

AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES DE COLOMBIA -AMV-

TRIBUNAL DISCIPLINARIO

SALA DE REVISIÓN

Resolución No. 21

Bogotá, D.C, siete (07) de octubre de 2015

NÚMERO DE INVESTIGACIÓN: 01-2013-292
INVESTIGADO: JORGE AUGUSTO NÚÑEZ CORTÉS
RESOLUCIÓN: SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario, en ejercicio de sus atribuciones legales, reglamentarias y estatutarias, plasma la determinación tomada en sesión del 23 de septiembre de 2015, mediante la cual se desató el recurso de apelación interpuesto por el Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia (en adelante AMV), contra la Resolución No. 32 del 29 de septiembre de 2014, emitida por la Sala de Decisión No. "12" para clausurar, en primera instancia, el asunto de la referencia.

1. ANTECEDENTES

El 21 de mayo de 2013, AMV inició el proceso disciplinario No. 01-2013-292 contra el señor Jorge Augusto Núñez Cortes, en su calidad de persona natural vinculada a Intermediario 1 S.A. Comisionista de Bolsa –hoy Intermediario 1- (en adelante Intermediario 1) para la época de ocurrencia de los hechos investigados, para lo cual le envió a la última dirección conocida una solicitud formal de explicaciones¹ bajo la consideración preliminar de que habría vulnerado los artículos 7.3.1.1.2 [1] y [5], 7.3.1.1.3 y 5.4.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010, 36.1, 41, 49.1, 127 y 128 del Reglamento de AMV.

El 25 de junio de 2013, el señor Núñez Cortés presentó las explicaciones requeridas². Al no ser consideradas de recibo, el 28 de octubre de 2013, el Instructor elevó pliego de cargos, frente al cual el investigado no se pronunció.

El 29 de septiembre de 2014, la Sala de Decisión "12" del Tribunal Disciplinario puso fin a la primera instancia en el proceso. El 9 y 15 de octubre del mismo año, el disciplinado y AMV interpusieron, respectivamente, recursos de apelación contra dicha decisión³, de los cuales se surtió el traslado reglamentario⁴.

¹ Folios 1 y subsiguientes de la carpeta de actuaciones finales.

² Folios 38 a 85 de la carpeta de actuaciones finales.

³ Folios 241 a 246 y 247 a 252, respectivamente, de la carpeta de actuaciones finales.

2. SÍNTESIS DE LA IMPUTACIÓN

AMV imputó al señor Núñez Cortés, en su condición de persona natural vinculada a Intermediario 1, la comisión de cuatro conductas:

(i) Utilización indebida de recursos de propiedad de sus clientes, en beneficio de otros inversionistas de la firma, con la consecuente vulneración de los deberes de honestidad, transparencia y lealtad que le eran exigibles como profesional del mercado.

Sobre este particular, el Instructor indicó que el 7 y 16 de diciembre de 2011 y el 1º de febrero de 2012 el investigado ordenó trasladar recursos entregados por los clientes AAAA, BBBB y CCCC a la cuenta de otros inversionistas de la Sociedad Comisionista, con el objeto de celebrar operaciones o resarcir supuestas "pérdidas" obtenidas por éstos en el mercado de valores.

Mencionó que los inversionistas presuntamente afectados por la conducta del disciplinado y los montos de las transacciones irregulares fueron los siguientes:

Cliente titular de los recursos	Fecha del traslado	Cliente "beneficiario" del traslado	Valor trasladado
AAAA	07-dic-11	BBBB	\$177.120.000.00
	07-dic-11	DDDD	\$22.880.000.00
BBBB	16-dic-11	EEEE	\$17.532.000.00
	16-dic-11	FFFF	\$14.528.000.00
CCCC	01-feb-12	GGGG	\$70.000.000.00

(ii) Defraudación a uno de sus clientes, producto de una pretendida apropiación de dinero que le fue entregado en razón de actividades de intermediación, desconociendo con ello los deberes de honestidad, profesionalismo y seriedad.

Sobre el particular, el Ente investigador precisó que el 13 de septiembre de 2011 la cliente BBBB le entregó al investigado la suma de \$1.200.000 en efectivo, con el fin de que fuera invertido en el mercado de valores. No obstante, dijo el Instructor, no se encontró evidencia de que el dinero hubiese ingresado a la cuenta de la inversionista en Intermediario 1.

(iii) Inobservar los deberes especiales de asesoría e información y los deberes generales de lealtad y profesionalismo.

