

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1014

Panamá, 14 de septiembre de 2017

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Indemnización.**

Alegato de conclusión.

La firma forense Weeden & Asociados, actuando en representación de **Ojo de Montaña S.A.**, solicita que se condene al **Estado panameño**, por conducto de la **Superintendencia del Mercado de Valores**, al pago de quince millones de balboas (B/.15,000,000.00), en concepto de daños y perjuicios ocasionados.

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, para presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior, el cual nos permite reiterar lo ya planteado en nuestra contestación de la demanda, en el sentido que no le asiste la razón a la recurrente en cuanto a su pretensión que se condene al **Estado panameño**, por conducto de la **Superintendencia del Mercado de Valores**, al pago de la suma de quince millones de balboas (B/.15,000,000.00), en concepto de daños y perjuicios ocasionados.

Tal como iniciamos indicando en nuestra contestación a la demanda, consideramos pertinente mencionar que mediante la Resolución SMV 314-2014 de 2 de julio de 2014, la Superintendencia de Mercado de Valores ordenó la intervención de la Casa de Valores Financial Pacific, en virtud de los establecido en los numerales 3 y 6 del artículo 284 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores (Cfr. foja 29 del expediente judicial).

En atención a lo anterior, el 4 de agosto de 2014, la interventora presentó, ante la **Superintendencia del Mercado de Valores**, su Informe Final de Intervención, en el que recomendó que se decretara la liquidación forzosa (administrativa) de la casa de valores Financial Pacific, Inc., por lo que, mediante la Resolución SMV-358-14 de 11 de agosto de 2014, la **Superintendencia del Mercado de Valores** resolvió, entre otras cosas, ordenar la liquidación forzosa (administrativa) de la casa de valores Financial Pacific, Inc., designando para tal fin como liquidador al Licenciado José Ángel Hidrogo Calvo (Cfr. foja 29 - 32 del expediente judicial). (Cfr. foja 32 – 33 del expediente judicial).

Al respecto, debemos recordar que, en concordancia con la designación arriba indicada y a fin de cumplir con lo establecido en el artículo 308 de la Ley del Mercado de Valores, el liquidador emitió su informe preliminar, el cual fue publicado en un diario de circulación nacional (La Estrella de Panamá) los días 6, 7 y 8 de octubre de 2014, en el que se determinó quiénes eran los acreedores de la sociedad liquidada; **sus activos y su situación patrimonial, incluyendo el listado y los nombres de los clientes registrados a dicha fecha** (Cfr. foja 34 y 63 del expediente judicial).

En este punto debemos resaltar, tal y como lo hicimos en la contestación de la demanda, que luego de haberse emitido el informe preliminar al que hacemos alusión en el párrafo anterior, de los ciento ochenta y cinco (185) clientes reconocidos, sólo se presentaron setenta y cuatro (74), de los cuales únicamente catorce (14) presentaron objeciones, **no encontrándose entre ellos la sociedad actora, siendo este el momento procesal establecido para la determinación de los acreedores de Financial Pacific, Inc., motivo por el cual, resulta jurídicamente improcedente pretender el resarcimiento económico producto de un supuesto perjuicio causado, cuando quien demanda en ningún momento se mostró en desacuerdo con la delimitación de las personas definidas como**

las acreedoras de la sociedad intervenida (Cfr. foja 63 - 64 del expediente judicial).

En este marco conceptual, resulta necesario reiterar que mediante la Resolución 1 de 4 de diciembre de 2015, el liquidador forzoso de la sociedad **Financial Pacific, Inc.**, presentó un detalle de los bienes y activos financieros que se encontraban excluidos de la masa de la liquidación de la sociedad en mención, en donde se indicó, entre otras cosas, lo siguiente:

