

AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES DE COLOMBIA - AMV -

TRIBUNAL DISCIPLINARIO

SALA DE REVISIÓN

RESOLUCIÓN No. 9

Bogotá D.C., trece (13) de agosto de dos mil trece (2013)

NÚMERO DE INVESTIGACIÓN: 01-2012-232

INVESTIGADO: [REDACTED]

RESOLUCIÓN: SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por [REDACTED] contra la Resolución No. 07 del 18 de enero de 2013, por la cual la Sala de Decisión No. "6" del Tribunal Disciplinario de AMV impuso al apelante una sanción de Expulsión y un multa de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por el incumplimiento de lo previsto en las siguientes normas: (i) los numerales 1º y 2º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, (ii) el artículo 36.1 del reglamento de AMV y (iii) el artículo 5.2.2.12 del Reglamento General de la Bolsa de Valores de Colombia, vigentes para la época de los hechos.

1. ANTECEDENTES GENERALES DE LA ACTUACIÓN

El 3 de mayo de 2012 AMV inició el proceso disciplinario No. 01-2012-232 contra [REDACTED], para lo cual le envió una solicitud formal de explicaciones, bajo la consideración preliminar de que el investigado habría vulnerado los preceptos contenidos en las normas ya indicadas.

El inculpado presentó respuesta a la solicitud formal de explicaciones mediante escrito del 4 de junio de 2012, que obra en el expediente¹.

AMV formuló el respectivo pliego de cargos el 25 de septiembre de 2012². El investigado le dio respuesta mediante el escrito del 22 de octubre del mismo año³.

La Sala de Decisión No. "6" del Tribunal Disciplinario le puso fin a la primera instancia mediante la Resolución No. 07 de 18 de enero de 2013.

El 5 de febrero de 2013, el señor [REDACTED] interpuso recurso de apelación contra dicha decisión⁴, cuyo traslado se surtió conforme al Reglamento de AMV⁵.

¹ Folios 000037 a 000048 de la carpeta de actuaciones finales.

² Folios 000068 a 000108 de la carpeta de actuaciones finales.

³ Folios 000116 a 000174 de la carpeta de actuaciones finales.

⁴ Folios 000221 a 000294 de la carpeta de actuaciones finales.

⁵ El pronunciamiento de AMV obra a folios 000296 a 000303 de la misma carpeta en mención.

2. SÍNTESIS DEL PLIEGO DE CARGOS FORMULADO

AMV imputó a [REDACTED], en su calidad de miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Comisionista de Bolsa [REDACTED] S.A. -en liquidación-⁶(en adelante [REDACTED]"), el incumplimiento del deber de obrar con la diligencia esperada de un buen hombre de negocios y con el estándar de un experto prudente y diligente, encaminado a realizar los esfuerzos conducentes para el adecuado desarrollo del objeto social de la firma comisionista, así como a velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias a su cargo⁷.

La inobservancia de dicho deber especial de conducta habría facilitado la comisión de posibles irregularidades al interior de [REDACTED], relacionadas con el uso indebido de los activos de los clientes.

3. SÍNTESIS DE LA DEFENSA DEL INVESTIGADO EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN DEL PROCESO

El inculpado basó su defensa en los siguientes planteamientos:

3.1. Manifestó que la Junta Directiva a la que perteneció realizó gestiones con el fin de disminuir el riesgo y enfrentar la difícil situación por la que atravesaba la firma. Dichas gestiones, en su criterio, fueron suficientes y reflejaron el nivel de diligencia que le era exigible.

3.2. Señaló que las anomalías institucionales que según el pliego de cargos debió evitar, dada su calidad de miembro de la Junta Directiva de la sociedad comisionista, aún no han sido juzgadas por AMV.

3.3. Adujo que las irregularidades que se presentaron en [REDACTED] los días 16 de mayo y 20, 21 y 22 de junio de 2011, ocurrieron después de su renuncia como miembro de la Junta Directiva de la sociedad comisionista. Por lo tanto, indicó que no podría ser responsable por la ocurrencia de unos hechos que le resultan ajenos, pues no era administrador de la sociedad en la época en que acaecieron.

3.4. Indicó que AMV le está trasladando responsabilidades propias de otros administradores de la sociedad que no le son exigibles.

3.5. Manifestó que mantuvo una actitud proactiva mientras fue miembro de la Junta Directiva, tiempo en el cual este cuerpo colegiado adoptó medidas para superar las situaciones irregulares indicadas en el pliego de cargos.

⁶ El señor [REDACTED] se posesionó como miembro principal de la Junta Directiva de [REDACTED] (folios 000007 y 000008 de la carpeta de pruebas de la actuación disciplinaria No. 02-2011-203) el 13 de marzo de 2008 hasta el 5 de mayo de 2011.

⁷ Folio 0000068 y 0000069 de la carpeta de actuaciones finales.

3.6. Sostuvo que era responsabilidad del secretario designado asegurar que en las actas de las reuniones se incluyera integralmente lo debatido por la Junta.

3.7. Sostuvo que AMV no indicó en el pliego de cargos, cuál sería el comportamiento que debió asumir frente a la situación irregular de la sociedad. Arguyó que no existe un claro nexo causal entre las irregularidades que se presentaron en el interior de la firma comisionista y su gestión como miembro de la Junta Directiva, a lo cual añadió que la falta de prueba de su culpabilidad en la ocurrencia de los hechos, conduce a que AMV haya aplicado en el pliego de cargos una suerte de responsabilidad objetiva en su contra.

3.8. Por último, señaló que, a diferencia de lo que sucedió en la etapa de instrucción del proceso, AMV debe presumir su inocencia y no su culpabilidad.

4. LA RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala de primera instancia encontró acreditadas las conductas imputadas por AMV y declaró la responsabilidad disciplinaria personal del investigado.

En síntesis, la providencia se sustentó en los siguientes aspectos:

4.1. Desarrolló el marco conceptual general sobre el contenido y alcance del deber de diligencia en los miembros de las juntas directivas, así como el régimen de responsabilidad aplicable a éstos.

4.2. Analizó el accionar de la Junta Directiva de ██████████ en relación con el manejo de los problemas estructurales e irregularidades de la firma comisionista, como lo fue i) la utilización indebida de recursos de los clientes por parte de la sociedad; ii) la realización de operaciones sin contar con las autorizaciones u órdenes previas de sus clientes; iii) el desmonte de las operaciones de apalancamiento en deuda privada; iv) el incumplimiento de las políticas de buen gobierno corporativo, en especial en lo referente a las funciones de los miembros de Junta Directiva; v) las operaciones con vinculados y partes relacionadas y, finalmente, vi) los problemas de liquidez que atravesaba la sociedad.

Como resultado de dicho ejercicio, la Sala de Decisión estimó que la Junta Directiva de ██████████ *“(...) no obró con diligencia y profesionalismo en el cumplimiento de sus funciones, no sólo porque dejó de advertir una serie de riesgos relevantes en el desarrollo de la actividad de dicha sociedad, sino además porque en aquellos eventos en los cuales se percató o fue informada de la existencia de irregularidades y riesgos, no adoptó los mecanismos de solución inmediatos y eficaces, ni hizo estricto seguimiento a las incipientes medidas que aprobó, (...)”*⁸.

4.3. Seguidamente, estudió el accionar específico de ██████████ ██████████ ██████████ ██████████ y llegó a la determinación de que el investigado, en su calidad de miembro principal de la Junta Directiva entre el 13 de marzo de 2008 y

⁸ Folios 000209 y 000210 de la carpeta de actuaciones finales.

el 5 de mayo de 2011⁹, no actuó con el propósito de “prevenir, revertir ni remediar” la grave situación por la que atravesaba la sociedad comisionista.

4.4. El a quo consideró que la responsabilidad del inculpado se vio comprometida *“por pertenecer durante un periodo significativo de tiempo, sin discrepancias, ni cuestionamientos individuales e institucionales, a una Junta Directiva que muy poco hizo por reorientar el rumbo de la compañía, pese a que ha debido hacerlo luego de las indubitables señales de advertencia que oportunamente se conocieron”*¹⁰.

4.5. Frente al argumento del investigado en el cual señaló que las infracciones evidenciadas ocurrieron con posterioridad a su desvinculación, la resolución apelada señaló que *“la actuación disciplinaria versa sobre una reiterada conducta omisiva que se desplegó durante todo el tiempo en el que fungió como administrador, esto es, que la responsabilidad que se le endilga va más allá de unos actos concretos y, más bien, comprende el análisis de una gestión deficitaria que se prolongó en un significativo periodo de tiempo”*¹¹.

