

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 324

Panamá, 2 de agosto de 2013

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Contestación
de la demanda.**

La firma forense Rivera, Bolívar & Castañedas, actuando en representación de **Zoraya Reichlin de Barreto**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el artículo segundo de la parte resolutive de la Resolución SMV 303-12 de 30 de agosto de 2012, emitida por la Superintendencia del Mercado de Valores, su acto confirmatorio y el modificadorio y que se hagan otras declaraciones.

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: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 19 y 20 del expediente judicial).

Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 20 a 22 del expediente judicial).

Tercero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 22 del expediente judicial).

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

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

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

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

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

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

Décimo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 53 a 59 del expediente judicial).

Undécimo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 59 del expediente judicial).

II. Disposiciones que se aducen infringidas.

La apoderada judicial de la parte actora manifiesta que se han lesionado las siguientes disposiciones legales y reglamentarias:

A. El artículo 195 del Decreto Ley 1 de 1999, vigente al momento en que se dieron los hechos, y que corresponde al artículo 246 del Texto Único de 9 de febrero de 2012, sobre el Mercado de Valores en la República de Panamá y la Superintendencia del Mercado de Valores, que se refiere a los actos fraudulentos y engañosos relacionados con la compra o venta de valores registrados; la asesoría de inversión de valores con esa categoría; y, la solicitud de poderes de voto, autorizaciones o consentimientos en relación con dichos valores o con una oferta pública de compra de acciones registradas (Cfr. fojas 8 a 11 del expediente judicial); y

B. El artículo 2 del Acuerdo 5-2003 de 25 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 4-2004 de 1 de junio de 2004, emitido por la anterior Comisión Nacional de Valores, en concordancia con la Regla Tercera del Anexo del mencionado acuerdo, referente al Código General de Conducta de los Mercados de Valores, que establece la obligación de todas las casas de valores, asesores de inversiones y demás intermediarios de cumplir con las reglas que contiene el modelo de Código General de Conducta anexo a dicho acuerdo; y la obligación adicional que tienen estas Casas de Valores y Asesores de Inversiones, cuando estén constituidos como personas jurídicas, de elaborar un Código de Conducta,

que deberán cumplir sus directores, dignatarios, ejecutivos principales, empleados y representantes (Cfr. fojas 12 a 14 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes del caso y descargos de la Procuraduría de la Administración en defensa de la entidad demandada.

Según observa este Despacho, la Superintendencia del Mercado de Valores, por conducto de la Dirección Nacional de Pensiones y Sociedades de Fondos de Inversión, inició una investigación preliminar en relación con las quejas presentadas por algunas personas que señalaban haber invertido en fondos denominados FX Capital Fund y Protected, promovidos por la sociedad Vanderber Suisse Administradora de Fondos de Inversión, S.A., (antes Capital Lions Panamá, S.A.), y que al ser requeridos por los inversionistas a fin de obtener una devolución o un rescate parcial de los montos aportados, dicha sociedad ni las personas naturales que le ofrecieron tales valores les daban respuestas favorables sobre su inversión (Cfr. fojas 19 y 20 del expediente judicial).

Al existir una cantidad plural de procesos administrativos relacionados a la situación antes descrita, la entidad demandada emitió las Resoluciones CNV-033-11 de 8 de febrero de 2011 y CNV-119-11 de 14 de abril de 2011, a través de las cuales ordenó la acumulación de los procesos en una sola causa administrativa sancionatoria (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

Por su parte, la Dirección de Investigaciones Administrativas y Régimen Sancionador de la Superintendencia del Mercado de Valores, mediante la Vista Preliminar de Cargos de 20 de octubre de 2011, vinculó a las siguientes personas: Vanderber Suisse Administradora de Fondos de Inversión, S.A., (antes Capital Lions Panamá, S.A.); Zoraya del Carmen Reichlin Herazo de Barreto, quien fungió como Ejecutiva Principal de la mencionada administradora; y Sebastián Martín García Van Vracem, que figuraba como directivo de la misma sociedad (Cfr. fojas 20 y 21 del expediente judicial).