“Es importante resaltar que al iniciarse la liquidación forzosa de **FINANCIAL PACIFIC, INC.**, el suscrito pudo evidenciar que las sociedades **OPENWORLD SOCIEDAD DEL BOLSA, S.A.** y **AUGUSTA PAYMENTS & SERVICES LTD**, de acuerdo a los registros de la Casa de Valores en liquidación, mantenían la categoría de custodios, por lo que la administración de **FINANCIAL PACIFIC, INC**, mantenía al 3 de junio de 2014, la suma de USD 5,555,118.42 en **OPENWORLD SOCIEDAD DE BOLSA, S.A.** y USD 180,796.78, en **AUGUSTA PAYMENTS & SERVICES LTD**, al 2 de julio de 2014, respecto del cual se requirió realizar las diligencias tendientes a su incorporación total de fondos en efectivo que desarrolla el artículo 310 del Texto Único de la Ley de Mercado de Valores y que se encuentran excluidos de la masa de liquidación, por corresponder a los clientes. Producto de las gestiones realizadas se recuperaron USD 4,161,270.38 de **OPENWORLD SOCIEDAD DE BOLSA, S.A.** (cantidad que no representa la totalidad de efectivo reflejado en el estado de cuenta de ese custodio), en cuanto a **AUGUSTA PAYMENTS & SERVICES LTD** los USD 180, 796.78 que reflejaba el estado de cuenta no se lograron recuperar. El efectivo no recuperado en **OPENWORLD SOCIEDAD DE BOLSA, S.A.** y **AUGUSTA PAYMENTS & SERVICES LTD**, fue producto que:

...

B. En cuanto a **AUGUSTA PAYMENTS & SERVICES LTD**, la Superintendencia de Servicios Financieros del BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA DE URUGUAY, mediante Resolución N R N; SSF 739-2014, de 19 de noviembre de 2014, resuelve lo siguiente:

1. Comunicar al señor Rodney Chacón de la Firma de Abogados Hughes & Hughes, abogados de la Liquidación de **FINANCIAL PACIFIC, INC**, en la República de Uruguay, en representación invocada, en repuesta a su solicitud de acceso a información pública referida a **AUGUSTA PAYMENTS & SERVICES LTD**, de fecha 12 de noviembre

de 2014, que la misma no se encuentra inscrita en ninguno de los Registros que lleva la Superintendencia de Servicios Financieros del **BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA DE URUGUAY**. El liquidador considera importante hacer público que todos los clientes descritos, mantienen saldo cero (0), excepto el cliente No.1000460, al momento de la intervención y posterior liquidación; sin embargo, sus estados de cuenta reflejan que se transfirieron a **AGUSTA PAYMENTS & SERVICES LTD**, las siguientes cantidades:

...

Ante la evidencia que informaron estos eventos y a fin de garantizar la debida representación de esta liquidación y los intereses de los inversionistas listados, el suscrito ha interpuesto querrelas penales en la República de Uruguay, contra las entidades **OPENWORLD SOCIEDAD DE BOLSA, S.A.**, y **AUGUSTA PAYMENTS & SERVICES LTD**, ya que ambos, de acuerdo a los registros, los ejecutivos de **FINANCIAL PACIFIC, INC.**, informaron a la Superintendencia del Mercado de Valores, mediante notas del 28 de diciembre de 2013 y el 1 de noviembre de 2013, que ambos custodios mantenían licencia para operar, comprobándose posteriormente que **AUGUSTA PAYMENTS & SERVICES LTD**, no estaba registrada y **OPENWORLD SOCIEDAD DE BOLSA, S.A.**, el ente regulador, ordenó su liquidación.

Sumado a lo anterior y cumpliendo con nuestras funciones, descritas en el Texto único de la Ley de Mercado de Valores, todas las situaciones, eventos y demás hechos que logramos detectar como posibles infracciones a la Ley del Mercado de Valores y la Legislación Penal Panameña, fue puesto en conocimiento de las autoridades panameñas correspondientes." (Cfr. fojas 34 - 48 del expediente judicial).

En este punto debemos recordar, que la sociedad recurrente sustentó su accionar, entre otras consideraciones, en que el liquidador de la sociedad Financial Pacific, Inc., conocía que su cuenta mantenía un saldo de cero por una transferencia a una empresa extranjera, y que con posterioridad se determinó que no tenía autorización de las autoridades uruguayas para dedicarse a la actividad bursátil, situación que la colocaba en condición de acreedora privilegiada, lo cual fue desconocido por el liquidador (Cfr. fojas 16 - 25 del expediente judicial).

En relación a los argumentos desarrollados por la actora, debemos hacer especial énfasis en la falta de gestión en la que ella incurrió, en la vía

administrativa, en lo que respecta a las actuaciones dictadas por el Liquidador, a fin de exteriorizar la disconformidad que ahora revela.

Lo antes indicado encuentra su fundamento en que la sociedad demandante **nunca acudió ante la institución registrada a fin de presentar sus acreencias**, lo que demuestra una pasividad que resulta incongruente con la interposición de la demanda que nos encontramos analizando (Cfr. foja 63 del expediente judicial).

