

AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES DE COLOMBIA - AMV-

TRIBUNAL DISCIPLINARIO

SALA DE DECISIÓN "2"

RESOLUCIÓN No. 7

Bogotá, D.C., 21 de noviembre de 2017

NÚMERO DE INVESTIGACIÓN: 01-2017-413
INVESTIGADOS: MAURICIO OSUNA SÁNCHEZ
RESOLUCIÓN: PRIMERA INSTANCIA

La Sala de Decisión "2" del Tribunal Disciplinario de AMV, en ejercicio de sus atribuciones legales, estatutarias y reglamentarias, decide en primera instancia la investigación adelantada contra el señor Mauricio Osuna Sánchez (en adelante "el investigado"), previo recuento de los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.1. Aspectos procesales.

1.1.1. El 3 de marzo de 2017, el Autorregulador del Mercado de Valores (en adelante "AMV" o "el Instructor"), en ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 57¹ del Reglamento, solicitó² explicaciones formales al investigado, en su condición de funcionario de la sociedad AAAA S.A., hoy CCCC S.A. Comisionista de Bolsa (en adelante "la sociedad", "CCCC" o "la comisionista"), por la posible violación de los artículos 23, numeral 2, de la Ley 222 de 1995³, 73

¹ Artículo 57 del Reglamento de AMV – Iniciación de la etapa de investigación: "El Presidente de AMV o el Vicepresidente de Cumplimiento y Disciplina o el Gerente de Investigación y Disciplina iniciarán el proceso disciplinario mediante el envío al investigado de solicitud formal de explicaciones en la cual se indiquen la conducta observada, las pruebas y la norma probablemente violada.

No podrá elevarse una solicitud formal de explicaciones después de transcurridos más de tres (3) años contados a partir de la ocurrencia de los hechos. En el caso de una infracción resultante de varios hechos, o de infracciones resultantes de hechos sucesivos dicho término se contará a partir de la ocurrencia del último hecho. En el caso de infracciones resultantes de conductas omisivas, el término se contará desde cuando haya cesado el deber de actuar.

² Folios 002 a 032 de la carpeta de actuaciones finales.

³ Ley 222 de 1995, artículo 23. Deberes de los administradores. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados... En el cumplimiento de su función deberán (...) 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.

del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁴ (en adelante EOSF) y 36.1 del Reglamento de AMV⁵.

1.1.2. El 5 de abril de 2017, el investigado rindió formalmente las explicaciones solicitadas⁶.

1.1.3. El 18 de agosto de 2017 el instructor formuló pliego de cargos⁷ contra el investigado, al considerarlo responsable de la infracción de los artículos 23, numeral 2, de la Ley 222 de 1995, 73 del EOSF y 36.1 del Reglamento de AMV.

1.1.4. El 14 de septiembre de 2017, dentro del término previsto para el efecto, el investigado presentó sus descargos de manera personal⁸, oportunidad que también utilizó para solicitar la práctica de la audiencia establecida por el artículo 75 del Reglamento de AMV, celebrada el 26 de octubre de 2017, de la cual quedó registro fílmico que forma parte del expediente. El investigado pidió, así mismo, que fuesen practicadas unas pruebas que, sin embargo, ya reposaban en el expediente, por lo que no fue preciso disponer su práctica.

1.2. Síntesis de los hechos y la imputación.

La investigación tuvo su origen en un exhorto proferido por la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario en el proceso disciplinario número 01-2015-371, quien solicitó se investigara a los funcionarios que tuvieron funciones de control interno de CCCC, relacionadas con las operaciones que efectuó el investigado en aquel proceso.

Lo que se logró determinar en aquella investigación, y que nutrió los antecedentes de la presente, fue la existencia de un esquema defraudatorio, estructurado a partir de dos estrategias de negociación que en total sumaron 33 conjuntos de operaciones sobre bonos soberanos de Colombia, no advertido por las áreas de control interno de la sociedad comisionista a la que estaba vinculado el señor BBBB para la época de los hechos.

1.2.1. Cargos formulados contra el investigado Mauricio Osuna Sánchez.

⁴ EOSF, artículo 73, numeral 3: Junta Directiva: (...) 3. Obligaciones. Los directores de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, una vez nombrados o elegidos, deberán posesionarse y prestar juramento por el cual se obliguen, mientras estén en ejercicio de sus funciones, administrar diligentemente los negocios de la entidad y a no violar a sabiendas, ni permitir que se violen ninguna de las disposiciones legales a ella aplicables.

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 Folios 038 a 057 de la carpeta de actuaciones finales.

⁷ Folios 058 a 098 de la carpeta de actuaciones finales.

⁸ Folios 104 a 125 de la carpeta de actuaciones finales.

A juicio del instructor, el investigado *"no obró de manera diligente en el cumplimiento de sus funciones como jefe directo del señor BBBB, ni como administrador de la SCB"*⁹, lo que condujo a que no detectara de forma oportuna el comportamiento del señor BBBB. Para llegar a tal conclusión, AMV tomó en cuenta la comunicación del 11 de octubre de 2016, remitida por la comisionista, en la cual se señaló que *"la responsabilidad de monitorear y supervisar de forma continua la celebración de operaciones de Bonos Globales de la República de Colombia realizadas por BBBB era su jefe inmediato el señor Mauricio Osuna Sánchez"*¹⁰.

