

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1024

Panamá, 1 de octubre de 2019

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

El Licenciado Lucas E. De León, actuando en nombre y representación de la **Financiera Finacredit, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución DNP 038-18J de 22 de agosto de 2018, emitida por la **Dirección Nacional de Protección al Consumidor de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia**, 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, para presentar en tiempo oportuno el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior.

I. Cuestión Previa

Este Despacho, estima importante señalar que el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, dispone que dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción en que haya existido controversia entre particulares en la vía gubernativa, producto de intereses contrapuestos, como los que podría haber en este caso, entre **Néstor Serrano y la Financiera Davivienda S.A., (Finacredit)**, esta Procuraduría debería actuar en interés de la Ley, no obstante, como quiera que mediante el Oficio 830 de 24 de abril de 2019, el Tribunal señaló que *“El Procurador de la Administración intervendrá en la presente causa, en defensa del acto acusado”*, nuestra actuación se desarrollará bajo esa indicación (Cfr. foja 22 del expediente judicial).

Tal como lo expresamos en nuestra Vista de contestación número 656 de 25 de junio de 2019, no le asiste la razón a la **Financiera Finacredit, S.A.**, en lo que respecta a su pretensión, dirigida para que se declare nula, por ilegal, la Resolución DNP 038-18J de 22 de agosto de 2018,

emitida por la **Dirección Nacional de Protección al Consumidor de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia**, a través de la cual dispuso lo siguiente:

PRIMERO: ORDENAR al agente económico **FINANCIERA FINACREDIT DEVOLVER** el monto de **Ocho Mil Ochenta y Cuatro Balboas con Treinta y Un Centavos (B/.8,084.31)**, en concepto de comisión de cierre y Tasa de Interés, correspondiente al préstamos del señor **Néstor Serrano**, con cédula de identidad personal No. 4-100-1040 por descuento aplicable a los jubilados y pensionados y personas de la tercera edad (sic).

SEGUNDO: SANCIONAR al agente económico **FINANCIERA FINACREDIT**, amparado por el Aviso de Operación No. 47430-96-307148-2009-162059, identificado con RUC. No.47430-96-307148 DV 4, expedido a favor de **Financiera Finacredit S.A.**, razón social inscrita a folio No. 307148 (S), del Registro Público de Panamá, cuyo representante legal es **Moises Chreim**, con multa de **Trescientos Cincuenta Balboas (B/.350.00)**, por haberse determinado su responsabilidad en la infracción de las normas de los jubilados, pensionados y personas de la tercera (sic). La totalidad del monto de la sanción será ingresado al Fondo Especial de Jubilados y Pensionados (FEJUPEN)." (Cfr. foja 26 del expediente administrativo).

En esa oportunidad, este Despacho se opuso a los cargos de ilegalidad explicados en la acción que nos ocupa; ya que, al efectuar el análisis de las constancias que reposan en el expediente, esta Procuraduría advirtió que la resolución impugnada fue emitida cumpliendo todas las etapas procedimentales y conforme a Derecho.

Sobre el particular, debemos señalar que según observamos en las constancias que reposan en el expediente administrativo, el 8 de noviembre de 2007, Néstor Serrano y la **Financiera Davivienda S.A., (Finacredit)** celebraron el contrato de préstamo número 01-018316, por el monto de cuarenta y cuatro mil seiscientos ochenta y seis balboas (B/.44,686.00) (Cfr. foja 12 del expediente administrativo).

Lo anterior resulta importante; ya que, el proceso analizado gira en torno a la vulneración del artículo 1 (numeral 14) del Texto Único de la Ley 6 de 1987, el cual es del tenor siguiente:

Artículo 1. Los panameños o extranjeros residentes en el territorio nacional que tengan cincuenta y cinco años o más, si son mujeres; o sesenta años o más, si son varones; y todos los jubilados y pensionados por cualquier género gozarán de los siguientes beneficios:

...

14. Descuento de 15% en la tasa de interés máximo que la Ley le permite cobrar bancos, financiera, cooperativas e instituciones de crédito

en préstamos personales y comerciales a su nombre (El resaltado es nuestro).