En este sentido, cobra relevancia lo indicado por la entidad demandada, a saber:

“Así pues, en el contexto de la liquidación forzosa, conducida por el licenciado JOSE ANGEL HIDROGO CALVO, **este llamado de comparecencia no fue atendido por el hoy demandante, OJO DE MONTAÑA, S.A.**, en los términos que prescribe el Texto Único del Decreto Ley 1 de 1999, **lo cual quedó evidenciado en el Informe Preliminar de 30 de septiembre de 2014**, elaborado por el liquidador y publicado en diario de circulación nacional, atendiendo lo que establece el artículo 308 del citado Texto Único, donde el liquidador plasmó el listado de los clientes registrados ante la casa de valores en ese momento, **entre los cuales no se integró a OJO DE MONTAÑA, S.A. y/o al Cliente No.100148.**

OJO DE MONTAÑA, S.A., no interpuso dentro de los treinta (30) días calendarios que fija dicho artículo 308 alguna solicitud de aclaración ni formuló objeciones al listado emitido por el liquidador. Tampoco impugnó ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia la resolución No.1 de 4 de diciembre de 2015, dictada por el liquidador, en la que listó los bienes y activos financieros excluidos de la masa de liquidación, pese a que la misma fue publicada en un diario circulación nacional, según lo determina el artículo 309 de Texto Único del Decreto Ley 1 de 1999, los días 9, 10, 11, 14 y 15 de diciembre de 2015, en el diario La Estrella de Panamá.” (El resaltado es nuestro) (Cfr. fojas 63 – 64 del expediente judicial).

El fragmento arriba citado resulta importante tenerlo en cuenta ya que, como indica la Superintendencia del Mercado de Valores, **la hoy recurrente nunca presentó objeciones al listado de los bienes y activos financieros**

excluidos presentados por el liquidador, motivo por el cual resulta inconducente cuestionar su no inclusión a dicho listado a través de la acción que nos ocupa, habida cuenta que dicha gestión debió realizarse en la vía gubernativa de conformidad a lo dispuesto en los artículos 308 y 309 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 308. Informe preliminar. El liquidador elaborará un informe preliminar que contendrá la siguiente información:

1. Nombre de los acreedores de la institución registrada.
2. Identificación de los activos financieros.
3. Título o prueba de los activos financieros y su prelación.
4. Situación patrimonial de la institución registrada.

El informe será publicado por tres días hábiles en un diario de circulación nacional. Los acreedores contarán con un término de treinta días calendario contados a partir de la última publicación para solicitar las aclaraciones o formular las objeciones que deseen.”

“Artículo 309. Resolución sobre objeciones. Vencido el término de treinta días calendario a que se refiere el artículo anterior el liquidador dictará una resolución motivada en que resolverá las objeciones formuladas y dispondrá lo siguiente:

1. Los bienes que integran la masa de la liquidación;
2. Los créditos que hayan sido aceptados y aquellos que hayan sido rechazados, indicando su naturaleza y su cuantía;
3. El orden de prelación con que los créditos contra la masa serán pagados.

Del mismo modo, en cuaderno separado, el liquidador dictará una resolución con la lista de los bienes y los activos financieros excluidos de la masa de la liquidación. Las cuentas de custodia (y los activos financieros reflejados en esta) están expresamente excluidos de la masa de la liquidación, a no ser que esté en duda la cuenta de custodia por algún fraude o acto

doloso relacionado con la liquidación o por la violación de alguna ley, lo cual deberá ser fundamentado por el liquidador.

Las resoluciones de que trata este artículo deberán ser publicadas en un diario de circulación nacional por cinco días hábiles, **y podrán ser impugnadas ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia dentro de los tres días hábiles siguientes a la última publicación mediante recurso de apelación o por la vía de incidente.** La substanciación se surtirá ante el liquidador, quien a su prudente arbitrio podrá ordenar la acumulación de todos o varios de los incidentes o las apelaciones, según sea el caso. Surtido el trámite, el liquidador enviará los distintos cuadernos a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia con el propósito de que las impugnaciones sean decididas.

El liquidador podrá proceder a cancelar los créditos reconocidos en la resolución que no hayan sido impugnados, siempre que se dejen a salvo aquellos créditos que habiendo sido rechazados hayan sido objeto de impugnación.”