Luego de realizado el acto de simplificación del proceso y las fases probatoria y de alegatos, la Superintendencia del Mercado de Valores emitió la Resolución SMV 303-12 de 30 de agosto de 2012, por cuyo conducto determinó las responsabilidades que les correspondían a los investigados y, en lo que respecta a la hoy actora, en el artículo segundo de la parte resolutive del mencionado acto administrativo dispuso imponer a Zoraya Reichlin de Barreto, con licencia de Ejecutiva Principal de Administradora de Inversión número 26, una multa por B/.150,000.00, por haber violado el contenido del artículo 2 del Acuerdo 5-2003 de 25 de junio de 2003, en conjunto con la Regla Tercera de su Anexo, la cual establece el Código General de Conducta de los Mercados de Valores, debido a la falta de cuidado que debió mantener al margen de los intereses propios, lo cual devino en un conflicto de intereses (Cfr. fojas 47 del expediente judicial).

Producto de su disconformidad con esta decisión, Zoraya Reichlin de Barreto presentó un recurso de reconsideración, el que fue decidido mediante la Resolución SMV 406-12 de 7 de diciembre de 2012, a través de la cual se dispuso mantener el contenido del acto original (Cfr. fojas 60 a 68 del expediente judicial).

Al ser notificada de la decisión mencionada en el párrafo precedente, la accionante recurrió en apelación ante la Junta Directiva de la Superintendencia del Mercado de Valores, dando lugar a que se expidiera la Resolución J.D-006-13 de 6 de febrero de 2013, a través de la cual ese cuerpo directivo modificó el artículo segundo de la parte resolutive de la Resolución 303-12 de 30 de agosto de 2012, en el sentido de reducir a B/.20,000.00, la sanción administrativa que se había impuesto a la actora (Cfr. fojas 53 a 59 del expediente judicial).

Una vez agotada la vía gubernativa en la forma antes descrita, la recurrente, a pesar de haber obtenido a través del recurso de apelación una rebaja sustancial en la multa que originalmente le había impuesto la Superintendencia del

Mercado de Valores, ha presentado ante la Sala la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción que ocupa nuestra atención.

Previo al análisis que nos corresponde, esta Procuraduría observa que en el escrito que contiene la demanda la actora transcribe las dos disposiciones que estima vulneradas y, seguidamente, invoca el quebrantamiento de un aspecto que denomina “*Desviación de Poder*”, en relación con el cual expone una serie de apreciaciones tendientes a explicar la forma en que, a su juicio, la entidad infringió ese concepto jurídico; sin embargo, lo hizo sin fundamentarlo en la violación de una norma específica aplicable al caso o de la Ley 38 de 2000, por lo que, estos señalamientos de la recurrente los analizaremos de manera conjunta con las normas que invocó como infringidas. Veamos:

1. La demandante aduce la supuesta violación del artículo 195 del Decreto Ley 1 de 1999, por el cual se creó la Comisión Nacional de Valores, vigente al momento en que se dieron los hechos, y que hoy corresponde al artículo 246 del Texto Único de dicho Decreto Ley y sus leyes reformativas y el Título II de la Ley 67 de 2011, sobre el Mercado de Valores de la República de Panamá, ordenado por la Asamblea Nacional mediante Resolución S/N de fecha 9 de febrero de 2012, pues, en su opinión, en la resolución acusada se advierte una falta de motivación, ya que en ésta no se explica adecuadamente en qué consistieron las siguientes conductas: el fraude, las artimañas y la declaración falsa o tendenciosa en las cuales incurrió y que ha dado lugar a la imposición de la multa en su contra (Cfr. fojas 9 a 11 de expediente judicial).

En opinión de esta Procuraduría, a Zoraya Reichlin de Barreto no le asiste la razón al explicar este cargo de infracción, puesto que, a pesar de que al inicio de la investigación se le vinculó con la posible violación de la norma impugnada, lo cierto es, que en la Resolución SMV 303-12 de 30 de agosto de 2012 que constituye el acto acusado, la Superintendencia del Mercado de Valores la

exoneró de responsabilidad por la infracción del mencionado artículo, ya que, según concluyó, para que se configurara la infracción del mismo las conductas reprochadas debían producirse en relación con valores registrados, lo cual no ocurrió en la situación que fue objeto de investigación, puesto que los valores ofrecidos por la actora no tenían esa condición (Cfr. fojas 43 y 44 del expediente ejecutivo)

Lo anterior quedó claramente establecido en el artículo quinto de la parte resolutive de la resolución acusada, en el cual se resolvió “DECLARAR no acreditada la infracción del artículo 195 del Decreto Ley 1 de 1999 por Zoraya Reichlin de Barreto, conforme a la parte motiva de esta Resolución...” (Cfr. foja 48 del expediente judicial).

