

AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES DE COLOMBIA –AMV–**TRIBUNAL DISCIPLINARIO****SALA DE REVISIÓN****Resolución No. 12****Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)**

NÚMERO DE INVESTIGACIÓN: **01 – 2014 – 340**
INVESTIGADO: **GUSTAVO PALACIO LÓPEZ**
RESOLUCIÓN: **SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario, en ejercicio de sus atribuciones legales, estatutarias y reglamentarias, plasma la decisión adoptada en sesión del 6 de septiembre de 2016, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el defensor de oficio asignado al investigado, contra la Resolución No. 18 del 17 de noviembre de 2015, expedida por la Sala de Decisión No. “11”.

I. ANTECEDENTES

1.1. El 5 de agosto de 2014 el Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia (en adelante AMV), en ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 57 de su Reglamento, solicitó explicaciones personales¹ al señor Gustavo Palacio López, en su calidad de funcionario vinculado a DDDD (en adelante DDDD), para la época de ocurrencia de los hechos investigados².

1.2. El 29 de septiembre de 2014, una vez surtido el proceso dispuesto en el artículo 93 del Reglamento de AMV, el doctor AAAA se posesionó como defensor de oficio del investigado, dado la imposibilidad de notificar³ al señor Palacio López la solicitud formal de explicaciones.

1.3. El 29 de octubre de 2014, el defensor de oficio del investigado, presentó escrito a través del cual rindió las explicaciones solicitadas⁴.

¹ Folios 001 a 012, carpeta de actuaciones finales.

² Conforme a lo expuesto en los folios 040, 041, 046 y 047 de la carpeta de pruebas original, el señor Gustavo Palacio López laboró en DDDD en el cargo de Asesor Comercial el 12 de junio de 2007 y permaneció allí hasta no menos del 1º de octubre de 2013.

³ En las órdenes de transporte de la solicitud formal de explicaciones, proveídas por la compañía de correspondencia encargada de tal gestión, se exhibe a mano alzada la anotación “Se traslado” (sic). Ver documentos que preceden al Folio 001, carpeta de actuaciones finales.

⁴ Folios 028 a 041, *ibídem*.

1.4. El 17 de diciembre de 2014, AMV formuló pliego de cargos⁵. El 9 de enero de 2015, el defensor de oficio presentó descargos⁶.

1.5. El 17 de noviembre de 2015 la Sala de Decisión "11" del Tribunal Disciplinario profirió decisión de primera instancia⁷. El 10 de diciembre de 2015 la defensa interpuso recurso de apelación⁸. El 22 de diciembre de 2015 el Instructor se pronunció⁹ haciendo uso del traslado reglamentario.

II. CARGOS IMPUTADOS

AMV consideró que el investigado incurrió, entre el 25 de julio y el 19 de octubre de 2012, en las siguientes conductas:

- i. Excedió el mandato conferido por los clientes BBBB y CCCC.
- ii. Desconocimiento del deber general de lealtad en el manejo de la cuenta de dichos clientes.

AMV manifestó que entre el 25 de julio y el 24 de septiembre de 2012, el señor Palacio celebró 5 operaciones repo pasivas sobre acciones DDDD por cuenta del cliente BBBB, sin orden previa.

Adicionalmente, indicó que el 19 de octubre del mismo año, realizó una operación repo activa sobre 308.199 acciones EEEE a 90 días, sin orden previa por cuenta del señor CCCC.

Para AMV, con estas conductas el investigado excedió el mandato conferido por sus clientes y desconoció el deber de lealtad que, como profesional del mercado, le era exigible.

III. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA DEL INVESTIGADO

El defensor de oficio del señor Palacio López alegó que el pliego de cargos no cumplió con los requisitos constitucionales mínimos, lo que le imposibilitó ejercer una defensa adecuada. A su parecer, el AMV no logró establecer, entre otros aspectos, el "*nexo de causalidad*" y el "*análisis del grado culpabilidad*"¹⁰.

Manifestó que AMV no tuvo en cuenta las pruebas aportadas por la defensa, que se referían a la crisis institucional que atravesaba DDDD en el momento de los hechos objeto de investigación, y que demostraban la responsabilidad de los directivos de la comisionista.