Lo arriba expuesto permite concluir que la actora pretende en esta instancia subsanar gestiones que debieron haber sido desplegadas **en la vía gubernativa**, habida cuenta que, si la demandante no se encontraba conforme con la conformación del listado de los bienes y activos financieros que se encontraban excluidos de la masa de liquidación de Financial Pacific, S.A., **esta debió de haber recurrido oportunamente contra la Resolución 1 de 4 de diciembre de 2015**, dictada por el Liquidador, tal y como lo dispone el artículo 309 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, **y no pretender acceder a una indemnización producto de un acto cuya legalidad nunca fue cuestionada, repetimos, ni en la vía administrativa, ni en la vía judicial.**

En este punto, debemos volver sobre lo dicho en el sentido que, si bien la recurrente pudo haber llegado a experimentar un daño producto de la transferencia de los fondos a la sociedad Augusta Payments & Services LTD, **dicha transferencia fue realizada antes de la entrada del Liquidador al proceso de liquidación de la Casa de Valores, motivo por el cual a éste no se**

le puede responsabilizar de hechos ocurridos antes de su llegada, así como tampoco de su falta de recuperación, máxime que, luego de haber sido publicada la lista de los bienes y activos financieros excluidos de la masa de la liquidación, **la actora nunca presentó observaciones a la misma** (Cfr. fojas 63 - 64 del expediente judicial).

En consecuencia, observamos que el **daño** reclamado por la actora **se sustenta en una pretensión que no es atendible a la luz de nuestra legislación y jurisprudencia.**

En este punto, cobra relevancia precisar que la responsabilidad que se le exige al Estado tiene como razón de ser el **daño**; no obstante, de acuerdo al profesor Juan Carlos Henao, **“el daño es la causa necesaria pero no suficiente para declarar la responsabilidad, esto es, que no siempre que exista daño el estado habrá de ser responsable”** (Henao, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad del Estado en derecho colombiano y francés. Universidad Externado de Colombia. Pág. 38).

En este contexto, en el caso que la actora haya experimentado un daño en los términos por ella planteada, este no se produjo como consecuencia de la infracción de ninguno de los supuestos contenidos en el artículo 97 del Código Judicial, motivo por el cual no puede serle atribuido al Estado responsabilidad alguna.

Por todo lo anterior, podemos señalar que **en el negocio jurídico en estudio no concurren los elementos que el Tribunal, en Sentencia de 2 de junio de 2003, determinó que eran necesarios para atribuirle responsabilidad extracontractual al Estado.** Veamos:

“Nuestra tradición jurídico contencioso administrativa, particularmente la colombiana (Sentencia de 31 de mayo de 1990 del Consejo de Estado, expediente La responsabilidad extracontractual del Estado surge cuando concurren tres elementos, a saber:
1. La falla del servicio público por irregularidad, ineficacia o ausencia del mismo; 2. El daño o

perjuicio; 3. La relación de causalidad directa entre la falla del servicio público y el daño.

La relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño debe ser directa. Así el tratadista francés André (sic) De Laubadère al explicar las características del daño sujeto a reparación observa que el Consejo de Estado de Francia ha señalado que el daño debe tener frente a la acción administrativa una relación de causalidad directa y cierta (Sentencia de 4 de octubre de 1968 caso Doukakis). El mismo autor agrega que 'las dificultades de esa característica aparecen sobre todo en el caso de la pluralidad de causas del daño y de la interposición de un hecho del hombre entre la falla administrativa y el daño... la jurisprudencia ha sopesado la llamada teoría de la equivalencia de condiciones, para investigar entre los hechos que precedieron al daño aquel que deba ser considerado como la causa del mismo' (Traite de Droit Administratif. André De Laubadère, Jean Claude Veneziae Yves Gaudemet, Editorial L.G.D.J., París, Tomo I, undécima edición, 1990, pág.817.Mi traducción).

En este caso no existe una relación de causalidad directa entre la falla del servicio administrativo y el daño..." (La negrita es nuestra).