AMV explicó que los clientes GGGG, CCCC, HHHH, AAAA y BBBB coincidieron en afirmar en sus quejas que el investigado celebró operaciones de especulación que no correspondían con su perfil de inversionistas. Adicionalmente, señaló que el

⁴ Los pronunciamientos del investigado y el Instructor obran en los folios 255 a 260 de la carpeta de actuaciones finales.

investigado desconoció los deberes de lealtad y profesionalismo al instar a los clientes a no diligenciar parte del formulario de apertura de cuenta para después, al parecer, completarlos con información errónea y contraria a la realidad.

(iv) Realizar actividades de intermediación en el mercado de valores sin estar certificado en la modalidad exigible para el efecto.

Anotó AMV que para la época de los hechos objeto de debate el señor Núñez Cortés no estaba certificado en la especialidad de negociación de instrumentos derivados con subyacente, pese a lo cual realizó funciones como operador en ese tipo de negocios. Explicó que existen conversaciones telefónicas entre el disciplinado y algunos clientes que evidencian que, si bien las operaciones sobre derivados realizadas por cuenta de éstos fueron "cerradas" por otros funcionarios de la firma comisionista, fue el inculpado quien las estructuró e instó a los inversionistas a aprobarlas, para lo cual transfería la llamada a un operador de Intermediario 1 quien tomaba la orden sobre la respectiva operación.

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

El investigado adujo en su escrito de explicaciones los siguientes argumentos de defensa:

3.1. Aseguró que las imputaciones relacionadas con el presunto incumplimiento de los deberes generales de lealtad, honestidad, profesionalismo, transparencia y seriedad fueron indebidamente formuladas porque no hay una definición legal o reglamentaria de dichos conceptos que permita establecer cómo se configuró su eventual violación, lo cual afecta el ejercicio de su derecho de defensa.

3.2. Dijo que sí recibió de la cliente BBBB la cantidad de \$1.200.000.00, pero como un préstamo para pagar el colegio de su hijo, y que esa transacción no tuvo ninguna relación con actividades de intermediación de valores.

3.3. Indicó que en Intermediario 1 era una práctica generalizada que los comerciales diligenciaran los correspondientes formatos de apertura de cuenta, en presencia de los clientes y que, en este caso, los inversionistas quejosos firmaron los documentos de apertura sin cuestionar su rúbrica.

Además, dijo, los clientes declararon conocer las normas del mercado de valores, cuando firmaron las cartas de compromiso para la celebración de operaciones de venta con pacto de recompra y contratos de cuentas de margen, por lo cual no puede imputársele el desconocimiento del deber de asesoría.

3.4. El disciplinado dijo que tampoco desconoció el deber de información, porque la función de remitir extractos de cuenta a los clientes correspondía a otro funcionario y, en todo caso, los inversionistas recibieron todas las papeletas de liquidación de las operaciones y él siempre les suministró la información relacionada con el manejo de sus cuentas.

3.5. Finalmente, indicó que él no cerraba operaciones sobre derivados, sino que simplemente informaba a sus clientes sobre las características de este tipo de negociaciones y que brindó dicha asesoría porque en Intermediario 1 no había quién lo hiciera, razón por la cual, afirmó, cualquier error sobre el particular es imputable a la firma comisionista y no a él.

4. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Al analizar la actuación disciplinaria, la Sala consideró lo siguiente:

4.1. Indebida utilización de recursos de los clientes y vulneración de los deberes de lealtad, transparencia y honestidad

La Sala de Decisión indicó que no había un elemento probatorio que permitiera establecer que la instrucción del cliente AAAA hubiese sido la de invertir los recursos entregados exclusivamente en su cuenta y no en la de la señora BBBB, de quien era esposo y ordenante, por lo cual consideró que no podía darse por probado que el investigado hubiera dado un uso indebido a los \$177.120.000.00 que fueron aplicados a la cuenta de la citada inversionista.

La Sala de primera instancia señaló, no obstante, que no ocurrió lo mismo respecto de los \$22.880.000.00 que fueron depositados a favor de la cliente DDDD, pues no existe ninguna prueba que acredite en este caso que el señor AAAA hubiere instruido al investigado para dicho giro de recursos.

Respecto del traslado de \$32.060.000.00 de propiedad de la señora BBBB a favor de los clientes EEEE y FFFF, la Sala de Decisión destacó que dicha transacción se encuentra debidamente soportada en la orden suscrita por la citada inversionista el 16 de diciembre de 2011.

Respecto del depósito de \$70.000.000.00 de la señora CCCC en la cuenta del cliente GGGG, la Sala de primera instancia señaló que si bien es cierto aquella cliente era madre y ordenante de éste último, su instrucción fue clara y suficiente en cuanto a que el dinero entregado debía ser depositado en su "*cuenta personal*", lo cual fue desatendido por el disciplinado.

