

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1494

Panamá, 16 de diciembre de 2019

**Proceso contencioso
administrativo de
Indemnización.**

La Licenciada María Teresa Wald Osorio, actuando en nombre y representación de **Carlo Javier Osorio Wald**, solicita que se condene al **Estado panameño, por conducto de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV)**, al pago de dos millones de balboas (B/.2,000,000.00), en concepto de daños y perjuicios, por el mal funcionamiento de los servicios públicos.

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 el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior; oportunidad procesal que nos permite reiterar lo expresado en nuestro escrito de contestación de la demanda, al afirmar que no le asiste la razón al actor en lo que respecta a su pretensión.

Antes de emitir nuestro alegato, consideramos prudente detallar los antecedentes del proceso.

I. Antecedentes.

Según las constancias procesales, mediante Resolución SMV-595-2015 de 15 septiembre de 2015, la Superintendencia del Mercado de Valores en uso de sus facultades legales, dio inicio a la investigación administrativa a **Carlo Osorio** y Teresa Sánchez por razón de haber realizado transacciones de valores con un regulado extranjero previo al requisito de notificación de corresponsalía la Superintendencia (Cfr. foja 28 a 30 del expediente judicial).

Se observa que el hecho que motivó la apertura de un proceso formal de investigación, fue producto de haber incurrido Financial Pacific, Inc., por consentimiento de su Ejecutivo Principal y Oficial de Cumplimiento, en transacciones de valores con un regulado extranjero previo al requisito de notificación de correspondencia con la Superintendencia (Cfr. foja 33 del expediente judicial).

En ese mismo sentido, se recalca que la conducta anterior se registra en dos períodos distintos, siendo el primero en el mes de marzo-abril de 2011 y el segundo en diciembre de 2013, los cuales por tema de claridad se procederán a considerar de manera separada dado que los mismos representan actuaciones realizadas durante distintas administraciones. Que de las operaciones realizadas durante el mes de diciembre de 2013, se pudo concluir que la conducta realizada por **Carlo Osorio y Teresa Sánchez**, no infringe los preceptos establecidos y que es cónsono con las actuaciones recopiladas durante la investigación, por parte de la nueva administración de Financial Pacific, Inc., y su personal clave compuesto por **Carlo Osorio y Teresa Sánchez** los cuales informan a la Superintendencia mediante Nota del 27 de noviembre de 2013, el establecimiento del vínculo comercial con Open World Sociedad de Bolsa, S.A., y que por tal razón el reporte de transacción registrado el 1 de diciembre de 2013, entre Open World Sociedad de Bolsa, S.A. y Financial Pacific, Inc., no sugiere una conducta que infrinja la norma del mercado de valores. Toda vez que el requisito de notificación previa en materia de corresponsalía satisface el contenido y alcance del artículo 20 del Acuerdo 2-2011 de 1 de abril de 2011 (Cfr. foja 33 del expediente judicial).

En esa misma línea, respecto al registro de transacciones con fechas de 17, 21, 31 de marzo 1 de abril de 2011, al momento de revisar la información proporcionada por el liquidador de Financial Pacific, Inc., extraída de la base de datos de dicho sistema, no se pudo confirmar de manera fehaciente durante el desarrollo de la investigación, la existencia de dichas transacciones, dado que no constaban registros para esa fecha, por parte de Openworld Sociedad de Bolsa, S.A., que lo relacionaran a operaciones realizadas con

Financial Pacific, Inc., en la documentación proporcionada por el regulador del Uruguay, razón por la cual no habiendo suficientes elementos dentro de la investigación realizada, la Superintendencia del Mercado de Valores resuelve concluir la investigación ordenada contra **Carlo Osorio Wald y Teresa Sánchez de Abood** y ordena el archivo del proceso administrativo (Cfr. fojas 33 y 34 del expediente judicial).

En este contexto, el 18 de mayo de 2018, **Carlo Javier Osorio Wald**, actuando por conducto de su apoderado judicial, presentó ante la Sala Tercera la demanda de reparación directa cuyo objeto es que se condene al Estado, por conducto de la Superintendencia del Mercado de Valores, a pagarle la suma de dos millones de balboas (B/.2,000,000.00), en concepto de daños y perjuicios, por el mal funcionamiento de los servicios públicos. (Cfr. fojas 2 a 27 del expediente judicial).

II. Se reiteran los descargos de la Procuraduría de la Administración en defensa de la entidad demandada.

Luego de agotada la mayor parte de las etapas de este proceso, mantenemos sin mayor variante la opinión expresada en nuestra **Vista 359 de 5 de abril de 2019**, la cual contiene la contestación de la demanda.

En efecto, tal como lo dijimos en aquella oportunidad, el agravio aducido por **Carlo Javier Osorio Wald**, conforme lo expone en su demanda, se deriva del supuesto mal funcionamiento de los servicios públicos adscritos a dicho la Superintendencia del Mercado de Valores y que le ha causado serios daños y perjuicios económicos (Cfr. foja 3 del expediente judicial).

