

**AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES DE COLOMBIA - AMV-
TRIBUNAL DISCIPLINARIO
SALA DE REVISIÓN**

RESOLUCIÓN No. 1

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

NÚMERO DE INVESTIGACIÓN: **01-2018-438**
INVESTIGADO: **GERMÁN DARÍO CARDONA OSPINA**
RESOLUCIÓN: **SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario del Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia, en ejercicio de sus atribuciones legales, estatutarias y reglamentarias, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el abogado de oficio de Germán Darío Cardona Ospina (en adelante "el Investigado") contra la Resolución No. 1 del 28 de febrero de 2019, expedida por la Sala de Decisión "2".

I. ANTECEDENTES

1.1. Aspectos procesales

1.1.1. En ejercicio de las facultades señaladas por el artículo 57 del Reglamento del Autorregulador del Mercado de Valores (en adelante AMV o el instructor), fueron solicitadas explicaciones formales al investigado¹ por el posible desconocimiento y violación de los artículos 49.1² y 36.1³ del mismo Reglamento, por posible apropiación de los recursos de 28 clientes de la sociedad comisionista a la que se encontraba vinculado⁴; y por quebrantar el deber de lealtad, al entregar información inexacta o ficticia a tres de sus clientes.

1.1.2. Ante la imposibilidad de notificar personalmente la solicitud formal de explicaciones al investigado, se procedió a emplazarlo en la forma prevista por el artículo 93 del Reglamento de AMV, y luego se designó defensor de oficio⁵ al YYYY, quien aceptó la designación y ejerció el derecho de defensa del investigado.

1.1.3. El 16 de noviembre de 2018, el instructor formuló pliego de cargos contra el investigado⁶, quien, por conducto de su defensor de oficio, dio respuesta a

¹ El 20 de abril de 2018, cfr. folios 002 a 022 de la carpeta de actuaciones finales.

² 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".

³ 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".

⁴ ComisionistaSA1, que se denominará en la resolución como ComisionistaSA1 o la SCB.

⁵ Folios 23 a 37 de la carpeta de actuaciones finales.

⁶ Folios 54 a 95, vuelto, de la carpeta de actuaciones finales, junto con anexos que reposan de folio 97 a 104 de la misma carpeta.

los cargos formulados el 12 de diciembre de 2018, dentro del término concedido para realizar dicha labor. La defensa se basó en aspectos relativos a la supuesta defraudación imputada al investigado con el objeto de desvirtuar el cargo, apoyándose en las pruebas recaudadas.

1.1.4. En cumplimiento de los artículos 74 del Reglamento de AMV y 5 del Reglamento Interno del Tribunal Disciplinario de AMV, el 13 de enero de 2019 la Secretaría del Tribunal Disciplinario de AMV asignó el proceso a la Sala de Decisión "2", órgano colegiado que definió la primera instancia mediante Resolución No. 1 del 28 de febrero de 2019.

La Sala de Decisión declaró disciplinariamente responsable al investigado por los dos cargos formulados, y en tal virtud le impuso las sanciones de expulsión del mercado de valores y multa equivalente a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1.1.5. Inconforme con esa decisión, el abogado de oficio interpuso recurso de apelación, cuyo conocimiento corresponde a la Sala de Revisión.

1.2. Síntesis de los hechos y la imputación.

1.2.1. Hechos

Con fundamento en las denuncias formuladas por dos clientes vinculados a la sociedad comisionista ComisionistaSA1 (en adelante la comisionista o la SCB), se pusieron en conocimiento de AMV los hechos que sirvieron de base para la formulación de la solicitud formal de explicaciones, y la posterior estructuración del pliego de cargos.

Así, según AMV, el investigado se habría apropiado de \$258.892.624 entre 2010 y 2017, recursos pertenecientes a 28 clientes de la sociedad comisionista, mediante la elaboración y utilización de supuestas instrucciones de giro o transferencia que contenían la imagen escaneada de la firma de sus clientes, y destinaba dichos recursos a las cuentas abiertas a nombre de Beneficiario1 (en seis ocasiones) y de Beneficiaria2 (44 veces). Por su parte, una fracción de los dineros depositados en la cuenta de Beneficiaria2 fueron transferidos a la cuenta personal del investigado.

AMV tuvo en cuenta las quejas formuladas por los clientes, además de otras pruebas recaudadas, al igual de lo consignado en el acta de descargos que el investigado rindió ante la comisionista el 30 de octubre de 2017, en donde admitió que: i) sí utilizó las cartas con supuestas instrucciones; y, ii) repitió la estrategia porque se produjo un efecto "bola de nieve". Esas cartas eran remitidas al área de Tesorería, pero gracias al monto de las transferencias⁷, no eran sometidas a confirmación telefónica con los clientes, y su contenido coincidió con los retiros que fueron realizados de las cuentas de los 28 clientes, respecto a montos y fechas⁸.

⁷ Cfr. Procedimiento de Pagos establecido por la Gerencia de Gestión de Recursos y Tesorería de ComisionistaSA1: "Se realizará confirmación telefónica de órdenes por un monto mayor a 50 millones de pesos que contenga pagos a terceros o cheques con cruces diferentes a restrictivo".

⁸ Páginas 14 a 17 del pliego de cargos.

Los dineros extraídos a los clientes se consignaron a favor de Beneficiario1, como beneficiario de 6 transferencias entre 2010, 2012 y 2014, por \$36.149.841. Los otros 44 giros o transferencias irregulares, que fueron realizados durante los años 2015, 2016 y 2017 llegaron a la cuenta de la señora Beneficiaria2, por un monto de \$222.742.782,76. De este monto \$164.284.000 fueron finalmente transferidos a la cuenta del investigado, según se expresó anteriormente.

