

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 318

Panamá, 28 de marzo de 2016

**Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción.**

El Licenciado Julio César Jované Del Cid, actuando en representación de **Jonathan Janan Binder Zbeda**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución SMV 600-14 de 3 de diciembre de 2014, emitida por la **Superintendencia del Mercado de Valores**, el acto confirmatorio, y que se hagan otras declaraciones.

Contestación de la demanda.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con el propósito de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: No es cierto como se expone; por tanto, se niega.

Segundo: No es cierto como se expone; por tanto, se niega.

Tercero: No es cierto; por tanto, se niega.

Cuarto: No es cierto como se expone; por tanto se niega.

Quinto: No es cierto; por tanto, se niega.

Sexto: No es cierto; por tanto, se niega.

Séptimo: No es cierto; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: No es cierto; por tanto, se niega.

Décimo: No es cierto; por tanto, se niega.

Décimo primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

II. Disposiciones que se aducen infringidas.

El apoderado judicial del actor aduce la infracción de las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 58, 265, 269 (numeral 1, literal a), 271 y 274 del Texto Único del Decreto Ley 1 de 1999, sobre el Mercado de Valores en la República de Panamá y la Superintendencia del Mercado de Valores, los cuales, en su orden, hacen referencia a las relaciones de correspondía con casas de valores extranjeras; a los criterios de valoración que deben tomarse en cuenta al momento de imponer una sanción administrativa; a la infracción muy grave que se origina al realizar oferta pública de valores, sin estar registrados y autorizados por la Superintendencia; a las infracciones leves; y a las sanciones administrativas por incurrir en estas últimas (Cfr. fojas 11-16 del expediente judicial).

B. Los artículos 36 y 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que disponen que ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo; y que los recursos podrán fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluyendo la desviación de poder (Cfr. foja 17 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes del caso y descargos de la Procuraduría de la Administración, en representación de los intereses de la entidad demandada.

Según consta en autos, la Superintendencia del Mercado de Valores, en adelante, SMV, emitió la Resolución SMV-78-12 de 12 de marzo de 2012, por medio de la cual ordenó el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra la casa de valores Financial Pacific Inc., y terceras personas naturales o jurídicas que hubiesen actuado por, para, o en representación de la misma, por la presunta violación a la normativa que regula el mercado de valores (Cfr. fojas 20, 48, 55 y 73 del expediente judicial).

Igualmente se constata, que una vez surtida la investigación correspondiente y después de analizar las pruebas y los descargos presentados por los involucrados, la SMV emitió la **Resolución**

SMV 600-14 de 3 de diciembre de 2014, a través de la cual resolvió, entre otras cosas, imponer multa administrativa a **Jonathan Janan Binder Zbeda**, por la suma de ciento veinte mil balboas (B/.120,000.00), por haber infringido el artículo 269 (numeral 1, literal a) del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, en concordancia con el artículo 10 (numeral 2) del Acuerdo 2 de 16 de abril de 2010. Cabe señalar, que dicho acto administrativo le fue notificado al prenombrado el 10 de diciembre de 2014 (Cfr. fojas 20-47 del expediente judicial).

Las constancias procesales también revelan, que debido a su disconformidad con la decisión anterior, el afectado presentó un recurso de reconsideración que fue resuelto mediante la Resolución SMV 85-2015 de 13 de febrero de 2015, la cual mantuvo en todas sus partes lo dispuesto en el acto principal. Esta última resolución fue notificada al hoy recurrente el 23 de febrero de 2015 (Cfr. fojas 48-54 del expediente judicial).

Además, se observa que con posterioridad el ahora demandante interpuso un recurso de apelación en contra de la Resolución SMV 600-14 de 3 de diciembre de 2014, el cual fue resuelto por la Junta Directiva de la SMV mediante la Resolución SMV JD-21-15 de 1 de junio de 2015, que mantuvo en todas sus partes lo establecido en aquélla; decisión que le fue notificada el 31 de julio de 2015, quedando así agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 55-61 del expediente judicial).

