

AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES DE COLOMBIA - AMV -

TRIBUNAL DISCIPLINARIO

SALA DE REVISIÓN

RESOLUCIÓN No. 07

(FEBRERO 20 DE 2009)

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 conoce del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del investigado Rafael E. Ospina Pérez, en contra de la Resolución N° 03 del 11 de noviembre de 2008, mediante la cual la Sala de Decisión "3" del Tribunal Disciplinario decidió en primera instancia la investigación disciplinaria adelantada en su contra. El investigado para la época de ocurrencia de los hechos tenía la calidad de funcionario de la Sociedad Comisionista Correval S.A.

Previo estudio de los hechos, los cargos presentados, las explicaciones rendidas por el investigado, las pruebas, el pliego de cargos formulado en su momento por AMV, el pronunciamiento al mismo por parte del mencionado señor, la Resolución de primera instancia, el recurso interpuesto por parte del investigado, el pronunciamiento efectuado al mismo por parte de AMV y en general el expediente que reposa en la Secretaría del Tribunal Disciplinario, la Sala de Decisión "3" decidió **AMONESTAR** al señor Rafael Eduardo Ospina Pérez por el ingreso de elementos no permitidos a la presentación de un examen de idoneidad profesional.

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

II. CONTENIDO DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL INVESTIGADO

El investigado, actuando a través de apoderado, mediante escrito radicado el día 2 de diciembre de 2008 presentó recurso de apelación a la decisión antes señalada, solicitando que se declare: i) que no ha realizado conducta censurable por el reglamento que lo rige; ii) que no se aplique sanción de ninguna índole y iii) en caso de mantener la parte resolutive de la decisión que se impugna, que se

elimine cualquier afirmación que se encuentre en el documento en la cual se pueda interpretar, inferir o si quiera mencionar que el investigado introdujo elementos prohibidos que se referían al examen de certificación, dado que se genera una idea errada de “uso de elementos prohibidos”¹.

Lo anterior soportado en algunos puntos de los cuales, la Sala de Revisión destaca:

1. En concepto de la defensa se impuso al investigado una sanción de amonestación cuyo fundamento de prohibición no ha logrado ser aclarado del todo, en razón a que se ha pretendido dotar de legitimidad una potestad, que aunque no tiene discusión en su pertinencia, ha requerido de un gran ejercicio argumentativo, que siendo necesario e ilustrativo, evidencia en su concepto la ausencia de claridad objetiva de las reglas llamadas a regular el presente caso.²
2. Para ilustrar lo que el apoderado denomina “premisas incorrectas” cita como ejemplo las disquisiciones realizadas por la primera instancia sobre la competencia del Tribunal, para concluir que ésta es clara cuando se presenta un comportamiento reprochable, lo cual no sucede en el caso que ocupa al Tribunal, en el que parecerían obviarse las razones y argumentos expuestos en el pliego de cargos referentes a los roles y responsabilidades atribuidos a cada funcionario y en cada función.³
3. Al respecto, señala que no se trata de exigir una labor de policía o custodio por parte de quien vigila el examen, sino de “tener claridad en las reglas que rigen cada escenario y tener la capacidad de reconocer que le corresponde a cada uno hacer y hasta dónde va su ámbito de responsabilidad”, exigencia esta mínima que, en su criterio, fue mal entendida por la Sala de Decisión.⁴
4. Fundamentado el apoderado en que es una interpretación errada que busca justificar la negligencia del supervisor, indica que se está sancionando a una persona que obró amparada por el “error insuperable” de que su conducta no revestía prohibición, originado por la misma entidad encargada de aclarar las reglas de esa situación.⁵
5. En su criterio, la Sala olvida analizar la situación en concreto y a manera de esquema general pretende asimilar todos los supuestos bajo una misma óptica, lo que desconoce la dinámica en la que ocurrieron los hechos. Señala, en el mismo orden de ideas, que su actuación nunca se dirigió a esconder los documentos que llevaba, no solo porque no tenía intención de introducirlos fraudulentamente, sino porque lo consideró permitido.⁶
6. Ello, igual y nuevamente lo encadena con la labor del supervisor, para indicar que “(...) actuó bajo la comprensión de que su conducta no iba a ser objeto de censura, al punto que una vez terminado el examen salió del lugar y al

¹ Folio 000099 de la carpeta de actuaciones finales copia.