De otro lado, el investigado también habría quebrantado el deber de lealtad por entregar información "ficticia, incompleta o inexacta"⁹ a los clientes Cliente 2, Cliente 3, Cliente 4 y posteriormente a Cliente 5. La información entregada (extractos de productos) no correspondía a los saldos reales de sus inversiones.

1.2.2. Cargos imputados.

AMV formuló dos cargos contra el investigado por posible defraudación y eventual vulneración del deber de lealtad.

1.2.2.1. El primero de los cargos se funda en la posible vulneración del artículo 49.1 del Reglamento de AMV, porque el señor Cardona Ospina, actuando como Asesor de Inversiones de la SCB, entre el 3 de diciembre de 2010 y el 2 de octubre de 2017 se habría apropiado indebidamente de \$258.892.624 de sus clientes, a través de la sustracción sucesiva de montos inferiores a los cincuenta millones de pesos, en cada evento. AMV reprodujo el *modus operandi* utilizado por el investigado y que habría encontrado probado, iniciando por las actuaciones realizadas en 2010 y que reiteró hasta octubre de 2017, así: a) realizaba retiros o transferencias no autorizados por los clientes, b) lo lograba con la elaboración y utilización de cartas de instrucciones que no correspondían a la voluntad de los clientes, c) utilizó en las cartas de instrucciones firmas escaneadas de sus clientes, d) eludió los controles dispuestos por la sociedad comisionista y que eran conocidos por el investigado, y e) destinó los recursos a cuentas de dos personas relacionadas con él.

Esa conducta se desarrolló en ejecución de actividades de intermediación, gracias a la relación contractual que mantenía la SCB con cada uno de los clientes afectados. Además, para el instructor el investigado tuvo conciencia de la defraudación, dado que ejecutó una estrategia que le permitió evitar los controles establecidos por la comisionista y lograr el propósito de apropiación indebida de los recursos.

1.2.2.2. El segundo cargo se fundamentó en el posible quebrantamiento del deber de lealtad, por el suministro de información "ficticia, incompleta o inexacta" a unos clientes, cargo que se sustenta y apoya normativamente en el artículo 36.1 del Reglamento de AMV. Esto habría ocurrido por la entrega de información "ficticia, incompleta o inexacta" a tres clientes sobre los saldos del FIC Multiescala con corte al 10 de enero de 2017, y con otro cliente, respecto a un portafolio, el 10 de marzo de 2017.

Prueba de ello está en los tres extractos del FIC Multiescala que entregó el investigado a sus clientes por valor total de \$21.221.857,94, pero que, de

⁹ Cfr. página 38 del pliego de cargos.

acuerdo con la declaración rendida por uno de ellos, no correspondía con la información que personalmente entregó Cardona Ospina; y, de otro lado, el documento denominado "reclamación presentada por Cliente 5", y sus anexos, con los se demuestra la entrega de información falsa a este cliente, por parte del investigado. AMV también se apoyó en las conclusiones a las que llegó la SCB por intermedio de su trabajo de auditoría interna, que comparó datos y modelos de papelería utilizada en la entrega de la información que se califica como falsa o inexacta.

1.3. Descargos

El abogado de oficio del investigado planteó su defensa sobre dos pilares: el primero de ellos, relacionado con la supuesta defraudación que se le endilga y las pruebas allegadas al proceso, y el segundo, relacionado con la gravedad de los cargos formulados.

En relación con el primero de los argumentos expuestos, se destacan los aspectos sustanciales y probatorios con los cuales la defensa procura desvirtuar los cargos formulados:

- a) La antigüedad y experiencia del investigado no pueden ser tenidos como prueba de la conducta defraudatoria. A lo sumo, sería apenas un indicio, pero no una prueba que incrimine exclusivamente al señor Cardona. De lo contrario, ese mismo indicio podría utilizarse, según la defensa, contra todos los demás empleados de la comisionista que tengan una antigüedad similar a la del investigado, y ocupen o hayan ocupado cargos similares o más altos en la entidad.
- b) La defensa tampoco comparte los fundamentos que sustentan los cargos relacionados con las transferencias de dineros. En concreto, afirmó que el hecho de que se hayan realizado las 50 transferencias de dinero, precedidas de las respectivas cartas de instrucción, no es prueba inequívoca de que estas hayan sido realizadas por el investigado. No se pueden llevar los elementos y consecuencias de tres transacciones a la totalidad de las 50 operaciones objeto de imputación. Para el abogado de oficio, las pruebas conducen a demostrar que tan solo hubo faltantes y una posible defraudación, pero no son concluyentes para establecer la autoría del investigado en todas estas y mucho menos que por ellos se comprometa su responsabilidad disciplinaria.
- c) El abogado de oficio estructuró parte de su labor de defensa en los aspectos probatorios del proceso. En primer lugar, destacó la inexistencia de alguna pieza probatoria o sentencia judicial que hubiese declarado la falsedad de las cartas de instrucción realizadas; dicha falsedad o adulteración tampoco puede tenerse como demostrada a partir de los descargos brindados por el investigado ante su empleador, porque esa prueba no tiene carácter ni fuerza de confesión. Para la defensa, esa declaración no puede ser valorada en este proceso, por no ser confesión ni haber sido obtenida con observancia de un debido proceso.
- d) Se dijo en los descargos que el informe de auditoría utilizado como prueba para la imputación resulta inconsistente. Formuló tal objeción

contra ese medio de prueba por no tener los requisitos de un dictamen pericial; y aunque se le dé tratamiento de prueba documental, el informe, según el abogado de oficio, es inconsistente consigo mismo y con las demás pruebas recaudadas. Tales objeciones en su consistencia se fundan, según la defensa, en la utilización de prejuicios dentro de la fundamentación metodológica, ya que su propósito es buscar información que permita inferir diferentes modalidades de defraudación, y no investigar objetivamente unos hechos. Así, la defensa echa en falta los rastros de los archivos digitales de, al menos 44 transacciones glosadas. De la información recuperada por la auditoría no se logran establecer suficientes coincidencias que permitan inferir la maniobra defraudatoria. Añade la defensa que la existencia de archivos editables en el equipo de cómputo que fue asignado al investigado no es suficiente para desestimar que las cartas hubiesen sido efectivamente enviadas por los clientes.