Producto de la situación expuesta, el 29 de septiembre de 2015, **Jonathan Janan Binder Zbeda**, actuando por conducto del Licenciado Julio César Jované Del Cid, presentó ante la Sala Tercera la demanda que dio origen al proceso que ocupa nuestra atención, cuyo objeto es que se declare nula, por ilegal, la Resolución SMV 600-14 de 3 de diciembre de 2014, sus actos confirmatorios, y que se declare que el mismo no ha violado las normas que sustentan las conductas que le fueron atribuidas y que, por tanto, se revoque y se deje sin efectos la multa administrativa que le fue aplicada (Cfr. fojas 4-5 del expediente judicial).

Al fundamentar tales pretensiones, el apoderado judicial del actor aduce la infracción de los artículos 58, 271 y 274 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, los cuales, reiteramos, son relativos a las relaciones de corresponsalía con casas de valores extranjeras; a los actos u omisiones que constituyen infracciones leves; y a las sanciones administrativas que se imponen al

que incurra en estas últimas. Sin embargo, dichas normas **no resultan aplicables al caso en estudio; puesto que Jonathan Janan Binder Zbeda, no fue sancionado con multa administrativa por la ausencia de contrato de corresponsalía en relación con las compras de acciones realizadas por la casa de valores Financial Pacific Inc., a través de SecondMarket Holding, así como tampoco por haber incurrido en infracciones leves** (Cfr. fojas 14, 15 y 16-17 del expediente judicial).

Así fue indicado por la entidad demandada en su informe explicativo de conducta. Veamos:

“2° De la supuesta violación por parte de la Superintendencia del Mercado de Valores del Artículo 58 del Texto Único del Decreto Ley No 1 de 1999.

La Superintendencia no ha sancionado a BINDER ZBEDA con base a la ausencia de firma de contratos de corresponsalía, razón por la cual no discutimos éste (sic) punto.

3° De la supuesta violación por parte de la Superintendencia del Mercado de Valores del artículo 271 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores...

La Superintendencia no ha sancionado a BINDER ZBEDA con base a infracciones leves de la Ley del Mercado de Valores, razón por la cual no discutimos éste (sic) punto.

...
5° De la supuesta violación por parte de la Superintendencia del Mercado de Valores del Artículo 274 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores...

La Superintendencia no ha sancionado a BINDER ZBEDA con base a infracciones leves a la Ley del Mercado de Valores, razón por la cual no discutimos éste (sic) punto.”

Conforme puede verificarse en la parte resolutive de la Resolución SMV 600-14 de 3 de diciembre de 2014, objeto de reparo, **Binder Zbeda** fue sancionado con multa administrativa: “... **por violación del Texto Único del Decreto Ley No. 1 de 1999, 269 # 1 literal a (Infracciones muy graves por Oferta Pública de Valores sin registro y autorización por la Superintendencia)**, en concordancia con el **Acuerdo 2 del 16 de abril de 2010** por la cual se adopta el procedimiento para la presentación de solicitudes de registro de valores y de terminación de registro en la Superintendencia del Mercado de Valores, **artículo 10 numeral 2 (Registro de otros valores)**”, razón por la cual la SMV en su informe explicativo de conducta indicó que los hechos atribuidos al

preenominado consistieron en: “a) **ofertar al público valores no registrados y autorizados por la SMV para oferta pública o no observar las condiciones fijadas en el registro y en la autorización en la Ley del Mercado de Valores;** y b) **no dar una recomendación adecuada en cuanto a los títulos...**” (Cfr. fojas 85 y 88 del expediente judicial).

Visto lo anterior, solicitamos a los Honorables Magistrados que conforman la Sala Tercera se sirvan desestimar los cargos de ilegalidad formulados por el demandante en torno a los artículos 58, 271 y 274 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores; ya que, insistimos, los mismos no se ciñen a la situación bajo examen.

Por otra parte, el abogado del recurrente señala que la Resolución SMV 600-14 de 3 de diciembre de 2014, acusada de ilegal, vulnera el artículo 269 (numeral 1, literal a) del referido cuerpo normativo; puesto que, en su opinión, su representado era un colaborador de la Casa de Valores Financial Pacific Inc., por lo que entre sus funciones no estaba la de realizar contrataciones en nombre de ésta, debido a que las mismas correspondían a sus directivos o ejecutivos principales. Continúa indicando, que su poderdante no actuó como corredor de valores independiente, sino como empleado de la mencionada casa de valores; razón por la cual afirma que esta última es la que debe soportar la sanción correspondiente (Cfr. fojas 13-14 del expediente judicial).