En ese sentido, la Sala de Decisión concluyó que en este caso estaba probado que el señor Núñez Cortés utilizó indebidamente \$22.880.000.00 de propiedad del cliente AAAA y \$70.000.000.00 de la señora CCCC.

4.2. Defraudación y vulneración de los deberes de honestidad, profesionalismo y seriedad

La Sala de Decisión indicó que existen suficientes medios de convicción en el expediente que demuestran que efectivamente el investigado *"hizo un uso inapropiado y no autorizado del dinero que le había sido entregado por la señora BBBB en desarrollo de la actividad de intermediación"*. Además, destacó que el inculpado no desconoció que recibió el dinero, sino que, por el contrario, afirmó en las explicaciones que le fue entregado con ocasión de un préstamo personal, circunstancia que, en todo caso, no demostró.

4.3. Incumplimiento de los deberes de asesoría e información, así como de lealtad y profesionalismo

La Sala de Decisión consideró que, en *"un ejercicio responsable de la libertad de empresa"*, el asesoramiento bien pudo ser atendido por el investigado a través de distintos medios o procedimientos, pero AMV no se empleó a fondo para dilucidarlo, de manera tal que ante la ausencia de una prueba que demuestre lo contrario no es dable afirmar que el disciplinado omitió brindarles a los clientes la información necesaria para tomar una decisión de inversión.

4.4. Realizar actividades de intermediación sin estar certificado

La Sala de Decisión afirmó que de la revisión de las conversaciones sostenidas entre el señor Núñez Cortés y los señores JJJJ y CCCC surge de manera clara que el investigado participó activamente en la estructuración de operaciones sobre derivados, actividad que desarrolló sin estar certificado en la modalidad necesaria para tal fin.

5. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR AMV

El 15 de octubre de 2014, AMV interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, frente al cual el señor Núñez Cortés se pronunció el 22 del mismo mes y año, argumentando extemporaneidad en su interposición.

Sobre el particular, esta Sala de Revisión tiene dicho que en nuestro sistema procesal impera, entre otros, el principio de eventualidad del proceso, según el cual éste se articula en distintas etapas, y de preclusión de las etapas procesales, conforme con el cual, para que los actos procesales tengan efecto, deben llevarse a cabo oportunamente. Para su eficacia, es necesario que se ejecuten dentro de los términos establecidos por la ley (o los reglamentos en el caso de las actuaciones disciplinarias surtidas ante AMV). En consecuencia, al expirar el tiempo señalado para una actividad procesal específica sin que ésta se efectúe el acto ya no puede tener efecto.

En ese sentido, este Tribunal ha indicado que la preclusión es la pérdida del derecho que asiste a las partes del proceso para ejecutar ciertos actos procesales y tiene por objeto dotar de precisión y seguridad el procedimiento; además,

atribuye firmeza a las distintas decisiones adoptadas dentro del respectivo trámite. Una de las situaciones que puede dar lugar a que opere la preclusión es, precisamente, el uso extemporáneo de los términos procesales; así, si la parte interesada no apela dentro del plazo taxativamente señalado por las normas, le queda clausurada la etapa procesal respectiva.

El establecimiento de plazos perentorios para el ejercicio de las cargas procesales no sólo preserva los principios de seguridad jurídica y de preclusión, sino que también les garantiza a las partes la vigencia de derechos constitucionales como el debido proceso, la defensa y la igualdad procesal. En efecto, la obligación de realizar actos procesales en un determinado momento, so pena de la pérdida de la oportunidad, además de garantizar el ejercicio del derecho de contradicción, brinda certeza en relación con la consolidación de las situaciones jurídicas⁵.

Así pues, cualquier actuación procesal judicial, administrativa o disciplinaria impone a las partes lo que la doctrina jurídica denomina cargas procesales; esto es, aquellas conductas de realización facultativa que los intervinientes deben realizar de manera imperativa, so pena de soportar las consecuencias jurídicas desfavorables derivadas de su falta de observancia.

Sobre este particular se ha pronunciado la Corte Constitucional, entre otras providencias, en sentencia C-203 de 24 de marzo de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), en los siguientes términos:

"[...] el sujeto procesal que soporta la carga, está en el campo de la libertad para cumplir o no con ella, de modo que si no lo hace no está constreñido para que se allane a cumplirla, por lo cual el no asumirla no dará lugar propiamente a una sanción sino a las consecuencias jurídicas propias de su inactividad, que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los derechos sustanciales que en el proceso se ventilan. Ahora que, con todo y haberse dicho que el incumplimiento de la carga procesal no es en sentido estricto sancionable, es cierto que la omisión de su realización puede traer consecuencias desfavorables para quien la soporta. Ellas pueden consistir en la preclusión de una oportunidad o de un derecho procesal, hasta la pérdida del derecho material, "dado que el sometimiento a las normas procedimentales o adjetivas, como formas propias del respectivo juicio, no es optativo para quienes acuden al mismo con el objeto de resolver sus conflictos jurídicos, en tanto que de esa subordinación depende la validez de los actos que de ellas resulten y la efectividad de los derechos sustanciales".