- e) Tampoco se puede inferir, según la defensa, que la destrucción o desaparición de archivos del computador asignado al investigado se hubiese hecho con la única finalidad de destruir evidencia sobre posibles transferencias fraudulentas, ya que sólo se encontraron datos de 6 de los 30 clientes a que se hizo mención en el pliego de cargos.

El segundo de los pilares de la defensa está construido sobre la valoración de los cargos y su gravedad.

- a) Respecto al cargo por defraudación, la defensa objeta la construcción realizada por el instructor, porque no se hizo referencia a cada una de las situaciones glosadas, sino que tomó casos aislados y les dio tratamiento unívoco, es decir, trasladó *“este comportamiento, como una unidad, a la totalidad de las transacciones señaladas por la SCB”*¹⁰.
- b) En relación con la aplicación del artículo 57 del Reglamento de AMV, la defensa del investigado precisó que la caducidad de la competencia para investigar surge de la comparación del tipo imputado y los hechos infractores, por lo cual la única conclusión posible en el presente caso es que cada defraudación, en caso de existir, se debe tomar como un hecho infractor separado e independiente del anterior, por lo que aquellos anteriores al 20 de abril de 2015 no pueden ser imputados, por operar caducidad de la competencia de AMV para investigar.
- c) Por último, sobre la valoración de la gravedad de la conducta, resalta la defensa que no está demostrada la existencia de circunstancias de debilidad manifiesta de los clientes que se pudieron ver afectados, y no está plenamente demostrada la responsabilidad disciplinaria del investigado. Agregó la defensa que ha sido mal valorada la gravedad de los cargos, debido a que el supuesto incumplimiento al deber de lealtad no se produjo respecto de 28 clientes, como se dijo en el pliego de cargos, sino sólo frente a 4 de ellos.

1.4. Decisión de primera instancia

¹⁰ Página 14 del escrito de descargos.

Luego de analizar su competencia por los factores objetivo, subjetivo y temporal, la Sala de Decisión estudió la competencia de AMV para iniciar una investigación, a la luz de lo dispuesto por el artículo 57 del Reglamento de AMV. Para ello, tomó en consideración el segundo inciso del mencionado artículo. Extractó las tres hipótesis normativas allí consagradas: i) conductas de ejecución instantánea, ii) infracción resultante de varios hechos o infracciones resultantes de hechos sucesivos, y iii) conductas de omisión. La Sala de Decisión indicó que el caso sometido a estudio corresponde a la segunda hipótesis mencionada, toda vez que se realizaron varias infracciones o varias defraudaciones, y que ellas fueron producto de la realización de hechos sucesivos, por lo cual, es el último de los supuestos contenidos en el artículo 57 del Reglamento el que sirve de referente para establecer el límite temporal para que el instructor ejerza su competencia, motivo por el cual tuvo como válida la actuación surtida por AMV, y, en consecuencia, la investigación puede abarcar todos los hechos glosados.

A renglón seguido, la Sala de Decisión estudió la tipicidad de la conducta por posible defraudación e identificó en ella la coexistencia de tres elementos para que se consolide la conducta: i) la obtención de un provecho para el investigado o para un tercero, ii) que dicho provecho sea indebido, y, iii) que se afecte a un tercero o al mercado.

A medida que estudió esos elementos, la Sala analizó las pruebas recaudadas en el proceso y encontró demostrado el provecho a favor del investigado y de dos personas que tenían vínculos con él, lo que se demuestra con la existencia de transferencias desde las cuentas de los clientes, que se dirigieron a las de dichas personas, y en las cuales es claro que coincidieron: i) las órdenes impartidas mediante las cartas de instrucción, ii) las fechas, y, iii) las cuantías de las operaciones. La construcción probatoria tuvo en cuenta las órdenes de giro, las transacciones desde la cuenta de origen, la llegada de sumas similares a las cuentas de destino, e incluso correos electrónicos. Tales elementos de prueba fueron invariables en las operaciones glosadas.

El provecho obtenido por el implicado fue, a juicio de la Sala de Decisión, indebido. Para llegar a esa conclusión, descartó que el origen del provecho fuese contractual, es decir, que correspondiera al ejercicio de las funciones que cumplía el investigado en la sociedad comisionista a la que se encontraba vinculado. Además, halló pruebas suficientes que demostraban que los recursos que inicialmente se dirigieron a favor de un tercero, eran transferidos total o parcialmente a la cuenta de nómina del investigado, sin que exista algún nexo de causalidad entre esa transferencia y la labor en la comisionista.

Las pruebas analizadas por la Sala de Decisión comprenden: las órdenes supuestamente impartidas por los clientes, los extractos de éstos en los cuales aparecen los retiros, los extractos y certificaciones de las cuentas de destino de los recursos, junto con los testimonios de algunos clientes que desconocen tales órdenes.

La afectación de terceros se tuvo probada a partir de los extractos en los cuales aparecen los débitos que coincidieron con las sumas de dinero reconocidas por la SCB en diferentes contratos de transacción suscritos con esos clientes, y en las

cuales la comisionista se obligó a reintegrar los faltantes. La Sala de Decisión analizó el contenido de esos contratos y encontró elementos suficientes para vincular su origen con la defraudación investigada, tales como los nombres de los afectados y las cuantías sustraídas. Además, la descripción de esos hechos coincide con el modus operandi que el investigado precisó en sus descargos ante la comisionista.