Junto con esa comunicación de la comisionista, el instructor tuvo en cuenta una serie de correos electrónicos escritos en la época de los hechos, por medio de los cuales el área de auditoría de la comisionista solicitó identificar las actividades de las direcciones o procesos a cargo de funcionarios, para establecer cómo se desarrollaban las mismas, entre las cuales el instructor resaltó la labor de monitoreo. Así mismo, apreció la respuesta de la comisionista, contenida en la comunicación D-832 del 11 de octubre de 2016, por medio de la cual se certificó que *"no se encontraron registros de pronunciamiento específico de parte de Mauricio Osuna Sánchez, Vicepresidente, acerca de las labores de monitoreo y supervisión que realizó como jefe inmediato del señor BBBB"*¹¹.

Para AMV el cúmulo de omisiones por parte del investigado, a quien señaló como el *"encargado de la estructuración del sistema de control interno"*, deja ver un *"obrar omisivo que facilitó las irregularidades advertidas"* por la comisionista.

El instructor también hizo relieve sobre la solicitud del 27 de marzo de 2014, presentada por BBBB al hoy investigado, con el fin de poder realizar operaciones por cuenta de la posición propia de la comisionista. El investigado trasladó la solicitud a la gerente de riesgos, quien resaltó que debía efectuarse una separación funcional, dado que BBBB era un operador de distribución, lo que podría generar situaciones de conflicto de interés. Lo mismo ocurrió en septiembre de ese año, luego de ser reiterada la solicitud por parte del señor BBBB.

AMV añadió la falta de seguimiento por parte del investigado, y la ausencia de instrucciones precisas emitidas por él a BBBB, en especial luego del correo electrónico del 27 de junio de 2014, que permitió la celebración de cuatro (4) conjuntos de operaciones sobre bonos globales, sin que se hubiese efectuado el registro dispuesto por la Bolsa de Valores de Colombia (BVC).

⁹ Folio 77 de la carpeta de actuaciones finales, que corresponde a la hoja 35 del pliego de cargos.

¹⁰ Folio 77 de la carpeta de actuaciones finales, que corresponde a la hoja 35 del pliego de cargos.

¹¹ Folio 78 de la carpeta de actuaciones finales, que corresponde a la hoja 37 del pliego de cargos.

En síntesis, el instructor estableció que a partir de la condición de administrador con que contaba el investigado, él debía proceder con un grado de diligencia mayor al que se predica de un buen padre de familia, y en tal virtud tendría que obrar como un buen hombre de negocios, prudente y diligente en el manejo de sus propios negocios. Al respecto dijo AMV: *"el actuar diligente de las personas que tienen en sus manos el destino de la empresa, resulta crucial con el fin de evitar... que situaciones irregulares... puedan llegar a presentarse o que las mismas se prolonguen en el tiempo..."*¹², para concretar más adelante que la *"puesta en marcha y posterior ejecución de la estrategia defraudatoria antes mencionada, se facilitó en razón de la conducta omisiva del señor Osuna Sánchez, habida cuenta que no obró de manera diligente en el cumplimiento de su función de verificar que el señor BBBB, como miembro de la fuerza comercial que él dirigía, ajustara su actividad a la normativa y las políticas internas que la regían"*¹³.

El instructor echó de menos las pruebas que acrediten la ejecución de actividades de monitoreo y supervisión de parte del investigado sobre las operaciones de BBBB, lo que denota falta de diligencia en su calidad de superior jerárquico. En particular, echó en falta un manejo adecuado de las operaciones de distribución y aquellas que se realizaron por la cuenta propia de la comisionista, según las dos solicitudes efectuadas por el señor BBBB.

AMV llamó la atención sobre los conjuntos de operaciones que presentaron deficiencias en el registro ante la BVC, realizadas entre marzo y julio de 2017, para precisar que era deber del jefe inmediato del operador realizar la verificación de dicho registro en todos los casos.

En cuanto a la actuación de BBBB, que operó durante unos días en los que se demostró que sí estaba disfrutando de sus vacaciones, el instructor no observó pruebas que demostraran que su jefe inmediato hiciera algún tipo de reproche o desarrollara alguna actuación que permitiera siquiera establecer las razones por las cuales se encontraba operando, lo que denota poca diligencia en su proceder como jefe y como miembro de junta directiva.

1.3. Descargos

A diferencia de lo dicho por AMV en el pliego de cargos, el investigado, actuando en su propio nombre, mencionó en su defensa la existencia en 2014 de un Sistema de Control Interno (SCI), conformado por varios órganos de la comisionista, e incluso indicó que ese sistema estaba sometido a la verificación de la revisoría fiscal y del contralor normativo, dada su condición de terceros externos.

¹² Página 95 de la carpeta de actuaciones finales, que corresponde a la hoja 75 del pliego de cargos.

¹³ Página 96 de la carpeta de actuaciones finales, que corresponde a la hoja 77 del pliego de cargos.

Adujo que ese sistema estaba conformado por un ambiente de control que involucraba políticas, procedimientos, manuales, códigos de conducta y buen gobierno, etc., en el que se habían designado responsables de las áreas para las tareas de supervisión y control interno.

