

AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES DE COLOMBIA –AMV–

TRIBUNAL DISCIPLINARIO

SALA DE REVISIÓN

Resolución No. 15

Bogotá D.C., 30 de septiembre de 2016

NÚMERO DE INVESTIGACIÓN: **01 – 2014 – 362**
INVESTIGADO: **LUIS EDUARDO OSPINA LABRADOR**
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 28 de septiembre de 2016, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado especial del señor Luis Eduardo Ospina Labrador contra la Resolución No. 6 del 31 de mayo de 2016, expedida por la Sala de Decisión No. “1”.

I. ANTECEDENTES

1.1. Aspectos Procesales.

1.1.1. El 14 de noviembre 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, envió solicitud formal de explicaciones¹ al señor Luis Eduardo Ospina Labrador, en su calidad de persona natural vinculada a la sociedad comisionista de bolsa AAAA, para la época de ocurrencia de los hechos investigados², quien con posterioridad se vinculó a la sociedad comisionista BBBB (en adelante BBBB). Vencido el plazo establecido por el artículo 60 *ibídem*, el investigado no presentó sus explicaciones.

1.1.2. El 30 de junio de 2015, AMV formuló pliego de cargos³.

1.1.3. El 14 de julio de 2015, mediante apoderado especial, el señor Luis Eduardo Ospina Labrador presentó sus descargos⁴.

1.1.4. La Sala de Decisión No. “1” del Tribunal Disciplinario de AMV, mediante la Resolución No. “6” del 31 de mayo de 2016, resolvió sancionar al señor Luis Eduardo Ospina Labrador con expulsión y multa de 106 SMMLV, al encontrarlo responsable de la vulneración a las conductas dispuestas en los artículos 36.1 y 49.1 del Reglamento de AMV, artículo 1271 del Código de Comercio y 7.3.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010.

1.1.5. Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado judicial del señor Luis Eduardo Ospina Labrador, interpuso recurso de apelación el 10 de junio de 2016;

¹ Folios 002 a 048, carpeta de actuaciones finales.

² Folio 5 de la carpeta de pruebas original.

³ Folios 0124 a 0169, carpeta de actuaciones finales.

⁴ Folios 0174 a 0190, *ibídem*.

esto es, dentro del término establecido para ello, comoquiera que el plazo vencía el 20 de junio de 2016.

1.1.6. El 23 de junio de 2016, esto es, dentro del término establecido para ello, comoquiera que el plazo vencía ese día, AMV, en ejercicio de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 87 del Reglamento de AMV, presentó su pronunciamiento frente al recurso de apelación.

1.2. Síntesis de los hechos.

1.2.1. El señor Luis Eduardo Ospina Labrador estuvo vinculado a AAAA entre el 24 de marzo de 2009 y el 10 de mayo de 2013 y a BBBB entre el 1º de julio de 2013 y el 11 de septiembre del mismo año. El 2 de octubre de 2013, AAAA presentó una queja en contra del señor Ospina, ampliada el 7 de noviembre del mismo año, en la que se informa que en la época en que estuvo vinculado a dicha entidad incurrió en unas conductas que requerían ser investigadas por el AMV, con el fin de establecer una posible responsabilidad disciplinaria.

1.2.2. Como consecuencia de lo anterior, AMV inició un proceso disciplinario, en el que pudo establecer que el investigado desarrolló un producto de inversión en su época de persona vinculada a AAAA, sin el consentimiento y aprobación de la entidad, a partir del cual les habría dado un uso distinto a recursos de siete clientes, implementado un esquema en el que, entre otros, elaboró certificaciones, al parecer falsas, de los estados de las inversiones de éstos.