4.6. Desestimó que la responsabilidad que se le imputó al investigado sea objetiva pues consideró que el reproche que se le hace se fundamenta en el grado de descuido, en la falta de prudencia y en la omisión reiterada del deber general de cuidado que le era exigible.

4.7. Señaló que el investigado buscó valerse de un descuido propio al alegar que el Presidente de la compañía no acataba las órdenes impartidas o daba señales de tranquilidad, pues a éste le asistía *“(...) el deber de hacer seguimientos y de informarse por cuenta propia de la situación real de la firma, para proveer a su solución, más aún cuando las irregularidades se anticipaban tan graves.”*¹²

4.8. Finalmente, manifestó la Sala de Decisión que el investigado era responsable por una evidente falta de diligencia para manejar adecuadamente las irregularidades por las que atravesó la firma comisionista relacionadas con (i) la utilización indebida de recursos de los clientes por parte de ██████████; (ii) las operaciones de la compañía sin autorizaciones u órdenes previas de sus clientes; (iii) la deficiente transmisión de información de ██████████ S.A. a la Superintendencia Financiera; (iv) los problemas en el desmonte de operaciones de apalancamiento de deuda privada; (v) el incumplimiento de las políticas de buen gobierno corporativo, en especial en lo referente a las funciones de los miembros de la Junta Directiva; y (vi) las operaciones con vinculados y partes relacionadas.

A partir de esa valoración, el Tribunal concluyó que si bien el inculpado no tenía antecedentes disciplinarios en AMV, *“la conducta demostrada es muy grave de modo que aquella circunstancia de atenuación no tiene el mérito necesario para enervar, matizar, ni aminorar la gravedad en su actuar”*¹³.

⁹ La Sala de Revisión constató que el señor ██████████ fungió como Miembro Principal de la Junta Directiva de ██████████ entre el 13 de marzo de 2008 y el 5 de mayo de 2011, como consta en los folios 000007 y 000008 de la carpeta de pruebas de la actuación disciplinaria No. 02-2011-203.

¹⁰ Folio 000212 de la carpeta de actuaciones finales.

¹¹ Folio 000213 de la carpeta de actuaciones finales.

¹² Folio 000216 de la carpeta de actuaciones finales.

¹³ Folio 000216 de la carpeta de actuaciones finales.

5. EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL INVESTIGADO

██████████ interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución 07 del 18 de enero de 2013 con fundamento en los siguientes aspectos:

5.1. Adujo que la sanción de expulsión y multa por doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes fueron producto de un mismo cargo, lo que en su concepto desconoció la prohibición constitucional de no sancionar dos por veces por unos mismos hechos. Señaló que el *a quo* aplicó indebidamente el artículo 85 del Reglamento de AMV que consagra la concurrencia de las sanciones pues, a su juicio, lo que permite la norma es que *"(...) por unos mismos hechos un investigado puede ser sancionado en forma concurrente disciplinariamente (por AMV), penalmente (por la Justicia Ordinaria), fiscalmente (por la Contraloría) concurrencia permitida en nuestro ordenamiento superior."*¹⁴

5.2. Recordó que AMV imputó un único cargo consistente en la violación del deber de diligencia que se le exigía como miembro de la Junta Directiva de ██████████ durante el periodo comprendido entre el 13 de marzo de 2008 y el 5 de mayo de 2011. Sin embargo, señaló que la Resolución concluyó la responsabilidad del inculpado en situaciones y hecho ocurridos en ██████████ *"por fuera del marco temporal del auto de cargos e incluso del ejercicio del cargo"*¹⁵, lo que a su juicio configuró una causal de nulidad.

5.3. Argumentó que la resolución de instancia incurrió en una falsa motivación al señalar que la Junta Directiva no había adoptado una actitud proactiva frente al cumplimiento de la orden administrativa del 23 de diciembre de 2010 enviada por la Superintendencia Financiera, a la situación de iliquidez y al nivel de apalancamiento en deuda priva por el que atravesaba la firma. Para sustentar su dicho, el investigado puso de presente las Actas de Junta Directiva y algunas del Comité de Riesgos, las cuales a su juicio evidenciaban el cumplimiento de su deber de diligencia.

5.4. Solicitó la declaratoria de nulidad de todo lo actuado por considerar que se le vulneró el derecho a la defensa y el debido proceso, con base en los siguientes fundamentos: i) la resolución no coincide con el espacio de tiempo determinado en el cargo único; ii) ausencia de requisitos del auto cargo pues a su juicio, éste debe incluir la sanción a imponer; iii) falta de acumulación de las actuaciones disciplinarias número 01-2012-230, 01-2012-232, 01-2012-234, 01-2012-235, 01-2012-238; iv) ausencia de análisis sobre la gradualidad de la sanción, de la motivación de la expulsión y el estudio de culpabilidad o dolo.

Con base en lo anterior, solicitó a la Sala de Revisión *"(...) [revocar] la decisión de primera instancia absolviendo a mi procurado o en su defecto establezca la*

¹⁴ Folio 000222 de la carpeta de actuaciones finales.

¹⁵ Folio 000227 de la carpeta de actuaciones finales.

proporcionalidad de la sanción, o decreta la nulidad de lo actuado por los aspectos constitutivos de nulidad ya refrendados."¹⁶

6. PRONUNCIAMIENTO DE AMV FRENTE AL RECURSO INTERPUESTO

El Autorregulador reiteró que la conducta del investigado no se ajustó a la diligencia y prudencia exigida a un buen hombre de negocios. Señaló que no evidenció en el recurso de apelación ningún pronunciamiento del inculpado sobre los demás deberes – control y seguimiento - que le eran exigibles y que fueron ampliamente desarrollados por la Sala de Decisión, cuyo incumplimiento también fue objeto de reproche por el Instructor.

Sobre el argumento del apelante, según el cual la resolución desconoció la prohibición de sancionar dos veces por los mismos hechos al imponer la sanción de expulsión en concurrencia con una multa de 200 SMLMV, AMV desechó tal interpretación y señaló que ésta es *"(...)una sanción en la cual concurren dos sanciones de diferente naturaleza y resultan no sólo acordes a lo dispuesto en el reglamento de AMV, sino perfectamente complementarias y procedentes, en este caso específico, dada la grave de los hechos sancionados.*"¹⁷

Consideró que, a diferencia de lo señalado por el apelante frente a que la resolución se fundamentó en circunstancias de tiempo en las que el inculpado no participó por ser posteriores a su desvinculación, AMV concluyó que los hechos planteados en la estructura del fallo impugnado contextualizaban lo ocurrido al interior de [REDACTED] [REDACTED] y su relación con la Junta Directiva para, seguidamente, concretarlo en la responsabilidad del investigado.

Adujo que no es cierto que la resolución del *a quo* haya incurrido en falsa motivación pues, a su juicio, no se configura ninguno de los presupuestos de hecho ni de derecho para que haya lugar a su declaratoria, los cuales han sido desarrollados por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Tampoco encontró, a diferencia de lo señalado por el apelante, que haya existido algún vicio relacionado con los requisitos formales del pliego de cargos o de la resolución.

Por tal razón, solicitó a la Sala de Revisión resolver desfavorablemente el recurso de apelación.

7. AUDIENCIA ANTE LA SALA DE REVISIÓN

El 10 de abril de 2013, el investigado a través de su apoderado judicial, presentó ante esta instancia, una solicitud para la celebración de la Audiencia de que trata el artículo 88 del Reglamento de AMV, la cual fue concedida por la Sala de Decisión, como consta en el Acta No. 100 del 3 de mayo de 2013.

El 15 de mayo de 2013 se llevó a cabo la mencionada audiencia, con la

¹⁶ Folio 000294 de la carpeta de actuaciones finales.

¹⁷ Folio 000297 de la carpeta de actuaciones finales.

participación del investigado y su apoderado, por una parte, y de los funcionarios de la Dirección de Asuntos Legales y Disciplinarios, por otra. Las intervenciones quedaron registradas en medio magnético y fueron incorporadas al proceso disciplinario, como consta en folio 00335 de la carpeta de actuaciones finales.

8. CONSIDERACIONES DE LA SALA DE REVISIÓN

8.1. Competencia

Como lo expresó el *a quo*, el Tribunal Disciplinario de AMV es competente para conocer la investigación que se adelanta en contra de ██████████ ██████████, en razón a la calidad de miembro de la Junta Directiva de ██████████ que ostentó durante la época de los hechos investigados.

Adicionalmente, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1° 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.

