

**AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES DE COLOMBIA - AMV-**

**TRIBUNAL DISCIPLINARIO**

**SALA DE REVISIÓN**

**RESOLUCIÓN No. 7**

**Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil dieciséis (2016)**

**NÚMERO DE INVESTIGACIÓN: 01-2014-320**  
**INVESTIGADOS: FRANCISCO JAVIER ELJACH MOVILLA**  
**RESOLUCIÓN: SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario, en ejercicio de sus atribuciones legales, estatutarias y reglamentarias, se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por el señor Francisco Javier Eljach Movilla contra la Resolución No. 13 del 27 de julio de 2015, a través de la cual la Sala de Decisión No. "8" del Tribunal Disciplinario de AMV decidió imponerle al investigado una sanción de multa de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por considerar probado el incumplimiento del artículo 2.9.20.1.1<sup>1</sup> del Decreto 2555 de 2010, en concordancia con el artículo 36.6<sup>2</sup> del Reglamento de AMV, y del artículo 36.1<sup>3</sup> de tal Reglamento, en concordancia con el artículo 5.1.3.1<sup>4</sup> del Reglamento de la Bolsa de Valores de Colombia.

**I. ANTECEDENTES GENERALES DE LA ACTUACIÓN**

1. El 30 de enero de 2014 el Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia (en adelante "AMV" o "el Autorregulador"), en ejercicio de las facultades establecidas en

---

<sup>1</sup> **"Artículo 2.9.20.1.1. Reglas de conducta que deben ser adoptadas por las sociedades comisionistas de valores en relación con su función de intermediación.** En desarrollo del Libro 6 de la Parte 7 del presente decreto, las sociedades comisionistas de bolsa y las comisionistas independientes de valores deberán adoptar las siguientes reglas de conducta: (...)

**b)** Guardar reserva, respecto de las informaciones de carácter confidencial que conozcan en desarrollo de su actividad, entendiendo por tales aquellas que obtienen en virtud de su relación con el cliente, que no está a disposición del público y que el cliente no está obligado a revelar".

<sup>2</sup> **"Artículo 36.6. Cultura de cumplimiento y control interno.** Las personas naturales vinculadas deben asegurar que las obligaciones impuestas por la normatividad aplicable a ellas y a los miembros sean observadas".

<sup>3</sup> **"Artículo 36.1. Deberes generales en la actuación de los sujetos de autorregulación.** Los sujetos de autorregulación deben proceder como expertos prudentes y diligentes, actuar con transparencia, honestidad, lealtad, claridad, precisión, probidad comercial, seriedad, cumplimiento, imparcialidad, idoneidad y profesionalismo, cumpliendo las obligaciones normativas y contractuales inherentes a la actividad que desarrollan".

<sup>4</sup> **"Artículo 5.1.3.1.** El presente Código de Conducta se expide sobre la base de preservar y reafirmar los siguientes principios básicos de la actividad bursátil:

1. La conducción de los negocios con lealtad, claridad, precisión, probidad comercial, seriedad y cumplimiento, en el mejor interés de los clientes y la integridad del mercado".

el artículo 57 de su Reglamento, solicitó<sup>5</sup> formalmente explicaciones personales al señor Francisco Javier Eljach Movilla, identificado con la cédula de ciudadanía 72.005.715, en su calidad de funcionario vinculado a la sociedad comisionista de bolsa AAAA (en adelante AAAA) para la época de los hechos objeto de investigación<sup>6</sup>, por el posible desconocimiento de los artículos 2.9.20.1.1 del Decreto 2555 de 2010, en concordancia con el artículo 36.6 del Reglamento de AMV, y del artículo 36.1 de tal Reglamento, en concordancia con el artículo 5.1.3.1 del Reglamento de la Bolsa de Valores de Colombia .

**2.** El 3 de marzo de 2014 el investigado rindió, oportunamente, las explicaciones solicitadas<sup>7</sup>.

**3.** El 17 de julio de 2014, AMV le formuló el respectivo pliego de cargos<sup>8</sup>.

**4.** El 11 de agosto de 2014, dentro del término previsto para el efecto, el investigado rindió descargos<sup>9</sup>.

**5.** El 27 de julio de 2015, la Sala de Decisión "8" del Tribunal Disciplinario, a través de la Resolución No. 13 del 27 de julio de 2015<sup>10</sup>, puso fin a la primera instancia, imponiendo multa de quince (15) S.M.L.M.V al investigado. El 13 de agosto del mismo año el disciplinado interpuso recurso de apelación contra dicha decisión<sup>11</sup>, del cual se surtió el traslado reglamentario. El 24 de agosto de 2015, el Instructor se pronunció al respecto, oponiéndose a la prosperidad del recurso<sup>12</sup>.

## II. SÍNTESIS DE LOS CARGOS IMPUTADOS

AMV consideró que el investigado incurrió<sup>13</sup>, entre el 28 de febrero y el 25 de abril de 2013, en las siguientes conductas:

- a.** Incumplimiento del literal b) del artículo 2.9.20.1.1 del Decreto 2555 de 2010, en concordancia con el artículo 36.6 del Reglamento de AMV, que versan sobre el deber de guardar reserva, toda vez que manejó, por fuera de los parámetros establecidos en las normas que rigen la intermediación de valores<sup>14</sup>, y sin atender las políticas internas de AAAA<sup>15</sup>, una información de carácter confidencial de AAAA.
  
