionistas miembros, para la celebración de operaciones del mercado administrado por la Bolsa, deben quedar debidamente consignadas y registradas, como se señaló *ut supra*, en el Libro Electrónico de Registro de Órdenes.

Por lo anterior, aun luego de que la investigada en sus descargos aportara como anexos las correspondientes ratificaciones, ello no le exonera de la obligación de haber registrado en su debido momento las órdenes y, por tanto, mal haría la Sala en considerar como definitivo que las órdenes de las operaciones bursátiles realizadas en el marco de las negociaciones efectuadas en la Bolsa puedan ser pasibles de ser comprobadas a través de manifestaciones posteriores, más aun cuando el mismo Reglamento dispone que el medio en donde deben quedar consignadas tales órdenes es el Libro Electrónico de Registro de Órdenes.

Así las cosas, a pesar de que los clientes de la investigada han indicado que se impartieron órdenes con el lleno de los requisitos y con la asesoría correspondiente, y a que la investigada afirmó que las órdenes junto con sus respectivas particularidades y detalles fueron impartidas de forma telefónica pero que por un "error involuntario de tipo operativo" no cuenta con el soporte físico de éstas, se reitera el incumplimiento del reglamento además de que no puede permitirse que se convierta en una práctica habitual que la prueba de las órdenes y sus características no queden debidamente registradas en el medio verificable establecido por la Bolsa sino que se haga uso de declaraciones posteriores con el fin de convalidar la ejecución de ciertas órdenes, máxime cuando, como se anotó, existen medios idóneos establecidos de forma reglamentaria por la Bolsa, para propender por la transparencia, confiabilidad, honorabilidad y seguridad del mercado que administra y del cual la investigada es miembro.

En virtud de lo anterior, la Sala encuentra que el hecho que la investigada no haya contado en su momento con el soporte físico o medio verificable correspondiente de las órdenes que le fueron impartidas por cada uno de sus clientes, evidencia, cuando menos, desorganización de carácter operativo de su parte y conlleva a establecer responsabilidad a su cargo, toda vez que dado su carácter de agente profesional en este mercado se espera un actuar acorde con dicha calidad. Al respecto debe considerarse, además, que el hecho de que las órdenes de las operaciones ejecutadas no constaran en medio verificable imposibilitó, en este caso, conocer si de forma previa a la ejecución de la operación,

tales órdenes contaban con todos y cada uno de los elementos de la orden impartida, como son la especie objeto del encargo, fecha de cumplimiento de la obligación derivada del negocio encargado y la determinación de si se trataba de una orden de compra o venta.

De este modo, la Sala concluye que el cargo que al efecto se ha formulado, está llamado a prosperar; no obstante, el hecho que las órdenes hayan sido ratificadas por los clientes será considerado como modulador al momento de la graduación de la sanción.

5.3.- Consideraciones sobre el segundo cargo: La sociedad comisionista no cuenta con una política general en materia de cobro de comisiones que cumpla con los criterios previstos en las normas que regulan la materia

Con ocasión de lo observado por la comisión visitadora del Área de Seguimiento, que consta en el informe de visita del 4 de mayo de 2016 antes mencionado, en este cargo se le endilga a la disciplinada la omisión en su deber de contar con una política en materia de comisiones, ya que, según dicha Área, la norma establece que la formación de precios debe basarse en criterios objetivos de costo-beneficio, fundamentada en los principios de no discriminación entre clientes. De esta manera, la mencionada Área considera que el estudio que realiza un trader certificado, tal como se encuentra dispuesto en el manual de comisiones de la investigada, no constituye en ningún caso un método de formación de precios objetivo sino que, por el contrario, es un sistema subjetivo, lo cual está proscrito por la norma, e insiste en que establecer una política de comisiones teniendo como fundamento tal estudio, podría derivar en una eventual discriminación de clientes en la medida en que el monto a cobrar por comisión se encuentra supeditado a la negociación que realice el trader con el cliente.

