

AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES DE COLOMBIA –AMV–**TRIBUNAL DISCIPLINARIO****SALA DE REVISIÓN****Resolución No. 17****Bogotá D.C., 29 de noviembre de 2016**

NÚMERO DE INVESTIGACIÓN: **01 – 2015-371**
INVESTIGADO: **[REDACTED]**
RESOLUCIÓN: **SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario, en ejercicio de sus atribuciones legales, estatutarias y reglamentarias, plasma la decisión adoptada en sesión del 10 de noviembre de 2016, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor **[REDACTED]** contra la Resolución No. 10 del 31 de agosto de 2016, expedida por la Sala de Decisión "2".

I. ANTECEDENTES**1.1. Aspectos Procesales.**

1.1.1. El 8 de abril de 2015, el Gerente de Investigación y Disciplina del Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia (en adelante AMV), en ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 57 de su Reglamento, envió solicitud formal de explicaciones¹ al señor **[REDACTED]**, en su calidad de Gerente de Inversiones de la sociedad comisionista de bolsa AAAA, para la época de ocurrencia de los hechos investigados.

1.1.2. El 21 de abril de 2016, AMV formuló pliego de cargos².

1.1.3. El 16 de mayo de 2016, mediante apoderado especial, el señor **[REDACTED]** **[REDACTED]** Rubiano presentó sus descargos³.

1.1.4. La Sala de Decisión "2" del Tribunal Disciplinario de AMV, mediante la Resolución No. 10 del 31 de agosto de 2016, sancionó al señor **[REDACTED]** con expulsión y multa de 70 SMLMV, al encontrarlo responsable de la vulneración a la conducta dispuesta en el artículo 49.1 del Reglamento de AMV⁴.

1.1.5. Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado del señor **[REDACTED]** **[REDACTED]**, interpuso recurso de apelación el 14 de septiembre de 2016; esto es, dentro del término establecido para ello, comoquiera que el plazo vencía el 19 de septiembre de 2016.

¹ Folios 004 a 030, carpeta de actuaciones finales.

² Folios 0297 a 0370, carpeta de actuaciones finales.

³ Folios 0378 a 0459, *ibídem*.

⁴ Artículo 49.1 del Reglamento de AMV. "Los sujetos de autorregulación deberán abstenerse de obtener provecho indebido para sí o para un tercero, afectando a un tercero o al mercado, en desarrollo de operaciones o actividades de intermediación".

1.1.6. El 30 de septiembre de 2016, esto es, dentro del término establecido para ello, comoquiera que el plazo vencía ese día, AMV, en ejercicio de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 87 del Reglamento de AMV, presentó su pronunciamiento frente al recurso de apelación.

1.2. Síntesis de los hechos y la imputación

1.2.1. El señor ██████████ estuvo vinculado a AAAA entre marzo y diciembre de 2014, meses en los que se ejecutó la conducta que AMV reprocha. La investigación disciplinaria inició como consecuencia de las denuncias que presentaron BBBB y AAAA.

1.2.2. Como producto de dicha investigación, AMV pudo establecer que el investigado ejecutó 33 conjuntos de operaciones a través de dos esquemas de negociación. En el primero, compró o vendió a brókeres internacionales Bonos de Deuda Pública de Colombia, quienes a su vez y de manera inmediata, celebraban una operación de signo contrario con BBBB. Finalmente, el establecimiento bancario negociaba los títulos con AAAA, a través de ██████████, siempre a un precio que generaba pérdidas para el banco y correlativas ganancias para la firma comisionista.

En el segundo esquema de negociación, que operó de manera similar, se utilizaron dos brókeres internacionales: el primero de ellos participaba en la operación de compra o venta inicial y el otro en la operación de signo contrario de cierre.

AMV consideró que el investigado incurrió en la conducta de defraudación, al estructurar y materializar 33 grupos de operaciones intradía, en las que el investigado, por la vía de comisiones, obtuvo beneficios proporcionales a las pérdidas en las que incurrió BBBB, quien fungió como contraparte en todas las operaciones.