- b.** Desconocimiento del deber de lealtad, consagrado en el artículo 36.6 del Reglamento de AMV, por extraer de la esfera de protección de AAAA, sin su autorización, información confidencial de la cual la sociedad comisionista era tenedora legítima.

---

<sup>5</sup> Folios 01 a 09 de la carpeta de actuaciones finales.

<sup>6</sup> Folios 01 y 05, carpeta de pruebas original.

<sup>7</sup> Folios 17 a 34, carpeta de actuaciones finales.

<sup>8</sup> Folios 63 a 84, *ibídem*.

<sup>9</sup> Folios 90 a 150, *ibídem*.

<sup>10</sup> Folios 159 a 178, *ibídem*.

<sup>11</sup> Folios 182 a 207, *ibídem*.

<sup>12</sup> Folios 209 a 214, *ibídem*.

<sup>13</sup> Folio 82, *ibídem*.

<sup>14</sup> Por ejemplo, el literal b) del artículo 2.9.20.1.1 del Decreto 2555 de 2010 y el artículo 40 del Reglamento de AMV.

<sup>15</sup> Código de Conducta de AAAA, numeral 4.2.: "Así mismo, los empleados, agentes o administradores se obligan a respetar y proteger la confidencialidad de la información de carácter reservado de los clientes y de AAAA, sin menoscabo del deber de suministrarla a las autoridades legalmente autorizadas para conocerla".

El Autorregulador manifestó<sup>16</sup> que entre el 28 de febrero de 2013 y el 12 de abril del mismo año, el investigado remitió y recibió información que tenía carácter de confidencial<sup>17</sup>, a través de tres correos electrónicos. Agregó que dicha información fluyó entre dos cuentas de manejo del investigado: una institucional, adscrita a AAAA (feljach@AAAA.com), y otra personal, de titularidad del señor Eljach (fj\_eljach@hotmail.com).

Encontró que el 25 de abril de 2013, luego de renunciar al cargo que ocupaba en AAAA, el imputado envió un cuarto mensaje desde la cuenta fj\_eljach@hotmail.com hacia el correo personal asignado por su nuevo empleador, BBBB, (feljach@BBBB.com). En este último correo, Francisco Eljach adjuntó parte de la información extraída en los mensajes electrónicos anteriormente indicados.

Señaló que la información anexa a los cuatro correos electrónicos, además de datos de contacto, se refería a operaciones sobre valores ejecutados en desarrollo de la relación contractual con los inversionistas, por lo que la misma estaba sometida a reserva. Precisó el Autorregulador que la información correspondía a cerca de 3.000 clientes.

Indicó<sup>18</sup> que entre el 8 de mayo y el 20 de septiembre de 2013, con posterioridad al envío de los correos electrónicos, doce clientes del investigado trasladaron su portafolio de AAAA a BBBB.

### **III. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS POR LA DEFENSA DEL INVESTIGADO**

En su defensa, el señor Eljach Movilla alegó que las funciones que desarrolló en AAAA fueron atendidas de buena fe y respetando los parámetros de rectitud, lealtad, probidad y profesionalismo. Al respecto, aportó catorce (14) declaraciones<sup>19</sup> otorgadas por clientes y antiguos compañeros de trabajo en las que manifestaron, los primeros, que el traslado de su portafolio de AAAA a BBBB obedeció a motivos estrictamente personales y no a presiones u ofertas por parte del señor Eljach; los segundos, que conocían de tiempo atrás la rectitud y profesionalismo del investigado.

Con relación al envío de información a través de tres cuentas de correo electrónico de su manejo, manifestó que lo hizo como medida preventiva, debido a los supuestos problemas que en su momento tenía AAAA con el servicio de energía eléctrica. Explicó su interés en analizar los portafolios durante los fines de semana, con el objetivo de establecer estrategias que favorecieran a sus clientes.

También aseguró que eran los clientes, como titulares de la información que se adjuntó a los mensajes enviados, quienes se encontraban legitimados para exigir el cumplimiento de mantener la confidencialidad de sus datos. Dijo que el instructor incurrió en violación al debido proceso al prejuzgar y no tener en cuenta las comunicaciones suscritas por sus clientes, en las cuales éstos habrían, según su opinión, otorgado autorización para el manejo de la información.

---

<sup>16</sup> Folios 64 y 65, *Ibídem*

<sup>17</sup> Folio 76, *Ibídem*

<sup>18</sup> Folio 66, *Ibídem*.

<sup>19</sup> Folios 15 a 32, carpeta de pruebas original

Dijo que AAAA permitía a sus empleados hacer uso del chat y de los correos personales para interactuar, mantener comunicación e intercambiar información. Concluyó, haciendo énfasis en la seguridad de su cuenta y manifestando que solamente él tenía acceso a su cuenta de correo electrónico, razón por la cual, en últimas, y según su apreciación, no se vería afectada la reserva de la información. Agregó que no estaba probado que la información hubiera sido puesta en conocimiento de terceros, razón por la cual se opuso a los cargos imputados.

#### **IV. SÍNTESIS DE LA RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

##### **4.1. PRIMER CARGO FORMULADO – INFRACCIÓN AL DEBER DE RESERVA.**

La Sala de Decisión encontró probado que el señor Eljach Movilla, de manera reiterada, transfirió bases de datos pertenecientes a AAAA, a través de tres cuentas de correo electrónico. Dichos archivos, según el análisis detallado de la Sala, contenían información relativa a datos de contacto y de portafolio de clientes de AAAA.