Ahora bien, descendiendo al caso que ahora ocupa la atención de la Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 del Reglamento de AMV "[e]l recurso de apelación deberá interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de la decisión [...]". Por su parte, el parágrafo del artículo 93 del mismo cuerpo normativo dispone que "las decisiones del Tribunal Disciplinario deberán notificarse al Presidente de AMV mediante comunicación escrita e inmediatamente sean adoptadas".

⁵ En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, entre otras, en sentencias las sentencias C-181 de 12 de marzo de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1165 de 4 de diciembre de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; y C-371 de 11 de mayo de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En el trámite de esta actuación, la Sala de Decisión "12" del Tribunal Disciplinario, por Resolución No. 32 del 29 de septiembre de 2014, puso fin a la primera instancia. Dicha decisión, según se observa en el expediente, fue informada a AMV mediante comunicación del día 30 de septiembre de 2014, fecha en la que la mencionada misiva fue recibida por el instructor del proceso.

De conformidad con las mencionadas normas del Reglamento de AMV, la notificación al Ente investigador se entiende surtida en la fecha comentada y, en consecuencia, el término para que AMV impugnara la providencia proferida venció el 10 de octubre de 2014. No obstante, observa esta Sala que AMV radicó su recurso de apelación, de forma extemporánea, el 15 de octubre de 2014.

Concluye la Sala que el recurso propuesto por AMV resulta improcedente dado que fue formulado por fuera de la oportunidad procesal señalada para ello en el Reglamento. En consecuencia, en la parte resolutive de esta decisión, se rechazará por extemporánea la impugnación presentada por el instructor.

6. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL INVESTIGADO

El 9 de octubre de 2014, en tiempo, el señor Núñez Cortés recurrió la providencia de primera instancia, solicitando ser exonerado de los cargos imputados por AMV y, en consecuencia, de la sanción impuesta por la Sala de Decisión.

Como fundamento de su petición, el disciplinado expuso los siguientes planteamientos:

6.1. Indicó que sólo el 9 de octubre de 2014 recibió la comunicación de fecha 29 de septiembre del mismo año, mediante la cual se le notificaba de la resolución de primera instancia, lo que le impidió presentar "*un escrito propio de defensa*". Cuestionó también algunos supuestas desatenciones operativas en el trámite de la notificación.

Dijo que no se pronunció frente al pliego de cargos porque jamás tuvo oportunidad para ello.

6.2. En lo que respecta al fondo, en relación con la indebida utilización de recursos de clientes, manifestó que si bien no existe una prueba que acredite que el señor AAAA autorizó girar \$22.880.000.00 a la cuenta de la señora DDDD, tampoco hay certeza de que aquél ordenara no hacer tal movimiento de recursos, de manera que ante la duda no sería dable imputar este cargo con base en una simple suposición.

De otra parte, aseguró que la cuenta de GGGG fue abierta por sus padres CCCC y JJJJ y eran estos últimos quienes instruían las operaciones y transacciones sobre la misma, razón por la cual el traslado de \$70.000.000.00, de propiedad de la señora CCCC, a la cuenta de GGGG no fue indebido ni benefició a un tercero ajeno a dicho núcleo familiar.

6.3. Insistió en que la suma de \$1.200.000.00 que recibió el 13 de septiembre de 2011 de la señora BBBB, en efectivo, obedeció a un préstamo personal y que con ello no se transgredió ninguna norma del mercado de valores.

Explicó que debía pagar esa suma dentro del mes siguiente a su recibo, consignando o girando para tal efecto un cheque que ingresara al portafolio de la inversionista, lo que explica la conversación del 18 de octubre de 2011 referida en la resolución de primera instancia, y anotó que si bien no pudo honrar tal obligación, dicho incumplimiento no puede ser juzgado por AMV pues no es un asunto de su competencia disciplinaria.

6.4. Aseguró que lo que se advierte en las conversaciones citadas en la resolución recurrida es que él expresaba su opinión y percepción del mercado de derivados a los clientes, pero no operaba, pues solía transferir la llamada a algún funcionario de la Sociedad Comisionista para que tomara la orden y cerrara la operación por cuenta de los inversionistas.