Por último, la Sala de Decisión valoró las pruebas dirigidas a demostrar que la afectación a terceros o al mercado y el provecho indebido fueron resultado de actividades de intermediación. Para hacerlo, tuvo en cuenta las pruebas documentales provenientes de la SCB, como empleador del investigado, en las cuales se identificaron las funciones asignadas a él; a ello añadió los vínculos contractuales de los clientes que fueron afectados: contratos de comisión y administración de valores. Por lo tanto, se tuvo por demostrado el tercer elemento de la conducta investigada, y, en consecuencia, también se probó la defraudación.

En cuanto al cargo por desconocimiento del deber de lealtad, la Sala de Decisión tuvo por demostrada la entrega de información ficticia, incompleta o inexacta a un grupo de inversionistas. Para ello, se basó en los documentos utilizados por la auditoría de la SCB y del Banco1, en donde quedó clara la inconsistencia en la información suministrada a través de unos extractos que, además, no coincidían con aquellos utilizados por la comisionista. A ello agregó el testimonio de uno de los clientes que recibió esa información, quien manifestó que ese tipo de extractos eran entregados directamente a ellos por el investigado.

Además de tener probados los dos cargos, la Sala tuvo en cuenta, así mismo, la convergencia de suficientes circunstancias de agravación contrapuestas a una sola de atenuación -inexistencia de antecedentes disciplinarios-, que llevaron a que fuese impuesta la máxima sanción, consistente en expulsión del mercado de valores y multa equivalente a 200 SMLMV.

1.5. Recurso de apelación

Contra la decisión de primera instancia que lo sancionó, el investigado apeló por conducto de su abogado de oficio, fundando su inconformidad en lo siguiente:

1.5.1. Consideraciones preliminares

Lo primero que reprochó el apelante fue la mención efectuada por la Sala de Decisión, según la cual su intervención en los descargos fue extemporánea. Acompañó con su escrito una prueba dirigida a demostrar que el escrito de defensa se entregó de manera oportuna.

1.5.2. Valoración probatoria

El apelante retomó algunos de los argumentos esbozados al pronunciarse sobre los cargos que se formularon. Así, reprochó la valoración de los descargos del investigado ante su antiguo empleador, como si fuese una confesión. Agregó que también hubo indebida valoración de las pruebas documentales, al

otorgarse a las firmas comparadas un alcance que según él no tienen, en cuanto no fue demostrada su falsedad, y sin que mediara el análisis de un experto.

1.5.3. Adecuación típica de las conductas investigadas

Considera el apelante que las conductas imputadas no se adecuan al actuar del investigado durante el período investigado, ya que, si se aplica debidamente el artículo 57 del Reglamento de AMV, se podrá establecer que algunas de las conductas investigadas *“ocurrieron con 3 o más años de anterioridad al momento en el cual se notificó el pliego de cargos”*¹¹. Añadió que no pueden ser tenidas las faltas estudiadas como una conducta continuada.

1.5.4. Desproporcionalidad de la sanción

Señaló que es notorio que la sanción corresponde al máximo reglamentario establecido, pero que ello es exagerado, ya que no se tuvo en cuenta la inexistencia de antecedentes disciplinarios del investigado, a lo que se debe añadir que todos los clientes indicados en el pliego de cargos *“ya tenían en su poder los recursos que eran administrados por el señor CARDONA”* para el momento en que fue impuesta la sanción. Pidió, en consecuencia, que se revoque la decisión impugnada y en su lugar se declare que el investigado no es responsable disciplinariamente.

1.6. Pronunciamiento de AMV frente a la apelación interpuesta

En su intervención, AMV comenzó por indicar que la declaración efectuada por el investigado ante su empleador, en el curso de la investigación interna que se realizó por la comisionista, no fue tenida como confesión, sino como una prueba documental adicional, que se sumó a las otras ya obrantes en el proceso. En cuanto a las firmas escaneadas que aparecen en los documentos valorados, resaltó AMV la libertad probatoria que guía el procedimiento disciplinario, por lo cual se cuenta con la facultad de emplear y valorar cualquier medio de prueba físico o electrónico que conduzca a formar convencimiento respecto de un asunto determinado. Agregó que las conclusiones relevantes fueron aquellas a las que llegó el sistema de Auditoría interna de la comisionista que adelantó la investigación, en donde quedó en evidencia que el documento base para la realización de las cartas de instrucción para las transferencias, se encontraba en el formato Word en la memoria del equipo asignado al investigado en la comisionista.

Respecto a la interpretación y aplicación del artículo 57 del Reglamento de AMV, señaló el instructor que el actuar del investigado se tuvo como una pluralidad de conductas constituidas, a su vez, por hechos sucesivos, por lo que no es dable interpretar que se tratara de varias conductas independientes, razón por la que es acertado el conteo de términos para la solicitud formal de explicaciones. Resaltó las condiciones homogéneas de cada defraudación, el modus operandi desplegado por el investigado, la ejecución de las operaciones en el tiempo, la identidad de propósito de todas ellas, y, la

¹¹ Página 8 del escrito de apelación.

identidad de elementos que configuraron la conducta investigada. Por último, consideró proporcional la sanción impuesta, para lo cual trajo a colación el análisis de atenuantes y agravantes contenido en la Resolución apelada.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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 investigado.

2.2. Caducidad

El artículo 90 del Reglamento de AMV¹² indica el término con el que cuenta la Sala de Revisión para emitir la decisión de segunda instancia, que comienza a contarse desde el vencimiento de la oportunidad para pronunciarse con que cuenta la parte no apelante.