Cabe mencionar que para el instructor, el investigado contó con la colaboración de dos funcionarios de BBBB. Sin embargo, la investigación disciplinaria tuvo como resultado el archivo de las diligencias de investigación para uno de ellos. Con el segundo, finalizó el proceso disciplinario a través de la suscripción de un Acuerdo de Terminación Anticipada (ATA).

1.3. Descargos.

El señor ██████████, dentro de la oportunidad procesal para ello, mediante apoderado, presentó sus descargos, solicitando la desestimación de los cargos imputados, con fundamento en las siguientes consideraciones.

En primer lugar, alegó una "variación del sustrato incriminatorio" ya que, consideró, hubo incongruencia entre lo reprochado en la solicitud formal de explicaciones y lo que finalmente se imputó en el pliego de cargos. Indicó que en las explicaciones solicitadas AMV manifestó que la investigación se llevaba a cabo con ocasión de la existencia de un posible esquema defraudatorio ejecutado por el señor ██████████ ██████████ en coparticipación con funcionarios de BBBB, pero que al estructurarse el pliego de cargos el Instructor lo señaló exclusivamente a él de diseñar y ejecutar dicho esquema defraudatorio. Por tanto, sostuvo que, si se tiene en cuenta que no se puede defraudar por error o sin intención, la terminación del proceso disciplinario de uno de los supuestos asociados en la defraudación por cuenta de una impericia, hace que pierda sustento la conducta imputada.

Adicionalmente, dijo que su posición al interior del esquema organizacional de la comisionista le permitía ejecutar operaciones en la posición propia de la sociedad, y resaltó que AAAA conocía, monitoreaba y auditaba las operaciones que realizaba.

Finalmente, desestimó el argumento según el cual los brókeres internacionales tuvieron como fin ocultar las operaciones intradía que se celebraron.

1.4. Resolución de primera instancia

La Sala de Decisión "2", declaró fundados los cargos imputados, con base en las siguientes consideraciones.

En primer lugar, encontró probados los hechos aducidos por AMV, específicamente, que el investigado ejecutó 33 conjuntos de operaciones a través de dos esquemas de negociación en los que participaban, además del señor ██████████ ██████████, un funcionario de BBBB y brókeres internacionales.

Para la Sala, luego de analizar las conversaciones y chats que obraban como prueba en el proceso, el investigado se valió de estos esquemas para obtener un provecho indebido. Resaltó que en las operaciones que AMV reprochó contaron con elementos comunes (tipo de bono, cantidad y variación del precio siempre en perjuicio de BBBB, participación de las mismas personas). Adicionalmente, sostuvo que ██████████ ██████████ siempre tuvo conocimiento sobre quién iba a ser su otra punta (BBBB), y de predecir que todas las operaciones le generarían beneficio.

A partir de estos hechos probados, la Sala de Decisión encontró fundado el cargo de defraudación, comoquiera que concurrieron los tres elementos requeridos; esto es, i) la obtención de un provecho indebido para el infractor o un tercero; ii) que como consecuencia de ello se afecte a un tercero o al mercado y iii) que dicha conducta tenga lugar en desarrollo de operaciones o actividades de intermediación. Por último, se estableció que la conducta del investigado supuso el empleo de dispositivos ficticios.

En consecuencia, se impuso la sanción de expulsión concurrente con una multa de 70 SMLMV.

1.5. Recurso de apelación.

Inconforme con la dosificación de la pena, el apoderado judicial del señor ██████████ ██████████ interpuso recurso de apelación en el que solicitó revisar la sanción impuesta, ya que, a su parecer, la multa resulta desproporcionada si se tienen en cuenta los elementos atenuantes señalados por la Sala de Decisión.

Argumentó que la ausencia de antecedentes disciplinarios, y lo que él denominó "DEVOLUCIÓN EN EXCESO" (sic) de las comisiones que recibió por las operaciones reprochadas, no solo demuestran "el resarcimiento de cualquier daño que haya generado, sino que en últimas se traduce en la inexistencia del provecho objeto de las operaciones"⁵.

Para la defensa, a pesar de la presencia de circunstancias de agravación, al no existir beneficio económico por la supuesta devolución de los beneficios que el investigado obtuvo, desaparece el fundamento para la imposición de la multa.