A pesar de no haber sido identificados errores en la operatividad del sistema, no fue posible detectar de inmediato el esquema de defraudación estructurado por el señor BBBB. Con todo, tiempo después, fue gracias al sistema de control interno de la comisionista que logró detectarse la actuación del funcionario, lo cual confirma que, para un vicepresidente comercial, sería prácticamente imposible advertir la presencia de tan complejo esquema defraudatorio.

En otras palabras, señaló el investigado, para que un vicepresidente pueda realizar actividades en contra del incumplimiento sistemático de normas, es necesario que se apoye en las señales de alarma que otras áreas lancen de forma oportuna. En efecto, se debe agotar previamente la identificación de irregularidades por el área de "monitoreo", y ello se logra con herramientas de segregación de funciones y no de concentración de las mismas, como lo sugiere AMV.

Al efecto, puntualizó que en la comisionista de bolsa no existían las herramientas ni el personal para hacer una labor de vigilancia exhaustiva que abarcara todas las operaciones que se realizaran en el mercado de valores. Por lo tanto, los elementos con que cuente una vicepresidencia comercial deben estar anteceditos de las alertas que sean generadas por otras áreas, como monitoreo, operaciones o riesgos.

Por lo tanto, aunque no descarta el investigado que se hubiese incurrido en fallas, aclara que no pueden ser éstas exclusivamente atribuidas a quien no tiene responsabilidades sobre ellas, además de no haber sido determinantes para la producción de la defraudación por parte de BBBB. A lo anterior agregó que existe una normatividad interna en la comisionista, en virtud de la cual se debe "consolidar una estructura de control interno" que complemente las actividades de monitoreo. Para el efecto, resaltó las tareas de gestión de riesgos, actividades de control, información y comunicaciones, todo ello como un sistema de conjunto y no entendido como labores aisladas respecto a un solo funcionario.

Así, a manera de ejemplo, el investigado precisó que es al cargo de 'asistente de operaciones moneda extranjera' a quien puntualmente le correspondía ejecutar actividades de coordinación y monitoreo, lo que supone registro en el sistema, complementación al seguimiento y cumplimiento de las operaciones con bonos globales. Esos asistentes tenían a la sazón la responsabilidad del monitoreo y supervisión diaria de las negociaciones de bonos globales.

El investigado conjugó la situación de segmentación de labores, con el paso del tiempo, para hacer puntual mención de la alerta puesta de presente por la asistente de operaciones en moneda extranjera de la comisionista, DDDD, quien en junio de 2014 le remitió un correo electrónico con el cual puso en conocimiento suyo que las operaciones no eran registradas en los sistemas y sólo quedaba registro de ellas en Excel. Al respecto, lo primero que mencionó el investigado, es que entre la primera operación y dicho correo electrónico ya habían transcurrido unos meses, aunque precisó que su respuesta fue inmediata, en el sentido de reiterar al funcionario involucrado la política de registro de operaciones.

El señor Osuna replicó el mismo esquema, pero frente a las labores asignadas al área de operaciones y las herramientas con las que en ella se contaba (*call back* de las negociaciones, seguimiento diario de instrucciones, notificación al comercial sobre las inconsistencias en las operaciones, reporte diario, resumen de operaciones diarias dirigido al área de riesgos y al jefe de mesa, y reporte de operaciones en posición propia en moneda extranjera).

Con base en esa distribución de labores, señaló el investigado que los reportes sobre irregularidades no fueron generados de inmediato, sino que se conocieron tiempo después de haber ocurrido la defraudación. A ello añadió la frecuencia con la cual se hicieron tales reportes: el área de operaciones hizo solo un informe; el área de riesgos no advirtió la presencia de irregularidades y solo en 2015 realizó un hallazgo de "indicios" de operaciones en posición propia¹⁴. De la auditoría interna tampoco hubo conclusiones sobre actuaciones irregulares en el período comprendido entre marzo y julio de 2014. Gestión humana era el área encargada de adelantar las actuaciones disciplinarias derivadas de la inobservancia de las reglas sobre manejo y operación en época de vacaciones.

Por último, en cuanto a su papel como participante en el Comité de Riesgos y en la Junta Directiva de la sociedad comisionista, dijo el investigado que en ninguno de los informes se hizo advertencia sobre circunstancias inusuales o que materializaran incumplimientos por parte de BBBB.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

¹⁴ Folio 114 de la carpeta de actuaciones finales, que corresponde a la página 13 del documento de descargos del investigado.

Por mandato del artículo 25 de la Ley 964 de 2005 "quienes realicen actividades de intermediación de valores están obligados a autorregularse", a lo cual añade el artículo 24 de esa misma normatividad que el ámbito de la autorregulación comprende, entre otros aspectos, el ejercicio de la función disciplinaria, consistente en la imposición de sanciones por el incumplimiento de las normas del mercado de valores y de los reglamentos de autorregulación.

En armonía con lo anterior, los artículos 11¹⁵ y 54¹⁶ del Reglamento de AMV contemplan que la aludida función se ejerce con el fin de determinar la posible responsabilidad de los "sujetos de autorregulación", ante el incumplimiento de la "normatividad aplicable", con el objetivo de imponer las sanciones de que trata el artículo 81 ibídem, si es que hay lugar a ello.

Precisamente, los artículos 11.4.1.1.2¹⁷ del Decreto 2555 de 2010 y 1º del Reglamento de AMV¹⁸ delimitan el alcance del concepto de los "sujetos de autorregulación", para precisar que son los miembros, los asociados autorregulados voluntariamente y sus personas naturales vinculadas, mientras que según la definición contenida en el artículo 1º del mencionado reglamento, la "normatividad aplicable" hace referencia a las normas del mercado de valores, los reglamentos de autorregulación y las reglas emitidas por los administradores de mercados.

