

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 692

Panamá, 30 de junio 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 606-14 de 3 de diciembre de 2014, emitida por la **Superintendencia del Mercado de Valores**, el acto confirmatorio, y que se hagan otras declaraciones.

Alegato de Conclusión.

**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 artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, con el propósito de presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior, momento procesal que nos permite reiterar lo ya expresado en nuestra contestación de la demanda, **en cuanto a la carencia de sustento** que se advierte en la tesis planteada por el actor, **Jonathan Janan Binder Zbeda**, referente a lo actuado por la Superintendencia del Mercado de Valores, al emitir la Resolución SMV 606-14 de 3 de diciembre de 2014, que en su opinión, es contraria a Derecho.

A través de la referida resolución la entidad demandada dispuso imponer al recurrente una multa administrativa, por la suma de cincuenta mil balboas (B/.50,000.00) por haber infringido normas relativas al mercado de valores; y, además, se le canceló la licencia de Corredor de Valores 205.

En tal sentido, la acción ensayada por **Binder Zbeda**, radica en el hecho que, a su juicio, la Resolución SMV 606-14 de 3 de diciembre de 2014, acusada de ilegal, vulnera los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 263 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores; puesto que durante el curso del procedimiento administrativo sancionador, la entidad demandada desconoció los siguientes principios:

debido proceso, confidencialidad, buena fe y garantía de procedimiento (Cfr. fojas 14-15 del expediente judicial).

De igual manera, indica que la citada resolución viola el literal c del numeral 1 del artículo 269 del mismo cuerpo normativo, pues, asevera que él era un empleado 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 tales funciones correspondían a sus directivos o ejecutivos principales. Continúa expresando, que de haber estimado que era un colaborador de la casa de valores en mención, la Superintendencia del Mercado de Valores hubiese concluido que cualquier infracción cometida por su persona debía ser calificada como leve, mas no grave; situación por la cual también invoca el quebrantamiento de los artículos 271 y 274 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores (Cfr. fojas 17-18, 19-20 y 24 del expediente judicial).

Finalmente, afirma **Jonathan Janan Binder Zbeda** que el acto administrativo impugnado vulnera el artículo 265 del referido texto legal y los artículos 36 y 162 de la Ley 38 de 2000, pues, es de la opinión que al fijar el monto de la multa impuesta en su contra, la Superintendencia del Mercado de Valores 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, conforme manifiesta, se deriva una desviación de poder (Cfr. fs 22-23 y 24 del expediente judicial).

En esta ocasión, **reiteramos el contenido de la Vista 286 de 18 de marzo de 2016**, a través de la cual contestamos la acción en examen, señalando que no le asiste la razón a **Jonathan Janan Binder Zbeda**; puesto que según se desprende del Informe Explicativo de Conducta durante el curso del procedimiento administrativo sancionador seguido al actor, **quedó plenamente demostrado que éste, en su condición de corredor de valores, participó en la colocación y el ofrecimiento a los clientes de la Casa de Valores Financial Pacific Inc., de productos no permitidos para casas de valores; concretamente, plazos fijos de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Empleados de la Caja de Seguro Social, R.L. (COACECCS). Asimismo, resultó ampliamente acreditado que el prenombrado intermedió la apertura de depósitos a plazo fijo con dicha cooperativa, a pesar que la misma no estaba autorizada por la SMV** (Cfr. fojas 94-96 del expediente judicial).

En ese sentido, **se hace necesario destacar** que **el accionante incurrió en la conducta descrita en el literal c) del numeral 1 del artículo 269 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores**, esto es, *“servicios de intermediación de valores o instrumentos financieros sin estar autorizados por la Superintendencia o sin observar las condiciones fijadas en la autorización que le haya sido expedida en la Ley del Mercado de Valores”*, la cual constituye una **infracción muy grave**, según lo dispuesto en la referida norma.