Concluyó indicando que los precedentes que se mencionan en la sanción de primera instancia, no se pueden comparar con el caso objeto de estudio, ya que en dichas situaciones se sancionaron hechos que atentaban contra la protección de los inversionistas, y en donde se reprocha el manejo de recursos de manera inconsulta o la manipulación de la información.

⁵ Folio 561 de la Carpeta de Actuaciones Finales.

1.6. Pronunciamiento de AMV frente al recurso de apelación.

AMV, dentro del término procesal para ello, presentó su pronunciamiento frente al recurso de apelación, en el que manifestó que no existe prueba que demuestre que BBBB haya sido resarcida por los perjuicios que le fueron causados.

Adicionalmente manifestó que la suma que el investigado se comprometió a reembolsar según el acuerdo de transacción que suscribió con AAAA, solo cubre las bonificaciones que el investigado obtuvo por la ejecución de 25 de las 33 operaciones reprochadas, por lo que, sostuvo, no se puede hablar de una devolución en exceso.

Por otra parte, indicó que la supuesta devolución de los beneficios que el investigado obtuvo vía comisión, no hacen que desaparezca el provecho indebido. Por estas razones, estimó que la sanción de multa es proporcional y solicitó a la Sala de Revisión confirmar la resolución de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

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. De ello surge evidente la competencia de esta Sala para pronunciarse de fondo sobre la impugnación presentada por el apoderado del señor [REDACTED] contra la Resolución No. 10 del 31 de agosto de 2016, expedida por la Sala de Decisión "2" del Tribunal Disciplinario de AMV.

Adicionalmente, el artículo 54 del Reglamento de AMV⁶ indica que la función disciplinaria ejercida por AMV tiene como sujetos pasivos los sujetos de autorregulación, quienes, según lo ordena el artículo 1° del Reglamento de AMV⁷, en concordancia con el artículo 11.4.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010⁸, son los intermediarios de valores y las personas naturales vinculadas.

Ahora bien, para la época de los hechos objeto de reproche, el señor [REDACTED] estaba vinculado a AAAA Así las cosas, se puede concluir que es sujeto pasivo de la función disciplinaria de AMV.

⁶ Reglamento de AMV. Artículo 54. Sujetos pasivos. "Serán sujetos pasivos de los procesos disciplinarios los sujetos de autorregulación".

⁷ Reglamento de AMV. Artículo 1° Definiciones. "Para efectos de este Reglamento serán aplicables las siguientes definiciones: (...) Sujeto de autorregulación: Los miembros, los asociados autorregulados voluntariamente y sus personas naturales vinculadas".

⁸ Decreto 2555 de 2010. Artículo 11.4.1.1.2. Sujetos de autorregulación. "Los organismos de autorregulación ejercerán sus funciones respecto de los intermediarios de valores que sean miembros de los mismos, ya sean personas naturales o jurídicas, quienes estarán sujetos a los reglamentos de autorregulación.

Adicionalmente, las funciones del organismo de autorregulación se ejercerán respecto de las personas naturales vinculadas a cualquier intermediario de valores que sea miembro del organismo de autorregulación correspondiente, aún cuando tales personas no se encuentren inscritas previamente en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores, RPMV ni hayan sido inscritas en el organismo autorregulador, de conformidad con lo previsto en el artículo 11.4.6.1.3 del presente decreto.

La vinculación de una persona natural a un intermediario de valores que sea miembro de un organismo de autorregulación implica que este podrá ejercer sus funciones en relación con dicha persona, así como la aceptación de los reglamentos de autorregulación y de los reglamentos de las bolsas de valores, de los sistemas de negociación y de los sistemas de registro donde opera el respectivo intermediario.

Parágrafo. Para los efectos del presente Libro, se entiende por personas naturales vinculadas a cualquier intermediario de valores a los administradores y demás funcionarios del respectivo intermediario, independientemente del tipo de relación contractual, en cuanto participen, directa o indirectamente, en la realización de actividades propias de la intermediación de valores".

Finalmente, el artículo 90 del Reglamento de AMV⁹ indica el término con el que cuenta la Sala de Revisión para emitir la decisión de segunda instancia, que comienza a contarse desde el vencimiento de la oportunidad para pronunciarse con que cuenta la parte no apelante.