6.5. Señaló que el “perjuicio” sufrido por los inversionistas se originó en las operaciones que ellos instruyeron y que no puede ser juzgado por un resultado financiero, como tampoco por la falta de instrumentos y regulación interna de Intermediario 1.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. Competencia de la Sala de Revisión

De acuerdo con lo establecido en el numeral 1º del artículo 98 del Reglamento de AMV, es función de la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario resolver los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de primera instancia, de donde surge la competencia de esta Sala para pronunciarse sobre los planteamientos del señor Núñez Cortés.

7.2. Notificación del pliego de cargos y de la resolución de primera instancia

Adujo el Investigado que en el curso de la actuación disciplinaria se violó su derecho al debido proceso, pues no fue debidamente notificado del pliego de cargos, ni de la resolución de primera instancia, lo que le impidió pronunciarse oportunamente y ejercer su derecho de defensa.

El inciso tercero del artículo 93 del Reglamento de AMV establece que el pliego de cargos y las decisiones del Tribunal Disciplinario se deben notificar “*al investigado o a su apoderado a través de comunicación escrita dirigida a la última dirección de notificaciones conocida (...)*” (se subraya). En este caso, advierte la Sala que el 25 de junio de 2013, a través de su escrito de explicaciones, el investigado suministró como dirección de notificación la Calle 109 No. 18C-17 oficina 412 de la ciudad de

Bogotá, siendo ésta la única y última dirección conocida dentro de la actuación disciplinaria.

Observa la Sala que, actuando de conformidad con lo que preceptúa la disposición reglamentaria citada, el 29 de octubre de 2013, AMV le envió una comunicación escrita al investigado, a la dirección mencionada, mediante la cual le corrió traslado del pliego de cargos formulado en su contra el día inmediatamente anterior, indicándole expresamente que contaba con un término de diez (10) días hábiles para pronunciarse.

AMV también le envió al investigado, el mismo día, un correo electrónico dirigido a la cuenta j.nunezXX@hotmail.com, de dominio de éste, informándole de la remisión de la citada comunicación escrita y del pliego de cargos a la dirección suministrada por él. Aprecia la Sala, no obstante, que esa remisión por correo electrónico no está prevista en el Reglamento.

En ese sentido, es claro que el señor Núñez Cortés contó con la oportunidad procesal para presentar sus descargos, pues fue notificado oportunamente y en debida forma del acto de imputación, pese a lo cual guardó silencio y no presentó sus descargos.

Respecto de la Resolución de primera instancia, no encuentra la Sala ningún tipo de error en el procedimiento de notificación surtido, porque, como consta en la comunicación del 30 de septiembre de 2014 y en la orden de servicio de mensajería que reposan en el expediente, dicha providencia fue remitida a la Calle 109 No. 18C-17 oficina 412 de la ciudad de Bogotá, dirección que, como se indicó, fue la que el disciplinado designó expresamente como lugar de notificación.

Señaló el recurrente que la resolución impugnada llegó a sus manos después de transcurridos varios días y de manera incompleta. No obstante, no aportó ninguna prueba que soportara su afirmación y, en todo caso, ese no es un hecho imputable a AMV, porque, como se indicó, la notificación se surtió siguiendo el procedimiento establecido en el Reglamento de AMV, esto es, mediante comunicación escrita dirigida a la última dirección conocida.

Así las cosas, no encuentra la Sala procedente el argumento del señor Núñez Cortés acerca de una supuesta vulneración de la garantía del debido proceso de la que es titular, pues la notificación del pliego de cargos y de la decisión de primera instancia se llevó a cabo de conformidad con lo preceptuado por el artículo 93 del Reglamento de AMV, y fue efectivamente recibida por el investigado, quien incluso interpuso el recurso de apelación cuatro (4) días hábiles antes de que se le venciera el respectivo término.

7.3. Consideraciones de fondo

7.3.1. Indevida utilización de recursos de clientes en beneficio de otros inversionistas de Intermediario 1

Adujo el investigado que la imputación formulada en su contra por la utilización indebida de \$22.880.000.00 de propiedad del señor AAAA que fueron depositados en la cuenta de la cliente DDDD, constituye una simple suposición.

Igualmente, indicó que el depósito de \$70.000.000.00 entregados por la señora CCCC en la cuenta de su hijo, GGGG, no constituye un hecho irregular, pues dichas cuentas, dijo, se manejaban de manera conjunta por la señora CCCC y su ordenante, el señor JJJJ.