Para esa Sala, la información que circuló a través de los cuatro correos electrónicos enviados por el investigado: i) fue puesta en conocimiento del investigado con ocasión del desarrollo de la relación contractual y comercial que AAAA tenía con sus clientes, ii) no se encontraba a disposición del público, y iii) no era de obligatoria revelación por parte de sus titulares. Por estos motivos, concluyó que la información tenía carácter de confidencial, por lo que su manejo debía atender el deber de reserva previsto en el literal b) del artículo 2.9.20.1.1 del Decreto 2555 de 2010 y en el artículo 36.6 del Reglamento de AMV.

Probada la extracción de información confidencial, procedió la Sala a establecer en qué momento se configura la infracción al deber de reserva. A su juicio, al contrario de lo argumentado por la defensa, no es necesaria la divulgación o el provecho de la información confidencial para que se entienda violada la mencionada obligación. La sola extracción de información hacia lugares físicos o electrónicos en los cuales la comisionista, como su tenedora legítima, no pueda ejercer control, pone en peligro el cumplimiento del derecho a la intimidad, a la confidencialidad y el respeto a la individualidad de los clientes. Concluyó la Sala de Decisión destacando que, en materia de intermediación, la infracción al deber de reserva es una conducta de mero peligro y no de resultado, por lo que encontró probada la infracción.

##### **4.2. SEGUNDO CARGO FORMULADO – DESCONOCIMIENTO DEL DEBER DE LEALTAD.**

Consideró la Sala de Decisión que la extracción de la información confidencial de la esfera de control y supervisión de AAAA configuró el desconocimiento del deber de lealtad. Además, teniendo en cuenta que el destinatario final de los datos fue la comisionista de bolsa BBBB, competidora directa de su empleadora y custodia inicial de la información, manifestó la Sala que el investigado no atendió en su integridad los parámetros de rectitud, lealtad, probidad y profesionalismo que le eran exigibles. Por estos motivos, encontró probado el reproche realizado por el instructor.

En síntesis, la Sala de Decisión declaró responsable al investigado, señor Francisco Javier Eljach Movilla, y le impuso una sanción de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

## V. SÍNTESIS DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN

### 5.1. EL RECURSO DE APELACIÓN DE LA DEFENSA

Adujo el recurrente que la Sala de Decisión violó la presunción de inocencia de la que es titular, al emitir una resolución sancionatoria sin que existiera prueba que demostrara la extracción de la información. Para el señor Eljach Movilla, la inaccesibilidad de terceras personas a los correos que él considera personales torna imposible la violación del deber de reserva. Reiteró que la extracción de información no se configura por el solo hecho de enviar información a través de cuentas de correo electrónico que a su juicio le pertenecían que, dijo, son infranqueables.

Por otro lado, argumentó que deben decretarse y practicarse las pruebas por él solicitadas en documento adicional al escrito de descargos<sup>20</sup>, por considerar que el proceso que cursa en el Tribunal Disciplinario de AMV es de naturaleza “sancionatoria-administrativa”.

Cuestionó la proporcionalidad de la sanción impuesta trayendo a colación los casos de CCCC y de DDDD, previamente sancionados por AMV. En su parecer, por la similitud en las situaciones de hecho, la sanción impuesta en la presente actuación es desproporcionada y desigual con respecto a la sanción que el Tribunal Disciplinario impuso en los casos previamente mencionados

Frente al cargo imputado por violación del deber de lealtad, señaló el investigado que es a la sociedad comisionista a quien le resulta exigible el establecimiento de controles para evitar la extracción de la información. Recordando las manifestaciones aportadas como pruebas, en las que antiguos compañeros explican que AAAA permitía el uso del chat y del correo personal, concluyó que no es posible violar mecanismos de control inexistentes.

Finalmente, resaltó que el Tribunal Disciplinario carecía de competencia para imponer la sanción, al considerar que éste dejó vencer el término de un año que fija el Reglamento para ese propósito.

### 5.2. PRONUNCIAMIENTO DE AMV FRENTE A LA APELACIÓN

Para el instructor, el proceder del investigado se ajusta a la descripción típica del artículo 2.9.20.1.1 del Decreto 2555 de 2010, en concordancia con el artículo 36.6 del Reglamento de AMV. A su juicio el señor Eljach sí extrajo información al enviar bases de datos de carácter confidencial a una herramienta tecnológica respecto de la cual la sociedad comisionista no ejercía control, más aún cuando no medió autorización por parte de AAAA.

Para AMV, son indiferentes los motivos por los que el impugnante envió la información de una cuenta de correo electrónico a otra. A su juicio, lo que se censura es el envío de los datos de contacto y de portafolio de los clientes de AAAA a un correo no autorizado.

---

<sup>20</sup> Folios 149 y 150 de la carpeta de actuaciones finales. El investigado solicitó el decreto y práctica de cuatro declaraciones a las siguientes personas: i) EEEE, ii) FFFF, iii) GGGG, y iv) HHHH; todos estuvieron vinculados laboralmente con AAAA.

Posteriormente, destacó que el Tribunal cuenta con la facultad y autonomía para establecer las sanciones de acuerdo con la gravedad de la conducta, la infracción y los posibles perjuicios causados. Añadió que la sanción de suspensión es más gravosa que la multa pues la primera implica, tácitamente, una limitación al derecho al trabajo.