En el presente caso, teniendo en cuenta que la Secretaría del Tribunal Disciplinario dio traslado del recurso de apelación el 20 de septiembre de 2016, el término con que contaba el instructor para pronunciarse al respecto venció el 30 de septiembre del mismo año. En consecuencia, la oportunidad con que cuenta la Sala de Revisión para pronunciarse no vence antes del 30 de septiembre de 2017, y, por lo mismo, en la actualidad es competente para pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Las anteriores razones sustentan, entonces, la competencia objetiva, subjetiva y temporal de la Sala de Revisión para pronunciarse de fondo sobre la impugnación presentada.

2.2. Análisis del caso.

En el escrito de apelación, la defensa solicitó la revisión de la sanción impuesta por la Sala de Decisión, argumentando que la multa resulta desproporcionada, ya que, a su parecer, los atenuantes enunciados en la primera instancia *“cuentan con suficiente ‘peso’ para que sean efectivamente tenidos en cuenta por el Tribunal al momento de imponer la sanción”*.

Para el apoderado del señor ██████████, la supuesta *“devolución en exceso”* de los dineros que el investigado recibió a título de comisión, incluidos los perjuicios que se ocasionaron con su conducta, implica que no existió beneficio económico por las operaciones que AMV cuestionó.

Teniendo en cuenta que estos fueron los argumentos diametrales del recurso de apelación, procederá la Sala a analizar cada uno, con el objetivo de determinar si efectivamente, tal como lo plantea la defensa, es viable desestimar la sanción de multa.

En primer lugar, esta Sala debe advertir que, si bien el señor ██████████ suscribió un acuerdo de transacción¹⁰ con AAAA, en el que el investigado se comprometió a devolver ochocientos ochenta y ocho millones de pesos (\$888.000.000), el acuerdo no establece que dicha cantidad de dinero vaya a ser entregada necesaria y exclusivamente a BBBB, quien, como quedó demostrado al interior del proceso, fue la entidad que sufrió los perjuicios. Como bien lo manifestó en reiteradas ocasiones la Sala

⁹ Reglamento de AMV. Artículo 90. Término para decidir el recurso (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). *Para efectos de decidir sobre los recursos de apelación, la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario contará con un término de cuarenta (40) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente al vencimiento del término de que trata el inciso segundo del artículo 87. (...) El vencimiento del término a que se refiere el inciso anterior no afecta la validez del procedimiento y no exime ni excusa a la Sala de Revisión del Tribunal disciplinario del deber de decidir el mismo. (...) La Sala de Revisión no podrá proferir una decisión que imponga sanciones a las personas investigadas después de transcurrido más de un (1) año contado a partir del día hábil siguiente al vencimiento del término de que trata el inciso segundo del artículo 87. (...) De igual manera, sin perjuicio del principio de reformatio in pejus, la Sala de Revisión no podrá proferir una decisión incrementando la sanción o imponiendo sanciones adicionales después de transcurrido el término señalado. Contra la decisión adoptada por la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario no procederá ningún recurso.*

¹⁰ Cfr. Folios 530 y 531 de la Carpeta de Pruebas Original.

de Decisión en la resolución que se impugna, los 33 conjuntos de operaciones celebrados por el investigado tuvieron como común denominador la generación de pérdidas para la entidad bancaria.

Además, es preciso observar el contenido del acuerdo al que hace mención el recurrente y que data del 14 de enero de 2015, para establecer que la naturaleza del mismo se deriva de la relación contractual que existió entre el investigado y la sociedad comisionista y por medio de él se procura evitar un pago de lo no debido. Lo que se hizo en el acuerdo fue impedir que se realizaran unos pagos y se produjera una devolución de pagos ya efectuados, sobre la base de que a partir del contrato laboral no existía causa alguna para que tales pagos hubiesen sido efectuados a favor del señor [REDACTED]. Y aunque en la cláusula tercera de dicho documento se hizo mención al eventual "reconocimiento de alguna indemnización" a favor de terceros reclamantes, no hay prueba en el expediente que demuestre el cumplimiento de tal condición.