1.3. Cargos imputados

AMV consideró que el investigado vulneró lo dispuesto en las siguientes normas:

1.3.1. Artículos 36.1⁵, 41⁶ y 49.1⁷ del Reglamento de AMV;

1.3.2. Artículo 1271⁸ del Código de Comercio;

1.3.3. Artículos 7.3.1.1.1⁹ y 7.3.1.1.2¹⁰ del Decreto 2555 de 2010 y;

1.3.4. Artículo 5.1.3.1 numeral 4º del Reglamento General de la Bolsa de Valores¹¹.

⁵ Reglamento de AMV. Artículo 36.1 Deberes generales en la actuación de los sujetos de autorregulación. *“Los sujetos de autorregulación deben proceder como expertos prudentes y diligentes, actuar con transparencia, honestidad, lealtad, claridad, precisión, probidad comercial, seriedad, cumplimiento, imparcialidad, idoneidad y profesionalismo, cumpliendo las obligaciones normativas y contractuales inherentes a la actividad que desarrollan”.*

⁶ Reglamento de AMV. Artículo 41 Deber de separación de activos (...) *“El intermediario en ningún caso podrá utilizar tales recursos para cumplir o garantizar las operaciones por cuenta propia, por cuenta de otros terceros, ni para cualquier otro fin no autorizado expresamente por el cliente”.*

⁷ Reglamento de AMV. Artículo 49.1 Defraudación. *“Los sujetos de autorregulación deberán abstenerse de obtener provecho indebido para sí o para un tercero, afectando a un tercero o al mercado, en desarrollo de operaciones o actividades de intermediación”.*

⁸ Código de Comercio. Artículo 1271. Prohibición de usar los fondos del mandante. *“El mandatario no podrá emplear en sus propios negocios los fondos que le suministre el mandante y, si lo hace, abonará a éste el interés legal desde el día en que infrinja la prohibición y le indemnizará los daños que le cause, sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes al abuso de confianza. La misma regla se aplicará cuando el mandatario dé a los dineros suministrados un destino distinto del expresamente indicado”.*

⁹ Decreto 2555 de 2010. Artículo 7.3.1.1.1. Deberes generales de los intermediarios de valores. *“Los intermediarios de valores deben proceder como expertos prudentes y diligentes, actuar con transparencia, honestidad, lealtad, imparcialidad, idoneidad y profesionalismo, cumpliendo las obligaciones normativas y contractuales inherentes a la actividad que desarrollan”.*

¹⁰ Decreto 2555 de 2010. Artículo 7.3.1.1.2. Deberes especiales de los intermediarios de valores. *“(…) 1. Deber de información (...) 2. Deberes frente a los conflictos de interés (...) 3. Deber de documentación (...) 4. Deber de reserva (...) Deber de separación de activos (...) Deber de valoración (...) Deber de mejor ejecución (...)”.*

¹¹ Reglamento General de la BVC. Artículo 5.1.3.1. El presente Código de Conducta se expide sobre la base de preservar y reafirmar los siguientes principios básicos de la actividad bursátil: (...) *“El cumplimiento*

Como sustento de la vulneración a estas disposiciones, AMV expuso que el señor Ospina Labrador obtuvo un provecho indebido en favor de terceros y con ello afectó el patrimonio de otros, lo que es constitutivo de la conducta de defraudación descrita en el artículo 49.1 del Reglamento de AMV.

Respecto a la utilización indebida de recursos de los clientes, se señaló que el investigado les dio un destino, diferente al indicado por sus clientes, a los recursos entregados por éstos.

Por último, indicó que, como consecuencia de la conducta desplegada por el investigado, vulneró los deberes generales inherentes a la actividad de intermediación; esto es, lealtad, profesionalismo, transparencia, honestidad, claridad y probidad comercial.

1.4. Descargos.

El señor Luis Eduardo Ospina Labrador, dentro de la oportunidad procesal para ello, mediante apoderado, presentó sus descargos, solicitando la desestimación de los cargos imputados, con fundamento en las siguientes consideraciones.

En cuanto al provecho en favor de terceros, se indicó que el investigado no obtuvo un beneficio personal y que su actividad se circunscribía a la atención de sus clientes. Por su parte, frente al elemento de afectación, se afirmó que la conducta desplegada por éste no fue a título de dolo.

Por su parte, frente al cargo de uso indebido, se manifestó que los recursos administrados por el investigado tuvieron un solo destino; esto es, las cuentas de AAAA y, por tanto, carecería de fundamento el cargo imputado.

Respecto al incumplimiento de los deberes generales, se señaló que el obrar del investigado se enmarcó en el cumplimiento de sus obligaciones laborales. Por último, indicó que los hechos fueron consecuencia de circunstancias externas tales como, su entorno sociológico y presiones comerciales de su empleador.