En relación con el primer cuestionamiento del recurrente, es preciso recordar que dentro del acervo probatorio del expediente obra una comunicación de Intermediario 1 en la que informa que los \$22.880.000.00 entregados por el señor AAAA fueron aplicados a la cliente DDDD *"por orden unilateral del señor Jorge Núñez"*⁶, lo cual es concordante con la conclusión a la que arribó la Auditora Interna de la mencionada firma, en cuyo informe del 17 de octubre de 2012 afirmó que el "desvío" de dicha suma de dinero se llevó a cabo *"sin el consentimiento del cliente"*.

Cabe agregar que en el curso de la investigación no se encontró ninguna orden del señor AAAA a través de la cual instruyera al investigado para que destinara los referidos recursos en la forma en que lo hizo, lo cual corrobora que su comportamiento fue irregular, en tanto utilizó de manera indebida y sin autorización el dinero del citado cliente.

Ahora bien, señaló el disciplinado que si bien no había una orden del inversionista, instruyendo el mencionado traslado, tampoco existió una instrucción prohibiendo dicha transacción. Sin embargo, el señor Núñez Cortés no tuvo en cuenta que en su calidad de persona natural vinculada sólo le estaba permitido manejar los activos entregados por los clientes de acuerdo con las instrucciones, previas y expresas que, para el efecto, estos impartieran. En otras palabras, no le es dable a un intermediario o a una persona vinculada suplir la voluntad del cliente por la suya propia. Dado que el señor AAAA no había autorizado que su dinero fuera usado en favor de la señora DDDD, la conducta del investigado constituye una utilización indebida de recursos de clientes.

Esta misma consideración es aplicable frente al manejo que el recurrente le dio a los \$70.000.000.00 entregados por la señora CCCC, pues está probado dentro de la actuación que la cliente ordenó en forma expresa e inequívoca que dicha suma de dinero debía ser abonada a su *"cuenta personal"*⁷, lo cual descarta cualquier otra interpretación sobre su destino y finalidad, aún bajo la consideración de que ella manejaba su cuenta y la de su hijo GGGG, en la que fueron depositados los recursos, de manera mancomunada, pues, se reitera, la administración y uso de los activos de los inversionistas debe hacerse con estricto observancia de los lineamientos fijados por ellos.

En otras oportunidades ha dicho esta Sala que conductas como el uso no autorizado de dinero de los clientes representan la antítesis y la negación misma

⁶ Folio 165 de la carpeta de pruebas.

⁷ Folio 95 de la carpeta de pruebas.

de las reglas básicas de funcionamiento y operación del mercado de valores que presuponen la entrega de unos recursos para que sean destinados, en forma exclusiva, a los propósitos y objetivos instruidos por el cliente, directamente o a través de los ordenantes previamente designados⁸.

En efecto, ese tipo de infracciones viola la confianza del inversionista y contraría, *per se*, de manera clara, un axioma que resulta elemental, pero a la vez neurálgico para el buen suceso del mercado: que los recursos del cliente son intocables salvo, claro está, en aquellos eventos en los que él mismo autorice su disposición, a través de las distintas manifestaciones contractuales propias de la actividad de intermediación de valores⁹.

Por esa razón, este Tribunal Disciplinario ha indicado que todo desvío de ese propósito fundamental, con independencia del monto de los recursos indebidamente utilizados o apropiados, debe ser reprobado y totalmente censurado, pues no es de ningún modo tolerable que el intermediario privilegie intereses de terceros, en perjuicio de los del cliente que son la esencia y el pilar fundamental de la actividad bursátil.

En consecuencia, esta Instancia comparte la conclusión de la Sala de Decisión, en el sentido de que está plenamente probado que el investigado hizo un uso no autorizado de los recursos de los clientes AAAA (\$22.800.000.00) y CCCC (\$70.000.000.00), por lo cual se confirma la procedencia de este cargo en los términos en que lo hizo la Sala de Decisión.

7.3.2. Defraudación y vulneración de los deberes de honestidad, profesionalismo y seriedad

Indicó el recurrente que AMV no es competente para conocer de los hechos que fundamentaron el cargo por defraudación, porque la suma de dinero que le entregó la cliente BBBB el 13 de septiembre de 2011 se enmarcó en un préstamo de carácter personal y no en una actividad de intermediación.

Sobre el particular, sea lo primero recordar que en la diligencia de descargos llevada a cabo en Intermediario 1 el 4 de junio de 2012, y cuya acta reposa en el expediente, el investigado negó haber recibido de la señora BBBB la suma de \$1.200.000.00 en efectivo, circunstancia que luego admitió en el curso de este proceso disciplinario, en el cual obran pruebas que demuestran no sólo que la cliente le entregó dicho monto de dinero al disciplinado, sino además que lo hizo con el único fin de que fuera invertido en el mercado de valores.