En atención a lo antes expuesto, resulta evidente que la entidad demandada no incurrió en la infracción de la norma acusada, por interpretación errónea o desviación de poder en perjuicio de la actora, como se aduce en la demanda, motivo por el cual solicitamos sea desestimado este cargo de ilegalidad.

2. Por otra parte, la demandante también señala la infracción del artículo 2 del Acuerdo 5-2003 de 25 de junio de 2003, antes descrito, y al respecto indica que la Superintendencia del Mercado de Valores consideró que ofrecer valores a sus clientes con un interés garantizado del 5% y 6% constituía una falta de cuidado y diligencia, sin tomar en cuenta que la actividad bursátil o de inversión conlleva ciertos riesgos (Cfr. fojas 12 y 13 del expediente judicial).

De igual manera, la actora cuestiona que la entidad demandada le ha reclamado el ofrecimiento de valores FX y Protected no registrados en Panamá, así como la demora en la devolución de los recursos aportados por los inversionistas, ya que, a su juicio, la Regla del Debido Cuidado y Diligencia no puede dar lugar a responsabilidad de su parte, ante algún problema que se

generara en el exterior producto de la crisis de los mercados de valores (Cfr. fojas 12 a 14 del expediente judicial).

Contrario a lo señalado por la recurrente, este Despacho observa que la norma indicada, lejos de haber sido infringida por la entidad demandada, constituyó la base legal para sancionar administrativamente a Zoraya Reichlin de Barreto, luego de comprobarse que ésta había incurrido en una falta de cuidado y diligencia en relación con sus clientes, lo cual resulta fácil de advertir con una simple lectura de dicho artículo, en conjunto con la Regla Tercera de su anexo, los que son del tenor siguiente:

“Artículo 2. Aplicación del Código de Conducta por cada entidad.

1. Las Casas de valores, los Asesores de Inversiones y los demás intermediarios a los que les sea de aplicación, de acuerdo con el artículo uno del presente Acuerdo, deberán cumplir las reglas contenidas en el modelo de Código General de Conducta que se adjunta como Anexo a este Acuerdo con el fin de permitir un trato justo a todos sus clientes, evitar situaciones de conflicto de intereses, y servir al buen funcionamiento y transparencia del Mercado de Valores.

2. Las Casas de Valores y Asesores de Inversiones que sean personas jurídicas, deberán elaborar un Código de Conducta, de obligatorio cumplimiento para la entidad y sus dignatarios, directores, ejecutivos principales, empleados y representantes.

Las Casas de Valores o asesor de Inversión podrá cumplir con la obligación de tener y aplicar un Código de Conducta, dictando uno propio o por adhesión expresa al Código de Conducta de una organización autorregulada o de una asociación bursátil de una jurisdicción reconocida por la Comisión Nacional de Valores, de la que la Casa de Valores o el Asesor de Inversión sea miembro. Las Casas de Valores y los Asesores de Inversión deberán comunicar a la Comisión Nacional de Valores su adhesión formal a dicho Código de Conducta y remitir un ejemplar del mismo con carácter previo al inicio de su actividad y, posteriormente, deberá comunicar las eventuales

modificaciones que sean realizadas a dicho Código.

...

ANEXO

CÓDIGO GENERAL DE CONDUCTA DE LOS MERCADOS DE VALORES

Regla Tercera.- Cuidado y Diligencia.

Las entidades deben actuar con cuidado y diligencia en sus operaciones, realizando las mismas según las estrictas instrucciones de sus clientes, o en su defecto en los mejores términos y teniendo siempre en cuenta los reglamentos y los usos propios del mercado." (El subrayado es nuestro).

En la situación particular de Zoraya Riechlin de Barreto, la Superintendencia del Mercado de Valores determinó que ella había infringido la normativa reproducida, puesto que había ofrecido a algunos de sus clientes, entre éstos, Sylvia Bass, Abdiel Terán Della Togna y Julio Terán Della Togna, ciertos valores con un capital garantizado y a una determinada tasa de interés, los cuales fueron adquiridos por estas personas, y cuyo importe no les fue devuelto a requerimiento de las mismas, ocasionándoles pérdidas superiores a un millón de balboas (Cfr. fojas 45 a 47 del expediente judicial).

De igual manera, se le cuestionó a la recurrente que estos valores no estaban registrados en Panamá y que, además, comercializaba uno en especial, denominado Protected, del cual no se sabía si se trataba de un fondo o de un instrumento financiero; lo que llevó a la entidad a determinar que la actora incumplió con la Regla Tercera del Código de Conducta de los Mercados de Valores, ya que no actuó con el cuidado y diligencia que se requería al momento de promover y ofrecer a sus clientes los valores a los cuales ya nos hemos referido, lo que trajo como resultado que la institución le impusiera una multa administrativa por la suma de B/.150,000.00, que luego redujo a B/.20,000.00. (Cfr. fojas 45 a 47 del expediente judicial).