Por este motivo, no le asiste razón a la defensa cuando manifiesta que la devolución del dinero demuestra "el resarcimiento de cualquier daño" que se haya generado, ya que, se insiste, el acuerdo de transacción contempló que el dinero fuese devuelto a AAAA y no a BBBB. Adicionalmente, se reitera, no está probado que dichos recursos tengan o hubieran tenido como destinatario a la entidad bancaria.

Por otra parte, la Sala no puede aceptar el argumento según el cual la supuesta devolución de dinero implica que no existió provecho económico como consecuencia de la celebración de las operaciones estudiadas en el presente caso. Por el contrario, como quedó demostrado en el proceso a partir de la comunicación que AAAA allegó al expediente¹¹, la sociedad comisionista pagó cuatrocientos sesenta y siete millones doscientos noventa y siete mil quinientos dos pesos (\$467.297.502) por concepto de comisiones relacionadas con las operaciones cuestionadas.

Como se observa, es claro que el monto anteriormente indicado ingresó al patrimonio del señor [REDACTED] como consecuencia de las operaciones en que BBBB se vio perjudicada. Este implica, como es lógico, que de no haberse ejecutado la conducta por parte del investigado, el patrimonio de éste no se hubiera visto favorecido. El solo hecho de haber aumentado su patrimonio por conducto de los 33 conjuntos de operaciones, implica de por sí un provecho económico. Por este motivo, en nada importa el destino que el investigado haya dado a estos dineros.

Finalmente, la Sala considera importante recordar cuál es el fin de la sanción de multa. Para eso, resulta pertinente traer a colación el pronunciamiento que al respecto realizó la Corte Constitucional, que indicó que:

"[a]tendiendo a la naturaleza sancionatoria de la multa, la jurisprudencia ha entendido que aquella no configura una 'deuda' en el mismo sentido en que lo son los créditos civiles. Y es que no existe razón alguna para considerar que, como en ambos casos el medio liberatorio de la obligación es el dinero, la naturaleza jurídica de los créditos sea la misma. Ciertamente, el origen de la multa es el comportamiento delictual del individuo, no su capacidad transaccional, y su finalidad no es el enriquecimiento del erario, sino la represión de la conducta socialmente reprochable (...) Más aún, la multa no es una carga pecuniaria de naturaleza resarcitoria que persiga reparar el daño provocado por el delito. Como consecuencia de su índole sancionatoria, la multa no es apta

¹¹ Comunicación con consecutivo D-2184 que obra a folio 557 de la Carpeta de Pruebas Original.

de modificarse o extinguirse por muchas de las formas que lo hacen los créditos civiles. En este contexto, la multa no es susceptible de conciliación, no puede compensarse (...) No está en poder del sujeto pasivo la transacción del monto de la misma o la posibilidad de negociar su imposición (...)"

Como se observa, en materia sancionatoria la razón de ser de la multa es el castigo de la conducta reprochable. Teniendo en cuenta que la conducta cometida por el señor [REDACTED] es de las más graves que se pueden cometer en el marco del mercado de valores, no observa esta Sala que la sanción de multa impuesta en la primera instancia sea desproporcionada.

Por el contrario, según lo establece el artículo 82 del Reglamento de AMV, “[s]i el beneficio económico percibido por el sancionado en relación con los hechos objeto de sanción es superior a los topes previstos en el inciso anterior [200 S.M.L.M.V.], podrá imponerse una multa superior a los topes antes mencionados”. Así las cosas, teniendo en cuenta el beneficio obtenido por el investigado, la punibilidad pudo ser mayor.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario del Autorregulador del Mercado de Valores –AMV–, integrada por la doctora Elizabeth Yalile Lamk (Presidente de la Sala), y los doctores Jaime Alberto Gómez Mejía y Mauricio Valenzuela Grueso de conformidad con lo consagrado en el Acta 235 del 10 de noviembre 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 [REDACTED] las sanciones de **EXPULSIÓN** del mercado de valores y **MULTA de SETENTA (70) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**, en los términos de los artículos 82 y 84 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

ELIZABETH YALILE LAMK
PRESIDENTE

JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ DE CASTRO
SECRETARIO