Ahora bien, para la época de los hechos objeto de reproche, el investigado estaba vinculado a la sociedad AAAA S.A. (hoy CCCC S.A. Comisionista de Bolsa), como se demuestra con los documentos emitidos por dicha sociedad comisionista, que obran a folio 47 de la carpeta original de pruebas, específicamente la sub carpeta 6.2., que contiene los documentos de contratación y vinculación del investigado, y entre ellos el contrato de trabajo suscrito el 22 de enero de 2007 y la carta del 1 de octubre de 2014, con la cual se le informó al investigado el cambio de denominación del cargo que venía desempeñando en la comisionista, que en adelante se denominaría Vicepresidente de Wealth Management. Adicionalmente, en el pliego de cargos se imputó la vulneración de normas propias de la intermediación de valores, contenidas en la Ley 222 de 1995, el EOSF y el Reglamento de AMV.

¹⁵ Artículo 11 del Reglamento de AMV – Función disciplinaria: "La función disciplinaria consiste en la investigación de hechos y conductas con el fin de determinar la responsabilidad por el incumplimiento de la normatividad aplicable, así como el juzgamiento de las mismas (...)".

¹⁶ Artículo 54 del Reglamento de AMV – Sujetos pasivos: "Serán sujetos pasivos de los procesos disciplinarios los sujetos de autorregulación".

¹⁷ Artículo 11.4.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010 – Sujetos 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, aun 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".

¹⁸ Artículo 1 del Reglamento de AMV - Definiciones: "(...) Sujetos de autorregulación: Los miembros, los asociados Autorregulador voluntariamente y sus personas naturales vinculadas".

2.2. De la caducidad.

El párrafo del artículo 74¹⁹ del Reglamento de AMV indica que la Sala de Decisión *"no podrá proferir decisiones sancionatorias en contra de las personas investigadas después de transcurrido más de un (1) año contado a partir del día hábil siguiente a aquel en que se venza el término que tenga el investigado para pronunciarse sobre el pliego de cargos"*.

En el presente caso, teniendo en cuenta que AMV dio traslado del pliego de cargos el 18 de agosto de 2017, el límite con que contaba el investigado para pronunciarse al respecto venció el 14 de septiembre del mismo año, una vez vencida la prórroga concedida. En consecuencia, la oportunidad con que cuenta la Sala de Decisión para proferir una decisión sancionatoria no vence antes del 15 de septiembre de 2018.

Las anteriores razones sustentan, entonces, la competencia objetiva, subjetiva y temporal de la Sala de Decisión para pronunciarse de fondo en el caso puesto a su conocimiento.

2.3. Consideraciones de fondo

Respecto al deber de diligencia de los administradores.

La Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario de AMV ha precisado de manera reiterada que *"el deber de diligencia de los administradores que actualmente rige en el ordenamiento jurídico colombiano está consagrado la Ley 222 de 1995, normativa que los sometió a un estricto código de conducta el cual es evaluado bajo el estándar de un 'buen hombre de negocios'"*.

"Este nuevo criterio abstracto de comparación busca enaltecer el profesionalismo de quienes administran las sociedades comerciales. Desde esta perspectiva, como lo señala Darío Laguado Giraldo, '(...) el buen hombre de negocios —para cuya caracterización no debe perderse de vista el criterio de 'lo normal'— debe asumir entonces comportamientos distintos a los que asume el buen padre de familia. Por un lado, el buen hombre de negocios debe tener un especial conocimiento de la actividad que tiene a su cargo, debe integrar los distintos recursos técnicos e instrumentales con que cuenta de manera adecuada, debe valerse de la experiencia recogida en el campo y, en fin, siempre debe colocarse en situación tal que pueda tomar las mejores

¹⁹ Artículo 74 del Reglamento de AMV – Iniciación de la etapa de decisión: *"La etapa de decisión se iniciará a instancias del Presidente de AMV o del Vicepresidente de Cumplimiento y Disciplina o del Gerente de Investigación y Disciplina cuando alguno de ellos presente ante el Secretario del Tribunal Disciplinario el pliego de cargos.*

Allegado el pliego de cargos el Secretario del Tribunal podrá designar la Sala de Decisión que conocerá el proceso, según el procedimiento operativo previsto en el reglamento interno del Tribunal.

Parágrafo. - La Sala de Decisión no podrá proferir decisiones sancionatorias en contra de las personas investigadas después de transcurrido más de un (1) año contado a partir del día hábil siguiente a aquel en que se venza el término que tenga el investigado para pronunciarse sobre el pliego de cargos".

decisiones dentro del ámbito económico, todo ello evaluado según criterios más estrictos que aquellos con que se juzga al buen hombre de familia.

"De la connotación mencionada emerge de manera clara que el grado de conducta exigible no se trata de una diligencia ordinaria, así como tampoco de la diligencia media requerida en el régimen civil que hacía alusión a la de un 'buen padre de familia', sino que se trata por el contrario del grado de diligencia que pondría un profesional del comercio en sus propios negocios.