Adicionalmente, planteó que en el pliego de cargos no se demostró que la celebración de las operaciones obedeciera a una decisión "*unilateral* e

⁵ Folios 073 a 086, *ibídem*.

⁶ Folios 091 a 099, carpeta de actuaciones finales.

⁷ Folios 106 a 123 de la carpeta de actuaciones finales.

⁸ Folios 126 a 129 de la carpeta de actuaciones finales.

⁹ Folios 131 a 133 de la carpeta de actuaciones finales.

¹⁰ Folio 098, *ibídem*.

independiente" del señor Palacio López. A su parecer, para poder concluir que el investigado era el llamado a responder, AMV debió demostrar que las operaciones no se realizaron en cumplimiento de órdenes impartidas por los directivos de DDDD.

Finalmente, frente al cargo de desconocimiento al deber de lealtad, manifestó que el instructor no allegó al proceso evidencia que acreditara que su actuar fue desleal.

IV. RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala de Decisión desestimó los argumentos de la defensa relacionados con la falta de claridad del pliego de cargos. Consideró que el pliego de cargos estuvo debidamente sustentado en sus componentes fáctico, jurídico y probatorio, por lo que no se afectó el derecho de defensa del investigado. Por otra parte, anotó que las pruebas aportadas por la defensa carecían de relevancia y de conducencia, ya que se limitaban a acreditar la situación de los directivos de la firma comisionista, sin referirse a los cargos imputados.

Por otra parte, la Sala encontró probado que el investigado, en su calidad de asesor comercial, celebró, sin que mediara orden previa, cinco operaciones repo pasivas y un repo activo por cuenta de los clientes BBBB y CCCC, respectivamente. A su parecer, este comportamiento no se ajustó a los principios que gobiernan la actividad de intermediación de valores.

En consecuencia, al encontrar configurado el exceso de mandato, entendió que igualmente se concreta el desconocimiento del deber de lealtad, ya que el actuar del investigado no cumplió con "*los estándares de integridad y fidelidad*", que le eran exigibles respecto de sus clientes.

Con fundamento en estas consideraciones, la Sala de Decisión "11" impuso al investigado las sanciones de suspensión por el término de 1 (un) año del mercado de valores y multa de dos millones de pesos (\$2.000.000).

V. RECURSO DE APELACIÓN DE LA DEFENSA Y TRASLADO

5.1. RECURSO DE APELACIÓN DE LA DEFENSA.

Adujo el recurrente que la Sala de Decisión debió tener en cuenta que las operaciones celebradas por el investigado por cuenta de los clientes BBBB y CCCC, al desarrollarse en el marco de una situación irregular de la comisionista de bolsa, pudieron obedecer a órdenes emitidas por los directivos de DDDD.

Consideró que, para poder declarar responsable a su defendido, AMV debió probar que el señor Palacio López actuó de manera libre e independiente, y que no fue un instrumento utilizado por la "*estructura empresarial*" para cometer delitos. Arguyó que una eventual coacción por parte de la entonces empleadora de su defendido, debería ser suficiente para que fuese absuelto en la segunda instancia.

5.2. PRONUNCIAMIENTO DE AMV FRENTE AL RECURSO DE APELACIÓN.

Para AMV, dentro del proceso quedó plenamente probado que el investigado celebró seis operaciones sin orden previa de sus clientes. Indicó, que, con la configuración del exceso del mandato, desconoció el deber especial de lealtad que le era exigible.

A su parecer, los argumentos que el defensor de oficio expuso en su recurso de apelación no deben ser de recibo por parte de la Sala de Revisión, ya que ninguna de las pruebas que obran en el proceso demuestran que sobre el señor Palacio López se hubiese ejercido ningún tipo de coacción al momento de celebrar las operaciones cuestionadas. Indicó que *"lo que se evidencia (...) es que el señor Palacio López actuó de manera autónoma, consciente libre (sic) y voluntaria"*¹¹.

