

AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES DE COLOMBIA - AMV -

TRIBUNAL DISCIPLINARIO

SALA DE DECISIÓN "1"

RESOLUCIÓN No. 04

(Abril 5 de 2010)

Por medio de la cual se decide una investigación

La Sala de Decisión "1" del Tribunal Disciplinario de AMV en ejercicio de sus atribuciones legales, estatutarias y reglamentarias, adopta la decisión aquí contenida, previo recuento de los siguientes

1. ANTECEDENTES

El 17 de octubre de 2008 el Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia (en adelante AMV) en ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 57 del Reglamento de AMV, le solicitó explicaciones personales al señor Numa Pompilio Cortés Fonseca, en su calidad de miembro de Junta Directiva de Intervalores S.A. (en adelante Intervalores), en principio, durante los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 2008¹, por el posible incumplimiento de sus deberes como administrador de la citada sociedad comisionista.

Numa Pompilio Cortés Fonseca presentó sus explicaciones en tiempo, las cuales una vez recibidas y evaluadas, AMV no las consideró de recibo y procedió a dar inicio a la etapa de decisión, en los términos del artículo 74 del Reglamento de AMV, para lo cual dio traslado al investigado del pliego de cargos ante el Tribunal Disciplinario el 5 de febrero de 2009. Posteriormente, la Secretaría procedió a repartir el caso a la Sala correspondiente, mediante oficio No. 1009 del 29 de abril de 2009.

Mediante comunicación del 10 de septiembre del mismo año, la Sala de Decisión "1" del Tribunal Disciplinario, en desarrollo de la facultad prevista en el artículo 76 del Reglamento, devolvió a AMV el proceso disciplinario adelantado en contra de Numa Pompilio Cortés Fonseca, con el fin de que: i) se precisara la investigación, teniendo en cuenta la remisión que se hace a los procesos disciplinarios Nos. 02-2008-083 y 02-2008-084, los cuales fueron devueltos al Presidente de AMV mediante Acta No. 61 del 10 de agosto de 2009; ii) se precisaran los cargos endilgados al señor Cortés

¹ Dicha investigación disciplinaria se identifica bajo el número 01-2008-095.

Fonseca de acuerdo con los hechos y pruebas que son tratados como antecedentes en el pliego de cargos.

También señaló la Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Disciplinario que si en consecuencia de las anteriores solicitudes, se consideraba pertinente, se procediera a modificar, reformar, o elevar un nuevo pliego de cargos.

Como consecuencia de todo lo anterior y con fundamento en el artículo 76 del Reglamento, AMV consideró pertinente elevar un nuevo pliego de cargos, contentivo de lo solicitado por la Sala de Decisión "1", correspondiente a la investigación disciplinaria identificada con el No. 01-2008-095, imputándole al señor Numa Pompilio Cortés Fonseca, en su condición de miembro de la Junta Directiva de Intervalores, la vulneración del artículo 23, numerales 1° y 2° de la Ley 222 de 1.995.

Mediante escrito fechado el 23 de noviembre de 2009, el investigado presentó respuesta al pliego de cargos, procediendo la Secretaría a repartir el caso a la Sala de Decisión No. "1", de lo cual se dejó constancia mediante nota secretarial².

De acuerdo con el referido pliego el sustento del cargo alegado se fundamenta en los siguientes,

2. HECHOS

La investigación disciplinaria está referida al incumplimiento por parte del señor Numa Pompilio Cortés Fonseca de las funciones asignadas a los miembros de Junta Directiva, como administradores de la sociedad, por los numerales 1° y 2° del artículo 23 de la Ley 222 de 1.995.

En condición de miembro de Junta Directiva de Intervalores el investigado asistió a las reuniones de dicho órgano social del 16 de enero, 15 y 25 de febrero, 1° de abril y 6 de mayo de 2008. Una vez revisadas las actas de las citadas reuniones se observó que el investigado no realizó ninguna intervención, como tampoco efectuó observación alguna, a pesar de que las circunstancias legales y financieras de la sociedad, demandaban un actuar diligente por su parte, ya que como administrador debía procurar que al interior de ésta se cumpliera con la ley y con el objeto social legalmente establecido.