Así se deduce con claridad del siguiente aparte de la conversación telefónica del 18 de octubre de 2011 entre la señora BBBB y el señor Núñez Cortes, en la que éste le dice a su interlocutora que el \$1.200.000.00 que le entregó fue invertido en acciones del mercado local:

⁸ Resolución No. 19 del 13 de agosto de 2015, Sala de Revisión.

⁹ Resolución 39 del 23 de diciembre de 2014, Sala de Decisión No. "3".

BBBB: "(...) un momentico qué fue lo que yo hice Jorge, qué pena esta memoria, pero qué fue lo que yo hice que te entregué a ti \$1.200.000, en efectivo, que eran también los dividendos de algo pero yo no me acuerdo de qué era"

Jorge Nuñez: "[...] sabes qué eran eso? intereses del CDT (...) de los últimos tres trimestres eso era

BBBB: "Ah bueno eso era de la inversión de ese CDT que ese CDT tu ya lo estás invirtiendo en otras cosas"

Jorge Núñez: "Si, que lo tenemos invertido en otras acciones, si señora"

BBBB: "y ese \$1.200.000 iba incluido en toda esa inversión que tu hacías"

Jorge Núñez: "Sí, en todo está incluido. Ahí está todo incluido, sí señora (...)" (se subraya).

Asimismo, en el Informe que elaboró la Auditora Interna de Intermediario 1, con ocasión de las quejas interpuestas por varios clientes del disciplinado, se incluyó la siguiente anotación: "con la familia AABB realizó [el señor Jorge Núñez] una serie de movimientos no autorizados, como (...) una apropiación de \$1.200.000 que le entrego (sic) la señora BBBB en efectivo, y que no entregó a la compañía", asunto que fue corroborado por MMMM, Gerente General de la Sociedad Comisionista, en declaración rendida ante AMV.

En concordancia con lo anterior, obra en el expediente la queja interpuesta por la señora BBBB, en la cual señaló expresamente: "En esta misma fecha, 13 de Septiembre, BBBB entregó en efectivo al sr. Núñez \$1.200.000 para ser invertido. (...) Este valor no aparece registrado en los extractos de BBBB"¹⁰.

De ahí que la explicación que brindó el investigado para justificar que la cifra de dinero entregada por la citada inversionista no hubiese ingresado a la cuenta de la cual ella era titular en Intermediario 1 no sea de recibo, pues, además de no encontrarse probado el supuesto préstamo personal que dice haber celebrado con la señora BBBB, resulta contraria al conjunto de pruebas al que se ha venido haciendo referencia, el cual demuestra de manera unívoca que el dinero que él recibió debía ser invertido en el mercado de valores.

Así las cosas, dado que el señor Núñez Cortés desconoció dicha finalidad y le impartió a los recursos un uso no autorizado, esta Instancia acoge la conclusión de la Sala de Decisión, en el sentido de que el investigado violó lo dispuesto en el artículo 49.1 del Reglamento de AMV y con ello desconoció los deberes de honestidad, profesionalismo y seriedad.

7.3.3. Realizar actividades de intermediación sin estar certificado

Analizadas cada una de las conversaciones telefónicas a partir de las cuales el instructor fundamentó este cargo, encuentra esta Sala que si bien es cierto el recurrente no fue la persona que en Intermediario 1 cerró las operaciones en derivados sobre TRM realizadas por cuenta de la cliente CCCC, los días 22 de diciembre de 2011, 11 de enero, 8 de febrero y 5 de marzo de 2012, sí participó en

¹⁰ Fólío 19 de la carpeta de pruebas.

la estructuración de las mismas y asesoró a la inversionista y a su ordenante, JJJJ, en su celebración.

Así, por ejemplo, en la comunicación vía telefónica del día 22 de diciembre de 2011, el disciplinado, más allá de informarle al señor JJJJ las puntas del "bid" y del "offer", le propuso a éste la celebración de una operación en los siguientes términos: *"estaba pensando que podríamos montar un largo de \$USD5000.000 a \$1.929 y sacarle \$3. Si? Eh y un stop de \$2, listo?"*, lo cual fue finalmente aceptado por el interlocutor y, paso seguido, la llamada fue transferida a otro operador de la firma para que, en palabras del propio investigado, *"tome la orden"* de la operación.