Al respecto, la Sala de Decisión resalta que, acoge en un todo la posición que sobre el particular ha adoptado la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria y que consta en la Resolución 89 de 2017, donde señaló que *“el hecho de que las diferentes sociedades comisionistas de bolsa cuenten con una política de comisiones es un deber que se encuentra no solo consagrado en el Decreto 2555 de 2010 sino que también está previsto en el artículo 5.2.2.1 del Reglamento de la Bolsa, lo cual dota de carácter obligatorio el cumplimiento de tal disposición en los términos en que tales normas lo disponen. Así, precisar una política de comisiones que se ajuste a los criterios establecidos reglamentaria y normativamente no es un tema menor, no sólo por que exista una fuerza coactiva que inste al cumplimiento de dichas disposiciones sino por la importancia que tiene tal aspecto para los clientes de este mercado.*

Por tal razón, la Sala Plena comparte los argumentos esbozados en la resolución de Decisión, en cuanto a que, en todos los casos, la implementación de las mencionadas políticas se hace “no sólo con el objetivo de que los clientes puedan tener certeza sobre los valores y montos que les serán cobrados por el desarrollo de los negocios y la ejecución de las operaciones en la Bolsa sino que también, al definir unas políticas transparentes y claras, se busca evitar en toda medida que los cobros de las tarifas y de las comisiones por parte las firmas comisionistas se hagan atendiendo criterios arbitrarios o discriminatorios de forma injustificada entre los clientes que acuden a la Bolsa Mercantil”. (Subraya y negrilla fuera del original)

Así las cosas, la Sala no comparte los argumentos presentados por la investigada en cuanto a que se basa en los conceptos de “porcentajes mínimos” y “valor razonable” y la conmina a fijar una política que se rija bajo los principios y criterios legal y reglamentariamente establecidos. En virtud de ello, la Sala de Decisión encuentra que el presente cargo está llamado a prosperar.

5.4.- Consideraciones sobre el Tercer cargo: En cuanto a las obligaciones de conocimiento del cliente relacionados con el Sistema de Administración de Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (SARLAFT):

5.4.1.- No haber dado cumplimiento a las obligaciones relacionadas con listas vinculantes para Colombia, de conformidad con la Ley 1121 de 2006.

Sobre el particular, la Sala de Decisión observa, al revisar el expediente, que los supuestos fácticos en los que se encuentra basado el cargo, aunado a la información y documentación aportada por la sociedad comisionista investigada, quien en sus descargos aporta como anexos los pantallazos que dan cuenta que realizó de forma efectiva las consultas a las listas vinculantes, corresponden a la obligación que le asistía de consultar si sus clientes se encontraban dentro de las listas vinculantes, tal y como lo dispone la Ley 1121 de 2009.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Área de Seguimiento en el pliego de cargos enfatiza en que la obligación de consulta debía cumplirse de **forma previa y obligatoria** a la vinculación de los potenciales clientes como lo exige la normativa, en aras de evitar que se inicie cualquier tipo de relación con personas naturales o jurídicas que pudiesen tener alguna relación con actividades ilícitas como el lavado de activos y la financiación del terrorismo, resulta de vital importancia para la Sala establecer la fecha en la que cada uno de los clientes relacionados en el pliego de cargos fue vinculado por Mercado y Bolsa, para, con base en tal información, establecer si la consulta se llevó a cabo, de manera previa a su vinculación.

Al efecto, la Sala encuentra que, en principio, no existen elementos suficientes para establecer de forma exacta la fecha en la cual los clientes relacionados fueron vinculados, toda vez que, como lo señaló en su momento el Área de Seguimiento, los documentos aportados por la investigada corresponden a los formatos de actualización de información pero no a los formatos de vinculación de tales clientes.

No obstante, y a pesar de la imposibilidad de establecer si la investigada efectuó tales consultas de manera previa a la vinculación, del estudio del material probatorio obrante en el expediente la Sala arriba a la conclusión que la vinculación de tales clientes se debió producir en fechas anteriores al año 2014, si se tiene en cuenta que la información de los mismos se actualiza por lo menos anualmente, y considerando las siguientes piezas procesales:

- Molinos El Yopal Ltda.: Formato de Entrevista a Clientes del 13 de septiembre de 2008 y Formato de Actualización de Datos del 30 de agosto de 2007 (Anexos 18 y 24 respectivamente, de los Descargos)