Por otro lado, consideramos oportuno recordar que en la presente demanda la actora cuestiona la legalidad de la Resolución SMV 358-14 de 11 de agosto de 2014, a través de la cual se resolvió, entre otras cosas, ordenar la liquidación forzosa de la casa de valores Financial Pacific, S.A. y designar como liquidador al Licenciado José Ángel Hidrogo Calvo; sin embargo, todo el desarrollo de sus pretensiones están encaminadas a que se indemnice por *"los daños y perjuicios causados a la sociedad OJO DE MONAÑA, S.A., por las infracciones en que incurrió en el ejercicio de sus funciones el Liquidador Forzoso de Financial Pacific, S.A., Licenciado JOSE ANGEL HIDROGO CALVO, ... al no reconocer la condición de acreedora privilegiada a la sociedad OJO DE MONTAÑA, S.A. ..."* (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

En este sentido, resulta importante destacar que la Resolución SMV 358-14 de 11 de agosto de 2014, no guarda relación alguna con las actuaciones que desarrolló el liquidador de manera posterior, las cuales se materializaron a través de resoluciones formales, a través de las cuales éste tomó las decisiones que consideró

pertinentes dentro del proceso de la liquidación, individualizando de esta manera las distintas gestiones que realizó a través del proceso de liquidación.

Lo antes expuesto, permite observar a simple vista que no existe una relación entre la Resolución SMV 358-14 de 11 de agosto de 2014 y las pretensiones de la sociedad actora, habida cuenta que el supuesto hecho generador del daño que se encuentra reclamando, a saber, la falta de su reconocimiento como acreedor privilegiado, no surgió producto de la Resolución SMV 358-14 de 11 de agosto de 2014, sino de un acto posterior e independiente a éste.

Una vez aclarado lo anterior, si bien el artículo 1645 del Código Civil establece que el Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio son responsables cuando el daño es causado **por conducto del funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones** debemos indicar que la figura del Liquidador **no es un servidor público.**

La afirmación contenida en el párrafo que antecede se encuentra sustentada en jurisprudencia de la Sala Tercera, en donde, de manera constante ha indicado lo siguiente:

Sentencia de 7 de octubre de 2009:

“Sobre el particular surge la disyuntiva sobre si el liquidador ... es un servidor público y si todos sus actos son impugnables ante la Sala Tercera de la Corte Suprema.

Con respecto al primer cuestionamiento, es decir, si el liquidador bancario es un servidor público, conviene decir que ciertamente el Lic. ... fue designado como Liquidador del BANCO DISA, S.A., mediante Resolución S.B.P. No.079-2006 de 10 de agosto de 2006, emitida por el Superintendente... La designación hecha por el Superintendente ... obedece a facultad conferida a él por el artículo 115 del Decreto Ley 9 de 26 de febrero de 1998, y que actualmente lo regula los artículos 154 y 155 del Decreto Ejecutivo N° 52 de 30 de abril de 2008, que adopta el Texto Único del cuerpo legal anterior.

No obstante, esta designación **no es en modo alguno para ocupar un puesto público en una entidad estatal, ni constituye un cargo adscrito a la Superintendencia ...**, sino que más bien, tal como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia, el liquidador ... es considerado como un mandatario o representante de la sociedad de liquidación (fallos del Pleno de la Corte de fecha 2 de octubre de 1991, 14 de abril de 1994 y 10 de julio de 1998).

Por otro lado el liquidador bancario tampoco recibe remuneración por parte del Estado, por la gestión que realiza en el proceso de liquidación forzosa, sino que su pago sale de la masa de liquidación, puesto que así lo establece el artículo 126 del Decreto Ley 9 de 1998.

‘ARTÍCULO 126. DEUDAS DE LA MASA. Se reputan deudas de la masa:

1. Las que provengan de gastos judiciales u operaciones extrajudiciales incurridos en el interés común de los acreedores para la comprobación y liquidación del activo y pasivo de la liquidación, para la administración, conservación y realización de los bienes del Banco y para la distribución del precio que produzcan, incluyendo los honorarios del liquidador, los salarios del personal que preste sus servicios en la liquidación y los gastos operativos del Banco;
- ...

Los planteamientos anteriores nos llevan a la conclusión que si el liquidador bancario no ocupa un cargo público de una entidad estatal, ni recibe remuneración por parte del Estado, **entonces no ostenta la categoría de un servidor público a la luz del artículo 229 de la Constitución Nacional antes transcrito.**

Con respecto a la segunda interrogante, es decir, si todos los actos del liquidador son impugnables ante la Sala Tercera de la Corte Suprema, es oportuno señalar en primer lugar que las reformas introducidas al régimen bancario y consecuentemente al proceso de liquidación de los bancos, son las que le ha dado a las funciones del liquidador la naturaleza de funciones administrativas forzosas, y como consecuencia de ello la regulación permite que **algunos** actos pueden ser impugnables ante la Sala Tercera de lo Contencioso administrativo vía incidental o en apelación (art. 122 del Decreto Ley 9 de 1998). Téngase presente que actualmente estos actos solo pueden ser atacados por medio de incidente (art. 164 del decreto Ejecutivo 52 de 2008).