"Aunado al especial carácter anotado, el deber de diligencia tiene implícitos otros deberes como los son i) informarse adecuadamente; ii) discutir los asuntos de la esfera de su competencia y adoptar los controles respectivos; y iii) vigilar el cumplimiento de las decisiones y directrices adoptadas por los órganos sociales. No resulta pues de poca monta recordar que el deber de diligencia que se exige a los administradores es más riguroso y que éste debe estar enmarcado, no dentro de lo que ordinariamente correspondería a cualquier hombre, sino a lo que le correspondería hacer, discutir, decidir y controlar – vigilar- a un profesional de los negocios. Al respecto, abundante ha sido la doctrina y jurisprudencia que advierte sobre la importancia de las potestades de un administrador, el cual puede incluso rebasar la órbita de la sociedad que administra y extenderse en algunos casos, a todo el conglomerado social. Al respecto el tratadista español José María Garreta Such ha señalado:

'Es lógico suponer que quien reúne en su seno tan gran poder estará, en contrapartida, sometido a una responsabilidad no menor; que cualquier acto que represente perjuicio para aquellos que, al menos en teoría, son titulares de la empresa a la que sirve, podrá ser revisado; que su actuación toda estará constantemente controlada por la ley en compensación a la ausencia de riesgo que supone en su patrimonio la gestión de estos intereses ajenos; que, en definitiva, la diligencia que deberá prestar será enérgicamente exigida'.

"Para determinar entonces cuál es esa 'diligencia máxima exigida' deben atenderse circunstancias específicas de cada caso, siendo imposible determinar un patrón común y un rasero estándar por el que deban ser medidas todas y cada una de las actuaciones de los administradores"²⁰.

Como se observa, de antaño el Tribunal Disciplinario de AMV ha encuadrado el deber de diligencia que se predica de los administradores como uno de los más caros deberes exigibles en las funciones de intermediación en el mercado de valores, y por ello no es admisible su inobservancia.

2.4. Del caso concreto

²⁰ Sala de Revisión, Resolución No. 08 de 2 de agosto de 2013, Exp. No. 01-2012-230.

2.4.1. La conducta del investigado

Es un hecho probado que el investigado para la época de los hechos ostentaba la condición de administrador, según lo dispuesto en la Ley 222 de 1995, de la sociedad comisionista a la que estaba vinculado el señor BBBB.

Así mismo, es un hecho probado que durante la ejecución de las operaciones que dieron lugar a la defraudación el investigado tuvo conocimiento de:

1. Dos solicitudes de BBBB para operar en posición propia.
2. En tres ocasiones le fue informado que BBBB operó por fuera de la oficina, una de ellas estando en vacaciones. Sobre el particular, la asistente de operaciones en moneda extranjera le escribió al investigado a las 8:06 de la mañana del 27 de junio de 2014, para informar que BBBB se encontraba operando a pesar de encontrarse en vacaciones. Media hora después, Osuna Sánchez dio una lánguida respuesta: "OK. *Importante registrar las operaciones en el sistema*". El mismo día, a las 9:20 am, la misma asistente de operaciones puso en conocimiento del investigado una inconsistencia relacionada con el registro de operaciones, a lo cual dio la siguiente respuesta el señor Osuna: "*Todas las operaciones de Yankees colombianos se deben registrar por la bvc*".
3. Sobre la inconsistencia en el registro de operaciones por parte de BBBB.
4. Conocía el total de las operaciones que celebraba BBBB y el porcentaje de participación que tenía la producción de éste en la mesa de negociación, según lo manifestó en la audiencia celebrada.

Frente a estas situaciones, se tiene por probado que el investigado realizó las siguientes actividades:

En cuanto a la operación en vacaciones, envió un correo electrónico donde le recordó a BBBB que no debía operar y que descansara. Por su parte, frente a las inconsistencias en el registro de las operaciones, la actuación del investigado se limitó a recordar el deber de registrar todas las operaciones sobre bonos yankees.

Establecida la conducta del investigado, procede la Sala a estudiar si se adecuaba a las infracciones imputadas.

2.4.2. Adecuación típica de la conducta.

Condensado en un solo cargo de inobservancia al deber de diligencia, se imputaron la violación a tres normas que, a juicio del instructor, habrían sido

vulneradas, como consecuencia de la omisión del investigado, a saber, artículo 23 de la Ley 222 de 1995, artículo 73 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y artículo 36.1 del Reglamento de AMV, que al tenor literal disponen:

"Ley 222 de 1995:

Artículo 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES.

Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.

EOSF:

3. Obligaciones. Los directores de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, una vez nombrados o elegidos, deberán posesionarse y prestar juramento por el cual se obliguen, mientras estén en ejercicio de sus funciones, administrar diligentemente los negocios de la entidad y a no violar a sabiendas, ni permitir que se violen ninguna de las disposiciones legales a ella aplicables.

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."

De la lectura de estas normas, se exige, pues, que los administradores no solo den estricto cumplimiento a las normas legales y estatutarias, sino que se les impone la obligación de **obrar** con la diligencia que se espera de un buen hombre de negocios, y no como un sujeto ordinario.

Ahora bien, el carácter genérico y abstracto de las normas que fundamentan la formulación de cargos, no puede desligarse de las obligaciones particulares

y concretas que había asumido el investigado, en las órbitas individuales de jefe del otrora sancionado BBBB, así como en su calidad de administrador²¹ - miembro de junta directiva-, e incluso, como Vicepresidente de Wealth Management que también ejerció.