- Casa Luker S.A.: Check List – Actualización, que evidencia consulta del 21 de abril de 2010 (Anexo 14 de los Descargos)
- Asesorías para el Sector Rural Ciudad de Dios – Fundases: el 24 de mayo de 2006 conforme al documento obrante a folio 248 y/o el 20 de junio de 2009, conforme la explicación brindada en el escrito de descargos (folio 8), de todas maneras antes de 2014.
- Protela S.A.: Check List documentos de Vinculación con evidencia de consulta a listas del 11 de mayo de 2010. (Anexo 15 de los Descargos)
- Vigías de Colombia SRL Ltda: Registro de Consulta de Listas del 27 de marzo de 2014 (Anexo 16 de los Descargos)

De este modo, teniendo en cuenta que la norma de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, citada por el Área de Seguimiento como presuntamente infringida, dispone que la consulta a listas vinculantes debe hacerse de manera previa y obligatoria a la vinculación de un potencial cliente a la entidad, la Sala determina que las conductas imputadas no pueden ser objeto de sanción, toda vez, que la verificación de tales listas corresponde a una conducta de ejecución instantánea que se consuma en un único momento, este es el del momento previo a la vinculación y no se prolonga en el tiempo, de forma tal que si las vinculaciones de estos clientes fueron como se ha logrado establecer durante el año 2013 o en fechas anteriores al mismo, la Sala observa que al 16 de marzo de 2017, fecha en la cual el Área de Seguimiento formuló la Solicitud Formal de Explicaciones (folios 176 a 183), ya se encontraba superado el término de tres (3) años con los que contaba para iniciar la investigación, de conformidad con lo dispuesto por el inciso final del artículo 2.4.3.1. del Reglamento que al efecto indica:

“Transcurridos tres (3) años de la fecha de ocurrencia de los hechos cesará la facultad de dar inicio a una investigación mediante la solicitud formal de explicaciones; dicho término se contará a partir de la fecha de la ocurrencia del último hecho tratándose de infracciones sucesivas. Tratándose de conductas omisivas el término se contará a partir de cuando haya cesado el deber de actuar.

Complementariamente, la Sala se permite traer a colación lo dicho por la sentencia del 9 de julio de 2015 de la Sección Segunda del Consejo de Estado donde se señaló que la caducidad “(...) es un fenómeno cuya ocurrencia depende del cumplimiento del término perentorio establecido para ejercer las acciones ante la jurisdicción derivadas de los actos, hechos, omisiones u operaciones de la administración, sin que se haya ejercido el derecho de acción por parte del interesado”, por lo que al haberse vencido el término del que disponía el Área de Seguimiento para haber efectuado la solicitud formal de explicaciones con el fin de iniciar la investigación disciplinaria en contra de la sociedad comisionista investigada; en virtud de los hechos ya expuestos, la Sala considera que opera el fenómeno de la caducidad,

Por todo lo expuesto, la Sala se ve abocada a declarar la caducidad frente a estos hechos, y por ende se abstiene de declarar responsabilidad en lo que a este aspecto concierne.

5.4.2.- Violación de la prohibición de iniciar relaciones contractuales o legales, sin haber realizado la entrevista

La Sala, frente al tema de la obligación de realizar entrevistas a sus clientes de manera previa a la iniciación de relaciones contractuales o legales, considera que para este punto le son plenamente aplicables los argumentos esbozados en el numeral 5.4.1. de la presente resolución en cuanto a la cesación de la facultad del Área de Seguimiento de iniciar la investigación, por cuanto se ha excedido el término de tres (3) años previsto reglamentariamente y, por ende, se abstiene de declarar responsabilidad por los hechos objeto de estudio.

No obstante lo anterior, sin perjuicio de la declaratoria de caducidad, la Sala de Decisión encuentra reprochable que existan las inconsistencias detectadas en la información y documentos suministrados por la sociedad comisionista investigada, toda vez que denotan falta de orden y profesionalismo a la hora de llevar a cabo su actividad, toda vez que como ya se le dijo en acápites precedentes, debe actuar según su calidad de profesional del mercado y cumplir a cabalidad todas las obligaciones que le asisten en virtud de las diferentes disposiciones legales y reglamentarias que le aplican como sociedad comisionista miembro de esta Bolsa.