² Folio 000095 Ibíd.

³ Folio 000096 Ibíd.

⁴ Ibíd.

⁵ Folio 000097 Ibíd.

⁶ Ibíd.

percatarse del olvido de sus documentos, regreso para verificar si allí los había dejado, momento en el que el supuesto 'cuidador' decide iniciar el procedimiento".⁷

7. De la misma forma, frente a la argumentación expuesta por el fallador de primera instancia sobre la flexibilidad de la aplicación de los principios del derecho penal en el derecho disciplinario, indica que ello no puede significar que no estén demostrados los elementos que configuran el hecho para imponer la sanción en su integridad y no solo la conducta del implicado, so pena de convertir el proceso disciplinario en una operación aritmética, carente de contradicción, interpretación y análisis.⁸
8. Con base en las anteriores disquisiciones, entre otras, considera que la decisión de sanción es incoherente con el proceso, pues como la misma Sala de primera instancia lo señaló, constituye una "violación formal" de una norma disciplinaria, que se adoptó basada en las expectativas de una autoridad, como es la del supervisor del examen.⁹

II. PRONUNCIAMIENTO AL RECURSO POR PARTE DE AMV

Al recurso antes señalado, el Director de Asuntos Legales y Disciplinarios del Autorregulador se pronuncia indicando que "(...) observa que todos los argumentos del señor Ospina ya habían sido planteados en instancias anteriores, y en general están enfocados a reiterar que no tuvo la posibilidad de saber con certeza que no podía ingresar el material prohibido de que trata la investigación, por varias razones: que la norma no es clara; que él creyó que tácitamente se le autorizó su ingreso en razón a que nadie de AMV expresamente le manifestó que no lo hiciera, y que no pudo advertir la ilicitud de su conducta, tanto así que de manera desprevenida, después de terminar el examen, regresó por el material que no podía ingresar".¹⁰

Sobre el particular, el Autorregulador señala que son argumentos que no son de recibo si se tiene en cuenta que el reproche se dio por el ingreso de elementos prohibidos, por encima de otras consideraciones; las cuales además tampoco son conducentes si se tiene en cuenta que el investigado fue informado de manera clara a través de un correo electrónico sobre lo que podía ingresar al examen de certificación.

En ese sentido, se considera que no hay argumentos de fondo a los ya rebatidos y, frente a la supuesta diligencia del investigado señala que, cualquier duda que hubiera podido tener el investigado ha debido resolverla antes de presentar el examen, cosa que no sucedió, a pesar de conocer previamente que cualquier cosa adicional que quisiera ingresar debía ser autorizada expresamente por AMV, lo cual no ocurrió.

Señala, igualmente, que no es conducente la afirmación de la defensa de acuerdo con la cual el Tribunal Disciplinario decide sancionarlo sin imputar a que título se transgredió el artículo 204 del Reglamento de AMV, como quiera que lo reprochable es el ingreso de elementos prohibidos, condición que se encuentra

⁷ Ibid.

⁸ Folio 000098 Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Folio 000101 Ibid.

suficientemente probada y que resulta contradictoria con la supuesta diligencia observada por el investigado frente a sus deberes como profesional del mercado.

Por último, deja en claro que para efectos de la presentación del recurso, no pueden presentarse hechos nuevos que no fueron objeto de debate probatorio, así como nuevas apreciaciones relacionadas con la violación de la norma, tal como la que se refiere al hecho de que después de haber contestado las preguntas, salió y posteriormente volvió al recinto por los documentos, dentro de los cuales estaban las hojas contentivas de la información relacionada con el temario del examen.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dado que corresponde al Tribunal Disciplinario velar porque las decisiones que se adopten dentro de los procesos bajo su conocimiento preserven la finalidad de las normas del mercado de valores aplicables a los intermediarios, sancionando la vulneración de los bienes jurídicos por ellas protegidos, la Sala de Revisión considera pertinente señalar que el debate propuesto en el presente caso fue debidamente abordado por la primera instancia en cuanto hace a la conducta y los hechos en que se soporta la investigación, compartiendo en ese orden de ideas el sentido de la decisión.

No obstante lo anterior y bajo el entendido que la base de la investigación no es objeto de cuestionamiento en absoluto por la defensa del investigado¹¹, a efectos de hacer claridad sobre el alcance de la violación y de la sanción impuesta, se considera necesario retomar la disposición señalada como violada, a saber:

Artículo 204. Elementos permitidos para la presentación del examen.