De manera que a pesar que el liquidador bancario no es un servidor público, es la propia regulación del proceso de liquidación bancaria la que permite que **algunos** actos del liquidador sean recurribles vía incidental ante la Sala Tercera de la Corte.

En segundo lugar, y como se dejó plasmado en párrafos anteriores, no todos los actos emitidos por el liquidador pueden ser impugnados ante la Sala Tercera de la Corte, ello por cuanto a que dichas modificaciones hechas al proceso de liquidación forzosa están orientadas a que éste se lleve con la mayor agilidad posible, en virtud al carácter de interés social que se le ha dado a este tipo de proceso, y por tanto debe desarrollarse de manera fluida, sin interrupciones, dilaciones, limitando el derecho de impugnar unos cuantos actos ante esta Superioridad.

...”

Lo plasmado en la sentencia arriba citada permite reiterar que el Liquidador **no es un servidor público**, lo que deviene en la imposibilidad jurídica que al Estado se le sancione o condene en virtud del accionar un particular de carácter privado, que si bien ejerce funciones de naturaleza administrativa, no actúa bajo las directrices ni bajo la dependencia de ninguna entidad estatal.

En abono a lo hasta ahora expuesto, se observa que el salario del liquidador proviene de masa de la liquidación, tal y como se establece en el artículo 314 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 314. Deudas de la masa. Se reputan deudas de la masa:

1. Las que provengan de gastos judiciales o de operaciones extrajudiciales incurridos en el interés común de los acreedores para la comprobación y la liquidación del activo y del pasivo de la liquidación, para la administración, la conservación y la realización de los bienes y los activos financieros de la institución registrada, y para la distribución del precio que produzcan, **incluyendo los honorarios del liquidador**, los salarios del personal que preste sus servicios en la liquidación y los gastos operativos de la institución registrada; ...” (El resaltado es nuestro).

En atención a lo arriba indicado, resulta improcedente que se juzgue y/o sancione al Estado tomando en consideración el accionar de una persona que no ha actuado, en ninguna de sus formas, a nombre de éste.

Actividad Probatoria.

Con el objeto de acreditar las razones de hecho sobre las cuales descansa su demanda, la recurrente adujo durante la etapa correspondiente, entre otras pruebas, el testimonio de Ana Raquel Cheung y una prueba pericial contable consistente en determinar el alcance de los posibles daños materiales, morales, lucro cesante y el daño emergente que hubiere podido sufrir la sociedad Ojo de Montaña, sin embargo, a través de ninguna de ellas se logró acreditar los supuestos hechos en lo que la demandante sustenta su accionar.

En relación al testimonio rendido por Ana Raquel Cheung, consideramos necesario hacer del conocimiento del Tribunal que a través del mismo la propia testigo indica que ocupó el cargo de Primera Vicepresidente de Financial Pacific, Inc, y que la sociedad Ojo de Montaña, S.A., fue uno de los clientes que ella llevó a dicha casa de valores.

De lo anterior se desprende con claridad que la declaración de la testigo deviene en sospechosa al tenor de lo establecido en el artículo 909 del Código Judicial, ya que, por un lado, la misma trabajó para la casa de valores Financial Pacific, S.A. y por el otro, la cuenta de Ojo de Montaña, S.A. era cliente suyo, derivándose de esta manera un evidente interés en el resultado del proceso.

Lo indicado en los párrafos que anteceden se puede constatar en la declaración rendida por la testigo al momento en que indicó lo siguiente:

“PREGUNTADA: Diga la testigo, que cargos ocupó en la empresa Financial Pacific, Inc. CONTESTO: El título que ocupe era de First Vice President, yo trabajé allí y traía clientes a la compañía, no era de la empresa sino mías...PREGUNTADA: Diga la testigo si la empresa Ojo de Montaña, S.A., fue uno de los clientes que usted llevó a la empresa Financial Pacific, Inc. CONTESTO: Sí, fue uno de mis clientes ...”