5.4.3.- Violación de la obligación de vincular personas jurídicas, sin conocer la identidad de los accionistas que tengan directa o indirectamente más del 5% de su capital social, aporte o participación de la entidad.

Respecto a la conducta endilgada y a los correspondientes descargos, en primer lugar y en cuanto al cliente Molinos El Yopal, la Sala considera que a más de la situación de caducidad mencionada en los numerales precedentes, le asiste razón a la investigada en cuanto a que por tratarse de una sociedad de responsabilidad limitada, la información respecto de la conformación de sus accionistas se encuentra consignada en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, tal y como puede apreciarse en el anexo 20 de los descargos.

En segundo término, frente al cliente Cooperativa Nacional de Cafeteros – Conafe, la Sala considera que no existe evidencia que permita establecer que el cliente haya sido vinculado sin conocer la identidad de sus asociados o cooperados, en la medida en que, como se aprecia en los descargos presentados, si bien la relación aportada no posee fecha de expedición, lo cierto es que la vinculación de un cliente se encuentra sometida al examen y posterior visto bueno por parte del oficial de cumplimiento, lo cual se encuentra materializado en el oficio *“check-list documentos vinculados clientes Mercado y Bolsa S.A.”* (Anexo 22 de los descargos), así como en la aprobación que conforme la hoja 3 del formato de vinculación del cliente se produjo hasta el 17 de diciembre de 2015.

De esta forma, si bien no siempre coinciden la fecha escrita en el formato de vinculación que en este caso es el 1 de diciembre de 2015, con la fecha del aporte de documentos necesarios check list que se

tramitó el 10 de diciembre de 2015, ni con la correspondiente aprobación que se impartió hasta el 17 de diciembre del mismo año por el oficial de cumplimiento, resulta lógico concluir que, al momento de la aprobación del cliente, esto es, el 17 de diciembre de 2015 y previa la vinculación del mismo, la investigada conocía la composición asociativa de su cliente, la cual como consta en el check list, para el 10 de diciembre de 2015, ya había sido aportada.

En tercer lugar, para el cliente Casa Luker S.A., la Sala estima que se estaría frente al fenómeno de la caducidad expuesto en el numeral 5.4.1 *ut supra* y, por tanto, no habría lugar a imponer sanción alguna.

Por último, en cuanto al cliente Protela S.A., la Sala comparte los argumentos del Área de Seguimiento, en lo que atañe a que no se encuentra prueba suficiente que demuestre que la investigada haya solicitado de forma previa a la vinculación la información relacionada con la composición accionaria del cliente en mención, y ni siquiera se cuenta con el check-list que han anexado para otros de los clientes, lo cual genera dudas frente a si se surtió el trámite establecido para la vinculación en debida forma.

No obstante y teniendo en cuenta que como se estableció en numeral precedente para el 11 de mayo de 2010 (Anexo 15 de los Descargos) el cliente ya se encontraba vinculado, habría que decir que ha operado la caducidad a la que se refiere el artículo 2.4.3.1 del Reglamento.

5.4.4.- Violación de la obligación de obtener de los potenciales clientes, el diligenciamiento de los formularios de solicitud de vinculación.

En el presente caso, la sala considera que aplica la caducidad para el cliente Molinos el Yopal, en virtud de los argumentos expuestos en el numeral 5.4.1. de la presente resolución y, por tanto, no se sancionará por tales hechos.

En cuanto al cliente Protela S.A., de igual manera al revisar el expediente, más exactamente los anexos allegados por la parte investigada, se encontró el Anexo 25 donde reposa el formato de vinculación del cliente en comento con fecha del 4 de mayo de 2010, por lo que no habría lugar a sancionar por estos hechos.

En este punto debe reiterarse que, como las anteriormente descritas, se trata de conductas de ejecución instantánea. El hecho de que con posterioridad hubieran podido ser ajustadas a la norma no las convierte en conductas de ejecución sucesiva, pues se trata de obligaciones que debían cumplirse en un momento específico del tiempo, o a más tardar en dicho momento. No se trata, pues, del fenómeno de violaciones continuadas. En estos casos tanto la caducidad como la prescripción deben contarse a partir del momento en que la conducta activa ocurrió, o la omisiva debió tener ocurrencia.