Finalmente, afirma que la citada resolución vulnera el artículo 265 del referido texto legal y los artículos 36 y 162 de la Ley 38 de 2000, pues, estima que al fijar el monto de la multa impuesta a su mandante, la SMV no hizo una correcta valoración de los criterios para la imposición de sanciones, trayendo esto como consecuencia la aplicación de una multa exagerada y desproporcionada, de lo cual, a su juicio, se deriva una desviación de poder (Cfr. fojas del expediente judicial).

Frente a los planteamientos expuestos, debemos señalar que durante el curso del procedimiento administrativo sancionador quedó plenamente demostrado que **a través de la sociedad SecondMarket Holding, la casa de valores Financial Pacific Inc., adquirió acciones privadas de Facebook, mismas que luego ofreció a sus clientes y al público en general mediante una base de datos de diez mil (10,000) correos electrónicos proporcionados por la**

empresa Entérate PTY. Por consiguiente, de acuerdo con lo establecido por el numeral 40 del artículo 49 del Texto Único del Decreto Ley 1 de 1999, según el cual oferente es la persona que *“compre o adquiera de un emisor o de una persona afiliada a éste o de otro oferente valores emitidos por dicho emisor mediante una colocación privada u oferta hecha a inversionistas institucionales que esté exenta de registro”*, resulta claro que **tanto la mencionada casa de valores, como el personal que actuó en su representación, se consideran oferentes** (La negrilla es nuestra) (Cfr. foja 30 del expediente judicial).

Sin embargo, esa **oferta pública de valores de Facebook no estaba exenta de registro en la SMV**; puesto que, tomando en consideración lo estipulado en los numerales 2 y 3 del artículo 129 del referido cuerpo normativo, relativos a las ofertas exentas de registro, **la misma no fue producto de una colocación privada, porque dichas acciones se ofrecieron públicamente a más de veinticinco (25) personas, resultando la venta a más de diez (10) personas dentro del período de un (1) año; ni, mucho menos, fue hecha a inversionistas institucionales**, debido a que las personas a las cuales Financial Pacific Inc., ofreció y vendió tales valores no reúnen los criterios regulados en los artículos 1 y 3 del Acuerdo 1 de 2001, para ser calificadas como inversionistas institucionales (Cfr. fojas 30-34 del expediente judicial).

En consecuencia, la mencionada casa de valores y el personal que actuó en su representación, entre éstos, **Jonathan Janan Binder Zbeda**, estaban obligados a dar cumplimiento al artículo 128 del Texto Único del Decreto Ley 1 de 1999, el cual dispone que: *“Deberán registrarse en la Superintendencia las ofertas o ventas públicas de valores que haga un emisor o una persona afiliada a éste o un oferente en la República de Panamá, a menos que estén exentas de dicho registro con arreglo a lo establecido en este Decreto Ley y sus reglamentos”*; excepción que, como hemos visto, no concurrió en el caso bajo examen (Lo resaltado es de este Despacho) (Cfr. foja 30 del expediente judicial).

En ese orden de ideas, estimamos pertinente anotar que el registro de la oferta pública en mención debió estar sujeto al cumplimiento de lo establecido en el artículo 10, numeral 2, del Acuerdo 2 de 2010, por el cual se adopta el procedimiento para la presentación de solicitudes de

registro de valores en la entonces denominado Comisión Nacional de Valores; no obstante, dicho procedimiento no fue acatado por la referida casa de valores, ni por las personas que actuaron en su representación.