Así mismo, **repetimos** que el argumento expuesto por **Jonathan Janan Binder Zbeda**, en el sentido que este último no incurrió en la conducta que contempla la disposición citada, por no estar entre sus funciones la de llevar a cabo contrataciones a nombre de la Casa de Valores Financial Pacific Inc., **resulta totalmente infundado**; puesto que, conforme lo explicó la Superintendencia del Mercado de Valores al rendir su informe explicativo de conducta, **las casas de valores actúan a través de personas naturales, como los corredores de valores, quienes no pueden ofrecer a un cliente productos que no sean valores**. Para una mejor comprensión, nos permitimos transcribir lo que al respecto manifestó la entidad demandada:

“Sin duda, la intermediación es un servicio que ofrece la casa 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 que no sean valores. Todo corredor de valores que ofrece un producto que no pertenece al mercado de valores incurre en violación directa al artículo citado por realizar un servicio de intermediación sin observar las condiciones autorizadas, pues la casa sólo podrá intermediar con aquellos productos pertenecientes al mercado de valores.**

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 hacerse el desentendido y vender un producto como COACECCS sabiendo que es un depósito a plazo fijo y que la colocación de depósitos a plazo fijo no son parte de las actividades del mercado de valores**, escudándose en que es un producto ‘autorizado por la casa’ en cuya decisión no participó. **La ejecución de la actividad la lleva a cabo el corredor de valores quien tiene la responsabilidad de saber que vende y porque lo vende...**

...

El señor BINDER ZBEDA al actuar como corredor de valores de productos no permitidos para casas de valores, como lo son

plazos fijos y más cuando se encubren o venden al público inversionista 'disfrazado' como un instrumento apto para casas de valores (money market), ejecuta el tipo legal establecido en la norma que lo hace infractor de la misma." (La negrilla es nuestra) (Cfr. fojas 94-96 del expediente judicial).

En otro orden de ideas, **vale la pena destacar** que la conducta endilgada a **Binder Zbeda** también dejó en evidencia que el mismo infringió el artículo 66 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, relativo a las Normas de Código de Conducta, cuya violación constituye una infracción leve, conforme lo establece el artículo 271 del mismo texto legal; normas que son del tenor siguiente:

“Artículo 66. Normas éticas y conflictos de interés. Las casas de valores tendrán la obligación de dar un trato justo a todos sus clientes. **La Superintendencia dictará normas de conducta que deberán observar las casas de valores y sus corredores de valores, con el fin de evitar situaciones de conflicto de intereses y tratos injustos a clientes.** Cuando en una misma transacción una casa de valores, además de actuar a nombre de un cliente, actúe en nombre propio o de un tercero deberá informárselo al cliente. La Superintendencia podrá requerir a las casas de valores que adopten un código de ética profesional o que se adhieran a uno dictado por una organización autorregulada o por una asociación bursátil de reconocido prestigio.” (Lo resaltado es de este Despacho).

“Artículo 271. Infracciones leves. Constituirán infracciones leves los actos u omisiones que violen alguna disposición de la Ley del Mercado de Valores emitida por la Superintendencia o por las organizaciones autorreguladas y que no se encuentren tipificados como infracción muy grave o grave de acuerdo con los artículos anteriores.”

En esa línea de pensamiento, **no se puede pasar por alto que** según se expone en el acto administrativo impugnado, **la apertura de depósitos a plazo fijo en la Cooperativa de Ahorro y Crédito de los Empleados de la Caja de Seguro Social (COACESS), con fondos provenientes de cuentas de inversión de los clientes de la casa de valores, llevada a cabo por Jonathan Janan Binder Zbeda, se configuró en un claro incumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades como corredor de valores, lo que trajo como consecuencia la violación de lo establecido en el artículo 2 del Acuerdo número 5-2003 de 25 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 4-2004 de 1 de junio de 2004, emitido por la Comisión Nacional de Valores (ahora SMV) y las Reglas Primera, Cuarta y Octava, las cuales se encuentran insertas en el Anexo del citado acuerdo.**

Otro aspecto que **no se puede obviar es el hecho** que tomando en consideración las infracciones, muy grave y leve, en las que incurrió el ahora demandante, **Jonathan Janan Binder Zbeda**, la Superintendencia del Mercado de Valores, 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 cuerpo normativo, decidió imponer al recurrente una multa por el monto de cincuenta mil balboas (B/.50,000.00), y cancelarle la licencia de Corredor de Valores 205, otorgada mediante la Resolución CNV-152-2004 de 13 de agosto de 2004; sanciones administrativas reguladas en los numerales 1 y 3 del artículo 272 del mismo cuerpo normativo, los cuales citamos a continuación:

“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).
2. ...
3. **Revocación o cancelación de las licencias o los registros otorgados por la Superintendencia** (La negrilla es nuestra).