Por último, en cuanto al cliente Vigías de Colombia SRL, la Sala colige que no se encuentra prueba suficiente para desvirtuar la imputación efectuada por el Área de Seguimiento, toda vez que no aporta ningún medio probatorio que permita demostrar que lo dicho en el escrito de descargos corresponde a la realidad, en cuanto a que *"hace parte de la carpeta expediente del cliente, el formulario de vinculación inicial la cual fue revisada en el programa de visita del Área de Seguimiento"*. No obstante, la Sala

considera que no hay lugar a sancionar por los hechos objeto de análisis relacionados con este cliente, en consideración a que como se mencionó en el numeral 5.4.1. el cliente fue vinculado antes del año 2014.

5.5.- Consideraciones sobre el cuarto cargo: Violación de la obligación de entrega parcial de producto en la operación Forward MCP No. 23621071

En lo que atañe a este cargo, la Cámara Disciplinaria en múltiples decisiones ha dejado en claro la importancia que tiene para el mercado el hecho de cumplir no sólo todas las obligaciones adquiridas en las distintas negociaciones dentro del mercado de la Bolsa, sino también darles cumplimiento en los términos originalmente acordados entre las partes intervinientes, más aún cuando se trata del Mercado de Compras Públicas.

Habiendo dicho esto, y aunado a lo expuesto en las consideraciones preliminares contenidas en el numeral 5.1 de la presente Resolución, la Sala procedió a evaluar tanto lo expuesto por el Área de Seguimiento como las alegaciones presentadas por la investigada en el escrito de descargos encontrando que la investigada tenía la obligación de realizar la entrega parcial del subyacente negociado (150.000 unidades de *"Camiseta interior- color verde diferentes composiciones – unidad- empacado(a)- procesado"*) en la fecha del 10 de enero de 2017, fecha fijada luego de haberse prorrogado la entrega parcial en el Comité Arbitral celebrado el día 5 de diciembre de 2016.

De esta manera, la Sala encuentra acertado y pertinente lo argumentado por el Área de Seguimiento en el pliego de cargos, en cuanto a que no debe olvidarse que las sociedades comisionistas miembros encuentran su actuar circunscrito al ámbito del contrato de comisión que las exhorta a que es el comisionista quien queda vinculado contractualmente con su contraparte y, por ende, asume las responsabilidades de las obligaciones que nazcan a la vida jurídica producto del contrato que se celebre en cumplimiento de su mandato, por lo que asumirá el negocio jurídico como propio, radicándose así los efectos de éste en cabeza del comisionista

Teniendo en cuenta que lo anterior, la Sala procederá a imponer la sanción correspondiente por el incumplimiento del que trata el presente cargo, empero, la Sala al momento de graduar la sanción tendrá en cuenta la diligencia que tuvo la sociedad comisionista investigada al tratar de que se convocara a comité arbitral con el fin de procurar dar cumplimiento a la operación y a la obligación que le asistía de realizar la entrega en las condiciones y términos pactados.

6. Graduación de la Sanción

De acuerdo con las consideraciones expuestas a lo largo del presente escrito encuentra la Sala que existe vulneración de las normas legales y reglamentarias aplicables por parte de la investigada. A su vez, y teniendo en cuenta que no existe eximente de responsabilidad aplicable sobre las conductas referidas, la Cámara Disciplinaria, en Sala de Decisión, frente a las conductas desplegadas por la investigada, determina la sanción a imponer teniendo en cuenta para efectos de graduación, (i) la gravedad de los hechos y la infracción, (ii) las modalidades y circunstancias de la falta, (iii) los antecedentes de la

investigada, (iv) el monto de las operaciones, (v) la dimensión del daño o peligro para la confianza del público en los mercados administrados por la Bolsa y las demás circunstancias mencionadas en la parte motiva de la resolución.

De esta manera, la Sala recuerda a la investigada que debe tenerse en cuenta que la participación en los mercados bursátiles de commodities constituye una obligación en cabeza de sus profesionales de actuar con seriedad, profesionalismo, diligencia y rectitud, de cara a propender por la continua seguridad del mismo, en procura constante de la confianza general del público para con las herramientas que se ofrecen al interior del mercado como mecanismo generador de riqueza e incremento legítimo de ésta y de la economía a nivel nacional. Así mismo, tal participación se relaciona con el nivel de cumplimiento de las normas que regulan el escenario bursátil, el cual debe ser estricto por parte de todos los involucrados.

