

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA DE LA  
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 691

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 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.

**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 600-14 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 ciento veinte mil balboas (B/.120,000.00) por haber infringido normas relativas al mercado de valores.

En tal sentido, la acción ensayada por **Binder Zbeda**, radica en el hecho que, a su juicio, la Resolución SMV 600-14 de 3 de diciembre de 2014, acusada de ilegal, vulnera el artículo 269 (numeral 1, literal a) del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores; puesto que, estima, que él 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 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 el recurrente que el acto objeto de reparo, 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 persona, 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, a su juicio, se deriva una desviación de poder.

En esta ocasión, **reiteramos el contenido de la Vista 318 de 28 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 **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).

En ese sentido, **se hace necesario destacar 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).

Así mismo, **repetimos** que 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).

Otro aspecto que **no se puede pasar por alto**, es 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 otro orden de ideas, y frente al argumento expuesto por el actor 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 **insiste** 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 Superintendencia del Mercado de Valores en el acto administrativo impugnado (Cfr. Resolución SMV 600-14 de 3 de diciembre de 2014, objeto de reparo y el Informe de Conducta).

En este escenario, **no cabe la menor duda que al ofrecer públicamente valores de Facebook, sin el debido registro ante la Superintendencia del Mercado de Valores**, la casa de valores Financial Pacific Inc., y el personal que actuó en su representación, entre éste, **Jonathan**

**Janan Binder Zbeda**, incurrieron 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 esa línea de pensamiento, **reiteramos** que 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 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.

Este Despacho vuelve a **insistir** en 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).

En este contexto, **repetimos** 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 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.

Igualmente, consideramos que **no se puede obviar el hecho** que 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 **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 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 Superintendencia del Mercado de Valores 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 entidad en ningún momento utilizó la potestad legal que le ha sido otorgada para beneficiar a algún individuo.

Por último, debemos **recordar** que el demandante 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).

Aunado a lo anterior, **vale la pena repetir** que 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 entidad en su Informe Explicativo de Conducta indicó que los hechos atribuidos al prenombrado 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).

Lo que precede, nos permite **reiterar** que los Honorables Magistrados que conforman la Sala Tercera deben desestimar los cargos de ilegalidad formulados por **Jonathan Janan Binder Zbeda** 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.

### **Actividad Probatoria.**

La Sala Tercera emitió el Auto de Prueba 216 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 20 a la 61 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 102 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 600-14 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 685-15