Por otra parte, en lo que respecta a la determinación del lucro cesante y daño emergente calculado por el perito de la parte demandante, llama poderosamente la atención que la única información por él utilizada para la determinación de los montos en cuestión fue la que reposaba en el expediente, tal y como lo indicó en la diligencia de interrogatorio en donde respondió de la siguiente manera:

“PREGUNTADO: Diga el perito, de acuerdo a su informe presentado cual fue la fuente utilizada para el desarrollo del mismo. CONTESTO: La documentación utilizada para dictaminar sobre los puntos que nos fueron solicitados, es la que reposa en el expediente.”

Lo anterior resulta importante destacarlo, ya que, de su respuesta se desprende el escaso esfuerzo investigativo realizado por el perito en lo que respecta a la determinación de los montos objeto del peritaje. El indicar que la única información utilizada para la realización del cálculo del supuesto lucro cesante y daño emergente fue aquella que reposaba en el expediente implica además tomar como cierto todos los argumentos del demandante, situación que permite concluir que el cálculo realizado lejos de haber sido realizado sobre consideraciones fácticas, el mismo fue realizado solamente tomando en cuenta consideraciones subjetivas de la demandante.

La situación explicada en los párrafos que anteceden contrasta con la metodología utilizada por el perito designado en representación de la parte demandada, quien para la confección de su informe pericial no solo se limitó a la información que reposaba en el expediente judicial, sino que también realizó visita a la Superintendencia del Mercado de Valores, en donde se reunió con distintos oficiales de esta institución a fin de recopilar la información necesaria que permitiera realizar un informe sustentado en hechos y no en elementos subjetivos.

En este marco conceptual, el perito designado en representación de la parte demandada al emitir su concepto en cuanto al objeto del peritaje indicó lo siguiente:

“Por todo lo anteriormente descrito, con respecto al Daño Moral no es posible emitir criterio en este informe por: el daño moral aplica a una persona natural, en todo caso se debió hacer referencia al daño de imagen por ser una persona jurídica.

...

En relación al lucro cesante, su definición es clara al considerar que es necesario conocer cuál era la situación económica/financiera de la empresa afectada, para determinar, de la manera más precisa posible, cuál hubiese sido, en condiciones normales, la utilidad que hubiese dejado de percibir por el posible daño.

A la fecha de este informe, esa situación de la empresa OJO DE MONTAÑA, S.A., no está definida, ya que la misma no suministró, como fue nuestro requerimiento a través de la comunicación de correos electrónicos dirigidos al perito de la parte actora y al apoderado judicial de informes financieros.

En este caso en particular y dado que existen transferencias de fondos por un monto de B/.11,517,262.00; lo que originó que la cuenta No.100148 a nombre de OJO DE MONTAÑA, S.A., quedara a la fecha 21 de febrero de 2014 con un saldo de B/.0.01 imposibilita calcular el lucro cesante.”

De lo expuesto por el perito se desprende con claridad que para la determinación del lucro cesante se hace necesario contar con una serie de información contable, la cual, por un lado, no reposa en el expediente judicial, y por el otro, al momento de ser ella requerida por el perito de esta Procuraduría a la parte demandante, la misma le fue negada, situación que trae como consecuencia la imposibilidad realizar un cálculo que pueda establecer el monto del supuesto lucro cesante.

En este punto deseamos recordar que el perito de la parte actora indicó que para la realización del cálculo del supuesto lucro cesante y daño emergente, este solamente se fundamentó en la información que reposaba en el expediente judicial, sin embargo en él no hay información contable ni financiera que permita realizar este tipo de cálculo, lo que trae como consecuencia que los montos por él

indicados en su informa carezcan de sustento contable y financiero y por ende fiabilidad en lo que respecta a su contenido.

Así las cosas, luego de conocer los argumentos de la accionante, así como del material probatorio aportado al proceso, este Despacho considera que no es posible vincular ni atribuir a la entidad demandada la reclamada responsabilidad con respecto al hecho dañoso cuya reparación se demanda, por lo que este Despacho reitera a la Sala Tercera se sirva declarar que el Estado panameño, por conducto de la Superintendencia del Mercado de Valores, **no es responsable de pagar a la actora, la suma de quince millones de balboas (B/.15,000,000.00)**, en concepto de daños y perjuicios ocasionados, que ésta pretende como indemnización por los perjuicios que alega haber sufrido.

Del Honorable Magistrado Presidente,



Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 802-16