

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 413

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 16 de octubre de 2013

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Alegato de Conclusión.

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 dispositiva 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 modificatorio 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 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 de plena jurisdicción descrito en el margen superior, momento procesal que nos permite reiterar lo expresado en nuestra contestación de la demanda, en cuanto a la carencia de sustento que se advierte en la tesis planteada por la recurrente, Zoraya Reichlin de Barreto, en el sentido que lo actuado por la Superintendencia del Mercado de Valores dentro del procedimiento administrativo que dio lugar a la expedición de la Resolución SMV 303-12 de 30 de agosto de 2012, cuyo artículo segundo demanda por ilegal, es contrario a Derecho.

De acuerdo con las constancias procesales, el caso en estudio tuvo su origen en las quejas presentadas ante la Superintendencia del Mercado de Valores por algunas personas que indicaban 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 ésta requerida a fin de obtener una devolución o un rescate parcial de los montos aportados, dicha sociedad ni las personas naturales que les ofrecieron tales valores dieron respuestas favorables sobre su inversión.

Esta queja motivó que la Superintendencia, por conducto de la Dirección Nacional de Pensiones y Sociedades de Fondos de Inversión, iniciara una investigación preliminar que, luego de culminada, dio lugar a que la Dirección de Investigaciones Administrativas y Régimen Sancionador de la institución, entre otras personas, vinculara en esta situación a la demandante, Zoraya del Carmen Reichlin Herazo de Barreto, Ejecutiva Principal de la mencionada administradora (Cfr. fojas 19 a 21 del expediente judicial).

Producto de la situación descrita en el párrafo precedente, la Superintendencia del Mercado de Valores, actuando con fundamento en el 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, sancionó patrimonialmente a la recurrente con una multa de B/.150,000.00, la cual, posteriormente se redujo a B/.20,000.00 (Cfr. fojas 19 a 21 del expediente judicial).

En relación con lo expuesto, debemos recordar que, conforme lo indicamos en nuestra Vista 324 de 2 de agosto de 2013, la entidad llegó a la decisión adoptada mediante el acto administrativo demandado luego de comprobar que: 1) Zoraya Riechlin de Barreto 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, cuyo importe no les fue devuelto al ser requerido por las mismas, ocasionándoles pérdidas superiores a un millón de balboas; 2) que estos valores no estaban registrados en Panamá; y, 3) con respecto a los

productos comercializados por la demandante, denominados Protected, no se sabía si se trataba de un fondo o de un instrumento financiero; motivos éstos que llevaron a la entidad a determinar que Reichlin de Barreto había incumplido la Regla Tercera del Código de Conducta de los Mercados de Valores, al no actuar con el cuidado y diligencia requeridos al momento de promover y ofrecer a sus clientes los valores antes indicados, razón por la cual la institución le impuso una multa cuyo monto fue establecido sobre la base de los criterios para la fijación de sanciones establecidos en el artículo 265 del Texto Único del Decreto Ley 1 de 1999 (Cfr. fojas 45 a 47 del expediente judicial).

Dentro de este contexto, también debe tenerse presente que, a pesar de lo señalado por la recurrente y como consta en el expediente administrativo, la actuación de la Superintendencia 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, tal como afirma la demandante, 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 está plenamente acreditado, puesto que en la vía gubernativa la demandante logró ser exonerada de una de las conductas por las que fue investigada inicialmente y luego de ser considerado el mérito del recurso de apelación interpuesto por ella en contra del acto original, se le redujo de manera sustancial la multa que se le había impuesto, de ahí que carezcan de sustento los cargos de infracción aducidos por la actora en sustento de su pretensión.

Actividad probatoria.

En relación con la actividad procesal desarrollada por las partes en esa sede jurisdiccional, resulta necesario destacar la nula o escasa efectividad de los medios probatorios ensayados por la demandante para demostrar al Tribunal la

existencia de las circunstancias que constituyen el supuesto de hecho en que sustenta su acción de plena jurisdicción.

Conforme las constancias procesales, Zoraya Reichlin de Barreto no adujo ni presentó dentro del período probatorio correspondiente ninguna prueba de naturaleza documental, testimonial, pericial o de informe tendiente a acreditar los hechos en que fundamentó su demanda, razón por la cual, al emitir el Auto de Pruebas 151 de 10 de septiembre de 2013, la Sala se limitó, en lo que respecta a la parte actora, a admitir los documentos que ésta aportó con la demanda y que no son otros que las copias autenticadas de la resolución acusada, del acto confirmatorio y del modificatorio, así como otros documentos que no revisten mayor relevancia en este negocio jurídico, de ahí que este Despacho estima que la recurrente no asumió la carga procesal a la que se refiere 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 en fallo 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...’ (el subrayado corresponde a esta Sala).

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 Fé, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)...” (Lo subrayado es nuestro).

De igual manera, el Tribunal en Sentencias de 9 de febrero y 8 de mayo de 2006, ha cuestionado en los siguientes términos la nula actividad probatoria desplegada por los demandantes en el curso de los procesos que se desarrollan en esa sede jurisdiccional:

9 de febrero de 2006:

“En tal sentido, lo primero que la Sala debe cuestionar es la nula actividad probatoria desplegada por el apoderado judicial del actor para comprobar los cargos de ilegalidad expuestos en la demanda. Conforme consta en autos, uno de los argumentos empleados por la Administración para no reconocer la deducción de la donación supuestamente hecha por el actor, dice relación con el incumplimiento por parte de éste de ciertas condiciones establecidas en el artículo 39 del Decreto Ejecutivo No. 170 ibídem, es decir, que se dé la prestación efectiva del servicio y que éste se preste por un profesional idóneo. Al revisar las piezas procesales, se advierte que ni en el expediente administrativo, ni mucho menos durante la etapa probatoria verificada en este proceso, la parte actora aportó alguna prueba para desvirtuar el referido argumento jurídico-fáctico que sirvió de base a la decisión adoptada por la Administración.” (El subrayado es de la Procuraduría de la Administración).

8 de marzo de 2006:

“Las hechos expuestos, aunados a la nula actividad probatoria de la empresa demandante y de su apoderada judicial, tanto en la etapa gubernativa como en el presente proceso, llevan a esta Superioridad a concluir no sólo que el incumplimiento alegado por la CSS realmente existió, sino que además a la actora se le brindaron las oportunidades para su adecuada defensa, sin que presentara elementos de juicio suficientes para enervar el incumplimiento endilgado.” (La subraya es de este Despacho).

De la lectura de los precedentes judiciales reproducidos, se infiere la importancia que tiene que la parte actora cumpla con su responsabilidad de acreditar su pretensión ante el Tribunal; por lo que en ausencia de mayores elementos de prueba que fundamenten la demanda presentada por Zoraya Richlin de Barreto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL el artículo segundo de la parte dispositiva de la Resolución SMV 303-12 de 30 de agosto de 2012, emitida por la Superintendencia del Mercado de Valores, así como tampoco su acto confirmatorio ni el modificadorio y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones de la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Doctor Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Licenciado Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 312-13