8.2. Sobre las nulidades procesales en las actuaciones disciplinarias ante AMV.

Para resolver el punto, sea lo primero consignar el celo de esta Sala de Revisión por el respeto a los principios del debido proceso dentro de las actuaciones que ante ella se ventilan, porque a su juicio no existe área inmune al Derecho Constitucional, cuyos preceptos nadie puede desconocer. En ese sentido, para la Sala, cuando se vulneren las garantías consagradas en la Carta a favor de los procesados, la nulidad constitucional debe ser decretada.

Sobre este particular, la Sala comparte el razonamiento que la doctrina y la jurisprudencia han consolidado en torno a las exigencias que deben concurrir para que el operador jurídico decrete la nulidad de un proceso.

En la Resolución No. 8 del 10 de junio de 2011, esta Sala adoptó una línea doctrinaria en materia de nulidades de las actuaciones disciplinarias de AMV, que reitera en esta oportunidad. Expresó la Sala que de acuerdo con la doctrina nacional¹⁸ "(...) *Es necesario que la irregularidad sustancial afecte garantías de los sujetos procesales, o socave las bases fundamentales del juicio (...)*".

A su turno, sobre las exigencias que debe reunir una determinada falencia dentro del proceso para erigirse en causal de nulidad, la Sala remitió a la abundante Jurisprudencia en la materia, emanada en particular de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos (subrayados fuera de los textos originales):

En efecto, en sentencia del 18 de febrero de 1983¹⁹, la Corte expresó:

¹⁸ Bernal Cuellar, Jaime Montealegre Lynett Eduardo. EL PROCESO PENAL. Universidad Externado de Colombia. Cuarta Edición, 2002, pág. 352.

¹⁹ M.P. Doctor Alfonso Reyes Echandía

“La nulidad planteada, ante todo, busca la sanidad del procesos y es medida extrema o heroica, que solamente puede tomarse cuando no exista otro mecanismo procesal que subsane la irregularidad cometida”.

De igual manera, en sentencia del 21 de octubre de 1986²⁰, esa Alta Corporación Judicial expresó:

“(...) Por eso no puede entenderse que toda violación de la ley procedimental va a generar necesariamente una nulidad (...); para que ello ocurra es necesario, además que de la violación se derive un perjuicio concreto para alguna de las partes, o se rompa la estructura básica del proceso”.

De igual manera, el 2 de marzo de 1993²¹, la Corte indicó:

“La nulidad es una medida extrema, que sólo puede decretarse cuando no existe otro mecanismo procesal para subsanar la irregularidad. Es decir, sólo tiene aplicación cuando el grave quebranto procesal no puede corregirse sino repitiendo parte del trámite. Las irregularidades sustanciales del proceso generalmente se corrigen rehaciendo la actuación; sin embargo, existen excepciones en las cuales el desvío, por grave que sea puede subsanarse por otro medio procesal que no implique retorno a periodos fundamentales ya superados”.

Así mismo, mediante sentencia del 5 de junio de 1981²², la Corte expresó:

“Cuando estos objetivos no se conculcan, o el vicio alcanza apenas la categoría de irregularidad o existe otro medio procesal al cual se pueda acudir para dar piso legal a la actuación debe prescindirse de decretar la nulidad”.

En consecuencia, la Sala de Revisión debe advertir la existencia de una anomalía con la entidad suficiente para comprometer de forma absoluta y extrema el debido proceso y las posibilidades de defensa del investigado con respecto a la materia que constituyó el objeto central de la imputación, pues, “(...) en aras de la seguridad jurídica y de la economía procesal, se aboga porque a la invalidación del acto se llegue únicamente cuando la violación al debido proceso se ha consumado y aquella es la única manera de salvaguardar la vigencia de tal derecho. (...) La nulidad es un remedio extremo y constituye la máxima sanción en materia de ineficacia de los actos procesales, por lo cual, antes de arribar al aniquilamientos de éstos, se debe propender por encontrar el camino para su salvación, de forma que cuando se declare la nulidad, es porque no existe otra vía para proteger el derecho fundamental al debido proceso (...)”²³. (Subrayas fuera del texto original).

²⁰ M.P. Doctor Jaime Giraldo Ángel

²¹ M.P. Doctor Juan Manuel Torres Fresneda

²² M.P. Doctor Darío Velásquez Gaviria

²³ Sanabria Santos, Henry. Nulidades en el Proceso Civil. Universidad Externado de Colombia, 2011, página 171.

La regla de la protección o salvación del acto procesal ha sido reafirmada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual señaló en su Sentencia del 5 de julio de 2007, que: *“Nada es más nocivo que declarar una nulidad procesal, cuando no existe la inequívoca certidumbre de la presencia real de un vicio que, por sus connotaciones, impide definitivamente e irremediablemente que la Litis siga su curso, con las secuelas negativas que ello acarrea. Actitudes como ésta, taladran el oficio judicial y comprometen la eticidad del director del proceso, a la par que oscurecen su laborío, en el que siempre debe imperar la búsqueda señera de la justicia, en concreto, la efectividad de los derechos, la cual no puede quedar en letra muerta, por un exacerbado “formalismo”, “literalismo” o “procesalismo”, refractarios a los tiempos que corren, (...). La regla, pues, es la eficacia y prevalencia del procedimiento; la excepción, en cambio, la posibilidad de su invalidación. (...)”*²⁴ .

Esta posición del Tribunal Disciplinario se encuentra fundamentada en el artículo 32 de la Ley 964 de 2005, el cual establece que los procesos adelantados por AMV, en ejercicio de su función disciplinaria, se regirán exclusivamente por los principios y el procedimiento contenidos en dicha Ley y en las demás normas que la desarrollen.

Reiterada la doctrina del Tribunal Disciplinario frente al tema de las nulidades en los procesos disciplinarios adelantados por AMV, pasa la Sala a verificar, en concreto, la existencia o no de alguna circunstancia que amerite la declaratoria de nulidad de la presente actuación disciplinaria de conformidad con las razones que aduce el recurrente:

8.2.1. La Resolución no coincide con el lapso de tiempo determinado en el cargo único.

Advierte el apelante que el cargo único que le fue formulado versó sobre un período de tiempo específico -13 de marzo de 2008 al 5 de mayo de 2011-, pero que la decisión sancionatoria fue mucho más allá y le responsabilizó por actuaciones posteriores a su fecha de retiro de la Junta Directiva.

Al respecto, debe advertirse que revisada la fundamentación de la resolución apelada, se observa que para la Sala de Decisión la conducta imputada al investigado *“tiene que ver con una sucesión de hechos que comenzaron a exteriorizarse, cuando menos, en septiembre de 2010, fecha para la cual – se insiste – tenía la calidad de miembro principal de una Junta Directiva que, a pesar de las constantes advertencias y requerimientos de la Superintendencia Financiera y del AMV, no realizó acciones diligentes, oportunas e idóneas para controlar la gestión de la sociedad comisionista y evitar, precisamente, que se desencadenaran las irregularidades que presentó la firma en la fecha ya mencionada.”*²⁵

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de julio de 2007, Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

²⁵ Folio 000213 de la carpeta de actuaciones finales. Observa la Sala que en este aparte, la Resolución de Primera Instancia hace alusión a un nombre distinto al del investigado (ÑÑÑÑ), pero de la lectura integral de la providencia, se desprende que es un error mecanográfico que no tiene la virtualidad de afectar la validez de la decisión.

Así pues, para el *a quo*, la conducta del investigado durante el período en el que ostentó el cargo de miembro de Junta Directiva, que se encuentra claramente determinado en el folio 00212 de la carpeta de actuaciones finales (13 de marzo de 2008 a 5 de mayo de 2011), fue negligente a la hora de contribuir con la solución de las problemáticas que se presentaban y que desencadenaron en la toma de posesión de la entidad y su posterior liquidación.

Esta interpretación del *a quo* se encuentra soportada en el material probatorio existente, por lo que es legítima y no vulnera, por demás, ningún derecho del investigado.

8.2.2. Ausencia de requisitos del auto de cargos.

Expuso el investigado que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65 del Reglamento de AMV, el Pliego de Cargos debe contener *"la solicitud de la sanción a imponer"*²⁶, razón por la cual, afirmó, dicho documento adolece de uno de los requisitos que *"taxativamente"* impone la norma citada.