Frente a la presunta falta de competencia del Tribunal para sancionar, luego de hacer el estudio de las actuaciones procesales adelantadas, encontró que la prórroga concedida a la defensa para contestar el pliego de cargos, generó que la fecha límite para este propósito fuera el 13 de agosto de 2014. De esta manera, consideró que el término de caducidad para decidir de fondo, -de un año contado a partir del día hábil siguiente a aquel en que se venza el término para pronunciarse sobre el pliego de cargos, según el artículo 74 del Reglamento de AMV- vencía el 13 de agosto de 2015. Por este motivo, la Resolución fechada el 27 de julio de 2015, fue proferida dentro del término legal y reglamentario.

Finalmente, frente a la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, manifestó que AMV no cumple funciones públicas, por lo que no es dable a la defensa solicitar la aplicación de las normas sobre pruebas en él previstas.

## **VI. AUDIENCIA ANTE LA SALA DE REVISIÓN**

El señor Francisco Javier Eljach Movilla presentó ante esta instancia una solicitud para la celebración de la audiencia de que trata el artículo 88 del Reglamento de AMV, la cual se llevó a cabo con la participación no presencial del investigado (vía Skype), según consta en el acta No. 223 de la Sala de Revisión del 26 de julio de 2016.

El instructor reiteró los argumentos expuestos tanto en el pliego de cargos, como en su pronunciamiento frente a la impugnación del disciplinado. Insistió en que la Sala de Decisión valoró en debida forma las pruebas oportunamente recaudadas dentro de la actuación. El investigado y su apoderada, por su parte, reiteraron los planteamientos esgrimidos en el escrito de apelación.

Las intervenciones quedaron registradas en medio magnético y fueron incorporadas al proceso disciplinario, como consta a folio 242 de la carpeta de actuaciones finales del expediente.

## **VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **6.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

#### **6.1.1. Competencia de la Sala de Revisión**

De acuerdo con lo establecido en el numeral 1º del artículo 98 del Reglamento de AMV, es función de la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario resolver los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de primera instancia. Por tanto, esta Sala es competente para pronunciarse de fondo sobre la impugnación presentada por el investigado contra la Resolución 13 del 27 de julio de 2015, proferida por la Sala de Decisión "8" del Tribunal Disciplinario.

Al margen de lo anterior, es necesario hacer precisión sobre la competencia de la Sala de primera instancia, pues el apelante puso en duda la oportunidad de la decisión de primera instancia.

Al respecto, el párrafo del artículo 74 del Reglamento de AMV establece que: "La Sala de Decisión no podrá proferir decisiones sancionatorias en contra de las personas investigadas *después de transcurrido más de un (1) año contado a partir del día hábil siguiente a aquel en que se venza el término que tenga el investigado para pronunciarse sobre el pliego de cargos*" (subraya fuera de texto original).

Según lo evidencia el expediente<sup>21</sup>, el 17 de julio de 2014 AMV formuló pliego de cargos contra el señor Eljach Movilla. El apoderado del investigado, doctor JJJJ<sup>22</sup>, fue notificado del pliego el 18 de julio de 2014<sup>23</sup>. En consecuencia, de conformidad con el artículo 66<sup>24</sup> del Reglamento de AMV, el impugnante podía pronunciarse al respecto hasta el 1° de agosto del mismo año. Acogiéndose al inciso segundo del artículo mencionado, el 29 de julio de 2014 el investigado le solicitó a AMV<sup>25</sup> prórroga por cinco (5) días hábiles adicionales al término inicial para presentar los correspondientes pronunciamientos. Este plazo fue otorgado<sup>26</sup> razón por la cual el nuevo plazo con el que contaba el investigado finalizaba el 13 de agosto de 2014. Por este motivo, la Sala de Decisión se encontraba facultada para proferir la Resolución hasta el 13 de agosto de 2015.

En consecuencia, la Sala de Revisión desestima el argumento esgrimido por la defensa sobre una supuesta falta de competencia por extemporaneidad en la imposición de la sanción de primera instancia.

## 6.2. PLANTEAMIENTOS DE FONDO

### 6.2.1. Oportunidad probatoria dentro del proceso disciplinario adelantado por AMV

Previo a analizar y emitir decisión frente a los cargos formulados al inculpado, estima conveniente la Sala pronunciarse respecto del argumento referido a la oportunidad probatoria en los procesos disciplinarios adelantados por AMV.

Como lo indica el investigado, el artículo segundo de la Ley 1473 de 2011 es claro en indicar los dos criterios, uno orgánico y otro funcional, a partir de los cuales se pueden determinar los ámbitos de aplicación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así, conforme al primer criterio, las normas del Código se

---

<sup>21</sup> Folio 63 de la carpeta de actuaciones finales.

<sup>22</sup> Folio 13 de la carpeta de pruebas original.

<sup>23</sup> Según Orden de Transporte No. 17751140 de la compañía "Domesa de Colombia S.A." suscrita por el apoderado.

<sup>24</sup> **Artículo 66. Traslado del pliego de cargos. (Artículo modificado por la Resolución 1302 de 2007. Publicado en el Boletín Normativo 04 AMV el 26 de julio de 2007. Entró en vigencia el 30 de julio de 2007. Artículo modificado por el Boletín Normativo 20 del 27 de agosto de 2014, aprobado mediante Resolución 1346 de la SFC y entra en vigencia el 1 de septiembre de 2014).** Al remitir el Pliego de Cargos, el Presidente de AMV o el Vicepresidente de Cumplimiento y Disciplina o el Gerente de Investigación y Disciplina correrá traslado al investigado por un término de diez (10) días hábiles, para que éste haga los pronunciamientos que estime pertinentes y los remita directamente al Tribunal Disciplinario.