En el presente caso, teniendo en cuenta que la Secretaría del Tribunal Disciplinario dio traslado del recurso de apelación al Autorregulador el 3 de abril de 2019, el término con el cual AMV contaba para pronunciarse al respecto, venció el 15 de abril del mismo año. En consecuencia, el término de un año dispuesto para la Sala de Revisión vence el 15 de abril de 2020.

Las anteriores razones sustentan, entonces, la competencia objetiva, subjetiva y temporal de la Sala de Revisión para pronunciarse de fondo sobre la impugnación presentada.

2.3. Consideraciones respecto a la aplicación del artículo 57 del Reglamento de AMV.

Ante la necesidad de realizar una verificación de la observancia del derecho al debido proceso, la Sala de Revisión procede con el análisis del contenido y

¹² Reglamento de AMV. Artículo 90. Término para decidir el recurso. *Para efectos de decidir sobre los recursos de apelación, la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario contará con un término de cuarenta (40) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente al vencimiento del término de que trata el inciso segundo del artículo 87. (...) El vencimiento del término a que se refiere el inciso anterior no afecta la validez del procedimiento y no exime ni excusa a la Sala de Revisión del Tribunal disciplinario del deber de decidir el mismo. (...) La Sala de Revisión no podrá proferir una decisión que imponga sanciones a las personas investigadas después de transcurrido más de un (1) año contado a partir del día hábil siguiente al vencimiento del término de que trata el inciso segundo del artículo 87. (...) De igual manera, sin perjuicio del principio de reformatio in pejus, la Sala de Revisión no podrá proferir una decisión incrementando la sanción o imponiendo sanciones adicionales después de transcurrido el término señalado. Contra la decisión adoptada por la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario no procederá ningún recurso.*

alcance del artículo 57 del Reglamento de AMV, respecto de las consideraciones presentadas en el recurso de apelación.

Es importante precisar que la norma establece, como uno de sus supuestos, un término de 3 años para formular la solicitud formal de explicaciones dentro del proceso disciplinario, término contado a partir de la ocurrencia del último hecho, para el caso de *"infracciones resultantes de varios hechos"*¹³.

En este caso, la solicitud formal de explicaciones fue formulada el 20 de abril de 2018, esto es, dentro del término de tres años contados a partir del último hecho infractor identificado en la investigación, que fue el 2 de octubre de 2017.

El límite temporal fijado por el artículo 57 del Reglamento de AMV tiene la misma estructura normativa establecida por el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), según el cual el límite de la facultad sancionatoria de la administración es de tres (3) años, que se cuentan desde la ocurrencia del hecho, o desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución, cuando se trate de un hecho de ejecución continuada o sucesiva.

La similitud normativa entre el Reglamento y el CPACA radica en la verificación del último hecho infractor ejecutado en la actividad investigada, esto es, el último de los hechos que constituyeron la infracción. Por tanto, la conducta de defraudación fue resultante de varios hechos, y los mismos se desarrollaron desde 2010 y hasta octubre de 2017, guardando entre ellos características comunes que permiten establecer la continuidad de la misma tipología en el tiempo¹⁴, por lo cual el argumento alegado por la defensa al descorrer el pliego de cargos, en el sentido que se trataron de hechos individuales o independientes y que reitera ahora con su apelación, no puede ser acogido por la Sala.

En consecuencia, para la Sala de Revisión por tratarse de hechos infractores de ejecución continuada los que fueron objeto de investigación y de sanción, la facultad con la cual contaba AMV para elevar la solicitud formal de explicaciones y formular cargos se mantiene incólume porque el tiempo transcurrido es inferior al señalado en el artículo 57 del Reglamento de AMV.

2.4. Consideraciones sobre la oportunidad con la cual se presentó el escrito de descargos.

Tal como lo resaltó el abogado de oficio asignado al investigado y lo aclaró la Secretaría del Tribunal Disciplinario con el informe secretarial del 1 de abril de 2019, que reposa a folio 212 de la carpeta de actuaciones finales, el escrito de descargos fue allegado oportunamente, pero la oficina de correspondencia

¹³ Reglamento de AMV, Artículo 57. "...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..."

¹⁴ Las características comunes de los hechos investigados se sintetizan en los siguientes: a) realizaba retiros o transferencias no consentidos por los clientes, b) lo lograba con la elaboración de cartas de instrucciones que no correspondían a la voluntad de los clientes, c) utilizó firmas escaneadas de sus clientes, d) eludió los controles dispuestos por la sociedad comisionista y que eran conocidos por el investigado, y e) destinó los recursos a cuentas de dos personas relacionadas con él.

erróneamente impuso un adhesivo con la fecha del día siguiente a aquel en que el documento se recibió.

Así, en este caso se debe enmendar ese yerro y tener como oportunamente presentados los descargos, lo que no obsta para precisar que la eventual tardanza o extemporaneidad en el ejercicio de sus funciones por cualquiera de las partes intervinientes en un trámite disciplinario debe producir las consecuencias procesales que se encuentren establecidas en el Reglamento de AMV, dado que la observancia de tales formalidades forma parte de la garantía al debido proceso, esto es, que el disciplinado y el instructor se someten a las reglas preestablecidas para este tipo de procedimientos.

2.5. Tipicidad y consideraciones generales sobre las conductas investigadas

Como quiera que el trámite del proceso disciplinario regido por el Reglamento de AMV está sometido a los más claros principios del derecho al debido proceso, encuentra necesario la Sala de Revisión hacer, además del estudio de tipicidad, un análisis previo de los dos cargos formulados.