Como ejemplo de lo anterior AMV señaló que en las citadas reuniones se pusieron a consideración de la Junta Directiva los estados financieros de los meses de enero, febrero y marzo de 2008, los cuales fueron aprobados unánimemente, sin que conste en las actas observaciones o aclaraciones

² Folio 0000183 de la carpeta de actuaciones finales. La carpeta de actuaciones finales está conformada por los documentos contentivos de cada una de las etapas o actuaciones que impulsan y hacen posible el desarrollo del proceso disciplinario, entre otros, la solicitud formal de explicaciones, el escrito de explicaciones presentado por el investigado, el pliego de cargos junto con sus anexos y el pronunciamiento del investigado al pliego de cargos y las pruebas que éste anexe en su respuesta.

formuladas por el investigado. En el caso de los estados financieros con corte a febrero y marzo de 2008, éstos se aprobaron sin que estuvieran firmados por el Presidente de Intervalores, sin que el investigado hubiera indagado acerca de tal circunstancia.

Por otra parte, para la fecha en que se celebraron las dos últimas reuniones mencionadas, la Superintendencia Financiera de Colombia no había autorizado los estados financieros de Intervalores a diciembre 31 de 2007, aspecto que impidió que pudieran ser puestos a consideración de la Asamblea General de Accionistas de Intervalores celebrada el 31 de marzo de 2008, sin que el investigado hubiera indagado acerca de las razones que llevaron a la Superintendencia a no autorizar los citados estados financieros y sin realizar seguimiento para establecer cómo se debían subsanar las glosas de la entidad de supervisión.

Adicionalmente, en la reunión del 15 de febrero de 2008 el Secretario General de Intervalores informó que el 18 de enero de 2008 la Superintendencia Financiera de Colombia había realizado una visita a la sociedad, sin que en las siguientes reuniones de Junta Directiva el investigado hubiera inquirido acerca de los resultados de dicha visita.

En atención a los hechos y antecedentes mencionados, procede la Sala a formular, las siguientes

3. CONSIDERACIONES.

3.1. De la competencia del Tribunal Disciplinario.

De acuerdo con el artículo 25 de la Ley 964 de 2005, “quienes realicen actividades de intermediación están obligados a autorregularse”. Por su parte, el artículo 2° del Decreto 1565 de 2006, mediante el cual se reglamentó el ejercicio de la actividad de autorregulación del mercado de valores, definió el concepto de sujetos de autorregulación, entendiéndolo por éstos a los intermediarios de valores y a las personas naturales vinculadas a éstos.

El párrafo del artículo 2° del Decreto 1565 de 2006, señala que “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”. (Subrayado fuera del texto)

Por su parte, el artículo 54 del Reglamento de AMV señala que los sujetos pasivos de los procesos disciplinarios adelantados por el Autorregulador son los denominados sujetos de autorregulación, los cuales, de acuerdo con la definición establecida en el artículo 1° de dicho Reglamento, son los

miembros, los asociados autorregulados voluntariamente y sus personas naturales vinculadas.

El Reglamento de AMV consideraba para la época de ocurrencia de los hechos, como persona natural vinculada a los “administradores y demás funcionarios vinculados a los miembros o a un asociado autorregulado voluntariamente, independientemente del tipo de relación contractual, en cuanto participen, directa o indirectamente, en la realización de actividades propias de la intermediación de valores, aún cuando tales personas no se encuentren inscritas previamente en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores o no hayan sido inscritas en el organismo autorregulador”.³ (Subrayado fuera del texto).

De acuerdo con la información suministrada a AMV por la Agente Especial de Intervalores, el investigado se posesionó como miembro de Junta de la sociedad comisionista el 19 de enero de 2005⁴, encontrándose en el expediente las actas de las reuniones de Junta Directiva de los días 16 de enero⁵, 16⁶ y 25⁷ de febrero, 1° de abril⁸ y 6 de mayo⁹ de 2008 a las cuales asistió el investigado en condición de miembro principal, segundo renglón.

Por otra parte, debe recordarse que de conformidad con el mismo artículo 54 del Reglamento de AMV, la calidad de sujeto pasivo del proceso disciplinario se predica de la condición del investigado “en el momento en que haya realizado las conductas y no de las que tenga en el momento en que se lleve a cabo el proceso”. Para el caso específico, el señor Cortés Fonseca tenía la calidad de miembro de Junta Directiva de Intervalores desde el 19 de enero de 2005.