En todo caso los investigados podrán solicitar al Secretario del Tribunal Disciplinario la prórroga del anterior término, quien la concederá por un término de cinco (5) días hábiles más.

<sup>25</sup> Folio 87 de la carpeta de actuaciones finales.

<sup>26</sup> Folio 88 de la carpeta de actuaciones finales.

aplican a "los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público". Por su parte, a través del segundo criterio (funcional), el legislador hizo extensiva la aplicación de las disposiciones del Código a los particulares que cumplan funciones administrativas.

La actividad de autorregulación está prevista en el artículo 24 de la Ley 964 de 2005. Frente a la naturaleza de la función de autorregulación, el párrafo segundo del artículo 25 de la Ley señala claramente que "**no tiene el carácter de función pública**" (negritas y subrayas fuera del texto original).

La Corte Constitucional, en la sentencia C-692 del 5 de septiembre de 2007, definió la autorregulación, en un sentido amplio, como:

*"la forma en que los particulares y las organizaciones privadas actúan y se relacionan (...) instrumento mediante el cual grupos de individuos y agentes de cualquier negocio o industria, con base en la autonomía que el ordenamiento les reconoce, acuerdan unas pautas de conducta o un marco jurídico de deberes y obligaciones recíprocas, cuyo cumplimiento tiene repercusiones de diversa naturaleza."*

Para dicha Corte, la autorregulación ha estado vinculada al derecho privado y encuentra soporte en la autonomía de la voluntad de los particulares<sup>27</sup>.

Así las cosas, no es dable aplicarle a la actividad disciplinaria de AMV los preceptos propios del Derecho Administrativo Sancionatorio, sino los institutos del Reglamento del Autorregulador (que, a su vez, son desarrollo del marco legal y jurisprudencial ya descrito).

En este caso en particular, el artículo 62 del Reglamento del Autorregulador prevé que el investigado deberá aportar todas las pruebas que pretenda hacer valer, a través del escrito mediante el cual rinda las explicaciones solicitadas por el instructor. El ahora recurrente solicitó en su apelación que se practicaran algunas que no fueron de recibo por AMV en la etapa referida con anterioridad. Luego es claro que el requerimiento del inculpado no se realizó en la oportunidad procesal otorgada por el Reglamento, por lo que es improcedente que la Sala decrete pruebas por fuera del término establecido en la norma indicada.

Ahora bien, pese a que la incorporación de tales elementos de prueba resulta improcedente en los términos del aludido Reglamento, la Sala destaca que, en todo caso, cuenta con el material suficiente para analizar y para proferir una decisión de fondo sobre los hechos objeto de estudio.

### **6.2.2. DEBER DE RESERVA**

A continuación, la Sala de Revisión expondrá sus consideraciones frente a los cargos imputados al señor Eljach Movilla, previo análisis conceptual del deber de reserva.

Para la defensa, la Sala de Decisión profirió una Resolución inconstitucional e ilegal porque, a su parecer, no se destruyó la presunción de inocencia del inculpado.

---

<sup>27</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-962 del 5 de septiembre de 2007. M.P.: Rodrigo Gil Escobar.

Considera el investigado que la información no se “extrajo” ni se puso en peligro, añadiendo que no se vulneró el deber de reserva puesto que las cuentas de correo electrónico a través de las cuales se movilizó la información son “*personales e íntimas de Francisco Eljach Movilla, porque solo él conoce la clave, el código secreto para ingresarle (sic) y no lo comparte con ninguna otra persona*”. El recurrente concluye indicando que el correo que le fue asignado en AAAA es “*exclusivamente privado y pertenece a Francisco Eljach Movilla*”, por lo que no se puede considerar violado el mencionado deber al no estar probado que dio a conocer a terceros los datos de los clientes.

El deber de reserva, como pilar fundamental de la confianza en la que se sostiene el mercado de valores, debe ser acatado y observado de manera estricta por los operadores del mercado y por las personas naturales que a ellos se vinculan. Implica, además, que la información que los clientes les entregan a los intermediarios de valores en virtud de la relación contractual que los ata, sea manejada de manera cautelosa y solamente para los fines para los que fue confiada.

Aunque el custodio de la información es la persona jurídica intermediaria, dicha obligación es extensible y, por ende, exigible, a las personas naturales vinculadas a aquélla, quienes deben respetar las normas para la salvaguarda y adecuado manejo de la información (se enfatiza, para los exclusivos efectos de la relación contractual).

En el caso concreto, al enviar el señor Eljach información desde el correo corporativo que le asignó AAAA con destino a su cuenta personal, no observó el deber de reserva, pues, cualquiera que fuese el uso que le hubiere dado, no obtuvo, de manera previa, la autorización que necesitaba por parte de la comisionista como tenedora legítima de los datos. Al remitirla a su correo personal, se insiste, sin la aprobación de su empleadora, actuó con ajenidad a su rol de profesional del mercado de valores y se comportó como un tercero frente a esa relación comercial (extrajo, entonces, e hizo fluir la información de un fuero – el de empleado de la firma- a otro –el de persona natural).

En este punto, y teniendo en cuenta que el recurrente argumentó que el correo corporativo es, en todo caso, personal y de propiedad del inculpado, es importante recordar lo que al respecto ha declarado la Corte Suprema de Justicia. Para esta corporación, los correos electrónicos corporativos “*no pueden considerarse particulares, por ser de la empresa y tener por fin primordial servir de herramienta laboral para sus propósitos sociales*”<sup>28</sup>. Así, para la Corte Suprema de Justicia el correo no es más que un elemento de trabajo que el empleador pone a disposición del trabajador, y que no implica la transferencia de su propiedad; éste, entra en la misma categoría de otros elementos, como los computadores, celulares y automóviles que suministra el empleador a sus empleados, para que ellos puedan desarrollar adecuadamente su actividad.

