

AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES DE COLOMBIA AMV

TRIBUNAL DISCIPLINARIO

SALA DE REVISIÓN

RESOLUCION No. 03

(JULIO 26 DE 2007)

Por medio de la cual se decide el recurso de apelación presentado en contra de la resolución N° 03 de 16 de mayo de 2007 de la Sala de Decisión “1” del Tribunal Disciplinario de AMV.

LA SALA DE REVISIÓN DEL TRIBUNAL DISCIPLINARIO DE AMV

En ejercicio de sus atribuciones legales y reglamentarias, adopta la determinación aquí contenida, previo recuento de los siguientes

I. ANTECEDENTES

Por conducto de la Secretaría del Tribunal Disciplinario, la Sala de Revisión de dicho órgano conoce del recurso de apelación presentado por el Representante Legal de [REDACTED] en contra de la Resolución N° 03 de 16 de mayo de 2007, mediante la cual la Sala de Decisión “1” del Tribunal decidió en primera instancia el proceso disciplinario adelantado a la mencionada sociedad comisionista de bolsa (en adelante la comisionista, la firma, la sociedad o la entidad).

Previo estudio de los hechos, los cargos presentados, las explicaciones rendidas, las pruebas, el documento de la Dirección Legal y Disciplinaria de AMV que evalúa las explicaciones expuestas por el representante de la mencionada firma comisionista y el expediente que reposa en la Secretaría del Tribunal, la Sala de Decisión “1” decidió imponerle a [REDACTED] una sanción de AMONESTACIÓN por el incumplimiento a lo establecido en el numeral 4.2 del

ordinal a) del artículo 1.1.6.1. de la Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores, hoy Superintendencia Financiera de Colombia.

Lo anterior conforme a la parte motiva de la providencia recurrida.

II. CONTENIDO DEL RECURSO DE APELACION INTERPUESTO POR EL REPRESENTANTE DE LA SOCIEDAD INVESTIGADA

El representante de [REDACTED] interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución número 03 del 16 de mayo de 2007, dentro del término establecido en el artículo 87 del Reglamento de AMV, fundamentado en los argumentos que pasan a esbozarse:

2.1. Consideraciones generales

El representante legal de [REDACTED] inicia su defensa manifestando que su planteamiento relacionado con que *“(...) si bien es cierto que las firmas deben monitorear los sistemas y actualizarlos constantemente, también lo es que dicha obligación se ha cumplido en debida forma por parte de la sociedad comisionista investigada, (...)”* fue reconocido por la Sala de Decisión “1” cuando en la resolución apelada indicó que *“(...) ha quedado clara la preocupación de [REDACTED]. por cumplir lo establecido en materia de llamadas telefónicas y conversaciones a través de sistemas de mensajería, de lo que dan crédito las políticas y controles establecidos al interior de la firma.”*¹

Esta circunstancia lo lleva a concluir que el objeto del presente proceso, es establecer si [REDACTED] contaba con los mecanismos de las calidades a los que se refiere el numeral 4.2 del ordinal a) del artículo 1.1.6.1. de la Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores, hoy Superintendencia Financiera de Colombia y no a determinar si la empresa monitoreo o no los sistemas de grabación. Al respecto, señala que [REDACTED] si contaba con mecanismos de la calidad establecida en dicha norma, además de haber entregado a todo su personal manuales e instrucciones específicas sobre la forma en que deben utilizarse los aplicativos de mensajería instantánea, los correos y las prohibiciones que giran alrededor de la actividad de intermediación.

¹ Vale la pena aclarar que el aparte traído por el investigado no corresponde al efectivamente realizado por la Sala de Decisión “1” del Tribunal Disciplinario, lo que realmente se dijo fue lo siguiente: *“(...) ha quedado clara la preocupación de [REDACTED] por cumplir lo establecido en materia de grabaciones telefónicas y de servicio de mensajería instantánea, cuestión de lo cual dan crédito las diferentes políticas y controles establecidos al interior de la firma.”*

² Funcionaria de [REDACTED]

Por último aduce que lo establecido por el numeral 4.2 del ordinal a) del artículo 1.1.6.1. de la Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, corresponde a uno de los requisitos que deben acreditarse al momento de ser inscrito en el Registro Nacional de valores e Intermediarios (RNVI), cuestión verificada en su momento por la hoy Superintendencia Financiera de Colombia.