2.5.1. Consideraciones sobre la conducta de defraudación

La transparencia e integridad son principios del adecuado funcionamiento del mercado de valores, y por ello es imperioso el deber de AMV para que sean jurídicamente tutelados, en atención a que en ellos se materializan las más sensibles expresiones del principio de confianza que debe prevalecer, prioritariamente, entre los distintos actores participantes en el mercado, a saber, intermediarios e inversionistas y en general frente a todos aquellos sujetos, personas naturales o jurídicas, para que gocen de la certidumbre que el Mercado de Valores, les brinda la confianza suficiente para saber que intervienen en uno donde predominan la transparencia e integridad de todos los operadores.

Para preservar la transparencia e integridad del mercado, el legislador y el Autorregulador han consagrado, entre otras, las normas que buscan proteger los recursos de los inversionistas, y para ello se proscriben conductas dirigidas a que los intermediarios o sus personas naturales vinculadas obtengan provecho indebido para sí o para terceros, que afecten a clientes o inversionistas o, al mercado mismo, en desarrollo de operaciones o actividades de intermediación.

La defraudación, además de romper la confianza, integridad y transparencia del mercado, afecta particularmente los recursos económicos de los inversionistas, e incluso de los intermediarios del mercado, cuando tienen que salir a reparar los eventuales perjuicios que se hubiesen ocasionado con ese tipo de conductas, como ocurrió en este caso.

Las normas que rigen la conducta de defraudación no se limitan a establecer una prohibición dirigida a los intermediarios y sus personas naturales vinculadas para que no obtengan provecho indebido afectando a sus clientes o al mercado en desarrollo de actividades de intermediación, esta conducta se considera muy grave, por cuanto afecta los distintos bienes jurídicos, arriba enunciados que deben ser protegidos en las actividades de intermediación de

valores y administración de recursos de terceros, lo que implica que cada intermediario del mercado de valores cuente con esquemas robustos de control y medición de riesgos, los cuales deben ser monitoreados de manera permanente y actualizados.

Para cumplir con el efecto disuasorio del proceso disciplinario, que es una de las funciones principales que tiene el ejercicio de la función disciplinaria en los esquemas de autorregulación, sea esta la oportunidad para enviar un claro mensaje a los intermediarios y a todos los sujetos que participan en el mercado, para que situaciones como la descrita en este proceso se traten de evitar mediante los mecanismos implementados en los sistemas de control interno, pues conductas como la aquí estudiada, se reitera, minan la confianza de los inversionistas en el mercado de valores.

De otro lado, aunque en el pliego de cargos y en la Resolución impugnada se hace mención de reglas particulares de IOSCO para la protección de los inversionistas mayores de 60 años, encuentra la Sala de Revisión que es tan importante la protección de los recursos de los inversionistas mayores de 60 años, como la que merecen los inversionistas que están por debajo de esa edad, aun cuando es evidente que la protección a los clientes con menores conocimientos corresponde a una regla de atención al consumidor financiero, que por ello se sustenta también en la adecuada segmentación de los clientes y en una mayor exigencia en el ejercicio de la actividad de asesoría.

2.5.2. Consideraciones sobre el deber de lealtad

El Tribunal Disciplinario ha definido el deber general de lealtad como *“(...) la obligación que tienen los agentes de obrar simultáneamente de manera íntegra, franca, fiel y objetiva, con relación a todas las personas que intervienen de cualquier manera en el mercado”*¹⁵.

Tal como se dejó señalado en la Resolución de primera instancia, las personas naturales vinculadas a los intermediarios enfrentan un doble deber de conducta respecto a la lealtad: por un lado, frente a su cliente, y, por el otro, frente al intermediario de valores al cual se encuentran vinculadas.

El Tribunal Disciplinario se ha ocupado de este principio, dándole una especial relevancia y contenido:

*“(...) que este deber se predica de la lealtad con la que se debe actuar para con la sociedad a la que se encuentra vinculado el funcionario, quien más allá de las consecuencias personales que un acto pueda generar, debe reportar cualquier tipo de novedad a la entidad, así como solicitar información y autorización para el desarrollo de actividades que no conozca o funciones que no se encuentren dentro de su cargo”*¹⁶.

En estos términos la Sala analizará el cargo imputado por incumplimiento al deber de lealtad.

¹⁵ Resolución 42 del 3 de octubre del 2013 (01-2012-224).

¹⁶ Resolución 11 del 16 de octubre del 2009 (01-2009-111).

2.6. Consideraciones de la Sala de Revisión respecto a los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

2.6.1. Ningún reparo encuentra la Sala de Revisión respecto de la valoración probatoria hecha por la Sala de Decisión en la Resolución apelada, por lo que no habrá lugar a modificar la decisión de primera instancia, por cuanto, luego de revisar las pruebas que reposan en el expediente, es claro que con estas se puede llegar a un grado de certeza, más allá de alguna duda razonable, a partir de las piezas recaudadas y practicadas, a que el investigado incurrió en la infracción que le fue imputada.

Así, las pruebas documentales, constituidas por el encadenamiento de extractos bancarios¹⁷, demuestran que las órdenes de transferencia hacen referencia a productos de clientes¹⁸, que estaban a cargo del investigado y se trasladaron a las cuentas de los terceros conocidos o con vínculos con él (Beneficiaria2 y Beneficiario1)¹⁹. La coincidencia en fechas, cuantías, direccionamiento, e incluso, arribo de recursos a la cuenta personal de Cardona Ospina, demuestran que sí existió un provecho a favor del investigado o de terceros²⁰.