Ante el escenario anterior y luego del examen de los argumentos expresados y de las constancias procesales, esta Procuraduría advirtió que discrepa de los cargos de infracción aducidos por el recurrente, puesto que en la situación en estudio, la Resolución DNP 038-18J de 22 de agosto de 2018, objeto de impugnación, fue expedida por la **Dirección Nacional de Protección al Consumidor de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, como producto del procedimiento administrativo que dicha institución siguió en contra de la Financiera Davivienda S.A., (Finacredit)**, a raíz de la queja presentada por Néstor Serrano, quien afirmó no haber recibido el descuento del quince por ciento (15%) en su calidad de jubilado, establecido en el artículo 1 (numeral 14) de la Ley 6 de 1987 (Cfr. foja 1 del expediente administrativo).

En este contexto, se observa que la **Financiera Davivienda S.A., (Finacredit)**, compareció al proceso y presentó sus descargos en sustento de su defensa, luego de lo cual, el Departamento de Análisis y Estudios de Mercado de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, una vez finalizada la investigación correspondiente, elaboró el Informe DAEM-196-18 de 9 de agosto de 2018, expresándose en este último lo que a continuación se transcribe:

“Para cuando se realizó el préstamo, el cliente contaba sólo con 56 años (8/11/2007), ya que el mismo tiene como fecha de nacimiento el 26 de febrero de 1951, aunque en el detalle de la comisión de cierre, se coloca lo siguiente en el contrato (foja 12):

| | |
|------------------------------------|---------------|
| Capital solicitado | B/. 40,686.00 |
| Gastos de manejo | B/. 3,980.07 |
| Timbre | + 44.80 |
| Comisión de cierre 18.00% menos el | 4,024.87 |
| Gastos Notariales | 9.90 |
| Capital a Financiar | B/. 44,720.77 |

La financiera argumentó que le dio brindó (sic) el descuento del 50% de comisión de cierre, puesto que del porcentaje del 18%, sólo se le cobró el 9% sobre el capital a financiar (B/.44,720.77 x 9% = B/.4,024.87), no obstante, esto no queda debidamente sustentado o comprobado, por lo que procedemos a realizar el cálculo sobre lo cobrado, de la siguiente manera:

$$B/. 3,980.07 \times 050 = B/. 1,990.04$$

Con la ayuda de una tabla de Excel, procedimos a calcular el 15% de descuento sobre la tasa de interés ofrecida en el préstamo (8.5%) del señor Néstor Serrano, ya que no se envió evidencia para verificar que la tasa ofrecida sea con descuento.

| | |
|---------------------------------|-----------------------|
| Intereses al 8.5% | B/.27,829.48 |
| Intereses al 7.27% (8.5 x 0.15) | <u>(B/.21,735.21)</u> |
| Diferencia | B/. 6,094.27 |

RESULTADOS FINANCIEROS

En base la información presentada (sic) por la consumidora y la financiera que reposa en el respectivo expediente del caso, podemos determinar que la Financiera Davivienda S.A., deberá devolver al señor Néstor Serrano, B/. 1,990.04 en concepto de descuento en la comisión de cierre y B/. 6,094.27 por descuento de interés a que tiene derecho por Ley, haciendo un total a devolver de B/. 8,084.31" (Cfr. fojas 14 a 16 del expediente administrativo).

De lo anterior, se tiene que los especialistas del Departamento de Análisis y Estudios de Mercado de la entidad demandada **lograron verificar** que la **Financiera Davivienda S.A., (Finacredit), no aplicó correctamente el descuento** al que tenía derecho Néstor Serrano, conforme al texto Único de la Ley 6 de 1987.

Así las cosas, el Director Nacional de la **Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia** dictó la Resolución DNP 038-18J de 22 de agosto de 2018, la cual fue confirmada mediante la Resolución A-DPC-5156-18 de 17 de diciembre de 2018, y ordena que la entidad crediticia le devuelva al accionante la suma antes detallada (Cfr. fojas 9 a 12 y 13 a 15 del expediente judicial).