Por dichos motivos solicitó a la Sala de Revisión confirmar la sanción impuesta en primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. 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 ello surge evidente la competencia de esta Sala para pronunciarse de fondo sobre la impugnación presentada por el defensor de oficio del señor Gustavo Palacio López contra la Resolución No. 18 del 17 de noviembre de 2015, expedida por la Sala de Decisión "11" del Tribunal Disciplinario de AMV.

Adicionalmente, el artículo 54 del Reglamento de AMV¹² indica que la función disciplinaria ejercida por AMV tiene como sujetos pasivos los sujetos de autorregulación, quienes según lo ordena el artículo 1º del Reglamento de AMV¹³, en concordancia con el artículo 11.4.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010¹⁴, son los intermediarios de valores y las personas naturales vinculadas.

¹¹ Folio 132 de la carpeta de actuaciones finales.

¹² Reglamento de AMV. Artículo 54. Sujetos pasivos. *"Serán sujetos pasivos de los procesos disciplinarios los sujetos de autorregulación"*.

¹³ Reglamento de AMV. Artículo 1º Definiciones. *"Para efectos de este Reglamento serán aplicables las siguientes definiciones: (...) Sujeto de autorregulación: Los miembros, los asociados autorregulados voluntariamente y sus personas naturales vinculadas"*.

¹⁴ Decreto 2555 de 2010. Artículo 11.4.1.1.2. Sujetos de autorregulación. *"Los organismos de autorregulación ejercerán sus funciones respecto de los intermediarios de valores que sean miembros de los mismos, ya sean personas naturales o jurídicas, quienes estarán sujetos a los reglamentos de autorregulación."*

Adicionalmente, las funciones del organismo de autorregulación se ejercerán respecto de las personas naturales vinculadas a cualquier intermediario de valores que sea miembro del organismo de autorregulación correspondiente, aún cuando tales personas no se encuentren inscritas previamente en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores, RPMV ni hayan sido inscritas en el organismo autorregulador, de conformidad con lo previsto en el artículo 11.4.6.1.3 del presente decreto. La vinculación de una persona natural a un intermediario de valores que sea miembro de un organismo de autorregulación implica que este podrá ejercer sus funciones en relación con dicha persona, así como la aceptación de los reglamentos de autorregulación y de los reglamentos de las bolsas de

Ahora bien, para la época de los hechos objeto de reproche, el señor Gustavo Palacio López estaba vinculado a DDDD¹⁵, en el cargo denominado "Asesor Comercial". Así las cosas, se puede concluir que es sujeto pasivo de la función disciplinaria de AMV.

6.2. ANÁLISIS DEL CASO

Para la Sala los argumentos expuestos por el recurrente no están llamados a prosperar por las razones que se pasan a explicar.

Según lo dispone el parágrafo dos del artículo 54 del Reglamento de AMV¹⁶, las personas naturales vinculadas a un intermediario de valores que participen en unos hechos que sean objeto de investigación disciplinaria responderán de manera independiente a la eventual responsabilidad que le corresponda a la sociedad y/o a los administradores de ésta. Es decir, tienen capacidad para ser parte en los procesos disciplinarios, en su calidad de sujetos pasivos de la acción disciplinaria.

Ahora bien, en cuanto al tema de capacidad, procesalmente se habla que toda persona tiene capacidad para ser parte de un proceso, ya sea desde el ámbito activo de la relación procesal, -demandante o sujeto activo- o desde el pasivo, -demandado o sujeto pasivo-. Al respecto la doctrina administrativa ha dicho: *"Una cosa es la capacidad para ser parte, que la tiene toda persona por el solo atributo de la personalidad jurídica, es decir, por el solo hecho de ser persona y otra, la capacidad para comparecer en juicio por sí misma. La capacidad para ser parte lo habilita para ser sujeto de una relación procesal como demandante, demandado, interviniente; por consiguiente, toda persona natural o jurídica, de derecho privado o público, tiene capacidad para ser parte en el proceso"*¹⁷.