El carácter indebido de ese provecho está demostrado por la causa de éste, es decir, porque proviene de una relación diferente al esquema de remuneración pactado entre la SCB y la persona natural vinculada; más aún, no tiene explicación ni razón financiera alguna, que clientes ordenen la transferencia de recursos de sus productos a cuentas de terceros, cuyas instrucciones no provenían de aquellos. Por el contrario, está probada la relación entre el investigado y las dos personas que aparecen como destinatarios en los traslados de dinero, por tanto, la regla de la experiencia indica que la participación del investigado en la transferencia de estos recursos fue determinante²¹.

Por último, las pruebas documentales obrantes otorgan plena certeza sobre la vinculación contractual de los clientes afectados con la sociedad comisionista, por lo que no hay duda alguna en relación con el ámbito de intermediación que mediaba entre ellos, demostrándose de esa manera el tercer elemento que configura la conducta analizada²².

¹⁷ Cfr. certificación expedida por Banco2 el 7 de febrero de 2018, que obra a folios 121 y 122 de la carpeta de pruebas; información que reposa en el CD visible a folio 156 de la carpeta de pruebas, que corresponde a los extractos de Germán Darío Cardona y Beneficiaria2, suministrados por Banco2 (impresos entre folios 154 y 200 de la carpeta de pruebas; información contenida en el CD que reposa a folio 203 de la carpeta de pruebas que corresponde a los extractos suministrados por Banco2 (impresos entre folios 204 y 225 de la carpeta de pruebas).

¹⁸ La información de los 28 clientes afectados fue suministrada por la SCB mediante comunicación del 7 de diciembre de 2017.

¹⁹ Cfr. Formatos de revelación de información y visita domiciliaria, suministrados por la SCB, folio 40 vuelto de la carpeta de pruebas.

²⁰ Prueba de las transferencias se encuentra a folio 229 de la carpeta de pruebas, en la que reposa un CD suministrado por Banco2, que corresponde a las transferencias por cajero electrónico desde la cuenta de Beneficiaria2 y hacia la cuenta del investigado.

²¹ Cfr. documentos aportados por la SCB con la comunicación del 7 de diciembre de 2017, folios 14 a 19 de la carpeta de pruebas.

²² Cfr. pruebas allegadas por la SCB mediante comunicación del 7 de diciembre de 2017, numerales 5.2 a 5.6 de esa comunicación.

Quiere decir lo anterior que aún sin valorar otras pruebas documentales obrantes en el proceso, tales como las declaraciones o descargos rendidos por el investigado ante su empleador, se puede llegar a la misma conclusión a la que arribó la Sala de Decisión "2". Además, es claro que en la Resolución impugnada no hubo una indebida valoración de tales evidencias, porque fueron analizadas bajo las reglas de la sana crítica, con observancia del debido proceso, a lo que se adiciona que esos medios de prueba no fueron los únicos mecanismos valorados, sino que complementaron lo que se evidenció con las pruebas mencionadas.

Algo similar se concluye respecto de las cartas de instrucción que constan en el expediente. En efecto, aunque estas no fueron sometidas a un dictamen grafológico, sí quedó demostrado que las mismas correspondían a documentos que contienen firmas escaneadas. Además, como parte de la investigación se acompañan dos pruebas adicionales que resultan relevantes: las declaraciones de los testigos, y las transacciones suscritas con los clientes afectados. Con esas pruebas testimoniales y documentales se demuestra también la existencia de la defraudación, la relación con los clientes afectados y la cuantía.

Reprochó la defensa que ni los testimonios ni las transacciones dan fe de que haya sido Germán Darío Cardona Ospina quien elaboró las cartas de instrucciones. Esa es una situación que para el cargo analizado no incide en la valoración de la conducta infractora, dado que con el análisis y valoración integral y en conjunto de todos los elementos probatorios obrantes en la actuación, se demuestra la concurrencia de los tres elementos fundantes de la defraudación²³ y la participación activa y determinante del investigado y sancionado en el hecho infractor.

Por lo tanto, la declaración de responsabilidad disciplinaria por la conducta de defraudación será confirmada por encontrarla probada. El estudio de la dosificación se hará más adelante, en conjunto con los resultados del cargo que ahora entra a estudiar la Sala.

2.6.2. Respecto al quebrantamiento del deber de lealtad por la entrega de información ficticia, incompleta o inexacta cabe destacar la confluencia de tres pruebas determinantes que ofrecen suficiente convencimiento a la Sala de Revisión²⁴.

De una parte, la declaración de la cliente y ordenante afectada, Cliente 3²⁵, quien fue clara en su testimonio al señalar que los extractos entregados por Germán Darío Cardona Ospina no coincidieron con el monto de las inversiones que tenía ella y su grupo familiar. En segundo lugar, la queja formulada por

²³ Tales elementos son: i). la obtención de un provecho para el investigado o para un tercero, lo que queda probado con el ingreso de recursos a su cuenta y la de terceros; ii). que dicho provecho sea indebido, comoquiera que no devino de su ejercicio profesional y, iii). que se afecte a un tercero o al mercado, que se probó con la afectación al patrimonio de sus clientes, que posteriormente debió ser reparada por el Intermediario al que estaba vinculado el investigado.

²⁴ Aunque en el pliego de cargos se mencionó la entrega de información falsa, el cargo en concreto fue formulado por entrega de información ficticia, incompleta o inexacta, de conformidad con lo dispuesto por el literal d) del artículo 7.6.1.1.3. del Decreto 2555 de 2010.

²⁵ Cfr. Folio 266 cuaderno de pruebas, diligencia realizada el 15 de marzo de 2018.

Cliente 5, quien recibió por parte de Germán Darío Cardona un documento que en apariencia correspondía a su portafolio de inversión con un saldo de \$155.783.772 en marzo de 2017, pero se constató por la SCB que el saldo era de \$14.053²⁶.