Sobre el particular, la Sala observa que en el Pliego de Cargos elevado en contra del señor ██████████, AMV indicó al Tribunal Disciplinario que, con ocasión de los hechos allí mencionados, *"(...) [debe] imponerse una sanción que cumpla una función correctiva y disuasoria de la conducta"*²⁷, precisamente en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 65 del Reglamento de AMV, que establece que en el Pliego de Cargos *"(...) se evaluarán las explicaciones presentadas y se solicitará al Tribunal Disciplinario la imposición de una sanción."* (Subrayado fuera del texto original)

La Sala no advierte la existencia de alguna norma en el Reglamento que obligue al Instructor, en el ejercicio de formulación del pliego, a solicitar al Tribunal la imposición de una sanción determinada. Sobre el particular, basta con resaltar que, de acuerdo con lo previsto en el Título Noveno del Libro Tercero del Reglamento de AMV, es al Tribunal Disciplinario del Autorregulador a quien le asiste la función de juzgamiento de los casos que lleguen a su conocimiento, la cual ejerce atendiendo los principios consignados en el artículo 80 *ibídem* y que puede traducirse, de ser el caso, en la imposición de alguna de las sanciones contempladas en el artículo 81 de esa misma normatividad.

En atención al tenor de las normas mencionadas, las cuales además resultan de sencilla interpretación, a juicio de esta Sala no existe la exigencia *"taxativa"* – como parece entender el investigado– de que AMV le indique al Tribunal la sanción que debe imponer con ocasión de los hechos que se desarrollan en el pliego de cargos, pues se reitera, es el Tribunal quien tiene la potestad de determinar la sanción a imponer, sopesando la gravedad de los hechos y de la infracción, los perjuicios causados con la misma, los antecedentes del investigado y las demás circunstancias que a su juicio fueren pertinentes, como criterios orientadores de la actividad disciplinaria, según lo consignado en el artículo 85 del citado Reglamento.

²⁶ Folio 00287 de la carpeta de actuaciones finales

²⁷ Folio 00107 de la carpeta de actuaciones finales.

Se descarta entonces, en este punto, la existencia de una posible irregularidad que pudiera derivar en una declaratoria de nulidad de la actuación disciplinaria.

8.2.3. Falta de acumulación de las actuaciones disciplinarias número 01-2012-230, 01-2012-232, 01-2012-234, 01-2012-235, 01-2012-238.

8.2.3.1. De acuerdo con lo mencionado por el apelante en su escrito, los hechos que se analizan y que dieron origen a la resolución apelada, se estudiaron "bajo el marco de cinco actuaciones diferentes"²⁸ que no fueron acumuladas, omisión que vulneró los principios de universalidad y de eficiencia de la prueba toda vez que, a su juicio, el fallo se fundamentó en pruebas que nunca le fueron trasladadas y que se encontraban en otros instructivos. Para el efecto cita lo dispuesto en el artículo 50 del Código de Procedimiento Penal sobre "unidad procesal", concluyendo que en este caso se rompió dicho principio al adelantarse diferentes investigaciones por hechos idénticos.

En consideración a los argumentos planteados, debe reiterarse que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 964 de 2005, los procesos disciplinarios adelantados por AMV deben regirse exclusivamente por los principios y el procedimiento contenidos en dicha Ley y en las demás normas que la desarrollen.

Así mismo, debe recordarse que las reglas y etapas del proceso disciplinario están contempladas en el Libro Tercero del Reglamento de AMV, de manera autocontenida, razón por la cual las investigaciones que se inicien por violación a la normatividad del mercado de valores se rigen íntegramente por la Ley 964 y el Reglamento de AMV, independientemente del asunto de que se trate.

Con ocasión de lo expuesto, no encuentra esta Sala en el Reglamento de AMV una previsión que exija o autorice la acumulación de actuaciones disciplinarias en la etapa de instrucción, ni en la de juzgamiento del proceso.

Por el contrario, de conformidad con lo señalado en el Título 9° del Libro Tercero del mismo reglamento, en cuanto corresponde con dicha labor de juzgamiento, el Tribunal Disciplinario concreta su actividad al análisis de la actuación disciplinaria que, individualmente considerada, llega a su conocimiento con el ejercicio de formulación de cargos, pieza procesal en la que está compendiada y acotada la materia objeto de análisis y decisión posterior de este juzgador.

La arquitectura del proceso disciplinario de AMV no le otorga prerrogativas a su Tribunal para que, *motu proprio* o a solicitud de parte, tome formalmente la decisión de integrar, adecuar, ampliar o reducir la materia disciplinable, en ninguno de sus componentes y ello hace descartable la posibilidad de acumulación que esgrime el apelante.

Ahora, la ausencia de acumulación por las razones ya mencionadas no permite, como lo afirma el investigado, que se tomen decisiones con fundamento en pruebas que no le fueron trasladadas, evento en el cual, sin duda alguna, se configuraría una vulneración del debido proceso.

²⁸ Folio 00288 de la carpeta de actuaciones finales.

Con respecto a dicha afirmación, echa de menos la Sala la precisión sobre las pruebas a las que alude el investigado en su escrito. No obstante, se llevó a cabo la revisión del material probatorio obrante en el expediente y se encontró que todos los medios de pruebas fueron debidamente relacionados en la Solicitud Formal de Explicaciones²⁹ y en el Pliego de Cargos³⁰, documentos conocidos por el señor [REDACTED].

En consecuencia, concluye la Sala que el expediente de la presente actuación disciplinaria se encuentra adecuadamente integrado con las piezas que progresivamente emanaban de las distintas etapas del proceso y que fueron las que sustentaron las sanciones impuestas al apelante por el juzgador de primera instancia.

8.2.4. Ausencia de análisis sobre la graduación de la sanción, de la motivación de la expulsión y el estudio de culpabilidad o dolo.

8.2.4.1. Arguyó el actor que la resolución apelada no realizó un análisis para la graduación de la sanción, omisión que, a su juicio, vulneró el principio de proporcionalidad dispuesto en el Reglamento de AMV. Al respecto, afirmó que la primera instancia no tuvo en cuenta la carencia de antecedentes disciplinarios, ni su participación específica en los hechos.

En lo que respecta a la circunstancia de atenuación cuya mejor ponderación reclama el recurrente, la Sala puede advertir que el *a quo* ciertamente apreció y tuvo como tal, el atenuante acreditado dentro del proceso disciplinario, este es, la ausencia de antecedentes disciplinarios³¹. Asimismo se observa que la Sala de Decisión analizó su grado de participación en los hechos, su asistencia a las juntas directivas y sus intervenciones específicas.

Sin embargo, a juicio de la primera instancia, dichas circunstancias no resultaron de la entidad necesaria para imponer una sanción diferente a la que ahora se impugna, en vista de la gravedad, naturaleza y reiteración de la conducta probada. En efecto, el *a quo* estimó que *"(...) la conducta demostrada no sólo es muy grave, sino que además se extendió considerablemente en el tiempo, de modo que aquella circunstancia de atenuación no tiene el mérito necesario para enervar, matizar, ni aminorar la gravedad en su actuar"*³².

En conclusión, la sanción impuesta al señor [REDACTED] tuvo sustento en las consideraciones fácticas y jurídicas desarrolladas en la resolución apelada, así como en los agravantes y atenuantes que, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de AMV, se encontraban probados dentro de la presente actuación.

8.2.4.2. Posteriormente, el impugnante manifestó que en la decisión no se indicó cómo fue el resultado de la votación, traducéndose dicha falencia en una vulneración al derecho de defensa, toda vez que la sanción de expulsión impuesta requiere como requisito de validez el voto favorable de todos los miembros de la Sala.

²⁹ Folios 00031 y 00032 de la carpeta de actuaciones finales.

³⁰ Folios 00086 y 00087 de la carpeta de actuaciones finales.

³¹ Folio 000216 de la carpeta de actuaciones finales.

³² Folio 000216 de la carpeta de actuaciones finales.

En efecto, el artículo 84 del Reglamento de AMV, establece que "(...) para que las salas de decisión puedan adoptar la sanción de expulsión se requerirá la unanimidad de los miembros asistentes a la reunión de la sala que tome la decisión".

En punto al requisito mencionado, advierte esta Sala que la Resolución de primera instancia sí señala de manera expresa que la decisión que allí se consagró fue adoptada de manera unánime, tal como se evidencia en el párrafo anterior a la parte resolutive del acto mencionado, en el que se lee: "*En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión "6" integrada por los doctores Edgardo Villamil Portilla, su Presidente, Mateo Ossa Alarcón y Juan Camilo Ramírez Ruíz, de conformidad con lo consignado en el Acta N° 186 del Libro de Actas de las Salas de Decisión, por unanimidad, (..) RESUELVE (..)*", razón por la cual no se evidencia irregularidad alguna en los hechos advertidos por el apelante en relación con este tema.