En ese contexto, para el instructor resultó de particular relevancia la comunicación del 11 de octubre de 2016 remitida por la sociedad comisionista y que obra a folios 443 a 445 de la carpeta de pruebas original, en cuyo contenido se incluyó el ordinal 5.1., respecto a la solicitud de información sobre el funcionamiento del Sistema de Control Interno de la sociedad, y en el cual se dijo:

"5.1. La persona que tenía la responsabilidad de monitorear y supervisar de forma continua la celebración de operaciones de Bonos Globales de la Republica (sic) de Colombia realizadas por BBBB era su jefe inmediato el señor Mauricio Osuna Sánchez, Vicepresidente".

Con todo, esa manifestación de la sociedad comisionista por intermedio de su representante legal suplente no se puede valorar con abstracción de las demás pruebas allegadas regular y oportunamente al proceso, sino que el ejercicio interpretativo y de valoración que debe realizar la Sala implica la apreciación de todos los medios de prueba y, por supuesto, su ponderación dentro de un ejercicio de sana crítica, tal como lo imponen los principios generales del derecho y el respeto por el debido proceso.

En esa labor valorativa encontró necesario la Sala acudir a otros medios de prueba, y entre ellos el documento denominado 'identificación básica del cargo' correspondiente al formulario '04-D-075 Vicepresidente'²², en el que se señaló como objetivo principal del cargo *"velar por un adecuado desarrollo y cumplimiento de los planes y presupuestos comerciales encaminados a ofrecer a los clientes nuevas alternativas de inversión en el mercado de capitales, enmarcados todos en el plan estratégico de la compañía"*; a dicho cargo estaban ligadas unas responsabilidades principales, entre las cuales el instructor resaltó la de cumplir con la normatividad establecida por la compañía, ciñendo su actuación y la de sus colaboradores a todas las políticas y normas establecidas, cumpliendo y enriqueciendo los procedimientos aplicables al cargo, los cuales se encuentran publicados para consulta de todo el personal.

Con todo, no se observa inequívocamente de allí que estuviesen a cargo exclusivo y excluyente del Vicepresidente Wealth Management las labores de

²¹ Código de Comercio. Artículo 22. Administradores. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.

²² Folio 47, sub carpeta 6.3 de la carpeta de pruebas originales.

"monitorear y supervisar de forma continua" las operaciones con bonos globales.

Todo lo contrario: las diferentes tareas se encontraban asignadas a distintos participantes del sistema de control interno, tal como se observa, por vía de ejemplo, en el documento de "Procedimiento 03-P-033 - BONOS GLOBALES", cuyo objetivo es describir los pasos a seguir en las diferentes áreas cuando se negocian Bonos Globales, tanto por cuenta de terceros, como para posición propia, en el cual se incluyó un capítulo de responsabilidades, asignándole allí al área operativa la identificación de inconsistencias que debían ser informadas al funcionario comercial, para aclarar ese tipo de situaciones. Al auxiliar de operaciones en moneda extranjera se le impuso la responsabilidad de notificar a los funcionarios comerciales responsables de cualquier inconsistencia en las operaciones y realizar un resumen de operaciones diarias que debía reportar al área de riesgos, al jefe de mesa, al asistente de operaciones en divisas y asistente de operaciones y al director de operaciones, incluyendo al detalle las condiciones de la negociación.

En ese mismo documento se incluyó un procedimiento, en el que se identifica el paso número 4, designado como "complementar en BVC", cuyo responsable no es el vicepresidente ni el jefe del operador, sino el asistente de registro: *"Cuando la negociación se hace con títulos Globales registrados en BVC, el funcionario comercial deberá suministrar a través de un medio verificable (teléfono, correo electrónico o chat interno) toda la información necesaria de la orden al Asistente de Registro. El Asistente de Registro verifica la información recibida y realiza el registro de la operación en el sistema dispuesto por la BVC (SIOPEL) y en el sistema interno de la firma (OYD-LEO)"*, por lo cual no puede exigirse el cumplimiento de esa particular tarea, de forma monolítica, exclusiva y excluyente, al investigado.

Igualmente, en la sociedad comisionista estaba concebido un cargo de auditor interno, a quien se le asignaron ciertas responsabilidades, tales como las descritas en el documento de perfil del cargo "04-D-001 - AUDITOR INTERNO". La misión de ese cargo era planear, ejecutar y controlar la gestión de auditoría, verificando el uso adecuado de los controles, y la atención oportuna a los requerimientos de entes de control, con el fin de garantizar el cumplimiento de la normatividad vigente establecida internamente y por los entes de control.

Aunque el área de auditoría adelantó una gestión de monitoreo, tal como se hace evidente con el informe de auditoría del 28 de agosto de 2014, se observa que dicho informe fue realizado como parte del monitoreo sobre negociación y cierre de operaciones en bonos globales²³, y que fue puesto en conocimiento del investigado por parte del analista de auditoría EEEE mediante correo del 1

²³ Folio 382 de la carpeta de pruebas original, sub carpeta AMV 1118 Investigación 02-2015-381, Anexo 7 – Informe Auditoría Interna.

de septiembre de 2014²⁴, es decir, cuando ya se habían realizado las operaciones objeto de reproche. Esto significa que ese mecanismo de alerta que estaba en manos del auditor interno fue presentado luego de la época de los hechos, y, además, de su contenido tampoco resulta evidente la existencia de elementos que hubiesen permitido detectar las maniobras que escondían la defraudación.