Bajo estas consideraciones, haciendo una ponderación de los elementos de graduación de la sanción, teniendo en cuenta los principios de razonabilidad, proporcionalidad y de efecto disuasorio para evitar la ocurrencia de circunstancias similares, atendiendo a la materialidad de los hechos y a las circunstancias específicas de las faltas estudiadas y teniendo en cuenta que de conformidad con lo consagrado en el Reglamento de la Bolsa la cuantía máxima de las multas que se puede imponer a las personas jurídicas es de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes²¹, la Sala de Decisión decide imponer, por unanimidad, para el primer cargo una sanción de **MULTA** de un (1) salario mínimo legal mensual vigente; para el segundo cargo una sanción de **MULTA** de cuatro (4) salarios mínimos; para el tercer cargo exonerar de responsabilidad a la investigada; y para el cuarto cargo una sanción de **MULTA** de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes por la infracción de las normas en las conductas analizadas, teniendo en cuenta que pese a la diligencia desplegada, por esta conducta la investigada presenta antecedentes en los expedientes 26 de 2010 y 80 de 2013

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

7. Resuelve

Primero: Exonerar de responsabilidad a la investigada por el cargo tercero, conforme las consideraciones contenidas en el numeral 5.4. de la parte motiva de esta providencia.

Segundo: 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 al momento de los hechos objeto de investigación, con la sanción de **MULTA** de siete (7) salarios mínimos mensuales vigentes por las consideraciones plasmadas en la parte motiva de la presente Resolución y a las que se hace referencia específicamente en los numerales 5.2, 5.3 y 5.5.

Tercero: Notificar a la sociedad MERCADO Y BOLSA S.A. del contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Bolsa, advirtiéndole que contra la presente

²¹Reglamento de la Bolsa. Artículo 2.3.3.3.- Multas.

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 contados a partir de su notificación.

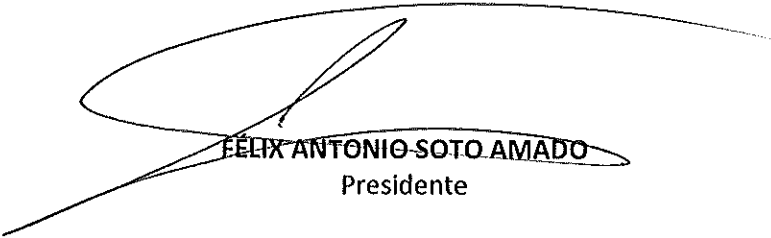
Cuarto: Notificar a la Jefe del Área de Seguimiento, el contenido de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Bolsa, advirtiéndole que contra la presente Resolución procede el recurso de apelación ante la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria, para el que se contará con un término de cinco (5) días hábiles.

Quinto: Advertir a la sociedad MERCADO Y BOLSA S.A., de conformidad con lo señalado en el artículo 2.3.3.3 del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la Bolsa que: *(i)* la multa impuesta deberá ser cancelada dentro de los cinco días hábiles siguientes al día en que quede en firme la presente resolución a nombre de BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. en la cuenta de ahorros No. 080-14726-7 del Banco de Bogotá, mediante transferencia electrónica, consignación en efectivo o cheque de gerencia, *(ii)* la referida consignación deberá acreditarse ante el Departamento de Gestión de Recursos Financieros de BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A., el mismo día en que se produzca, *(iii)* el no pago de la sanción de multa genera la suspensión automática hasta el día siguiente en que cancele el monto adeudado y, *(iv)* el incumplimiento de una sanción impuesta se considera como una falta disciplinaria y dará lugar a la imposición de sanciones adicionales.

Sexto: 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.

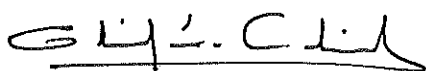
Dada en Bogotá, D.C., a los cuatro (20) días del mes de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

Notifíquese y cúmplase,



FÉLIX ANTONIO SOTO AMADO

Presidente



GLORIA LUCÍA CABIELES CARO

Secretaría