No le asiste, entonces, razón al apelante cuando plantea que el hecho de enviar información a través de correos electrónicos que supone de su propiedad no es violatorio del deber de reserva.

---

<sup>28</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Ref. 05001-22-03-000-2007-00230-01 de cuatro (4) de septiembre de dos mil siete (2007).

Es importante tener en cuenta que en este caso hubo una clara transferencia de la información de una persona a otra, pues el correo del que salió la información no era de propiedad del investigado, como equivocadamente él lo afirma, sino de la comisionista; y el correo de destino, de propiedad del investigado, no tiene carácter corporativo, ni cuenta con autorizaciones para el manejo de información privada de terceras personas.

Ahora bien, tampoco es indispensable para la tipificación de la conducta el uso o provecho de la información. En anteriores ocasiones, este Tribunal se ha pronunciado al respecto, indicando que:

*"Es importante considerar en primer lugar, que no es requisito sine qua non el usar o divulgar la información, para contravenir lo preceptuado en el numeral 4 del artículo 7.3.1.1.2, del Decreto 2555 de 2010. Lo que se espera de la conducta de las sociedades comisionistas, predicable también de las personas naturales vinculadas a estas respecto de la información de carácter confidencial, es que su manejo sea consistente con el carácter de tal"*<sup>29</sup>.

Entonces, basta extraer la información de donde está legítima y legalmente depositada para que se entienda violado el deber; la conducta es de mero peligro y no de resultado.

Por último, frente a la supuesta violación a la presunción de inocencia porque aparentemente la conducta no está probada, además del material probatorio ya mencionado, que informa suficientemente sobre su efectivo acaecimiento (en particular los correos electrónicos ya referidos, cuya autenticidad y veracidad no cuestionó el investigado), destaca esta Sala que en la audiencia celebrada el 26 de julio del presente año por solicitud del inculpado, el señor Eljach reconoció espontáneamente<sup>30</sup> que en reiteradas ocasiones envió información desde su correo corporativo hacia su correo personal.

### **6.2.3. DEBER DE LEALTAD**

Quien actúa en el mercado intermediario como profesional, debe obrar con apego a los deberes profesionales que le son exigibles. En este caso, demostrada la extracción de información de los sistemas informáticos de AAAA y su envío a otro correo, la Sala destaca que el investigado no obró con lealtad frente a su antiguo empleador. Al manejar la información por fuera de los parámetros esperados (maniobrar con la información confidencial de los clientes para el estricto desarrollo de las funciones a su cargo, dentro de un preciso marco contractual), el señor Eljach violó el deber imputado.

El envío de la información a su cuenta personal (por demás días antes de su renuncia a AAAA), no denota un actuar franco y leal frente a la sociedad para la cual trabajaba, cuyos intereses debió siempre tener en consideración, amoldando su actuación para evitar que la firma incurriera en riesgo legal o reputacional, por situaciones que

---

<sup>29</sup> AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES, Tribunal Disciplinario. Sala de Decisión "12". Resolución No. 46 de 25 de noviembre de 2013.

<sup>30</sup> Folio 254 de la carpeta de actuaciones finales.

pudieran desprenderse de un manejo desviado, equívoco o inesperado de la información proveniente de sus clientes.

Las declaraciones que el inculpado aportó al proceso, en las que antiguos compañeros de trabajo exaltan sus calidades personales, no se refieren a las situaciones de hecho o a los cargos que se le imputan al señor Eljach Movilla. Por el contrario, en un modelo en el que se repiten textualmente los contenidos, se limitan a resaltar los logros obtenidos por el investigado y al número de clientes que vinculó a la firma comisionista. Este tipo de manifestaciones escapan al asunto que estudia el Tribunal, carecen de pertinencia, conducencia y utilidad, y no resultan, por ende, de interés en este proceso.

Algunas de las declaraciones señalan que AAAA impartía instrucciones y directrices a través del chat, permitiendo el uso del correo personal. Ello no permite concluir, sin embargo, que la sociedad comisionista autorizara a sus empleados a extraer la información de los medios electrónicos sobre los cuales podía ejercer control. De igual manera, no es de recibo deducir (y tampoco está probado) que pueda enviarse a través del chat (un mecanismo de comunicación escueto, por construcción) la nutrida información de miles de clientes. Finalmente, el hecho de que AAAA presuntamente emitiera pautas y órdenes de operaciones y transacciones a través del chat (no acreditado), no implica que la sociedad permitiera que sus empleados manejaran la información por fuera de los parámetros establecidos en su Código de Conducta<sup>31</sup>.

Por otro lado, para el Tribunal las afirmaciones de los siete clientes a cargo del inculpado, en las que manifiestan que *"el señor Francisco Javier Eljach Movilla, está plenamente autorizado a manejar la información que le he proporcionado como su cliente"*<sup>32</sup>, no desvirtúan la vulneración de los cargos imputados. Recuerda la Sala que, en rigor, los clientes no son del trader, sino de la persona jurídica. De igual manera, es a ésta última, y no al operador, a quien el inversionista le confía la información, luego no son de recibo las afirmaciones que buscan justificar, después de la ocurrencia de los hechos, un supuesto libre manejo de la misma por parte del investigado. Se resalta, por último, que apenas siete de un universo de dos mil novecientos cincuenta y cuatro clientes hayan formulado dicha manifestación de asentimiento.