En relación con el argumento expuesto por el ahora demandante, en el sentido que por ser un colaborador de la casa de valores Financial Pacific Inc., no tuvo participación en las conductas que le fueron atribuidas, este Despacho es de la firme convicción que el mismo **resulta totalmente infundado; puesto que, como corredor de valores, Jonathan Janan Binder Zbeda, tenía la obligación de actuar de conformidad con la normativa que regula la materia, específicamente, la atinente al registro y a la autorización de valores por parte de la SMV, así como a la recomendación adecuada**, tal como fue señalado por la SMV en el acto administrativo impugnado y en su informe explicativo de conducta, cuando en lo medular dicen:

Resolución SMV 600-14 de 3 de diciembre de 2014

“No es dable aceptar como justificación que eran simplemente colaboradores acatando órdenes impartidas por la Gerencia General o que los conocimientos sobre las negociaciones respecto a las acciones de FACEBOOK, por parte de la Gerencia era limitado, puesto que **al obtener la licencia de corredor de valores y operar con la misma se tiene el deber de cumplir conforme a las normas establecidas en la Ley del Mercado de Valores**. El desconocimiento del derecho no exime de culpa y **alegar desconocimiento en cuanto a lo intermediado no es justificado puesto que como Corredor de Valores se debe tener conocimiento de la naturaleza de los títulos con los cuales se está intermediando y máxime que cada corredor se debe adecuar a los criterios de recomendación adecuada que hacen a sus respectivos clientes al ofrecer un producto como el de FACEBOOK (La negrilla es nuestra) (Cfr. foja 40 del expediente judicial)**.

Informe Explicativo de Conducta

“Sin duda, la intermediación es un servicio que ofrecen las casas de valores, sin embargo no puede desconocerse que las personas jurídicas actúan a través del personal que las conforma, por tanto, **no puede un corredor de valores ofrecer a un cliente en venta o comprarle a un cliente productos sin que estos (sic) se den bajo la recomendación adecuada. Todo corredor de valores que ofrece públicamente un producto que no cuenta con el registro o autorización correspondiente, incurre en violación directo al artículo citado por realizar un servicio de intermediación sin observar las autorizaciones pertinentes, pues la casa sólo podrá ofrecer públicamente aquellos productos debidamente registrados y autorizados**.

Obviamente que la casa de valores como persona jurídica, así como los directivos que participaron, tendrán también su responsabilidad por estas mismas actuaciones, sin embargo, **no puede el corredor desatender y vender un producto sin la debida investigación del mismo y sin considerar una debida recomendación adecuada. La ejecución de la actividad la lleva a cabo el corredor de valores quien tiene la responsabilidad de saber qué vende y por qué vende. De hecho, los corredores deben conocer las características del producto que ofrecen para poder explicarlas a los clientes y ajustarlas a sus perfiles de inversión.**” (Lo destacado es de esta Procuraduría) (Cfr. fojas 84-85 del expediente judicial).

En este escenario, no cabe la menor duda que **al ofrecer públicamente valores de Facebook, sin el debido registro ante la SMV**, la casa de valores Financial Pacific Inc., y el personal que actuó en su representación, entre éste, **Jonathan Janan Binder Zbeda**, incurrierron en una **infracción muy grave**, concretamente, la contemplada en el artículo 269, numeral 1, literal a, del Texto Único del Decreto Ley 1 de 1999, el cual es del tenor siguiente:

Artículo 269. Infracciones muy graves. Incurrirán en infracción muy grave las personas que cometan alguna de las siguientes causas, conductas u omisiones:

1. **La persona natural o jurídica que realice o intente realizar alguno de los siguientes actos:**
 - a. **Oferta pública de valores sin estar registrados y autorizados por la Superintendencia, u ofrezca al público valores no registrados y autorizados por la Superintendencia para oferta pública o no observe las condiciones fijadas en el registro y en la autorización o en la Ley del Mercado de Valores...**” (La negrilla es nuestra).

En virtud de lo anterior, la SMV, en ejercicio de la competencia que para imponer sanciones le otorga el artículo 260 del Texto Único del Decreto Ley 1 de 1999, y teniendo en cuenta los criterios de valoración listados en el artículo 265 del mismo texto legal, decidió imponer al mismo una multa por el monto de ciento veinte mil balboas (B/.120,000.00); sanción administrativa regulada en el numeral 1 del artículo 272 del mismo cuerpo normativo, cuyo contenido dice así:

“Artículo 272. Sanciones administrativas a infracciones muy graves. **En caso de infracciones muy graves establecidas en el artículo 269 de este Decreto Ley se impondrá al infractor una o más de las siguientes sanciones:**

1. **Multa** por importe no inferior al beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción muy grave, ni superior a dos veces el beneficio bruto

obtenido o, en caso en que no resulte aplicable este criterio, hasta la mayor de las siguientes cantidades: 5% de los recursos propios de la persona infractora, 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción o un millón de balboas (B/.1,000,000.00)...” (Lo destacado es de esta Procuraduría).