Bajo este entendido, las personas naturales vinculadas a un intermediario de valores, cuentan con la capacidad para ser parte de un proceso, que, para este caso, eventualmente pueden ser sujetos pasivos de la acción disciplinaria atribuida al Autorregulador del Mercado de Valores, cuando por el ejercicio de la función de supervisión u originada en una queja presentada por un usuario, se advierta un incumplimiento a los deberes generales y especiales inherentes a la actividad de intermediación, que según lo dispuesto en los artículos 7.3.1.1.1 y 7.3.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010, en concordancia con lo dispuesto en el capítulo 1 del Libro 2 del Reglamento de AMV, entre otros pueden ser, la obligación de actuar como expertos

valores, de los sistemas de negociación y de los sistemas de registro donde opera el respectivo intermediario.

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

¹⁵ Según consta en los Informes de Auditoría No. PQR-0050 y PQR-0051 (folios 046 a 055 y 040 a 043, respectivamente).

¹⁶ Reglamento de AMV. Artículo 54. (...) "Parágrafo dos. Las personas naturales que sean sujetos pasivos del proceso disciplinario serán responsables disciplinariamente cuando participen de cualquier manera en los hechos que constituyan un desconocimiento a las normas para cuya supervisión tiene competencia AMV, sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponda a la sociedad a la cual están vinculados.

¹⁷ Palacio Hincapié, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo 4ª Edición.

prudentes y diligentes, con transparencia, honestidad, lealtad, claridad, deber de información, mejor ejecución, asesoría profesional y otros tantos.

Ahora, identificada una conducta que pueda ser disciplinable, se procede a dar inicio a un proceso de investigación que finaliza con la formulación de un pliego de cargos, en el cual, el instructor debe plantear de manera clara y precisa las situaciones fácticas y jurídicas que permitan al investigado ejercer su correcto y debido derecho de defensa.

Lo anterior, nos trae al argumento expuesto por el investigado en cuanto a que en el caso concreto la formulación de los cargos realizada por AMV, no cumplió con los requisitos constitucionales mínimos para ejercer una adecuada defensa.

Este argumento no está llamado a prosperar, comoquiera que, de la lectura del pliego de cargos formulado en contra del señor Gustavo Palacios López, con meridiana claridad se advierte que el instructor fue claro en la imputación de las normas violadas y los hechos que la originaron, lo que indefectiblemente le permitió al investigado, que en este caso actuó mediante defensor de oficio, conocer los cargos y los fundamentos jurídicos y fácticos para ejercer su derecho de defensa. Que como lo advierte la Sala, en todas las oportunidades procesales que permite el proceso fueron ejercidas, esto es, se le envió una solicitud formal de explicaciones, que fue atendida. Posteriormente, se le corrió traslado del pliego de cargos, para que se presentara sus descargos, que igualmente fue atendida. Por último, proferida la decisión de primera instancia, ejerció su derecho a presentar un recurso de apelación.

En consecuencia, no solo en la formulación del pliego de cargos AMV le permitió al defensor del investigado conocer cada una de las situaciones fácticas y jurídicas que concurrieron para la imputación formulada, tanto que, se ejerció el derecho de defensa y contradicción en todas las instancias procesales dispuestas por el Reglamento de AMV.

Por otra parte, afirma el defensor de oficio del investigado que en el pliego de cargos no se explica el nexo de causalidad, que en su entender es un requisito necesario para la imputación.

Frente a lo cual la Sala considera procedente realizar un pronunciamiento breve que permita ilustrar la diferencia que existe entre la responsabilidad civil extracontractual o administrativa, en donde se predica la necesidad de este elemento y la disciplinaria.

La teoría clásica de la responsabilidad civil o administrativa extracontractual, establece que para que se pueda imputar un daño, se requiere la acreditación de un nexo de causalidad entre el sujeto activo y las acciones desplegadas por éste, es decir, que el detrimento o afectación que sufrió un sujeto, fue como consecuencia del actuar de otro, y que, sin ese hecho, el resultado no se hubiese presentado. Por ello, cuando se pretende en un proceso exigir la reparación de un daño, debe demostrarse en primer lugar esa afectación, y después establecer de manera clara y precisa un autor de la conducta que lo originó.