## **6.2.2. PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA SANCIÓN**

Para el apelante, la resolución sancionatoria proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Disciplinario de AMV no atendió los principios de proporcionalidad y razonabilidad pues, a su juicio, la sanción no es concordante con los precedentes del Tribunal Disciplinario. Para sustentar su tesis, comparó el caso del señor Eljach con la sanción convenida, vía acuerdo de terminación anticipada (ATA), entre AMV y el señor CCCC<sup>33</sup>, y la sanción impuesta a la señora DDDD<sup>34</sup>.

Para la Sala de Revisión, es claro que el Tribunal Disciplinario del Autorregulador debe dar aplicación al principio de proporcionalidad. Así lo establece, además de las

---

<sup>31</sup> Código de Conducta de AAAA, numeral 4.2.: *"Así mismo, los empleados, agentes o administradores se obligan a respetar y proteger la confidencialidad de la información de carácter reservado de los clientes y de AAAAG, sin menoscabo del deber de suministrarla a las autoridades legalmente autorizadas para conocerla"*.

<sup>32</sup> Declaraciones suscritas por KKKK, LLLL, como Gerente Financiero de MMMM; NNNN, como Representante Legal de OOOO; PPPP, QQQQ, RRRR y SSSS (Folios 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 respectivamente, de la carpeta de pruebas original).

<sup>33</sup> Acuerdo de Terminación Anticipada No. 87 de 2009 celebrado entre AMV y CCCC.

<sup>34</sup> AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES, Tribunal Disciplinario. Sala de Decisión "5". Resolución No. 10 de 25 de mayo de 2015.

normas constitucionales y legales indicadas por la defensa en su escrito de apelación, el literal a) del artículo 80 del Título sexto del Reglamento de AMV<sup>35</sup>.

Frente a la proporcionalidad de la pena, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el principio implica la correlatividad entre la magnitud de la pena y la gravedad de la conducta reprochada<sup>36</sup>. Por su parte, la Corte Constitucional, frente a la aplicación del principio de la igualdad, en materia sancionatoria, ha manifestado que se evidencia cuando se otorga el mismo trato y, por ende, se impone la misma sanción, a personas que se encuentren en las mismas circunstancias de hecho, obedeciendo el tratamiento diferente a criterios razonables de diferenciación que no deben tener origen subjetivo en el fallador<sup>37</sup>.

Sobre el caso concreto y frente a los precedentes mencionados por la defensa en su apelación, la Sala analizará, haciendo uso del *juicio integrado de igualdad* definido por la Corte Constitucional<sup>38</sup>, si, como lo alega la defensa, la Sala de Decisión incurrió en violación a los principios de igualdad y proporcionalidad al momento de resolver en primera instancia el caso del señor Eljach Movilla puesto en su conocimiento. Para esto, determinará si los supuestos de hecho de los casos mencionados son susceptibles de comparación. Posteriormente, definirá si efectivamente existe un trato desigual en las sanciones determinadas y, finalmente, de existir el trato desigual, verificará si existe justificación válida para el efecto.

#### 6.2.3.1. Francisco Javier Eljach Movilla y CCCC.

INVESTIGADO	Francisco Javier Eljach Movilla	CCCC
<b>HECHOS</b>	Entre el 28 de febrero y el 25 de abril de 2013, el señor Eljach envió información confidencial de 2.954 clientes de AAAA entre tres cuentas de correo electrónico. Parte de la información tuvo como destino su correo corporativo en BBBB. Doce clientes transfirieron su portafolio de AAAA a BBBB	Entre el 13 y el 16 de abril de 2009, el señor Ramírez envió a través desde su correo corporativo en VVVV hacia su correo personal una lista de 2.395 clientes de VVVV. La información confidencial tuvo como destino su correo corporativo en YYYY.
<b>INFRACCIONES</b>	1. Incumplimiento del deber de guardar reserva. 2. Desconocimiento del deber de lealtad.	1. Desconocimiento del deber de lealtad.
<b>SANCIÓN</b>	A través de Resolución, se impuso Multa de quince (15) S.M.L.M.V., equivalente a NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$9.665.250), a la fecha de la sanción.	A través de un acuerdo de terminación anticipada (ATA), se impuso Multa por valor de NUEVE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO MIL PESOS (\$9.938.000) a la fecha de la sanción.

Con base en esta información, observa la Sala que las conductas adelantadas por el señor Eljach y por el señor CCCC son susceptibles de comparación puesto que, en ambos casos los investigados: i) enviaron similar número de correos electrónicos con

<sup>35</sup> **Artículo 80.** Principios: Para la imposición de sanciones, se deberán observar los siguientes principios:

a) Principio de proporcionalidad, según el cual la sanción deberá ser proporcional a la infracción.

<sup>36</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Expediente No. 40382. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

<sup>37</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1112 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>38</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-015 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

información de sus clientes, ii) lo hicieron a través de cuentas de correo electrónico tanto personales como corporativas, iii) adjuntaron a los mensajes información confidencial sin autorización de sus tenedores legítimos.