En este contexto, esta Procuraduría **insiste en que** las sanciones impuestas estuvieron precedidas de una ponderación minuciosa de los criterios establecidos en el artículos 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 infracciones muy grave y leve, 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, por cuanto que el beneficio bruto del demandante pudo ser mayor; sin embargo, se llegó a la conclusión de imponer una multa inferior; de ahí que el monto de la multa administrativa establecida no puede ser considerado desproporcional ni, mucho menos, injusto (Cfr. fojas 44-45 y 99-100 del expediente judicial).

Por otra parte, **estimamos pertinente recordar** que 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, **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 606-14 de 3 de diciembre de 2014, acusada de ilegal. Por consiguiente, **no cabe** la menor duda que los argumentos expuestos en torno a la violación de la referida garantía constitucional y legal, **carecen de sustento jurídico**.

En cuanto al fenómeno jurídico denominado desviación de poder y alegado por **Binder Zbeda**, para esta Procuraduría **resulta importante recalcar** que todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo por la Superintendencia del Mercado de Valores dentro del procedimiento que dio origen al acto objeto de controversia, 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.

Por último, **repetimos** que los motivos en los que se fundamenta la Resolución SMV-606-14 de 3 de diciembre de 2014, acusada de ilegal, ponen en evidencia que **Jonathan Janan 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 grave contemplada en el artículo 269 (literal c del numeral 1) del Texto Único del Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999, por lo que, resulta un tanto

ilógico alegar que la entidad demandada al emitir la ya mencionada Resolución SMV-601-14, haya actuado con desviación de poder, esto es, con un fin distinto al que dicta la ley, debido a que la Superintendencia del Mercado de Valores en ningún momento utilizó la potestad legal que le ha sido otorgada para beneficiar a algún individuo.

Actividad Probatoria.

La Sala Tercera emitió el Auto de Prueba 217 de 18 de mayo de 2016, por medio del cual **admitió** a favor del demandante: la copia autenticada de los documentos que reposan de fojas 27 a la 63 del expediente judicial, consistentes en el acto acusado de ilegal; y las resoluciones por medio de las cuales se decidieron tanto el recurso de reconsideración como el de apelación propuestos por **Jonathan Janan Binder Zbeda** (Cfr. foja 116 del expediente judicial).

En lo que respecta a las pruebas admitidas, este Despacho observa que las mismas **no logran desvirtuar el fundamento de Derecho que sustentó el rechazo de la reclamación presentada por Jonathan Janan Binder Zbeda**, lo que se traduce en **la nula o escasa efectividad de los medios probatorios ensayados por el actor**; por consiguiente, somos de la firme convicción que en el negocio jurídico en estudio, el recurrente no asumió la carga procesal que establece el artículo 784 del Código Judicial que obliga a quien demanda a acreditar los hechos que dan sustento a su pretensión. Deber al que se refirió la Sala Tercera en el Auto de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos... Adicional a ello, consta en el expediente, que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.

‘Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...’ (Lo subrayado corresponde a la Sala Tercera).

Al respecto del artículo transcrito, es **la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.**

Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: *'en las actuaciones administrativas se debe observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores'*. (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *'la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor'*. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fe, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)...”

De la lectura de la citada resolución judicial se infiere la importancia que reviste para la decisión del proceso, el hecho que **el actor cumpla con la responsabilidad de acreditar su pretensión ante el Tribunal**, de ahí que en ausencia de mayores elementos de prueba que fundamenten la demanda presentada por **Jonathan Janan Binder Zbeda**, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución SMV 606-14 de 3 de diciembre de 2014**, emitida por la Superintendencia del Mercado de Valores y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones del actor.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 684-15