Por tanto, la manifestación efectuada por CCCC en la comunicación del 11 de octubre de 2016 resulta contraevidente con el contenido del documento normativo interno denominado "15-N-001 - CODIGO DE CONDUCTA"²⁵, en el cual se echa de menos cualquier tipo de asignación al jefe directo de responsabilidades de monitoreo y supervisión permanente.

En dicho documento, en su capítulo 10, se incorporó el sistema de control interno (SCI), entendido como el conjunto de políticas, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación establecidos por la junta directiva, por la alta dirección y demás funcionarios de una organización para proporcionar un grado de seguridad razonable en cuanto a la consecución de unas finalidades determinadas, entre las que merecen relieve prevenir y mitigar la ocurrencia de fraudes, originados tanto al interior como al exterior de las organizaciones y realizar una gestión adecuada de los riesgos, entre otras.

Finalmente, forma parte del código de conducta el Anexo 3²⁶, por medio del cual se adoptó la política de prevención, detección y respuesta al fraude, asignándose una serie de responsabilidades y acciones transversales a los funcionarios de la sociedad comisionista, pero en particular actividades de pedagogía y prevención, que no están relacionadas en los objetivos principales o auxiliares del vicepresidente.

En consecuencia, para la época en que sucedieron los hechos, no se trataba, de un esquema concentrado en un solo funcionario, sino que las labores de mitigación de riesgos y prevención de conductas fraudulentas estaba segmentado en diferentes estamentos, que comprendían el front, middle y back office.

No obstante lo anterior, existen pruebas en el expediente que demuestran la existencia de un grado relevante de omisión del investigado, en su calidad de jefe inmediato de BBBB, que no habría sido totalmente observado por su parte, como pasa a explicarse.

²⁴ Folio 387 de la carpeta de pruebas original, sub carpeta AMV 1320.

²⁵ Folio 91, sub carpeta 4.3 de la carpeta de pruebas original.

²⁶ Folio 382, sub carpeta AMV 1118 Investigación 02-2015-381 que reposa en la carpeta de pruebas original.

En el documento de procedimiento denominado "04-P-003 – VACACIONES", actualizado a febrero de 2014, se incluyó en el punto 2 (solicitar vacaciones) una serie de tareas a cargo de cada jefe inmediato, que, si bien no habría impedido la estructuración de la estrategia defraudatoria ideada y ejecutada por BBBB, sí habría permitido eventualmente generar alertas tempranas o facilitar la identificación de conductas inusuales.

En efecto, se estableció en dicho procedimiento que cuando un empleado vaya a salir a vacaciones, el jefe inmediato debe planear su reemplazo, garantizando la capacitación de la persona que lo hará y la entrega del puesto por parte de la persona que sale a vacaciones. **También se debe garantizar la entrega de claves** a quien hace el reemplazo y **el bloqueo de claves** de quien sale a vacaciones.

En dicho procedimiento se distingue entre claves internas, que deben solicitarse por parte del jefe inmediato a la gerencia de tecnología (esto aplica para el computador, el Outlook y los aplicativos como mínimo); y también las claves externas, que deben solicitarse a los administradores internos (sucursales virtuales de bancos o entidades financieras) para que las activen.

Por tanto, resulta claro que el jefe inmediato debía solicitar el cambio de las claves a la gerencia de tecnología y a los respectivos administradores de aplicativos como mínimo con 8 días de anticipación vía correo electrónico.

Sin embargo, no hay prueba en el expediente de la gestión realizada por Mauricio Osuna Sánchez, en su condición de jefe inmediato de BBBB, para inhabilitar y cambiar las claves de acceso a los dispositivos por parte del empleado, y la consecuente asignación de claves a quien sería su reemplazo. Al contrario, lo que quedó demostrado fue que BBBB actuó en un par de oportunidades, pese a que se encontraba disfrutando de sus vacaciones.

Por lo tanto, el manejo que Osuna Sánchez le dio a los tres requerimientos (registro de operaciones, solicitud de operación en posición propia y gestión de vacaciones) no fue el que se esperaba de un buen hombre de negocios, que contaba con más de diez años de experiencia en el mercado de valores, y en quien confluyeron las condiciones de jefe inmediato, vicepresidente, representante legal de la compañía y miembro de su junta directiva.

Ahora, tal como quedó indicado en el numeral 2.3. de esta Resolución, del buen hombre de negocios se exige -y se espera- la realización de comportamientos diferentes a los que correspondería a un hombre común o a un buen padre de familia. Del buen hombre de negocios se espera la aplicación en todas sus actividades de los especiales conocimientos, máximas de la experiencia, combinación de "*los distintos recursos técnicos e instrumentales con que cuenta de manera adecuada*", con el fin de conseguir

los fines de la compañía y evitar, de forma simultánea, el incumplimiento de las normas legales, reglamentarias, estatutarias y de aquellas políticas internas que hubiesen sido adoptadas por la comisionista.

Debe recordarse, en este caso, que los cargos formulados contra el investigado fueron estructurados sobre la doble dimensión profesional que convergía en Mauricio Osuna, como jefe y administrador de la sociedad comisionista. No puede soslayarse que también cumplió funciones de representante legal y vicepresidente.