Adicionalmente, de conformidad con la Ley 964 de 2005, el ámbito de la autorregulación comprende, entre otras, el ejercicio de la función disciplinaria, la cual consiste en la imposición de sanciones por el incumplimiento de las normas del mercado de valores y de los reglamentos de autorregulación, (literal c) de su artículo 24).

Por su parte, el artículo 11 del Reglamento de AMV establece que la función disciplinaria se ejerce con el fin de determinar la responsabilidad por el incumplimiento de la “normatividad aplicable”, la cual, de acuerdo con una de las definiciones contenidas en el artículo 1° del mismo Reglamento, hace referencia a las normas del mercado de valores,

³ Esta norma estuvo vigente hasta el 6 de octubre de 2008. La definición vigente de persona natural vinculada (PNV) contenida en el artículo 1° del Reglamento de AMV es del mismo tenor de la trascrita, adicionando dentro del concepto de PNV a los funcionarios que participan en la gestión de riesgos y de control interno asociados a las actividades de intermediación de valores.

⁴ Folios 0000067 y 0000001 de la carpeta de pruebas. La carpeta de pruebas está conformada por la evidencia o acervo probatorio que sustenta las hipótesis planteadas a lo largo de la investigación, tanto en la solicitud formal de explicaciones como en el pliego de cargos.

⁵ Acta No. 215, folios 0000002 y 0000003 de la carpeta de pruebas.

⁶ Acta No. 216, folios 0000004 y 0000026 de la carpeta de pruebas

⁷ Acta No. 217, folios 0000027 a 0000037 de la carpeta de pruebas.

⁸ Acta No. 218, folios 0000038 a 0000049 de la carpeta de pruebas.

⁹ Acta No. 219, folios 0000050 a 0000064 de la carpeta de pruebas.

reglamentos de autorregulación y reglamentos de los administradores de mercados¹⁰.

Para el caso concreto, el señor Cortés Fonseca en su calidad de administrador estaba en la obligación de "realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social", pero además a "velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias", según lo prevé el artículo 23 de la Ley 222 de 1995¹¹. En ese contexto, no cabe duda que el sujeto investigado estaba obligado a conocer el régimen legal aplicable a la sociedad comisionista de bolsa, pues sólo de esa forma, y en su calidad de miembro de junta de Intervalores, pudo haber cuidado solícitamente por el estricto cumplimiento del régimen del mercado de valores.

Así las cosas, como los hechos que dieron lugar a la formulación del pliego de cargos por AMV constituyen una vulneración al régimen del mercado de valores en general y de las sociedades comisionistas en particular, y el señor Cortés Fonseca estaba obligado a velar por el estricto cumplimiento de las mismas, la Sala no tiene duda sobre la competencia para adelantar el proceso disciplinario, y de hallar méritos, imponer las sanciones que correspondan.

3.2. Actuación del señor Numa Pompilio Cortés Fonseca como miembro de Junta Directiva de Intervalores.

Para la Sala el análisis de la conducta del sujeto investigado debe efectuarse a partir del contenido de las actas de la junta directiva de Intervalores que obran como prueba en el expediente, pues, ellas dan cuenta de los debates y decisiones que dicho órgano adelantó durante el periodo objeto de análisis.

El investigado en su respuesta al pliego de cargos realizó un recuento de las actuaciones como miembro de Junta Directiva, que en su criterio evidenciarían la diligencia, buena fe y lealtad en su actuación. Lo primero que debe resaltarse es que, contrario a lo afirmado por el investigado en sus descargos, en dichas actas de la Junta Directiva no se evidencia que el señor Cortés Fonseca haya intervenido en sentido alguno en las sesiones de la Junta, lo cual denota una conducta pasiva y poco diligente,

¹⁰ De conformidad con el artículo 1º del Reglamento de AMV, se entiende por administradores de mercados a las bolsas de valores y a las entidades administradoras de sistemas de negociación y de registro.

¹¹ La exposición de motivos al proyecto de ley que culminó con la expedición de la Ley 222 de 1.995 precisó el marco general de las actividades de los administradores, sus funciones y responsabilidades, en los siguientes términos:

"La necesidad de abandonar los modelos tradicionales de responsabilidad referidos al buen padre de familia, que hoy resultan disueltos, para acoger como nuevo patrón el del correcto y leal empresario, ha llevado a proponer un acápite sobre administradores. Una mejor protección del crédito, del público, de los trabajadores y de los mismos socios hace indispensable detallar y precisar las funciones y responsabilidades de los administradores así como las consecuentes acciones de responsabilidad, puesto que es claro que tales funcionarios detentan hoy inmensos poderes y adoptan decisiones de profundas implicaciones sociales, que como es de esperar deben ceñirse a un estricto código de conducta (...)" (Subrayado fuera del texto)

tratándose de un individuo que tenía la calidad de miembro independiente desde el año 2005, más aún tratándose de una entidad vigilada por el Estado, sujeta a un régimen legal especial, que supone un mayor grado de diligencia y cuidado en consideración a que se trata de una actividad calificada como de interés público.