Al recinto donde se presentará el examen, solo se puede ingresar con los siguientes elementos:

1. Documento de Identidad.
2. Lápiz, Esfero o similar, borrador y tajalápiz.
3. Cualquier otro elemento que autorice AMV.

Parágrafo 1°. Esta totalmente prohibido la entrada de cualquier otro tipo de aparato electrónico tales como teléfonos celulares, beepers, agendas electrónicas, etc.

Parágrafo 2°. Por regla general, los terceros aplicantes no tienen dispuesto ningún tipo de servicio para depositar elementos personales y por lo tanto no se hacen responsables en ningún momento por éstos.

En primera instancia es relevante considerar la ubicación del citado artículo, dentro del Libro Cuarto¹² del Reglamento de AMV, Título 2¹³, Capítulo 3 nominado "Acceso al Examen".

Al respecto, se debe advertir que si bien es cierto la disposición en cita hace parte del libro que regula la función de certificación adjudicada a AMV, lo cual de suyo implica que es una norma que debe ser respetada y cumplida por todos sus destinatarios, es claro que su contenido se refiere a un aspecto propio de la operatividad de la presentación de los exámenes de idoneidad, así como las otras disposiciones que le acompañan, a saber, el artículo 203 que se refiere a los

¹¹ Es decir, sobre la circunstancia de que el señor Ospina Pérez ingresó elementos diferentes a los señalados en la norma e instrucción impartida por AMV, al recinto del examen

¹² Denominado CERTIFICACIÓN DE LOS PROFESIONALES DEL MERCADO, APLICACIÓN DE LOS EXAMENES DE IDONEIDAD PROFESIONAL Y SISTEMA DE INFORMACIÓN DE AMV.

¹³ De la APLICACIÓN DE LOS EXAMENES DE IDONEIDAD PROFESIONAL PARA LOS PROFESIONALES DEL MERCADO DE VALORES.

documentos de identificación idóneos para acreditar al examinado o el 205 relacionado con los impedimentos contemplados para presentar el examen.

La regulación reseñada es, a su vez, complementada con instrucciones precisas y claras que emite la Dirección de Certificación antes de la presentación de cada uno de los exámenes y, que en este evento en particular, se recogió integralmente en el correo electrónico del 23 de abril de 2008, transcrito en la Resolución de sanción No. 3 del mismo año¹⁴, en el que, sin riesgo a interpretación distinta, se evidencia que no se autorizó el ingreso de elementos diferentes a los contemplados ahí, como acertadamente lo analizó la Sala de Decisión “3”. Dicha interpretación se ratifica, si se revisa el ya mentado artículo 203, encontrando que su contenido es igual al incluido en la instrucción citada, como quiera que cuando se alude “a cualquier otro documento que autorice AMV”, dicha acepción se restringe a la identificación del examinado de nacionalidad colombiana.

En ese sentido, la Sala comparte plenamente tanto lo señalado por la primera instancia como por la Dirección Legal y Disciplinaria del Autorregulador, respecto de la obligación que le asiste a quienes actúan en el mercado de valores, si se tiene en cuenta la calidad de las personas que deben someterse a la certificación de profesionalidad contemplada en la Ley 964 de 2005 y demás normas concordantes. Ello significa que un profesional de la actividad de intermediación, de quien se supone cumple con los principios y valores que son fundamentales para un adecuado desarrollo del mercado, es personalmente responsable de sus propias acciones y omisiones y no le sirve de excusa las supuestas faltas de diligencia de terceros, que como en el presente caso, no le justifican sus actuaciones, que provienen de la situación en la que se encontraba.

Bajo esa óptica no se comparte el alcance de presunta diligencia que pretende dar la defensa a la actitud del investigado, pues en cualquiera de las versiones esgrimidas en el proceso, lo que reposa en el expediente, son papeles contentivos de unos cuadros resumen de dos temas relacionados con el temario del examen que se estaba presentando, a saber: el procedimiento del martillo y de las ofertas públicas de adquisición –OPAS-. Esa circunstancia, individual y diáfana no es atribuible a nadie diferente al examinado, quien con elemental criterio y sin que fuera preciso recordárselo una vez mas, debía saber lo que podría implicar que mantuviera consigo esos documentos a la hora y en el lugar de presentación del examen.