Ahora, con respecto a las sanciones impuestas, a pesar de que los montos a pagar no difieren significativamente, se evidencia, efectivamente, una cierta disparidad en la punición de las conductas que, en todo caso, no va en contra de sus intereses. Por el contrario, lo favorece, al prodigarle un trato más benigno en comparación con el precedente, como pasa a explicarse:

- a) Al señor CCCC se le imputó el desconocimiento del deber de lealtad, mientras que al señor Eljach Movilla se le reprochó, además de ese cargo, el incumplimiento al deber de guardar reserva.
- b) El último destino de la información remitida por el señor Eljach Movilla fue una cuenta de correo electrónico corporativa de BBBB, competidora directa de su anterior empleador y tenedor legítimo de la información. De igual manera, la información enviada por el señor CCCC tuvo como destino el correo institucional asignado por la firma en que trabajaba.
- c) La sanción impuesta al señor Eljach Movilla es inferior a la impuesta al señor CCCC, a pesar de que el primero, a diferencia del segundo, envió, además de datos de contacto, información del portafolio de una mayor cantidad de clientes.
- d) En la presente actuación está probado que doce clientes de AAAA trasladaron su portafolio para que fuera administrado y, por ende, potencialmente aprovechado, por su nuevo empleador (e indirectamente por el inculpado). En el caso del señor CCCC, ninguno de los clientes trasladó su portafolio desde VVVV hacia YYYY.
- e) El origen de la sanción impuesta al Sr. CCCC fue un Acuerdo de Terminación Anticipada, no así el del presente asunto, que ha surtido el trámite disciplinario a plenitud. Sin duda, el escenario de un ATA acarrea una menor punibilidad, dado el carácter consensuado y expedito del instrumento.

Como se observa en la comparación, la sanción impuesta en primera instancia al señor Eljach no es más gravosa que la del precedente. Por el contrario, aparece como más indulgente, a pesar de que la conducta predicable se reveló más anómala, en algunas de sus aristas.

#### 6.2.3.2. Francisco Javier Eljach Movilla y DDDD

INVESTIGADO	Francisco Javier Eljach Movilla	DDDD
HECHOS	Entre el 28 de febrero y el 25 de abril de 2013, el señor Eljach envió información confidencial de 2.954 clientes de AAAA entre tres cuentas de correo electrónico. Parte de la información tuvo como destino su correo corporativo en BBBB Doce clientes transfirieron su portafolio de	Entre el 18 y el 25 de febrero de 2013, la señora DDDD envió cuatro mensajes a través de su cuenta corporativa en AAAA hacía su cuenta de correo electrónico personal. Dichos mensajes contenían información confidencial (datos de contacto y de portafolio) de 322

	AAAA a BBBB	clientes de AAAA. Veinticuatro clientes trasladaron su portafolio desde AAAA hacia ZZZZ.
<b>INFRACCIONES</b>	1. Incumplimiento del deber de guardar reserva.  2. Desconocimiento del deber de lealtad.	1. Incumplimiento del deber de guardar reserva.  2. Desconocimiento del deber de lealtad.
<b>SANCIÓN</b>	A través de Resolución, se impuso Multa de quince (15) S.M.L.M.V., equivalente a NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$9.665.250), a la fecha de la sanción.	A través de Resolución se impuso suspensión de tres (3) meses, en los que no podía realizar, directa o indirectamente, intermediación en el mercado de valores, ni actividades relacionadas.

En esta comparación también queda en evidencia una diferencia en el ejercicio de dosificación sancionatoria, así:

- a) La sanción impuesta al señor Eljach Movilla es inferior a la impuesta a la señora DDDD, a pesar de que el primero, a diferencia de la segunda, envió información de una cantidad considerablemente superior de clientes. Mientras que DDDD envió información de 322 clientes, el ahora inculpado envió información de 2.954 clientes. Esto constituye una diferencia de 2.632 clientes. Así las cosas, es evidente que el señor Eljach Movilla puso en riesgo la información confidencial de una cantidad significativamente mayor de personas.
- b) La sanción impuesta a la señora DDDD, a diferencia de lo argumentado por la defensa, es mucho más gravosa que la imposición de una multa. Como se indicó anteriormente, la suspensión limita la posibilidad de adelantar actividades en el mercado de valores e incide en el ejercicio mismo de la profesión del sancionado. Al respecto, el artículo 81 del Reglamento de AMV enumera las sanciones que se pueden imponer a las personas naturales, iniciando por la menos grave, que es la amonestación, y terminando con la más grave, que es la expulsión.

No hubo aquí, tampoco, una represión más severa para el señor Eljach, en comparación con el precedente. Por el contrario, la punibilidad pudo ser superior.

### VIII. CONCLUSIONES FINALES

En mérito de todo lo expuesto, la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario del Autorregulador del Mercado de Valores –AMV–, integrada por los doctores Jaime Alberto Gómez Mejía (Presidente), Arturo Sanabria Gómez (ad-hoc) y Mauricio Valenzuela Gruesso (ad-hoc), de conformidad con lo consagrado en el Acta 223 del 26 de julio de 2016, del Libro de Actas de la Sala de Revisión, por unanimidad

**RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión contenida en la resolución recurrida que le impuso al señor **FRANCISCO JAVIER ELJACH MOVILLA** la sanción de **MULTA** de **QUINCE (15) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**, en los términos del artículo 82 del Reglamento de AMV, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**ARTÍCULO SEGUNDO: ADVERTIR** a las partes que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

**ARTÍCULO TERCERO: INFORMAR**, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 29 de la Ley 964 de 2005 y el artículo 11.4.4.1.5 del Decreto 2555 de 2010, a la Superintendencia Financiera de Colombia sobre la decisión adoptada, una vez ésta se encuentre en firme.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA**  
**PRESIDENTE**

**YESID BENJUMEA BETANCUR**  
**SECRETARIO**