La tercera prueba determinante en el cargo que se estudia corresponde al informe de la Vicepresidencia de Auditoría del Banco²⁷. El apelante manifestó desde el comienzo que dicho informe no tenía la calidad de dictamen pericial y que podía establecerse un sesgo en su contenido. Esos motivos de reproche a la valoración probatoria del informe de auditoría no impiden que sea tenido en cuenta como indicio grave en contra del investigado, ya que la entrega de información ficticia, incompleta o inexacta consta en distintas evidencias recaudadas en el proceso, todas ellas con observancia del derecho al debido proceso que permiten ser valoradas por el Tribunal Disciplinario y tienen vocación para conducir a la Sala a tener pleno convencimiento sobre la materialización de la conducta analizada.

Se demostró por parte de AMV que cuatro clientes tuvieron vínculo contractual con la sociedad comisionista. Todos ellos eran atendidos por el investigado. En sus reclamaciones, los clientes demostraron que recibieron unos extractos que en apariencia correspondían a sus saldos y productos. Por su parte, la SCB encontró que ni el contenido ni la forma de esos extractos correspondía con la realidad, prueba a la cual la Sala le da plena validez, por lo que brinda la certeza suficiente y requerida para encontrar probado, tal cual sucedió en la primera instancia, el incumplimiento al deber de lealtad.

En consecuencia, frente al segundo cargo se confirmará la declaración de responsabilidad disciplinaria del investigado, por encontrarla probada.

2.7. Dosificación de la sanción

El último motivo de reproche del apoderado de oficio del investigado tiene que ver con la desproporción de la sanción impuesta. Manifiesta el apelante que no se había tenido en cuenta por parte de la Sala de Decisión una situación atenuante, consistente en la ausencia de antecedentes disciplinarios.

Contrario a lo afirmado por el recurrente, en la Resolución impugnada la Sala de Decisión sí tuvo en cuenta la ausencia de antecedentes sancionatorios de Cardona Ospina. No obstante, considera la Sala de Revisión que la ausencia de antecedentes no es suficiente para desvirtuar la gravedad de las conductas en las que incurrió el investigado, que al ser una de ellas defraudatoria, por sí sola, amerita la sanción que se impuso.

²⁶ La SCB ComisionistaSA1 suministró copia de los extractos de los clientes, tal como se aprecia a folios 296 y 297 de la carpeta de pruebas.

²⁷ Cfr. Informe preliminar de diciembre de 2017 obrante a folios 53 a 76, vuelto de la carpeta de pruebas, y sus anexos. Se hizo entrega por parte de ComisionistaSA1 del informe de auditoría también mediante comunicación del 7 de septiembre de 2018, según se aprecia a folio 296 de la carpeta de pruebas.

Ahora bien, también se encontraron configuradas circunstancias agravantes de las conductas, que en esta oportunidad no resulta necesario reiterarlas, las cuales pesan más al momento de la dosificación de la sanción.

A lo anterior se debe añadir el análisis sobre la importancia y gravedad de las conductas de defraudación y quebrantamiento del deber de lealtad que se hizo en el numeral 2.5. de este documento. Por lo tanto, la sanción impuesta en primera instancia es proporcional por las razones aquí expuestas²⁸. Por lo tanto, se confirmará la sanción impuesta al investigado.

Finalmente, no está llamado a prosperar la consideración relacionada con la devolución de los recursos como circunstancia atenuante, por cuanto en la actuación se encuentra probado que dicha devolución fue realizada en gran parte por la SCB, en el propósito de mitigar la afectación sufrida por sus clientes con ocasión de la conducta defraudatoria realizada por el investigado.

En mérito de todo lo expuesto, la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario del Autorregulador del Mercado de Valores, integrada por los doctores Stella Villegas de Osorio (Presidente), Luis Fernando Cruz Araújo y Segismundo Méndez Méndez, de conformidad con lo dispuesto en las Actas Nos. 264 y 265 del 13 y 29 de mayo de 2019, respectivamente, ambas del Libro de Actas de la Sala de Revisión, por unanimidad,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la Resolución No. 1 del 28 de febrero de 2019, expedida por la Sala de Decisión "2" del Tribunal Disciplinario de AMV.

ARTÍCULO SEGUNDO: Advertir al señor Germán Darío Cardona Ospina 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, mediante consignación en la cuenta de ahorros del Banco Bancolombia número 03156939420 a nombre del Autorregulador del Mercado de Valores AMV (NIT 900.090.529-3).

Dicho pago deberá acreditarse mediante el envío del respectivo recibo de consignación o soporte de transferencia vía fax al número 3470328 o a través de correo electrónico a la dirección apoveda@amvcolombia.org.co, dirigido a la doctora Adriana Poveda Ladino, Gerente de Gestión Financiera y de Recursos Físicos de AMV, indicando el nombre del sancionado, identificación, teléfono y dirección. El señor Camilo Andrés Mendoza deberá informar lo mismo a la Secretaría del Tribunal Disciplinario.

²⁸ Las causales agravantes mencionadas por la Sala de Decisión fueron: i) planear la conducta, ii) ejecutarla valiéndose de métodos directamente encaminados a ocultarla, o aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar u otras que dificultaron o entorpecieron la investigación, iii) reiterar la conducta en el tiempo, específicamente entre 2010 y 2017, iv) aprovechar la inexperiencia, impericia, o indefensión de algunos de sus clientes, quienes no hacían revisión frecuente de sus inversiones, v) ejecutar la conducta apoyado en la alteración de documentos, firmas, papelería de la sociedad comisionista y demás soportes de las operaciones investigadas.

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

STELLA VILLEGAS DE OSORIO
PRESIDENTE

JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ DE CASTRO
SECRETARIO