En consecuencia, no encuentra la Sala que la Resolución incurra en el error alegado por el apelante, que pudiera afectar la validez de la decisión.

8.2.4.3. Finalmente, en cuanto al argumento de acuerdo con el cual el investigado no habría podido defenderse frente a la sanción impuesta, pues a su juicio no fue explícito el grado de culpabilidad (dolo o culpa) que fue aplicado para concluir en la sanción impuesta, la Sala observa que, por el contrario, la resolución apelada señaló claramente que la responsabilidad imputada y por la cual se le sancionó, "(...) está vinculado al grado de descuido, a la falta de prudencia y a la omisión del deber general de cuidado que, justamente, llevaron a que se consumaran esos hechos"³³, es decir, las irregularidades encontradas al interior de ██████████.

8.3. De la sanción impuesta y la presunta vulneración del principio del *non bis in ídem*

A juicio del investigado la decisión apelada vulneró el principio *non bis in ídem*, toda vez que, a su juicio, la concurrencia de sanciones consagrada en el artículo 85 del Reglamento de AMV, hace referencia a la posibilidad de sancionar los mismos hechos ante instancias disciplinarias, penales y fiscales, pero no a que una sola autoridad pueda sancionar dos veces por los mismos hechos.

Al respecto, debe advertirse que el principio de *non bis in ídem* hace parte del derecho al debido proceso inmerso en todo procedimiento sancionador, incluido el proceso disciplinario del Autorregulador del Mercado de Valores. Precisamente, una de las funciones de este Tribunal Disciplinario cuando realiza el estudio de la actuación para deducir eventuales responsabilidades disciplinarias, como ya se señaló, es verificar que el debido proceso, en todos sus aspectos, haya sido debidamente garantizado tanto en la etapa de instrucción como en la de juzgamiento.

³³ Folio 000214 de la carpeta de actuaciones finales.

Sea lo primero reiterar que los procesos adelantados por AMV en ejercicio de su función disciplinaria se rigen exclusivamente por los principios y el procedimiento contenidos en el Reglamento de AMV, la Ley 964 de 2005 y en las demás normas que la desarrollen.

En efecto, la Sala observa que el artículo 85 del Reglamento de AMV consagra la concurrencia de las sanciones cuando establece que "(...) Podrá imponerse a un investigado una o varias de las sanciones antes mencionadas de manera concurrente, respecto de los hechos relacionados en el pliego de cargos (...)" (Se resalta), situación que se contempla como una medida de mayor persuasión cuando las infracciones incurridas por el sujeto disciplinario son de tal entidad que afectan gravemente los intereses de los inversionistas y al mercado en general.

En este caso en particular, sin embargo, no advierte la Sala ninguna eventual desatención al Debido Proceso vinculada con la violación a la garantía del *non bis in ídem*, sino una lectura equivocada del artículo 85 del Reglamento de AMV en el cual se advierte que "(...) Podrá imponerse a un investigado una o varias de las sanciones antes mencionadas de manera concurrente, respecto de los hechos relacionados en el pliego de cargos (...)" [Se resalta]. Así, dada la ubicación del artículo mencionado (Título 6 del Reglamento relativo a las Sanciones) y los temas de que tratan los artículos precedentes al citado³⁴, es claro que las sanciones que pueden concurrir, son aquellas dispuestas en el reglamento de AMV y que se imponen por el Tribunal Disciplinario cuando encuentra la violación de las normas que rigen el mercado de valores.

En este sentido, no se evidencia que la situación alegada por el recurrente haya desconocido los requisitos anteriormente mencionados que afecten pues el debido proceso del investigado por una violación del principio de *Non Bis In Ídem*, pues, se insiste, la concurrencia de las sanciones además de ser compatible, se encuentra contemplada en el Reglamento de AMV.

8.4. De las irregularidades al interior de [REDACTED].

El nefasto desenlace que tuvo la sociedad comisionista de bolsa, [REDACTED], estuvo rodeada por numerosas advertencias y alarmas sobre las graves irregularidades que se estaban presentando en su interior que databan de mucho tiempo atrás, como ya fue suficientemente explicado por la resolución apelada.

En efecto, el 27 de mayo de 2011, la Superintendencia Financiera adoptó por medio de la Resolución No. 0926 el instituto de salvamento de Vigilancia Especial a [REDACTED] [REDACTED] por encontrar que se "(...) *sigue presentando graves inconsistencias, así como debilidades en la contabilidad de la firma que no permiten a esta Superintendencia conocer la situación de la misma, en particular su estado de liquidez, la información correspondiente a los saldos de los recursos administrados por la sociedad, la forma en que los administra y las condiciones en que se encuentra ejecutando algunas de las actividades que le han sido*

³⁴ Principios de las sanciones, enlistamiento de las sanciones y posterior desarrollo individual de cada una de ellas (artículos 80 al 85).

autorizadas"³⁵, a pesar de los reiterados requerimientos impartidos a la comisionista para que solucionara las debilidades e inconsistencias advertidas con relación a las carteras colectivas, los sistemas de administración de riesgos de mercado, liquidez, operativo y de gobierno corporativo y la razonabilidad de las cifras de los estados financieros, entre otros.

A pesar de ello, unas semanas después la Superintendencia Financiera advirtió que [REDACTED] no había solucionado las irregularidades advertidas y que, por el contrario, se encontraba inmersa en causales de toma de posesión como por i) haber suspendido el pago de sus obligaciones derivadas de operaciones en cuenta propia; ii) persistir en violar sus estatutos o la ley, al evidenciar que la firma *"realizó operaciones que derivaron en debilidades en la información y en un faltante de recursos de cuantía de \$1.796 millones en el balance fiduciario"*³⁶, faltante que con corte del 20 de junio de 2011 aumentó a \$2.133 millones de pesos; y, iii) persistir en el manejo no autorizado o inseguro de sus negocios, pues para el 16 de mayo y 20 de junio de 2011, la comisionista no contaba con la totalidad de los recursos entregados por los clientes para su administración. Por las razones expuestas, el órgano de control a través de la Resolución No. 1000 del 22 de junio de 2011, ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de [REDACTED], medida seguida por la Resolución No. 1714 del 4 de octubre de 2011, por la cual la Superintendencia Financiera dispuso su liquidación forzosa administrativa.

De manera consistente con los hallazgos evidenciados por la Superintendencia Financiera y que originaron las medidas ya mencionadas, en la investigación disciplinaria iniciada por AMV en contra de la firma comisionista, el Tribunal Disciplinario, a través de su Resolución No. 03 del 26 de noviembre de 2012 proferida por la Sala de Revisión, encontró probada la comisión de seis infracciones al interior de la firma comisionista: i) faltantes de dinero de propiedad de sus clientes; ii) celebración de operaciones ficticias; iii) inconsistencias en la información contable; iv) utilización indebida de recursos de clientes; v) incumplimiento del deber de separación de activos e vi) incumplimiento a su obligación de pagar el precio de algunas operaciones. Por tal razón, impuso el mayor reproche consagrado en el Reglamento de AMV: la sanción de Expulsión.

8.5. Consideraciones de fondo sobre los argumentos del apelante.

[REDACTED] se posesionó como miembro principal de la Junta Directiva de [REDACTED] el 13 de marzo de 2008 hasta el 5 de mayo de 2011³⁷. En dicha calidad, el investigado asistió a **13 reuniones** de junta directiva³⁸, durante la época de investigación de estos hechos³⁹, es decir,

³⁵ Superintendencia Financiera. Resolución No. 0826 del 27 de mayo de 2011. Página 4.

³⁶ Superintendencia Financiera. Resolución No. 1000 del 22 de junio de 2011. Página 6.

³⁷ Comunicación de la Superintendencia Financiera del 13 de septiembre de 2011. Folios 00007 a 00008 de la carpeta de pruebas de [REDACTED] No. 02-2011-203, vinculada al proceso.

³⁸ El señor [REDACTED] asistió a las siguientes sesiones de junta directiva entre septiembre de 2010 hasta el 29 de marzo de 2011 (fecha en la cual la Junta Directiva aceptó su renuncia): i) reunión del 23 de septiembre de 2010, (ii) reunión del 29 de septiembre de 2010, (iii) reunión del 28 de octubre de 2010, (iv) reunión del 4 de noviembre de 2010, (v) reunión del 25 de noviembre de 2010, (vi) reunión del 16 de diciembre de 2010, (vii) reunión del 20 de enero de 2011, (viii) reunión del 1 de febrero de 2011, (ix) reunión del 23 de febrero de 2011, (x) reunión del 15 de marzo de 2011, (xi) reunión del 22 de marzo de 2011 y (xii) reunión del 28 de marzo de 2011. Las actas de las reuniones ordinarias y extraordinarias de la Junta Directiva durante los años 2008 al 2011, figuran en

septiembre de 2010 hasta el 29 de marzo de 2011, fecha en la cual la Asamblea General de Accionistas aceptó su renuncia.