1.5. Resolución de primera instancia

La Sala de Decisión No. "1", resolvió declarar fundados los cargos imputados, para ello fundamentó su decisión en las siguientes consideraciones.

En primer lugar, encontró probados los hechos aducidos por AMV, específicamente, que los clientes del señor Ospina Labrador entregaron unas sumas de dinero con destino a inversiones particulares, pero estos fueron consignados en cuentas que tenían otros clientes en la misma sociedad comisionista, con la finalidad de cubrir faltantes de dinero por operaciones similares en momentos diferentes.

A partir de estos hechos probados, la Sala de Decisión encontró fundado el cargo de defraudación, comoquiera que concurrieron los tres elementos requeridos; esto es, i) la obtención de un provecho indebido para el infractor o un tercero; ii) que como consecuencia de ello se afecte a un tercero o al mercado y iii) que dicha conducta tenga lugar en desarrollo de operaciones o actividades de intermediación. Por último, se estableció que la conducta del investigado supuso el empleo de dispositivos ficticios.

del deber de obtener y suministrar a los clientes la información relevante para la realización de transacciones, así como también entregarles, oportunamente, la documentación de los negocios realizados;".

Respecto del primer elemento, la Sala de Decisión reconoció que el provecho fue en favor de terceros; es decir, de los clientes a quienes les fue depositado el dinero de otros clientes. La afectación se presentó respecto de cinco clientes, pues sus recursos no fueron invertidos en lo que ellos habían dispuesto. Por último, se hizo dentro del marco de actividades de intermediación, dado que los recursos entregados debían ser canalizados en el mercado de valores.

Finalmente, la Sala de Decisión encontró fundada la vulneración a los deberes generales, toda vez que se probó que el investigado actuó de manera desleal, poco transparente y deshonesto frente a sus clientes, pues, a partir de un engaño, éstos entregaron unos recursos que fueron utilizados para fines distintos a los autorizados.

En consecuencia, se impuso la sanción de expulsión concurrente con una multa de 106 SMLMV.

1.6. Recurso de apelación.

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del señor Ospina Labrador interpuso recurso de apelación con la siguiente solicitud:

"(...) se concentra en que sea valorada la sanción pecuniaria establecida en contra de mi prohijado y fundamentado en los siguientes aspectos.

1. Las conductas cometidas por parte del Sr. Luis Eduardo Ospina Labrador, en su calidad de antiguo funcionario de la firma AAAA, fue bajo la categoría de Culposa, la cual fue el producto de acciones imprudentes y deficientes en las actuaciones profesionales ejercidas.

2. El Sr. Luis Eduardo Ospina Labrador, no es el único responsable del resultado final de los hechos investigados, por cuanto, se puede evidenciar que la Empresa AAAA, sobre la cual recae el deber de vigilancia, supervisión, orientación, apoyo, capacitación, nunca ejerció estas acciones logrando una disminución del resultado final entregado.

3. No hay una evidencia directa o través de cualquier medio fáctico, que logre establecer que el Encartado, se haya beneficiario (sic) en su patrimonio personal o en favor de un tercero de suma alguna de dinero, por cuanto, estos valores fueron entregados a las arcas de la Empresa AAAA, quien no ejerció (sic) ninguna vigilancia sobre estos recursos recibidos y aunado a lo anterior, el Sr. Ospina Labrador, no presenta un incremento económico y su situación actual, es deteriorada y de bajos recursos para su mínima subsistencia.

4. La imposición de la sanción en contra del Encartado, representa un porcentaje superior al Cincuenta por Ciento (50%) de la suma máxima fijada por esta institución y no guarda una proporcionalidad frente a los hechos cuestionados (...)"¹².

1.7. Pronunciamiento de AMV frente al recurso de apelación.

AMV, dentro del término procesal para ello, presentó su pronunciamiento frente al recurso de apelación, estructurado a partir de cinco fundamentos. Al respecto, a manera de síntesis, se expuso lo siguiente.

AMV estimó que el apoderado judicial del investigado intentó revivir una etapa procesal no agotada en la instrucción, en razón a que las consideraciones, esbozadas

¹² Folio 232 de la carpeta de actuaciones finales.

en el recurso de apelación, buscaron atacar los argumentos expuestos por el instructor en la formulación del pliego de cargos y no las plasmadas por la Sala de Decisión, lo que, según su entender, correspondía en esta oportunidad procesal.