2.1.2. Del caso concreto.

Aduce el mencionado representante que cuando la norma endilgada como violada hace referencia a “(...) mecanismos “seguros y eficientes”, se refiere a que tales características deben ser determinadas por la sociedad conforme a su conocimiento sobre la materia, pues el artículo no impone cuales deben ser aquellas medidas de manera específica.”

Por lo tanto, cuando AMV sugiere que para dar cumplimiento a la norma en comento se requiere de un bloqueo de los canales de sistemas de mensajería electrónica y no sólo de ordenes administrativas, “(...) le está exigiendo a la sociedad especificaciones que no eran impuestas por el artículo analizado, (...)”, y en tal sentido es contrario a la seguridad jurídica la imposición de una sanción por el incumplimiento de un requisito que no se encuentra consagrado literalmente en la reglamentación correspondiente.

Finalmente, alega que el hecho de no haberse encontrado copia de la conversación sostenida por la señora AA² no significa que por ello se haya violado la norma, sino que existen situaciones que se escapan a la orbita de protección, “(...) como lo es la renuencia injustificada de un funcionario hacia las ordenes impartidas por la administración de la sociedad.”, toda vez que dicho artículo no exige que las medidas sean inviolables, ya que se trata de una obligación de medio y no de resultado.

2.1.3. De la tipicidad de manera disciplinaria y los aspectos probatorios.

Señala que si bien los procesos disciplinarios diferentes a los penales cuentan con mayor flexibilidad, no por ello puede desestimarse la importancia del principio de legalidad, ya que para que para que se pueda sancionar por el incumplimiento de una conducta, esta debe estar previamente descrita y determinada en una norma, lo cual en el presente caso se traduce en que como la norma endilgada como violada no establece que se entiende por mecanismos seguros y eficientes, no puede sancionarse por este concepto ya que quedaría al arbitrio del juzgador la determinación de dichas circunstancias lo cual contraría el debido proceso.

² Funcionaria de [REDACTED]

En sustento de su argumento transcribe un breve aparte de la sentencia C-583 de 2005 de la Corte Constitucional, sobre el principio de tipicidad.

2.2. Conclusión.

Con fundamento en los argumentos antes esbozados le solicita a la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario que revoque la resolución N° 03 de 16 de mayo de 2007.

III. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DE LA DIRECCIÓN LEGAL Y DISCIPLINARIA DE AMV.

La Dirección de Asuntos Legales y Disciplinarios de AMV, mediante escrito del 19 de junio de 2007, presentó su pronunciamiento sobre el recurso de apelación presentado por el representante del ente investigado de la siguiente manera:

3.1 Sobre el cumplimiento de la obligación de contar con procedimientos y mecanismos seguros y eficientes para grabar las comunicaciones.

Aduce el Director de Asuntos Legales y Disciplinarios de AMV que la obligación de contar con mecanismos seguros y eficientes para grabar las comunicaciones efectuadas en las mesas de negociación no debe cumplirse únicamente al momento de obtener la inscripción en el RNVI, sino que es una obligación que adquiere sentido una vez el intermediario comienza su operación en el mercado y no antes, ya que “ (...) sería inocua la norma si exigiera que la obligación se cumpliera únicamente para efectos de obtener la inscripción y dejara al arbitrio de los agentes inscritos su posterior cumplimiento”, motivo por el cual no son aceptables los argumentos del recurrente en ese sentido.

3.2 La implementación de procedimientos y mecanismos seguros y eficientes para grabar las comunicaciones es una obligación de resultado

En criterio de la mencionada Dirección la seguridad y la eficiencia de la que habla el numeral 4.2 del ordinal a) del artículo 1.1.6.1. de la Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, solamente puede medirse, de manera objetiva, con el resultado que produzca el mecanismo empleado.

Por lo tanto si el mecanismo empleado “(...) no graba todas las conversaciones realizadas por los operadores de las mesas de negociación o no permite guardar copias de respaldo de las mismas, que es precisamente el resultado esperado, (...)” es dable

afirmar que el mecanismo es ineficiente o inseguro desde el punto de vista de lo que busca la norma.