Pasa la Sala entonces a estudiar los ataques sustentados por el investigado en su recurso de apelación en contra de la Resolución No. 07 del 18 de enero de 2013.

8.5.1. Análisis previo sobre la sesión de Junta Directiva del 14 de abril de 2011.

Durante el estudio de las pruebas que conforman el acervo probatorio de esta actuación disciplinaria, esta Sala advirtió que en el Acta No. 106 de la Asamblea General de Accionistas celebrada el 29 de marzo de 2011, el máximo órgano social aceptó la renuncia al cargo que como miembros de Junta Directiva presentaron OOO, el investigado [REDACTED], LLL y VVV y, en consecuencia, procedió a elegir un nueva Junta Directiva para el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2011 y el 31 de marzo de 2012, la cual quedó conformada de la siguiente manera:

REGLÓN	PRINCIPAL	SUPLENTE
Primero	DDD	BBB
Segundo	JJJ	TTT
Tercero	AAA	KKK
Cuarto	SSS	YYY
Quinto	RRR	NNN

Teniendo esto en cuenta, al revisar el quórum del Acta No. 254 del 14 de abril de 2011, se observa que el mismo está conformado de hecho por [REDACTED], VVV, OOO y HHH, miembros que habían sido remplazados el 29 de marzo de 2011 por la Asamblea General de Accionistas, como ya se explicó.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 437 del Código de Comercio, "La junta directiva deliberará y decidirá válidamente con la presencia y los votos de la mayoría de sus miembros, salvo que se estipulare un quórum superior (...)". (Se subraya).

Atendiendo esta disposición, al revisar entonces el número de asistentes que en efecto obraban en calidad de miembros de junta directiva para la sesión del 14 de abril de 2011, se observa que no se alcanzó la concurrencia mínima requerida para obtener quórum deliberatorio ni decisorio, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de los estatutos de [REDACTED] vigentes para la época de los hechos, que establece: "(...) para la validez de las deliberaciones y (sic) de la Junta, deberán concurrir no menos (sic) tres (3) de sus miembros principales o de los respectivos suplentes que tengan el derecho a asistir por falta de su principal; las decisiones se adoptarán siempre con el voto favorable de por lo menos, tres (3) de sus miembros principales o suplentes que asistirán por ausencia del principal."

En consecuencia, y en lo que atañe al proceso disciplinario que se revisa, esta

el folio 000036 de la carpeta de pruebas de la actuación disciplinaria No. 02-2011-203.

³⁹ Es importante mencionar que, atendiendo a que el Pliego de Cargos comenzó a analizar la conducta del investigado desde la Junta Directiva realizada el 23 de septiembre de 2010, esta Sala se limitará igualmente a dicha fecha para realizar su estudio.

Sala concluye que aquellas personas que fueron remplazadas en reunión de Asamblea General de Accionistas el 29 de marzo de 2011, entre ellas el apelante, asistieron a la mencionada junta directiva sin ostentar la calidad de miembros, por lo cual no sólo no podían ser tenidos en cuenta en la verificación del quórum para la celebración de dicha sesión, sino que de acuerdo con el citado artículo 437 y el efecto que éste dispone para dicho evento, la reunión celebrada sería inválida.

Por lo expuesto, la Sala concluye que las determinaciones adoptadas por la Junta Directiva de ██████████ el 14 de abril de 2011 carecen de validez y, sin perjuicio de los efectos legales que dicha circunstancia tenga sobre las decisiones que allí se tomaron, no serán tenidas en cuenta por esta instancia a la hora de analizar la conducta que se le imputa al investigado.

8.5.2. Del deber de diligencia exigible a ██████████.

8.5.2.1. La Sala de Decisión en la Resolución impugnada llevó a cabo un importante ejercicio dogmático sobre el contenido y alcance del deber de diligencia en los miembros de las juntas directivas, el cual es, en general, compartido por esta instancia.

En efecto, el deber de diligencia de los administradores que actualmente rige en el ordenamiento jurídico colombiano está consagrado la Ley 222 de 1995, normativa que los sometió a un estricto código de conducta el cual es evaluado bajo el estándar de un “*buen hombre de negocios*”.

Este nuevo criterio abstracto de comparación busca enaltecer el profesionalismo de quienes administran las sociedades comerciales. Desde esta perspectiva, como lo señala Darío Laguado Giraldo, “(...) *el buen hombre de negocios —para cuya caracterización no debe perderse de vista el criterio de “lo normal”— debe asumir entonces comportamientos distintos a los que asume el buen padre de familia. Por un lado, el buen hombre de negocios debe tener un especial conocimiento de la actividad que tiene a su cargo, debe integrar los distintos recursos técnicos e instrumentales con que cuenta de manera adecuada, debe valerse de la experiencia recogida en el campo y, en fin, siempre debe colocarse en situación tal que pueda tomar las mejores decisiones dentro del ámbito económico, todo ello evaluado según criterios más estrictos que aquellos con que se juzga al buen hombre de familia.*”⁴⁰

De la connotación mencionada emerge de manera clara que no se trata de una diligencia ordinaria, así como tampoco de la diligencia media exigida en el régimen civil que hacía alusión a la de un “buen padre de familia”, se trata por el contrario de la diligencia que pondría un profesional del comercio en sus propios negocios.

Aunado al especial carácter anotado, el deber de diligencia tiene implícitos otros deberes como los son i) informarse adecuadamente; ii) discutir las decisiones si es

⁴⁰ Laguado Giraldo, Darío. *La Responsabilidad de los Administradores*. Revista Universitas. Pontificia Universidad Javeriana. Octubre de 2004. Página 247.

un órgano colegiado; y iii) vigilar el cumplimiento de las decisiones y directrices adoptadas por los órganos sociales.

No resulta pues de poca monta recordar que el deber de diligencia que se exige a los administradores es más riguroso y que éste debe estar enmarcado, no dentro de lo que ordinariamente correspondería a cualquier hombre, sino a lo que le correspondería hacer, discutir, decidir y controlar –vigilar- a un profesional de los negocios. Al respecto, abundante ha sido la doctrina y jurisprudencia que advierte sobre el alcance que puede llegar a tener el poder de un administrador, el cual puede incluso rebasar la órbita de la sociedad que administra y extenderse en algunos casos, al conglomerado social mismo. Al respecto el tratadista español José María Garreta Such ha señalado:

“Es lógico suponer que quien reúne en su seno tan gran poder estará, en contrapartida, sometido a una responsabilidad no menor; que cualquier acto que represente perjuicio para aquellos que, al menos en teoría, son titulares de la empresa a la que sirve, podrá ser revisado; que su actuación toda estará constantemente controlada por la ley en compensación a la ausencia de riesgo que supone en su patrimonio la gestión de estos intereses ajenos; que, en definitiva, la diligencia que deberá prestar será enérgicamente exigida”.

Para determinar entonces cuál es esa “diligencia máxima exigida” deben atenderse circunstancias específicas de cada caso, siendo imposible determinar un patrón común y un rasero estándar por el que deban ser medidos todas y cada una de las actuaciones de los administradores.

8.5.2.2. Desde luego, es importante resaltar que el juicio de responsabilidad que se hace a los miembros de junta directiva es de naturaleza individual, a pesar que este órgano actúe de forma colegiada. Ello se traduce en la necesidad de indagar el grado de contribución de los individuos que la integran, por acción u omisión, en la dinámica de conformación de la voluntad corporativa que emana de dicho órgano y de los efectos que de ella se derivan.

En consecuencia, ante el evento en que la voluntad corporativa emanada de la junta se expresara en decisiones irregulares o descaminadas, o en inacciones que lesionen intereses jurídicos protegidos por el ordenamiento, la determinación de la responsabilidad disciplinaria de sus miembros presupone el análisis individual de su conducta para determinar si, con su actividad, contribuyó o acompañó esa voluntad colegiada. A esto último precisamente se refiere el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, al disponer que *“no estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten”*. No se trata pues de una responsabilidad colectiva, sino de conductas individuales activas y omisivas que, tras ser debidamente identificadas y valoradas, pueden ser sancionadas.