Por el contrario, en los procesos disciplinarios, lo que debe acreditarse es quien es el titular de unas obligaciones o deberes legales y reglamentarias y si estas fueron cumplidas o no. Es decir, no es necesario establecer un nexo de causalidad entre un autor y un daño, pues, en esta lo que se discute es si la persona incumplió o no sus deberes. Por ello, al momento de la formulación de los cargos, el instructor no requiere hacer un estudio de causalidad, pues este elemento, que se reitera es imprescindible cuando estamos en un escenario de responsabilidad civil extracontractual, no lo es para los casos de responsabilidad disciplinaria.

Es por esto que, las personas naturales vinculadas, en el desarrollo de las actividades de intermediación, deben actuar de manera diligente, cumplir con los deberes inherentes a las funciones que desempeñen, lo que implica, que antes de ejecutar cualquiera de las operaciones de intermediación de valores autorizadas al Intermediario al que está vinculado, deben garantizar el cumplimiento de las normas aplicables, es decir, y a manera de ejemplo, si se va a ejecutar una operación por cuenta de un tercero, debe mediar una orden previa a la ejecución de la operación. En caso de no cumplir con esta obligación, está sujeto al ejercicio de la función disciplinaria por parte de AMV.

En consecuencia, el señor Gustavo Palacios, a la luz de lo dispuesto en las normas que reglamentan el desarrollo de la actividad de intermediación, tiene la capacidad jurídica para responder individualmente por el incumplimiento de sus deberes y obligaciones como una persona natural vinculada, independientemente de la responsabilidad que le corresponda a DDDD y/o sus directivos.

En cuanto al argumento propuesto por el recurrente, respecto al cual el *a quo* incurrió en una "*falacia de petición de principio*", dado que no se estudió la relevancia que el investigado cumplió órdenes. Resulta preciso anotar que no está acreditado en el proceso que los directivos de DDDD ejercieran algún tipo de coacción física o emocional que forzara al inculpado a ejecutar las operaciones cuestionadas. Ni mucho menos, el hecho notorio de la situación de la sociedad comisionista y el esquema financiero implementado, es prueba de ello.

Por lo tanto, y atención al principio procesal que establece que quien afirma un hecho está en la obligación de demostrarlo, lo procedente será desestimar este argumento del recurrente. En todo caso, y en gracia de discusión, la existencia de orden directa por parte de los directivos, no era excusa para el actuar del Investigado, comoquiera que, como se expuso previamente, al señor Palacio López, como profesional del mercado, le era exigible verificar la existencia de la orden del titular del portafolio, previo a la celebración de las operaciones cuestionadas por AMV.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario del Autorregulador del Mercado de Valores –AMV–, integrada por los doctores Jaime Alberto Gómez Mejía (Presidente), Arturo Sanabria Gómez (ad-hoc) y César Prado Villegas (ad-hoc), de conformidad con lo consagrado en el Acta 227 del 6 de septiembre de 2016, del Libro de Actas de la Sala de Revisión, por unanimidad

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR el artículo primero de la Resolución No.18 del 17 de noviembre de 2015, expedida por la Sala de Decisión “11” del Tribunal Disciplinario de AMV, que impuso al señor **GUSTAVO PALACIO LÓPEZ** las sanciones de **SUSPENSIÓN** por el término de **UN (1) AÑO** del mercado de valores y **MULTA** de **DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000,00)** por las conductas de exceso de mandato y desconocimiento del deber de lealtad.

ARTÍCULO SEGUNDO: ADVERTIR al señor **GUSTAVO PALACIO LÓPEZ** que la **SUSPENSIÓN** se hará efectiva a partir del día hábil siguiente a aquél en que quede en firme la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 del Reglamento de AMV.

ARTÍCULO TERCERO: ADVERTIR al señor **GUSTAVO PALACIO LÓPEZ** que el pago de la multa aquí ordenada deberá realizarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a aquél en que quede en firme la presente Resolución.

El incumplimiento del pago de la multa en los términos aquí señalados, acarreará los efectos previstos en el último inciso del artículo 85 del Reglamento de AMV.

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

JAIME ALBERTO GÓMEZ MEJÍA
PRESIDENTE

JOSÉ M. FERNÁNDEZ DE CASTRO
SECRETARIO