Igualmente, el 11 de enero de 2012 fue el señor Núñez Cortés quien asesoró y le dio instrucciones a la cliente CCCC para que confirmara las operaciones celebradas ese día por su cuenta y la compra *"de otros 500.000 al 54"*. Igual situación se evidencia en la comunicación del 8 de febrero del mismo año, en la cual el recurrente le informó al señor JJJJ *"vamos a poner una posición abierta de cortos de 10 contratos a \$1.778,90 más arriba, bueno? Entonces ya te paso a NNNN bueno?, para que te lo cierre."*

Por último, en la conversación del 5 de marzo de 2012, el investigado le sugirió al ordenante de la señora CCCC *"irnos comprados a \$1.772 en compra y cerrarlo mañana"* luego de lo cual, y ante la aprobación de la cliente, el señor Núñez Cortés dijo: *"ya te voy a tomar la orden desde donde NNNN, bueno? Ya te tomo la orden"*.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el apelante no se limitó a expresar simplemente su percepción del mercado a la cliente y a su ordenante, sino que fue más allá y brindó una asesoría en la celebración de las operaciones de derivados sobre contratos de TRM que se llevaron a cabo en las fechas analizadas, y participó, incluso, de manera activa en su estructuración, actividades para las cuales requería estar certificado en la modalidad correspondiente, condición que, según el reporte del Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores, no cumplía al 30 de mayo de 2012¹¹.

Por lo tanto, esta Sala de Revisión comparte la determinación que sobre el particular adoptó el juzgador de primera instancia, en el sentido de dar por acreditado que el señor Núñez Cortés infringió los artículos 5.4.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010, y 127 y 128 del Reglamento de AMV.

7.3.4. Consideraciones finales

En relación con el argumento del recurrente, según el cual no puede ser juzgado a partir del resultado financiero de las inversiones realizadas por los clientes cuyas quejas dieron lugar a esta actuación, es importante precisar que éste no fue un elemento tenido en cuenta por la Sala de Decisión para determinar su responsabilidad disciplinaria.

¹¹ Folio 1 de la carpeta de pruebas.

En efecto, de la lectura de la resolución impugnada se advierte que el análisis de dicha Sala no contempló las eventuales "pérdidas" o utilidades del portafolio de los clientes, pues lo que evaluó fue la conducta del disciplinado respecto de la utilización de los recursos entregados por los inversionistas en atención a las instrucciones impartidas por éstos, así como el desarrollo de actividades sin estar certificado. Este mismo estudio es el que ha hecho la Sala de Revisión en esta providencia, en el cual no se incluye ningún análisis sobre el efecto de las inversiones, por no ser ese un hecho que fundamente esta actuación disciplinaria.

De otra parte, dado que el recurrente afirma que él no puede ser responsable por la ausencia de regulación interna de la sociedad comisionista a la cual se encontraba vinculado, es necesario recordar que su conducta fue valorada únicamente en relación con algunas disposiciones contempladas en el Decreto 2555 de 2010 y en el Reglamento de AMV, de conformidad con lo dispuesto en el literal c) del artículo 24 de la Ley 964 de 2005, que determina que la función disciplinaria de los organismos de autorregulación "*consiste en la imposición de sanciones por el incumplimiento de las normas del mercado de valores y de los reglamentos de autorregulación*", por lo cual los cuestionamientos formulados por el apelante sobre el particular no tienen vocación de prosperar.

Como corolario de todo lo expuesto, esta Sala encuentra probado que el señor Núñez Cortés utilizó indebidamente recursos de los clientes AAAA y CCCC en beneficio de otros inversionistas, defraudó a la señora BBBB, al destinar los recursos entregados por ella a un fin diferente al ordenado, y realizó actividades de intermediación asociadas con operaciones de derivados sin estar certificado para ello.

En consecuencia, la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario del Autorregulador del Mercado de Valores, AMV, integrada por los Doctores Roberto Pinilla Sepúlveda (Presidente), Fernán Bejarano Arias y Arturo Sanabria Gómez (Ad hoc), de conformidad con lo dispuesto en el Acta 194 del 23 de septiembre de 2015 del Libro de Actas de la Sala de Revisión, por unanimidad,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: RECHAZAR por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto por AMV contra la Resolución No. 32 del 29 de septiembre de 2014 de la Sala de Decisión No. "12" del Tribunal Disciplinario.

ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR la decisión contenida en la resolución recurrida, que impuso al señor Jorge Augusto Núñez Cortés la sanción de EXPULSIÓN del mercado de valores y MULTA de veinticuatro millones ochenta mil pesos (\$24.080.000.00), de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

ARTÍCULO CUARTO: 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

ROBERTO PINILLA SEPULVEDA
PRESIDENTE

YESID BENJUMEA BETANCUR
SECRETARIO