8.5.2.3. Ahora, dentro del estudio que debe hacer el juzgador sobre el grado de diligencia ejercido por un administrador, el cual se materializa a través del cumplimiento de los deberes de información, control y seguimiento, no se puede imponer una responsabilidad amplia e ilimitada, así como tampoco exigirle lo imposible, o aquello que esté fuera de su alcance.

Se insiste, el análisis para determinar si hay lugar a un reproche disciplinario, debe estar siempre enmarcado en el estudio particular de las circunstancias que rodean la conducta del administrador y la posibilidad de acción que, en efecto, éste tenía para el cumplimiento de la ley y los estatutos, así como para evitar o mitigar la consumación de infracciones al interior de la sociedad que administra.

8.5.3. Respetto de la presunta falta de motivación de la Resolución impugnada.

El investigado sostuvo que la resolución impugnada incurre en una "falsa motivación" por cuanto en su concepto no es cierto que la Junta Directiva haya adoptado una actitud pasiva frente a los hechos de los que tuvo conocimiento, lo cual soporta en las actas de Junta, en las que, según señaló, se evidencia el cumplimiento del deber de diligencia.

Al respecto, considera esta Sala que no existió falsa motivación de la resolución de primera instancia, pues el *a quo* sí realizó un recuento específico de las reuniones a las que asistió el investigado, así como de su participación en las mismas, para concluir que "(...) no hubo una actividad específica y propositiva de su parte, enderezada a prevenir, revertir y remediar la grave situación por la que atravesó [REDACTED] durante su paso por ese órgano (...)"⁴¹. La Sala comparte esta conclusión, toda vez que, como se indicó, de acuerdo con el alcance mismo del deber de diligencia, la actividad en la que se fundamenta la defensa no resultó ajustada a los hechos extraordinarios de que tuvo conocimiento como administrador y tampoco resultó en forma alguna concluyente y definitiva si se tiene en consideración el amplio período de tiempo en el que ostentó dicha calidad.

Si bien se observa que el *a quo* dentro de su análisis decidió contextualizar la totalidad de las actuaciones relevantes de [REDACTED] hasta el momento de su toma de posesión, se rescata el análisis detallado de cada una de las reuniones a las que asistió el investigado, soportado en las actas de Junta Directiva que obran en el expediente, que lo llevó a la firme conclusión de que el investigado incumplió su deber de diligencia.

Por lo tanto, una cosa es que la resolución impugnada no haya analizado las actuaciones del investigado durante del período en el que fungió como miembro de Junta Directiva y otra muy diferente es que, previo análisis de dichas actuaciones, la Sala de Decisión haya concluido que su conducta no resultó acorde con el nivel de diligencia que, dadas las circunstancias especiales de la sociedad administrada, le eran exigibles.

Habiendo pues desestimado el cargo del apelante, pasa la Sala a evaluar si, en efecto, el investigado actuó con la debida diligencia exigida a un buen hombre de negocios y experto prudente en las circunstancias en que actuó como miembro de la Junta Directiva de [REDACTED]

⁴¹ Folio 000212 de la carpeta de actuaciones finales.

8.5.4. De la conducta específica del apelante como miembro de Junta Directiva de ██████████.

En el caso *sub examine* la Sala encuentra que, en efecto, el investigado actuó y participó de algunas decisiones que fueron tomadas por la Junta Directiva de ██████████ ██████████ para la época en que perteneció a ese órgano de administración. Sin embargo, como ya se mencionó, la situación por la que atravesaba la comisionista no atendía parámetros normales. Por el contrario, día a día los problemas, por la ausencia de un adecuado control interno, el grave estado de iliquidez, las altas posiciones en deuda privada, entre otros asuntos, exigían del inculpado un grado de diligencia más estricto.

No puede esta instancia obviar que el señor ██████████ fungió como miembro principal de la Junta Directiva durante cerca de 3 años, período en el cual, como ha quedado expuesto de manera suficiente en la resolución apelada, se ventilaron en el seno de dicho órgano colegiado asuntos de la más alta trascendencia no sólo societaria, sino que comprometían intereses de terceros inversionistas, sin que durante dicho período se hubiesen planteado acciones contundentes que evidenciaran, principalmente, un control y seguimiento acorde a todas y cada una de las alertas de que fue conocedor.

Aunando a lo anterior, no debe olvidarse que el investigado obró como miembro de Junta Directiva de una sociedad comisionista de bolsa dedicada a una actividad que por mandato constitucional es de interés público: la intermediación de valores. Esto implica un nivel superior de compromiso, profesionalismo y diligencia con el cual deben obrar sus administradores, con el fin de asegurar el cabal cumplimiento de la ley que propende por la seguridad del mercado y la confianza de los inversionistas.

Estima esta Sala que el deterioro de la situación de la comisionista se evidenció en los siguientes hechos:

8.5.4.1. El Acuerdo de Terminación Anticipada No. 103 de 2010.

En la reunión llevada a cabo el 23 de septiembre de 2010 (Acta No. 242), presidida por el señor ██████████, la Junta Directiva analizó los efectos reputacionales del Acuerdo de Terminación Anticipada (ATA) entre AMV y ██████████ del 10 de septiembre de 2010, cuya suscripción había sido aprobada en la reunión anterior (Acta No. 241). Las instrucciones impartidas por unanimidad a la Administración de la compañía, se concentraron especialmente en el impacto reputacional que dicha sanción podría acarrear para la firma comisionista, por lo que en consecuencia, adoptaron las siguientes determinaciones: i) programar una reunión con el Superintendencia Financiero y el Presidente de AMV; ii) revisar los riesgos a los que está expuesta ██████████ ██████████, especialmente el relacionado al apalancamiento en deuda privada.

Si bien la Sala reconoce la labor de la Junta Directiva orientada a implementar acciones al interior de la firma, encuentra también que no se realizaron los seguimientos correspondientes a dichas instrucciones. Las irregularidades puestas de presente en el mencionado ATA con la firma comisionista atentaron

gravemente contra la confianza de los inversionistas y la seguridad del mercado. Constituían, sin duda, evidentes alarmas que advertían sobre la ausencia de mecanismos de control efectivos que evitaran el incumplimiento al deber de separación de activos y la utilización indebida de los recursos de los clientes, entre otros, y que demandaban un accionar más riguroso, de forma que se realizaran revisiones periódicas sobre el nivel de cumplimiento que tenían en las diferentes áreas de la firma.

Evidencia de lo anterior, es el informe presentado por el Presidente de la compañía ante la Junta Directiva llevada a cabo el 28 de octubre de 2010 (Acta No. 244), en el cual expuso los temas discutidos con AMV relacionados con la posición reputacional de la firma como consecuencia del ATA. Sin embargo, y a pesar de haber transcurrido cerca de un mes luego de impartidas las citadas instrucciones, no se solicitaron reportes a la Administración sobre el acatamiento de las mismas y, por tanto, de la mitigación de las circunstancias que dieron origen a las actuaciones disciplinarias resueltas mediante la suscripción del ATA en comento.

8.5.4.2. La Orden Administrativa del 23 de diciembre de 2010, proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia.

La Resolución impugnada realizó un importante análisis sobre el contenido y alcance de la orden administrativa del 23 de diciembre de 2010, proferida por la Superintendencia Financiera, razón por la cual esta Sala no se extenderá en ello, pero sí analizará si el investigado atendió adecuadamente los deberes de información, control y seguimiento respecto de las importantes instrucciones impartidas por este ente de supervisión.

Esta Sala considera que la Junta Directiva a la que pertenecía el inculpado llevó a cabo acciones importantes para dar cumplimiento al Plan de Ajuste impuesto por la Superintendencia Financiera, gestiones que se reconocen y que impactarán en el análisis de la graduación de la sanción como más adelante se abordará. Sin embargo, como se indicó antes, [REDACTED] [REDACTED] no se encontraba frente a circunstancias normales. Por el contrario, la mencionada orden administrativa daba cuenta, precisamente, de la especial situación por la que atravesaba la firma, lo que demandaba entonces de sus administradores la adopción de medidas extraordinarias y de un ejercicio de control y seguimiento más estricto y cercano para corroborar que las instrucciones por ella impartidas estuvieran siendo debidamente atendidas.

Y es que existieron asuntos a los que la sociedad comisionista no pudo dar cumplimiento, como lo fue el desmonte del apalancamiento en deuda privada y la transmisión de información a la Superintendencia Financiera, problemáticas que originaron reiterados requerimientos de esta autoridad los cuales fueron emitidos cuando el investigado aún hacía parte de la Junta Directiva y que meses después llevaron al declive de la firma comisionista, su intervención administrativa y finalmente a su liquidación.