Frente a lo expuesto, y dado el hecho que en opinión de la entidad demandada, **el agente económico no aportó en sus descargos elementos de juicio que permitieran desvirtuar la falta denunciada, la Dirección de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia determinó que la Financiera Davivienda S.A., (Finacredit), había incumplido** el numeral 14 del artículo 1 de la Ley 6 de 16 de 1987, con sus respectivas modificaciones.

Visto todo lo anterior, debemos reiterar que el acto acusado fue expedido con pleno sustento en las normas aplicables a la situación controvertida, como producto de un proceso administrativo seguido en contra de la **Financiera Davivienda S.A., (Finacredit), quien contó con amplias oportunidades de presentar las pruebas y descargos que estimó convenientes en sustento de**

su pretensión, los cuales fueron objeto de valoración y análisis por parte de la entidad demandada; sin embargo, no lograron acreditar que la financiera había aplicado el descuento al que tenía derecho Néstor Serrano en su condición de jubilado, según lo establecido en el Texto Único de la Ley 6 de 1987, tal como se corroboró en los informes financieros elaborados por el Departamento de Análisis y Estudios de Mercado de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia.

En esta línea de pensamiento, consideramos que la financiera debió acreditar con la documentación idónea que efectuó el descuento, toda vez que a la luz del principio **pro consumidor** se le debe garantizar a los beneficiarios de esta Ley adquirir información veraz, clara, completa y suficiente sobre las características o las condiciones plasmadas en los contratos que adquiere, a fin de garantizar que sean protegidos eficazmente en sus intereses económicos mediante un trato equitativo y justo en toda relación como consumidor, es decir, como persona natural que adquiere de un proveedor bienes o servicios finales de cualquier naturaleza.

En la Sentencia de 25 de mayo de 2017, en un caso similar, la Sala Tercera manifestó lo siguiente:

“Al respecto, es necesario señalar que la libertad de empresa no es una libertad absoluta, pues el Estado ordena la actividad económica con normas jurídicas que permitan la libre competencia entre las empresas, así como la sujeción de su actuar en el mercado en un plano de igualdad y de protección al consumidor.

En ese mismo orden de ideas, Ricardo Rivero Ortega, al referirse a la libertad de empresa, indica que la misma se encuentra condicionada al poder público, es decir, *'la actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general.'* (RIVERO ORTEGA, Ricardo. Introducción al Derecho Administrativo Económico. 2ª Edición. Revisada, Corregida y Ampliada. Salamanca, 2001. Página 126.)

De allí entonces, y tomando en consideración la doctrina antes citada, la Sala concluye que las empresas financieras, en el ejercicio de la actividad comercial que desarrollan, deben cumplir los parámetros que el ordenamiento jurídico les exige. En ese sentido, este Tribunal considera que si bien es cierto, les rige el principio de la libre competencia y los usos de comercio observados en cada plaza, como lo argumenta el actor, existe una limitación al ejercicio de esa libertad, es decir, no es de carácter absoluto, pues entre las normas que rigen las operaciones financieras se encuentra el Texto Único de la Ley 6 de 16 de junio de 1987 que adoptan las medidas en

beneficio de los ciudadanos panameños o extranjeros jubilados, pensionados, de la tercera y cuarta edad, siendo ésta una norma especial, y claramente otorga beneficios a esta calidad de personas en el territorio nacional, entre las que se encuentran expresamente el descuento de 50% de los gastos o comisión de cierre, las cuales están exentas del pago del Fondo Especial de Compensación de Intereses (FECI) y el descuento de 15% en la tasa de interés máximo (numerales 12,13 y 14 de artículo 1 de la premencionada ley), a razón de las transacciones de préstamos personales y comerciales que esta calidad de sujeto efectúe en su nombre en los bancos, financieras e instituciones de crédito, como debió llevarse a cabo por parte de la CORPORACIÓN BELLAVISTA DE FINANZAS, S.A. en beneficio del señor Barret. En consecuencia, las empresas financieras en el ejercicio de su actividad económica, deberán no sólo tener en cuenta la Ley 42 de 23 de julio de 2001, que reglamenta las operaciones financieras, sino otras que rigen su actuar.