Por lo tanto, de él se esperaba una diligencia extraordinaria, especial, cuidadosa, que implicaba estar adecuadamente informado sobre las consecuencias de que un operador pudiese operar simultáneamente en posición propia o por cuenta de terceros, o que pudiese operar de facto en época de vacaciones, con los riesgos propios de la disminución de controles en ese caso. Era su deber, como buen hombre de negocios, vigilar el cumplimiento de las normas y políticas de carácter interno, incluidas las de los regímenes de vacaciones, separación funcional de operadores y atender los requerimientos de las áreas operativas, así como sospechar de las alertas o situaciones inusuales que se presentan en el curso normal de la operación de un intermediario de valores.

Por ello, se esperaba de Osuna Sánchez que en la esfera de su competencia adoptara los controles que correspondieran, y no un simple llamado al orden a los empleados a su cargo. Al respecto, la Sala de Decisión hace relieve en que si bien las normas internas de la comisionista no son un dechado de perfección en reglamentación, no hay lugar a la absolución del investigado, precisamente porque de él se esperaba un comportamiento y una respuesta que no guarda relación con lo que finalmente se demostró que hizo, mucho menos excusándose en las debilidades reglamentarias de la entidad.

Es decir, de un buen hombre de negocios que contaba con más de diez años de experiencia, en quien concurrieron las calidades de jefe y administrador, que obró como representante legal de la comisionista y tenía el cargo de vicepresidente, se debía exigir un comportamiento acorde con ello, más aún cuando quedó también demostrado que en su esquema de remuneración existía un elemento variable proveniente de la labor comercial desarrollada por los operadores que estaban bajo su mando.

Por lo tanto, la falta de diligencia de Mauricio Osuna Sánchez quedó plenamente demostrada; sin embargo, es preciso aclarar que esa inobservancia de deberes no habría impedido la estructuración y ejecución de la maniobra defraudatoria que desarrolló BBBB, y en tal virtud no es posible

acoger el argumento formulado por AMV en cuanto dicha falta de diligencia "facilitó"²⁷ la estrategia defraudatoria.

A lo sumo, si se hubiese actuado por parte de Mauricio Osuna Sánchez con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, se habría podido anticipar la identificación de irregularidades en el actuar de BBBB, desde luego, siempre y cuando el sistema de control interno adoptado por CCCC hubiese funcionado adecuadamente.

Finalmente, y a manera de llamado para una próxima investigación que se origine en hechos similares, considera la Sala de Decisión necesario que se vincule a todos aquellos funcionarios y empleados de un intermediario de valores que integran el sistema de control interno.

No obstante lo anterior y para el caso concreto, destaca la Sala que respecto de la responsabilidad que le cabía al intermediario de valores al que estaba vinculado el investigado ya fue objeto de sanción, como se advierte del documento ATA número 180 del 26 de diciembre de 2016.

2.4.3. Dosificación de la sanción

Establecido que sí hubo incumplimiento en el deber de diligencia por parte del investigado, pero que el nivel de su omisión no fue tan determinante en la defraudación reconocida por este mismo Tribunal Disciplinario en el proceso disciplinario No. 01-2015-371, estima la Sala que atendiendo al principio de proporcionalidad de la sanción, así como el efecto disuasorio la sanción procedente es de amonestación, por las razones que se pasan a explicar.

En primer lugar, se advierte que el investigado no tiene antecedentes disciplinarios, así mismo, tal como quedó indicado, si bien la infracción declarada en contra de BBBB fue muy grave ello no significa que quien hubiese fallado en los controles y no hubiese actuado con suficiente diligencia, propia de un hombre de negocios, merezca idéntico tratamiento.

En segundo lugar, es un hecho cierto que no solo falló el control que debía ejercer el investigado frente a la conducta del señor BBBB, sino que fue una falla de todo el sistema de control interno de la sociedad comisionista, por lo que sería desproporcional reconocer que la responsabilidad cayera en su totalidad en él y consecuentemente la drasticidad en la sanción correspondiente.

Por su parte, en cuanto al efecto disuasorio de la sanción debe entenderse como un llamado particular al señor Osuna Sánchez, y también de forma genérica a todos aquellos profesionales que ocupen cargos de dirección, sobre

²⁷ Folio 98 de la carpeta de actuaciones finales.

la importancia de sus funciones y la observancia de las reglas de naturaleza legal, reglamentaria y estatutaria, dado que el mercado espera de ellos que su comportamiento no corresponda con el de una persona ordinaria, sino que exige mayor diligencia y cuidado, propios de un buen hombre de negocios.

En mérito de todo lo expuesto, la Sala de Decisión "2", integrada por los doctores Edgar Elías Muñoz Jassir (Presidente), Juan Pablo Amorocho Gutiérrez y Segismundo Méndez Méndez, de conformidad con lo dispuesto en el Acta No. 368 del 21 de noviembre de 2017 del Libro de Actas de las Salas de Decisión, por unanimidad,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Imponer al señor **MAURICIO OSUNA SÁNCHEZ** la sanción de **AMONESTACIÓN**, en los términos del artículo 81 del Reglamento de AMV.

ARTÍCULO SEGUNDO: 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 TERCERO: 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

EDGAR ELÍAS MUÑOZ JASSIR
PRESIDENTE

JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ DE CASTRO
SECRETARIO