En efecto, la Superintendencia Financiera emitió la Orden Administrativa número 2010055332-033 de 21 de enero de 2011, en la cual señaló que [REDACTED]

“no había adelantado la totalidad de retransmisiones ordenadas dentro del plazo establecido para el efecto en la comunicación precitada, es decir, dentro de los 10 días siguientes a su ejecutoria, término que venció el 4 de enero de 2011”.

Y, días después, durante la Junta Directiva del 15 de marzo de 2011 (Acta No. 251), a la cual asistió el investigado en calidad de miembro principal, la Directora Jurídica informó sobre dos pliegos de cargos elevados por la Superintendencia Financiera contra ██████████, por no enviar oportunamente los formatos SARL y SARM, ante lo cual la Junta Directiva manifestó “darse por informada”, sin adoptar ninguna medida al respecto, a pesar de los reiterados llamados de atención de la autoridad de control.

Situación similar ocurrió con el desmonte de las operaciones de apalancamiento en deuda privada. A pesar del requerimiento del 23 de diciembre de 2010, respecto del desmonte de dichos negocios, el 24 de marzo de 2011 la Superintendencia Financiera emitió nueva Orden Administrativa, en la cual, frente a la solicitud de ampliación del plazo para desmontar las operaciones de apalancamiento, aceptó una extensión sólo para los “los valores cuyo emisor es el Fideicomiso ZZZ Ltda.” e impartió otras instrucciones respecto de la información que se le debía dar a los clientes del producto.

Extraña pues esta Sala una conducta más diligente frente a los deberes de control y seguimiento a los que estaban obligados. El reproche que se le hace al investigado no obedece a que no obtuvo un resultado, como lo señala en su recurso, sino por la ausencia de gestiones más concretas orientadas a evitar que dichos incumplimientos se siguieran prolongando y, evitar así, que se configurarían las causales para el decreto de la medida de Vigilancia Especial.

Por estas razones, la Sala concluye que ██████████ no actuó con el deber de diligencia que le era exigible como administrador de ██████████ en atención a la grave situación por la que atravesada la sociedad que co-administraba y que requería de él, en su calidad de miembro de Junta Directiva, un mayor deber de conducta.

9. CONCLUSIONES FINALES

Como fue advertido antes, si bien esta Sala de Revisión ha compartido en general la línea argumentativa del *a quo* y la conclusión final respecto del desconocimiento al deber de diligencia en el que incurrió el investigado a la hora de atender la difícil situación por la que atravesaba la firma comisionista que co-administraba, no es menos cierto que sobre otros aspectos ha tenido criterios e interpretaciones distintas que generarán una modificación de la sanción impuesta por la Sala de Decisión.

Sea lo primero indicar que, como ya se ha advertido a lo largo del presente documento, la responsabilidad que se endilga al apelante debe estar claramente limitada a su período como administrador, al número de reuniones a las que asistió, a las circunstancias específicas de la sociedad para el momento de su presencia y, en general, a todos los hechos que determinen su real participación en aquellos que se le imputan. A partir de este criterio, entonces,

deberá entenderse que no le asiste responsabilidad alguna por las decisiones que se tomaron –o se dejaron de tomar- en las reuniones de Junta Directiva en las que no participó, así como tampoco –como de manera expresa se dejó expuesto en el numeral 7.5.1 de esta Resolución- de la reunión del 14 de abril de 2011, en la cual participó cuando ya no tenía la calidad de miembro de dicho órgano colegiado.

Este criterio que adopta la Sala de Revisión, implica pues que varios de los hechos que sustentaron la decisión del *a quo*, no sean considerados por esta instancia y, en consecuencia, atendiendo al principio de proporcionalidad de la sanción, tal delimitación implicará una disminución en la sanción.

Sin perjuicio de lo expuesto, tampoco puede perderse de vista el importante período de tiempo en el cual fungió como miembro de Junta Directiva y los hechos de que conoció en [REDACTED] durante dicho espacio temporal, muchos de los cuales, como se citó suficientemente en la resolución de primera instancia y cuyos apartes más importantes se reiteraron en este escrito, tuvieron incidencia en la ocurrencia final de un daño cierto: la toma de posesión y posterior liquidación de [REDACTED].

Como se expresó, esa falta al deber de diligencia se evidenció, especialmente, en la ausencia de control y seguimiento a i) las irregularidades relacionadas con la utilización indebida de los recursos de los clientes, que fueron advertidas por AMV y que ocasionaron la suscripción del Acuerdo de Terminación Anticipada No. 103 de 2010; y, ii) a la verificación del cumplimiento del Plan de Ajuste ordenado el 23 de diciembre de 2010 por la Superintendencia Financiera.

Advierte entonces esta Sala que en efecto existió por parte del investigado, una diligencia ordinaria durante el período de tiempo en que fungió como miembro principal de Junta Directiva. Sin embargo, no era suficiente. Las circunstancias particulares por las que atravesaba [REDACTED] [REDACTED], entidad que co-administraba, exigía de él un grado de diligencia más estricto para poder atender la difícil situación por la que día a día atravesaba la sociedad comisionista.

Para efectos de la graduación de la sanción, la Sala encuentra acreditadas varias circunstancias de agravación, como a continuación se expone:

- i) Haber ocupado un cargo directivo al interior de la sociedad comisionista, como miembro de la Junta Directiva.
- ii) Haber desconocido su deber de diligencia en el cumplimiento de las instrucciones que reiteradamente fueron elevadas por la Superintendencia Financiera, para enervar las deficiencias y debilidades evidenciadas por esta autoridad.⁴²
- iii) Haber afectado con las conductas reprochadas a un número plural de clientes de la sociedad comisionista.

⁴² Orden Administrativa del 23 de diciembre de 2010, del 21 de enero de 2011 y del 24 de marzo de 2011. Carpeta de pruebas de la investigación disciplinaria No. 02-2011-203.

La Sala advierte que el inculpado no tiene antecedentes disciplinarios en AMV, sin embargo, tal situación no es suficiente para enervar todos los agravantes anteriormente mencionados.

Ahora, como esta Sala no comparte la delimitación temporal para la evaluación de la responsabilidad del inculpado realizada por el *a quo*, el impacto en la graduación de la sanción debe disminuir ya que la inclusión de los hechos hasta el declive de la sociedad sirvió de fundamento en su momento al Fallador de Primera Instancia para elevar la intensidad de la sanción que terminó por aplicar.

En mérito de todo lo expuesto, la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario del Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia, AMV, integrada por los doctores Roberto Pinilla Sepúlveda, su Presidente; Fernán Bejarano Arias y Hernando Parra Nieto, previa deliberación que consta en Acta No. 109 del 14 de junio de 2013, por unanimidad,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR el artículo primero de la Resolución número 8 del 18 de enero de 2013, el cual quedará así:

*"Imponer a [REDACTED] una sanción de **SUSPENSIÓN de TRES (3) AÑOS** en los términos del artículo 83 del Reglamento de AMV, en concurrencia con una sanción de **MULTA de CINCUENTA (50) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES** en los términos del artículo 82 del Reglamento de AMV, por el incumplimiento de la normatividad señalada en esta providencia, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente resolución".*

ARTÍCULO SEGUNDO: ADVERTIR a [REDACTED] que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 del Reglamento de AMV, la sanción de suspensión se hará efectiva a partir del día hábil siguiente a aquél en que quede en firme la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: ADVERTIR a [REDACTED] que de conformidad con el párrafo segundo del artículo 82 del Reglamento de AMV, el pago de la multa aquí ordenada deberá realizarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a aquél en que quede en firme la presente Resolución, mediante consignación en el Helm Bank Convenio No. 9008 titular Helm Trust AMV Nit. 800.141.021-1, el cual deberá acreditarse ante la Secretaría del Tribunal Disciplinario.

El incumplimiento del pago de la multa en los términos aquí señalados, dará lugar a lo dispuesto por el último inciso del artículo 85 del Reglamento de AMV.

ARTÍCULO CUARTO: ADVERTIR al señor [REDACTED] que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

ARTÍCULO QUINTO: En cumplimiento de lo establecido por los artículos 29 de la Ley 964 de 2005 y 11.4.4.1.5 del Decreto 2555 de 2010, **INFORMAR** a la Superintendencia Financiera de Colombia la decisión aquí adoptada, una vez ésta se encuentre en firme.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROBERTO PINILLA SEPÚLVEDA
PRESIDENTE

DANIELA VERGEL RIASCOS
SECRETARIA AD-HOC