Así las cosas, concluye que *“(...) una conversación realizada por un operador de la mesa de negociación de la sociedad investigada no fue grabado,(...) lo que en principio representaba un incumplimiento a la norma citada en el pliego de cargos.”*

Por último, la Dirección Legal y Disciplinaria de AMV señala que de acuerdo con el concepto técnico recaudado y que se incorporó como prueba al proceso, es dable señalar que el *“(...) sistema de grabación de la sociedad investigada no reúne las características de seguridad requeridas, en cuanto no bloquea otros medios de comunicación que pueden utilizar los miembros de la mesa de negociación, (...) lo que en últimas deriva en que la utilización del sistema establecido por la sociedad comisionista y del cual quedan las respectivas copias de respaldo, sea discrecional del funcionario respectivo, a pesar de las advertencias que se han hecho en ese sentido por parte de la administración de la sociedad.”*, lo cual es suficiente para concluir que el sistema no cumple con los requisitos establecidos por la norma endilgada como violada.

3.3 Petición.

Fundamentado en los argumentos antes esbozados la Dirección de Asuntos Legales y Disciplinarios de AMV solicita a la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario que resuelva desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto y en consecuencia confirme la sanción establecida mediante la Resolución N°03 de 16 de mayo de 2007.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA DE REVISIÓN

Corresponde a la Sala de Revisión pronunciarse sobre los argumentos planteados por el representante legal de la investigada, así como realizar la evaluación de los mismos, para lo cual se estima pertinente dividir las formulaciones en los siguientes acápite, a saber:

4.1 De la vocación de permanencia del requisito establecido en el subnumeral 4.2 del ordinal a) del artículo 1.1.6.1. de la Resolución 400 de 1995 de la entonces Superintendencia de Valores, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, vigente para la época de los hechos.³

En primera medida es pertinente señalar al representante de la sociedad investigada, la preocupación que le genera a esta Sala, el argumento según el

³ Subrogado por el Decreto 3139 de 2006, e incorporado a la mencionada Resolución 400 bajo el numeral 7.2 del artículo 1.1.3.10.

cual, la obligación de contar con procedimientos y mecanismos seguros y eficientes que permitan tomar copias de respaldo de la información manejada en los equipos de computación utilizados en la mesa de negociación, se agota una vez se obtenga la inscripción como intermediario en el mercado de valores.

Preocupante, en la medida que proviene de un profesional del mercado de valores, que conoce el interés público que recae sobre la actividad bursátil y la importancia de mantener las condiciones propicias que generen un mercado de valores seguro, íntegro, transparente y confiable.

Y es que resulta innegable que el espíritu del artículo endilgado como violado a la sociedad comisionista de bolsa [REDACTED] en el presente proceso, es el mantenimiento de las condiciones de transparencia, seguridad y confiabilidad que esperan los inversionistas, situación que no requiere de mayor argumentación si se tiene en cuenta que es la misma disposición la que obliga a la conservación de la información grabada por el mismo período exigido para los libros y documentos del comerciante.

En tal sentido, es clara la vocación de permanencia exigida respecto del mantenimiento de mecanismos seguros y eficientes que permitan tomar copias de respaldo de la información que circula por los equipos de cómputo de los funcionarios de la mesa de negociación de los intermediarios de valores, ya que como lo anota la Dirección Legal y Disciplinaria de AMV el propósito buscado por la norma a través de dichos mecanismos es *"(...)servir de soporte y prueba respecto de las actividades realizadas por los funcionarios de las mesas de negociación, asunto que además sirve como medio de protección de los derechos de los inversionistas y también como medio de defensa de las propias sociedades comisionistas cuando quiera que se les impute algún incumplimiento de ordenes o cualquier otro aspecto relacionado con los mandatos dados a ellas por parte de los clientes, pues los mecanismos mencionados servirán para verificar las condiciones en que fueron pactadas las distintas operaciones."*

4.1.1. Legalidad y tipicidad de la norma endilgada como violada.

Para ubicarnos en contexto conviene entonces recordar que nos encontramos frente a un proceso disciplinario, que propende por el cumplimiento de unos fines previamente establecidos por la normativa vigente, tal como lo es el encauzar el comportamiento de los intermediarios de valores a las normas que rigen este mercado, con el objeto de contribuir a la transparencia, seguridad y confiabilidad en el mercado de valores.⁴

⁴ Ver Resolución N° 01 de 2007. Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario.