Al respecto y contrario a lo argumentado por el apoderado judicial del actor, este Despacho es de la firme convicción que la sanción administrativa impuesta estuvo precedida de una ponderación minuciosa de los criterios establecidos en el artículo 265 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores. Particularmente, se advierte que la entidad demandada teniendo en cuenta que **Jonathan Janan Binder Zbeda** incurrió en una infracción muy grave, aplicó un importe pecuniario que difiere mucho de la cuantía máxima que el ente regulador le pudo asignar al recurrente como sanción por las faltas cometidas; de ahí que el monto de la multa establecida no puede ser considerado desproporcional ni, mucho menos, injusto (Cfr. fojas 40-43 y 86-87 del expediente judicial).

Lo expuesto hasta aquí, nos lleva a concluir que la resolución objeto de reparo fue emitida tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 38 de 2000, relativo a la facultad que tiene la autoridad competente para evaluar las pruebas que las partes hayan propuesto; el artículo 145 que señala que las pruebas se apreciarán según las reglas de la sana crítica; y el artículo 146 de la misma excerta legal, el cual dispone que en su decisión el funcionario expondrá razonadamente el examen de los elementos probatorios y el mérito que les corresponda, cuando tal decisión deba ser motivada de acuerdo con la ley, **así como también los artículos 260 a 267 del Texto Único del Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999, que regula el procedimiento sancionador aplicable a los infractores de la Ley del Mercado de Valores, en especial, el principio del debido proceso**; ya que, tal como lo dijimos en líneas anteriores, **Jonathan Janan Binder Zbeda**, tuvo la oportunidad de presentar sus descargos, de aportar y aducir pruebas, y de interponer los recursos de reconsideración y apelación en contra de la Resolución SMV 600-14 de 3 de diciembre de 2014, acusada de ilegal.

En lo atinente a la configuración del fenómeno jurídico denominado desviación de poder en el procedimiento administrativo sancionador, somos del criterio que todas y cada una de las

actuaciones llevadas a cabo por la SMV dentro del procedimiento que dio origen a la citada Resolución SMV-600-14, estuvieron apegadas a Derecho; es decir, a los parámetros establecidos en el Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, pero, además, dichas actuaciones respondieron al fin para el cual fue creado ese ente regulador, que no es otro que el de propiciar la seguridad jurídica de todos los participantes del mercado y garantizar la transparencia, con especial protección de los derechos de los inversionistas.

A nuestro modo de ver, los motivos en los que se fundamenta la Resolución SMV-600-14 de 3 de diciembre de 2014, acusada de ilegal, ponen en evidencia que **Binder Zbeda** fue irresponsable en su actuar, particularmente, en sus funciones como corredor de valores de Financial Pacific Inc., al haber incurrido en la infracción muy grave contemplada en el artículo 269 (literal a del numeral 1) del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, por lo que resulta un tanto ilógico alegar que la entidad demandada al emitir la citada resolución, haya actuado con desviación de poder, esto es, con un fin distinto al que dicta la ley, debido a que la SMV en ningún momento utilizó la potestad legal que le ha sido otorgada para beneficiar a algún individuo.

Sobre la base de las consideraciones previamente expuestas, podemos concluir que la actuación de la entidad demandada no contraviene las disposiciones que se aducen infringidas; razón por la cual esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución SMV 600-14 de 3 de diciembre de 2014**, emitida por la Superintendencia del Mercado de Valores, ni su acto confirmatorio, y pide se desestimen las demás pretensiones del actor.

IV. Pruebas: Se **aduce** como prueba documental de esta Procuraduría, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso.

V. Derecho: No se acepta el invocado por el demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaría General