El investigado, así mismo, aportó con sus descargos las declaraciones de los señores AAAAA, BBBB y CCCCC, según las cuales *“participó activa y diligentemente en las reuniones de junta directiva, aportando comentarios, recomendaciones y aportes sobre los diferentes temas que se presentaron y se debatieron al interior de la misma”*¹².

En relación con dichos declarantes, debe la Sala advertir que los mismos están involucrados en las investigaciones que realizó AMV en relación con las gravísimas violaciones a las normas del mercado de valores en que incurrió Intervalores; en efecto, el señor AAAAA terminó sancionado en virtud de un acuerdo de terminación anticipada con la sanción de suspensión por tres años; los otros dos declarantes son sujetos de procesos disciplinarios en relación con sus actuaciones como administrador el primero, y como contralor normativo el segundo.

Así las cosas, si bien la Sala valora el sentido de tales declaraciones, no les confiere plena credibilidad. Adicionalmente, aún si la credibilidad de los declarantes no estuviera afectada, el sentido de las mismas no constituye prueba del cumplimiento de los deberes del investigado como miembro de la Junta Directiva de Intervalores, porque su deber no se agotaba con formular recomendaciones o participar en las juntas, sino en haber impulsado y verificado los controles orientados al estricto cumplimiento de las normas legales a que estaba sujeta la sociedad comisionista, lo cual no se probó en este proceso por el investigado.

En la respuesta al pliego de cargos el investigado destacó que conforme con el texto de los acuerdos de terminación anticipada del Presidente de Intervalores, su Representante Legal y ‘contadora’, señora DDDDD, al investigado no le fueron presentadas por los representantes legales las graves ilegalidades en que incurrió Intervalores en el desarrollo de su objeto social.

Sobre el particular resulta indiscutible para esta Sala que la ausencia de autorización por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia de los estados financieros de 2007 que ha debido aprobar la asamblea en su reunión ordinaria anual, era un indicio lo suficientemente importante como para obligar a los administradores diligentes, a averiguar las razones para esa actuación de la Superintendencia, más aún si se tiene en cuenta que ello tiene que ver con dos funciones indelegables de éstos, según lo disponen los artículos 45 y 46 de la Ley 222 de 1.995, a saber, la presentación del informe de gestión y los estados financieros para

¹² Folio 000094 de la carpeta de actuaciones finales.

aprobación de la asamblea, que en el caso de las entidades vigiladas por la citada Superintendencia requieren de una autorización expresa para ser considerados en la misma.

En ese contexto es evidente que la inexistencia de la autorización de dicha entidad cuando ha debido producirse, es decir, los meses de marzo o abril a lo sumo, ha debido llamar la atención del miembro de junta, en el sentido de que las glosas de la Superintendencia no podía obedecer a meros aspectos formales.

Por idéntica razón no escapa a esta Sala la falta de diligencia del miembro de junta disciplinado, en el sentido de no haber buscado apoyo en la Revisoría Fiscal y en el Contralor Normativo para indagar acerca del verdadero alcance de tales glosas, con otras palabras, lo diligente habría sido acudir a las instancias independientes citadas porque se insiste, la responsabilidad por la presentación del informe y de los estados a la asamblea no era únicamente del Presidente de la misma.

Por otra parte, frente a la visita de la Superintendencia Financiera de Colombia la conducta diligente del investigado exigía que se enterara acerca de los pormenores de ésta, en aspectos tales como temas tratados, áreas de negocios que fueron analizadas, información requerida, inconvenientes presentados durante su desarrollo.