Por ello, la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional, atendiendo a que los fines del derecho penal se diferencian sustancialmente de los del derecho disciplinario, ha reconocido la imposibilidad de asimilar integralmente los principios del derecho penal al derecho disciplinario, al respecto en diversas ocasiones ha dispuesto que:

*"La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido."*⁵

Ahora bien, en cuanto hace a los principios de legalidad (que toda sanción tenga fundamento en la ley) y de tipicidad (descripción de la conducta objeto de reproche), debe decirse, por una parte, que los organismos autorreguladores, gracias lo dispuesto por el literal c) del artículo 24 de la Ley 964 de 2005, son competentes para imponer sanciones por el incumplimiento de las normas del mercado de valores y de los reglamentos de autorregulación y por otra, que la conducta reprochada a [REDACTED] se encuentra descrita en la Resolución 400 de 1995, norma del mercado de valores que se encontraba vigente para la época de ocurrencia de los hechos.

De otro lado, la Sala rechaza el argumento del ente investigado según el cual, cuando el numeral 4.2 del ordinal a) del artículo 1.1.6.1. de la Resolución 400 de 1995 de la entonces Superintendencia de Valores, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, hace referencia a "(...) mecanismos "seguros y eficientes", se refiere a que tales características deben ser determinadas por la sociedad conforme a su conocimiento sobre la materia, pues el artículo no impone cuales deben ser aquellas medidas de manera específica", por cuanto es inconcebible que la normativa del mercado de valores, deje en manos de los propios intermediarios que pretende regular y conforme a criterios eminentemente subjetivos, como los que aduce el investigado, el debido cumplimiento de las disposiciones con los diversos criterios que puedan tener cualquiera de los intermediarios de valores que actúan hoy día en nuestro mercado.

Por ello es que debe acudirse a criterios objetivos tales como la interpretación gramatical orientada a su vez por el espíritu de la norma al cual previamente nos hemos referido, elementos que, tal como lo señaló la Sala de Decisión "1" en la resolución recurrida permiten concluir objetivamente que "(...) el mecanismo seguro

⁵ Corte Constitucional sentencia T-146 de 1993. Ver adicionalmente las sentencias C-597 de 1996 y C-948 de 2002.

y eficiente es aquel libre de riesgos, que permite conseguir el efecto dispuesto por la norma, esto es, tomar copias de respaldo de la información manejada en los equipos de computación y en general de cualquier dispositivo que se utilice en las mesas de negociación de los intermediarios, a través de los cuales se pueda enviar o recibir datos, sin distinción alguna.”

Así las cosas, partiendo del material probatorio obrante en el expediente, se observa con total claridad que la conversación efectuada a través del servicio de mensajería instantánea Messenger entre las señoras [REDACTED], Promotora Comercial de [REDACTED] y la señora [REDACTED], funcionaria de [REDACTED] y en la cual la primera realiza una rendición de cuentas a la interlocutora, no se encuentra registrada en los términos del artículo endilgado como violado, lo cual *perse* conlleva el incumplimiento de la misma.

Con fundamento en lo expuesto y precisamente en consideración de las políticas adoptadas al interior de la firma es que aplicando un juicio de proporcionalidad razonable se encuentra acertada la decisión de primera instancia, pues a pesar de todos los esfuerzos realizados, lo cierto es que el sistema de grabación de la sociedad comisionista investigada no graba las conversaciones que decidan mantener sus funcionarios a través del canal de Messenger de Hotmail, circunstancia que en sí misma considerada lo convierte en inseguro e ineficiente.

En mérito de todo lo expuesto, los miembros de Sala de Revisión integrada por los doctores Roberto Pinilla Sepúlveda, Jaime Eduardo Santos Mera y Ramón Eduardo Madriñan de la Torre por unanimidad, adoptan la decisión contenida en el artículo primero de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el Acta N° 04 de 5 de julio de 2007 se

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución N°03 de 16 de mayo de 2007, mediante la cual, en virtud de lo dispuesto por el numeral 2.1 del artículo 81 del Reglamento de AMV se **AMONESTÓ** a la sociedad comisionista de bolsa [REDACTED] por el incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 4.2 del ordinal a) del artículo 1.1.6.1. de la Resolución 400 de 1995 de la entonces Superintendencia de Valores, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, vigente para la época de los hechos.

ARTÍCULO SEGUNDO: ADVERTIR a la sociedad comisionista de bolsa Gesvalores S.A. que contra la presente resolución no procede recurso alguno.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

**ROBERTO PINILLA SEPULVEDA
PRESIDENTE**

**PILAR CABRERA PORTILLA
SECRETARIO**