...

En relación al informe financiero generado por la entidad a través del Departamento de Análisis y Estudios de Mercado, éste dejó plasmado que la CORPORACIÓN BELLAVISTA DE FINANZAS, S.A., no aplicó los descuentos que tenía derecho por ley al contrato que realizó con el señor Barret, en su condición de ciudadano que goza de los beneficios del Texto Único de la Ley 6 de 16 de junio de 1987, sumado al hecho que esta Superioridad no observa dentro del expediente administrativo, prueba alguna que aporte la recurrente que desvirtúe el contenido de dicho dictamen, cuando la misma tenía la carga de la prueba, bajo esta circunstancia.

Lo dicho hasta aquí supone que, ante la ausencia de una prueba que desvirtúe el análisis financiero realizado por la entidad demandada, el cual sirvió de fundamento a la toma de decisión por parte de la Dirección Nacional de Protección al Consumidor, que recae en la Resolución DNP No. 295-14J de 26 de septiembre de 2014, esta Sala concluye que dicho acto está revestido de presunción de legalidad, en consecuencia el acto es legal, por tal razón no se han vulnerado los preceptos legales invocados por el recurrente, que guardan relación al artículo 32 de la Ley 42 de 23 de julio de 2001 y el artículo 5 del Código de Comercio.

...

Luego de los razonamientos expresados, la Sala concluye que la Resolución N° DNP No. 295-14J de 26 de septiembre de 2014, dictada por el Director Nacional de Protección al Consumidor y su acto confirmatorio, no vulneran el artículo 32 de la Ley 42 de 23 de julio de 2001, el artículo 5 del Código de Comercio, y el artículo 5 del Texto Único de la Ley 6 de 1987, alegados por el demandante como disposiciones transgredidas.

En consecuencia, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE NO ES ILEGAL, la Resolución DNP No. 295-14J de 26 de septiembre de 2014, emitida por el Director Nacional de Protección al Consumidor, así como su acto confirmatorio, dentro de la Demanda Contencioso - Administrativa de Plena Jurisdicción interpuesta por el Licenciado Vicente Arosemena Chang, actuando en representación de

Corporación Bellavista de Finanzas, S.A., y, se desestiman las pretensiones de la recurrente.” (El resaltado es nuestro).

Actividad Probatoria.

En el Auto de Pruebas 285 de 14 de agosto de 2019, se admitieron; entre otras, la copia autenticada del acto acusado, pruebas documentales propias de la presentación de las demandas de plena jurisdicción y aquellas que ya formaban parte del expediente administrativo, las cuales fueron analizadas en la vía gubernativa (Cfr. fojas 60 a 61 del expediente judicial).

La doctrina destaca aportes como los del jurista Eduardo Couture, quien en su obra señala que: “*La prueba es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio*” (COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3° Edición. Ediciones De la Palma, Buenos Aires, 1997, pág. 2015); sin embargo, los documentos aportados por el actor, **no respaldan los argumentos propuestos por éste.**

En este escenario, somos de la firme convicción que en el negocio jurídico bajo examen la recurrente no asumió **la carga procesal adecuadamente, tal como 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...’ (El subrayado corresponde a la 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 deben 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)...” (La negrilla es nuestra).

De la lectura del precedente judicial reproducido, se infiere la importancia que tiene que la accionante cumpla con su responsabilidad de acreditar su pretensión ante la Sala Tercera; **ya que la actividad probatoria implica demostrar la verdad de un hecho; sin embargo, ninguna de las pruebas aportadas al proceso por la demandante, desmeritan las actuaciones administrativas adelantadas por la autoridad demandada, ni aportan elementos de convicción que corroboren los argumentos esbozados por la actora.**

En virtud de lo antes expuesto, esta Procuraduría reitera su solicitud al Tribunal para que se sirva declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución DNP 038-18J de 22 de agosto de 2018**, emitida por la Dirección Nacional de Protección al Consumidor de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, ni su acto confirmatorio.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 242-19