Lo anterior, sin embargo, y en ello es importante hacer claridad, la acusación ni se fundamentó ni produjo efectos sancionatorios basados en el uso de elementos prohibidos o en la transgresión de la norma a título de fraude o intento de fraude, sino en el ingreso de elementos no autorizados por el examinador. En tal sentido, como lo señaló la primera instancia del Tribunal, la vulneración que ocupa al Tribunal responde a una “violación formal del Reglamento del Autorregulador” que es igualmente reprochable no sólo porque todo incumplimiento es susceptible de ser disciplinado, sino porque como lo indicó la primera instancia *“más allá de la prohibición puramente formal, lo que procura el artículo 204 y demás artículos del Reglamento de AMV, relacionados con el proceso de certificación, es justamente dar un parte de seguridad y garantizar, de manera objetiva, que desde la presentación de los exámenes se está cumpliendo con los más altos estándares éticos y de disciplina por*

¹⁴ Página 12 de la Resolución citada.

parte de los profesionales que aspiran a administrar los recursos del público en el mercado de valores”¹⁵

De esta forma, para el Tribunal es fundamental que los profesionales del mercado sean conscientes de su condición de agentes íntegros, capaces de administrar los activos del mercado, en las mejores condiciones de transparencia, confianza e integridad. Por tanto, no resulta conducente la teoría del “error insuperable” en cabeza del señor Ospina Pérez y los demás argumentos relacionados que sólo llevan a apreciar la incomprensible conducta de su parte.

Por lo demás, no se considera violatorio de los derechos y garantías del investigado que el Autorregulador se abstenga de efectuar pronunciamiento alguno respecto de la actuación del supervisor del examen, pues como se ha señalado, la falta se endilga por cuenta del porte de los documentos que estaban en poder del investigado durante la presentación del examen, lo que no puede ser atribuido a terceros. El personal de AMV cumple con facultades administrativas propias de la certificación de idoneidad profesional. Igualmente, no se considera pertinente efectuar consideración alguna a los argumentos relacionados con la competencia de este Tribunal, pues como ha quedado expresado con suficientes argumentos, ante el incumplimiento de una disposición reglamentaria, el órgano disciplinario cuenta con facultades para llevar a cabo el proceso, con sus correspondientes consecuencias.

Finalmente, en punto a la última de las peticiones realizadas por la defensa en el sentido que “...en caso de mantener la parte resolutive de la decisión que se impugna, que se elimine cualquier afirmación que se encuentre en el documento en la cual se pueda interpretar, inferir o si quiera mencionar que el investigado introdujo elementos prohibidos que se referían al examen de certificación, dado que se genera una idea errada de ‘uso de elementos prohibidos’ ”¹⁶ la Sala considera que el órgano de juzgamiento ha sido lo suficientemente explícito en aclarar el alcance del incumplimiento cometido, lo cual no significa que deba omitir el tipo de documentos encontrados en poder del investigado.

En mérito de todo lo expuesto, los miembros de Sala de Revisión integrada por los doctores Stella Villegas de Osorio, Teresita Arango Arango, quien actúa en calidad de miembro Ad-hoc y German Abella Abondano, por unanimidad adoptan la decisión aquí contenida, y de conformidad con lo dispuesto en el Acta N°. 18 de 15 de enero 2009, del libro de actas de Sala de Revisión se

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución N° 03 del 11 de noviembre de 2008, mediante la cual la Sala de Decisión “3” del Tribunal Disciplinario decidió sancionar con **AMONESTACIÓN** al señor Rafael Ospina Pérez identificado con la cédula de ciudadanía N° 72.280.783, funcionario de la Sociedad Comisionista de Bolsa CORREVAL S.A., para la época de ocurrencia de los hechos, por la trasgresión de lo dispuesto en el artículo 204 del Reglamento de AMV.

¹⁵ Folio 000086 Ibid.

¹⁶ Folio 000099 de la carpeta de actuaciones finales copia.

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 27 del decreto 1565 de 2006 a la Superintendencia Financiera de Colombia sobre la decisión adoptada una vez ésta se encuentra en firme.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

**GERMAN DARIO ABELLA ABONDANO
PRESIDENTE**

**PILAR CABRERA PORTILLA
SECRETARIO**