Adicionalmente, consideró que en el recurso no se discuten las conductas que le fueron imputadas y por las cuales fue encontrado responsable en la primera instancia, lo que evidentemente es necesario para delimitar la competencia de la Sala de Revisión.

Sin perjuicio de lo anterior, AMV realizó un pronunciamiento específico frente a la intencionalidad del investigado, señalando que éste no actuó por error, sino con un propósito definido consistente en obtener un provecho en favor de cinco clientes, afectando a otros inversionistas.

En cuanto a la responsabilidad de AAAA, expuso el instructor que en materia disciplinaria es de carácter individual y concreta.

Por último, frente a la sanción estimó que es proporcional, pues se tuvo como referencia el perjuicio causado a uno de sus clientes para su estimación.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

De acuerdo con lo establecido en el numeral 1° 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 apoderado judicial del señor Luis Eduardo Ospina Labrador contra la Resolución No. 6 del 31 de mayo de 2016, expedida por la Sala de Decisión "1" del Tribunal Disciplinario de AMV.

Adicionalmente, el artículo 54 del Reglamento de AMV¹³ indica que la función disciplinaria ejercida por AMV tiene como sujetos pasivos los sujetos de autorregulación, quienes, según lo ordena el artículo 1° del Reglamento de AMV¹⁴, en concordancia con el artículo 11.4.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010¹⁵, son los intermediarios de valores y las personas naturales vinculadas.

¹³ Reglamento de AMV. Artículo 54. Sujetos pasivos. "Serán sujetos pasivos de los procesos disciplinarios los sujetos de autorregulación".

¹⁴ Reglamento de AMV. Artículo 1° 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".

¹⁵ 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 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".

Ahora bien, para la época de los hechos objeto de reproche, el señor Luis Eduardo Ospina Labrador estaba vinculado a AAAA y BBBB. Así las cosas, se puede concluir que es sujeto pasivo de la función disciplinaria de AMV.

2.2. Caducidad.

Según lo dispuesto en el artículo 90, la Sala de Revisión no podrá proferir una decisión que imponga sanción después de transcurrido un año, contado a partir del día hábil siguiente al vencimiento del término de que trata el inciso segundo del artículo 87; esto es, del plazo para presentar el pronunciamiento al recurso que, para el caso concreto, correspondió al 13 de junio de 2016. Por tanto, no ha caducado la oportunidad para proferir la decisión.

2.3. Análisis del caso.

Para iniciar el estudio del fondo del asunto, resulta pertinente realizar un pronunciamiento en relación con los aspectos que serán abordados por parte de la Sala de Revisión dado que se observa en el escrito de apelación que junto con los argumentos esbozados por el apoderado, la pretensión de su recurso se concreta a que *“sea valorada la sanción pecuniaria establecida en contra de mi prohijado”*, y por lo tanto la Sala se remitirá específicamente a tratar ese objetivo del recurrente.

Esta precisión encuentra respaldo en lo dispuesto por el artículo 87 del Reglamento de AMV, en cuanto dispone que quien interponga un recurso de apelación debe sustentar las razones en las que se fundamenta su impugnación, y por lo tanto, esa sustentación será, en principio, la guía para la decisión en la fase de segunda instancia, desde luego, sin perjuicio de que pueda ampliarse el pronunciamiento, por ejemplo si se advierten circunstancias violatorias del derecho al debido proceso.

En consecuencia, y dado que el recurrente en su escrito de apelación realizó una solicitud puntual frente a lo resuelto por la Sala de Decisión, procede la Sala de Revisión a pronunciarse sobre la sanción pecuniaria impuesta contra el recurrente, en la decisión de primera instancia.

2.4. Dosificación de la sanción.

En el escrito de apelación se solicitó la revisión de la sanción pecuniaria impuesta, con fundamento en cuatro argumentos que atiendan a la calificación de la conducta, a la eventual responsabilidad de la entidad a la cual estaba vinculado, a que no obtuvo un provecho para sí mismo y por último a una falta de proporcionalidad.