En cuanto al monto de la multa, debemos precisar que la misma, a diferencia de lo alegado por la actora, se determinó sobre la base de los criterios para la imposición de sanciones establecidos en el artículo 265 del Texto Único del Decreto Ley 1 de 1999, el cual es del siguiente tenor:

“Artículo 265. Criterios para imposición de sanciones. Para imponer las sanciones previstas en este artículo, la Superintendencia tomará en cuenta los siguientes criterios de valoración:

1. La gravedad de la infracción.
 2. La amenaza o el daño causado.
 3. Los indicios de intencionalidad.
 4. La capacidad de pago y el efecto de la sanción administrativa en la reparación del daño a los inversionistas directamente perjudicados.
 5. La duración de la conducta.
 6. La reincidencia del infractor.
- ...” (El subrayado es nuestro).

En lo que corresponde a Zoraya Reichlin de Barreto, en el proceso administrativo sancionador que se le siguió se acreditó la existencia del daño causado, ya que luego de ofrecer a algunos de sus clientes los valores denominados FX Capital Fund y Protected, sus aportes no le fueron devueltos con posterioridad, causándoles un cuantioso daño patrimonial a quienes invirtieron en los mismos. También, se estimó que la actuación de la actora perturbó la seguridad jurídica del mercado de valores en Panamá que debe estar cimentado en los principios de transparencia y de buena fe (Cfr. foja 46 del expediente judicial).

En cuanto a los indicios de intencionalidad, que igualmente señala la norma como elemento a ser tenido en cuenta para la imposición de las sanciones establecidas en el Decreto Ley 1 de 1999, la entidad determinó que la actora tenía pleno conocimiento de su falta de autorización para ofrecer estos valores en o desde Panamá, como también de la inexistencia de un registro o notificación de dicho fondo en nuestra jurisdicción y, pese a ello, promovió su comercialización en detrimento de los inversionistas.

En lo que atañe al criterio relativo a la duración de la conducta, se estableció que la misma se mantuvo durante al menos tres años, tomando en cuenta que en el proceso sancionador se estableció que, en el caso particular de la inversionista Sylvia Bass, ésta había hecho una inversión inicial en el año 2007, que continuó hasta el 2010, luego de lo cual, no recibió respuesta alguna por parte de la actora (Cfr. foja 47 de expediente judicial).

Frente a la comprobación de los elementos descritos, la entidad demandada emitió la Resolución SMV 303-12 de 30 de agosto de 2012, en la cual, luego de determinar las responsabilidades que le correspondían a todos los investigados, impuso una multa administrativa a Zoraya Reichlin de Barreto (Cfr. foja 47 del expediente judicial).

En contraposición a lo aducido por la actora, podemos concluir que la actuación de la institución estuvo enmarcada dentro del cauce del debido proceso legal y que, en ningún momento, se incurrió en una violación del ordenamiento jurídico o en desviación de poder, pues, la misma conoció oportunamente los cargos que se le formularon y, en relación con éstos, pudo ejercer adecuada y oportunamente su derecho de defensa; lo cual queda plenamente acreditado al advertir que en la vía gubernativa, la recurrente logró ser exonerada de una de las conductas por las que fue investigada inicialmente y, que a través del recurso de apelación, se le redujera sustancialmente la multa que originalmente se le había impuesto, de ahí que carezcan de sustento los cargos de infracción aducidos por ella en sustento de su pretensión; razón por la cual, solicitamos a los Honorables Magistrados que integran el Tribunal, se desestimen los mismos y, en consecuencia, declare que NO ES ILEGAL el artículo segundo de la parte resolutive de la Resolución SMV 303-12 de 30 de agosto de 2012, emitida por la Superintendencia del Mercado de Valores, así como tampoco el acto confirmatorio

ni el modificadorio y, en consecuencia, se denieguen las peticiones de la parte actora.

IV. Pruebas. Con el propósito que sea solicitado por el Tribunal e incorporado al presente proceso, se aduce como prueba documental, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso y cuyo original reposa en los archivos de la institución demandada.

V. Derecho: Se niega el invocado en la demanda.

Del Señor Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado

Magíster Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, Encargada

Expediente 312-13