Por tanto, del material probatorio existente en el expediente concluye la Sala que el investigado desconoció el deber de diligencia a que estaba sujeto y teniendo conocimiento de dos circunstancias (visita de la Superintendencia Financiera de Colombia y no autorización de los estados financieros de Intervalores a 31 de diciembre de 2007) que a la vista de un miembro de junta experimentado e idóneo eran clara evidencia de la existencia de inconsistencias al interior de la sociedad comisionista, tal como se demostró en el procedimiento que concluyó en primera instancia la Resolución No. 02 del 5 de abril del 2010, no desplegó ninguna conducta idónea tendiente a dilucidar el origen de dicha problemática y adoptar los correctivos necesarios.

Para la Sala el señor Cortés Fonseca desconoció ese especial régimen de conducta y no desempeñó su función como administrador de la sociedad comisionista con la diligencia de un buen hombre de negocios.

Igualmente, el señor Cortés Fonseca debió cumplir con el deber de actuar que corresponde a un profesional, conocedor tanto de la técnicas de administración, como de la actividad de una sociedad comisionista de bolsa y dentro de ésta, de su situación financiera como elemento esencial para el adecuado entendimiento de las condiciones en que se desarrolla su objeto social.

A partir de las anteriores consideraciones, la Sala pasa a determinar la sanción que debe imponerse al señor Cortés Fonseca, siguiendo para el

efecto el artículo 85 del Reglamento de AMV, de acuerdo con el cual “para determinar las sanciones aplicables, el Tribunal Disciplinario apreciará la gravedad de los hechos y de la infracción, los perjuicios causados con la misma, los antecedentes del investigado y las demás circunstancias que a su juicio fueren pertinentes”.

El investigado se posesionó como miembro de Junta Directiva de Intervalores el 19 de enero de 2005 y durante al año 2008 asistió a las reuniones de los días 15 de enero, 16 y 25 de febrero, 1° de abril y 6 de mayo en condición de miembro principal independiente, segundo renglón.

El investigado no desvirtuó en el proceso los cargos que le fueran formulados por AMV en relación con sus deberes como miembro de la Junta Directiva de Intervalores y por ende, en su condición de administrador.

De otro lado está probado que la entonces sociedad comisionista Intervalores S.A. incurrió en graves faltas al régimen legal que le era exigible con respecto a la normativa del mercado de valores a tal punto que según la Resolución No. 02 del 5 de abril de 2010 el Tribunal Disciplinario en primera instancia decidió imponer las máximas sanciones previstas en el Reglamento, a saber la expulsión y la multa más alta imponible.

El incumplimiento por parte del investigado de las obligaciones previstas en los numerales 1° y 2° del artículo 23 de la Ley 222 de 1.995, es grave para la Sala, atendiendo a las consecuencias que de tal incumplimiento se derivaron en graves irregularidades que atentaron contra la integridad y transparencia del mercado y la protección de los derechos de los inversionistas.

Es pertinente señalar que si bien AMV al formular el pliego de cargos no incluyó explícitamente otras graves omisiones, la Sala en el curso de sus deliberaciones advirtió la falta de diligencia del investigado en conocer la entidad que administraba y la forma como ésta desarrollaba sus actividades; en exigir del contralor normativo y la revisoría fiscal el cumplimiento de sus deberes, y en exigir de la administración las explicaciones sobre la forma en que la comisionista de bolsa administraba los recursos de sus clientes.

En mérito de todo lo expuesto, la Sala de Decisión “1” integrada por los doctores Fernán Bejarano Arias, Alfredo Botta Espinosa y Rodrigo Galarza Naranjo y de conformidad con lo dispuesto en el Acta N° 91 del Libro de Actas de las Salas de Decisión, por unanimidad

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Imponer a NUMA POMPILIO CORTÉS FONSECA, una sanción de suspensión por el término de dos (2) años de acuerdo con lo

señalado en el Reglamento de AMV, por vulnerar el deber de diligencia previsto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1.995, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: ADVERTIR al señor NUMA POMPILIO CORTÉS FONSECA que de conformidad con el artículo 83 del Reglamento de AMV la suspensión establecida en el artículo anterior se hará efectiva a partir del día hábil siguiente a aquel en que quede en firme la presente Resolución.

ARTICULO TERCERO: ADVERTIR a las partes que contra la presente resolución sólo procede el recurso de apelación ante la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de la decisión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 87 del Reglamento de AMV.

ARTÍCULO CUARTO: 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 encuentre en firme.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**ALFREDO BOTTA ESPINOSA
PRESIDENTE**

**JUAN PABLO BUITRAGO LEON
SECRETARIO**