En cuanto a la calificación de la conducta del investigado, esto es si fue a título de dolo o culpa, bajo los parámetros dispuestos en las normas que reglamentan el proceso disciplinario en AMV, resulta irrelevante, comoquiera que en este proceso no se requiere para la configuración de las conductas disciplinables del elemento volitivo innato a la responsabilidad penal, basta con que se encuentren probados los hechos que derivan en la vulneración de las obligaciones legales y reglamentarias que deben observar los sujetos de autorregulación. En el presente asunto las pruebas demuestran que el investigado vulneró sus obligaciones legales y reglamentarias en la realización de sus funciones como operador, en cuanto a la gestión de los recursos de los clientes aquí señalados, lo que a la luz de lo dispuesto en las normas del mercado de valores es suficiente para declararlo responsable disciplinariamente, como efectivamente lo decidió la Sala de Decisión y ahora se confirma.

Por su parte, la eventual responsabilidad de AAAA no es una circunstancia de atenuación, pues la responsabilidad disciplinaria es individual; es decir, un mismo hecho puede derivar en un proceso en contra de la entidad y otro para las personas naturales vinculadas, dado que las obligaciones son de naturaleza diferente.

En cuanto al provecho para el investigado, igualmente no es una circunstancia de atenuación, lo relevante es que se hubiese encontrado configurado el cargo imputado. Que igualmente, conforme a las pruebas obrantes en el proceso, específicamente a los hallazgos en el informe de auditoría realizado por AAAA, prueba documental debidamente allegada al presente proceso, quedó probado que los recursos entregados por los clientes fueron desviados y depositados en cuentas de otros clientes, lo que fue reconocido en la decisión de primera instancia y que en esta oportunidad se reitera, como un provecho en favor de terceros, elemento requerido para encontrar configurado el cargo de defraudación imputado.

Por último, en cuanto a la proporcionalidad de la sanción, encuentra la Sala que no es un argumento llamado a prosperar por las razones que se pasan a explicar.

Ahora bien, contrario a lo planteado por el recurrente, en cuanto a circunstancias de atenuación, la Sala advierte que en el caso concreto y de conformidad con lo dispuesto en la guía de graduación de sanciones de AMV, concurrieron circunstancias de agravación que obligan a concluir que la sanción impuesta es proporcional a las conductas desplegadas por el investigado, a saber, i). Cuando con la conducta se afecte a un número plural de clientes del intermediario, ii). Cuando con la conducta se afecte materialmente el patrimonio del cliente o del intermediario, iii). Que la conducta afecte materialmente el patrimonio del intermediario o de cualquier otra persona.

Por último, advierte la Sala de Revisión que en la parte resolutive de la Resolución No.6 del 31 de mayo de 2016, expedida por la Sala de Decisión "1" del Tribunal Disciplinario de AMV, en el artículo segundo se incurrió en un yerro mecanográfico que es preciso enmendar en este momento, en el sentido de aclarar, a la luz de lo dispuesto por el artículo 82 del Reglamento de AMV, que el término con que cuentan las personas naturales para pagar las multas impuestas es de quince (15) días hábiles.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario del Autorregulador del Mercado de Valores –AMV–, integrada por los doctores Arturo Sanabria Gómez (Presidente de la Sala), Luis Hernando Parra Nieto y Mauricio Valenzuela Grueso de conformidad con lo consagrado en el Acta 231 del 28 de septiembre de 2016, del Libro de Actas de la Sala de Revisión, por unanimidad

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR el artículo Segundo de la parte resolutive de la Resolución No.6 del 31 de mayo de 2016, expedida por la Sala de Decisión "1" del Tribunal Disciplinario de AMV, que quedará del siguiente tenor: "**ADVERTIR** al señor **LUIS EDUARDO OSPINA LABRADOR** 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".

ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Resolución No.6 del 31 de mayo de 2016, expedida por la Sala de Decisión "1" del Tribunal Disciplinario de AMV, que impuso al señor **LUIS EDUARDO OSPINA LABRADOR** las sanciones de **EXPULSIÓN** del mercado de valores y **MULTA** de **106 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (SMMLV)**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ARTURO SANABRIA GÓMEZ

JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ DE CASTRO

PRESIDENTE

SECRETARIO