El recurrente, con la finalidad de exponer los cargos de infracción de las normas en referencia, aduce la violación de los artículos 256, 260, 261, 262 (numerales 3 y 4), 263, 266, 267, 277, 329, 330 y 331 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores; artículo 67 (numeral 21) de la Ley 67 de 2011 del Mercado de Valores; el artículo 1 del Acuerdo 2-2011 de 1 de abril de 2011, emitido por la Comisión Nacional de Valores hoy Superintendencia del Mercado de Valores; artículos 34, 36, 37, 52 (numeral 4), 69, 70, 88,

143, 145, 146, 155(numerales 1 y 2), 201(numerales 1, 31 y 56) de la Ley 38 de 2000, por la cual se dicta el procedimiento administrativo general y los artículos 1644, 1644-A y 1645 del Código Civil, y señala que al actuar en el ejercicio de sus funciones, los funcionarios de las entidades demandadas le ocasionaron daños materiales y morales que hasta el momento no le han sido resarcidos (Cfr. foja 3 del expediente judicial).

De igual manera, señala que la mala prestación del servicio público de Administración de Justicia, se dio por causa de las afectaciones sufridas como consecuencia de su sometimiento injusto a los rigores de un proceso administrativo, que debió culminar en dos (2) meses después, de acuerdo a las reglas procesales vigentes, sin embargo, fue mediante la Resolución SMV-245-17 de 16 de mayo de 2017, proferida por la Superintendencia, la cual llegó a la conclusión de la fase de instrucción del expediente con un tiempo de un (1) año y ocho (8) meses después de iniciada la misma, dentro del cual estuvo en detención preventiva, y siendo extranjero, estuvo también imposibilitado de viajar a ver a su familia (Cfr. fojas 5 del expediente judicial).

Del examen de los cargos de infracciones antes indicadas y luego de haber realizado un análisis de las constancias que reposan en autos, esta Procuraduría considera que **no le asiste la razón al recurrente**, en cuanto a la carencia de sustento que se advierte en la tesis planteada, respecto de lo actuado por la Superintendencia del Mercado de Valores.

Lo indicado en el párrafo que antecede encuentra jurídicamente su sustento en lo que a continuación pasamos a explicar:

Como primer elemento a considerar, debemos tener presente que mediante la Resolución SMV-595-2015 de 15 septiembre de 2015, la Superintendencia del Mercado de Valores de conformidad con una serie de hechos suscitados en la esfera administrativa, consideró lo siguiente:

“...

PRIMERO: ORDENAR el inicio de una investigación formal a los señores Carlo Javier Osorio Wald portador de la cédula de identidad personal 8-432-384 y Teresa Sánchez de Abood portadora de la cédula 8-332-620, así como también a

terceras personas, naturales o jurídicas que han actuado por y/o para o en representación de la sociedad, incluyendo entre éstos a personas naturales y/o jurídicas a cargo de su Administración, Junta Directiva y Dignatarios de la casa de valores Financial Pacific, Inc., sociedad inscrita en la sección Mercantil del Registro Público de Panamá en la Ficha 433949, documento 468695 y titular de la Licencia de Casa de Valores expedida por la Superintendencia mediante Resolución CNV 319-03 de 31 de diciembre de 2003; para determinar posibles violaciones al texto Único del Decreto Ley 1 de 1999 y sus modificaciones.

SEGUNDO: DESIGNAR a la Dirección de Investigaciones Administrativas y Régimen Sancionador para que ejecute todas las diligencias que estime necesarias y desarrolle la investigación que se ordena en el acápite anterior, con el objeto de recabar las pruebas y elementos que conduzcan al esclarecimiento de los hechos denunciados y proporcionen a esta Autoridad los elementos de juicio necesarios que permitan resolver o no la imposición de multas administrativas, contempladas en el Texto Único del decreto Ley 1 de 1999 y sus modificaciones.

...” (Cfr. foja 30 del expediente judicial).

En este punto consideramos importante hacer un especial énfasis en que la decisión de ordenar el inicio de la investigación formal a **Carlo Osorio Wald y Teresa Sánchez de Abood**, obedeció a un análisis pormenorizado por parte de la Superintendencia del Mercado de Valores, la que, para tomar la decisión a la que arriba hacemos referencia, se fundamentó, entre otros elementos, en lo siguiente:

“...

III. ANTECEDENTES Y HECHOS COMPROBADOS

1. A través de Resolución SMV-595-2015 de 15 septiembre de 2015, se inicia un proceso de Investigación Administrativa a **Carlo Osorio Wald y Teresa Sánchez de Abood por razón de:**
 - a. **Haber realizado transacciones de valores con un regulado extranjero previo al requisito de notificación de corresponsalía con la Superintendencia.**

Lo anterior obedece a la Nota del 27 de noviembre de 2013, que fuera suscrita y remitida por **Carlo Osorio Wald y Teresa Sánchez de Abood** a la Superintendencia en la que notifican haber establecido relaciones con la sociedad OPENWORLD SOCIEDAD DE BOLSA, S.A., entidad regulada por el BANCO CENTRAL DE URUGUAY, con licencia 3421, señalándose además en la resolución SMV-595-15, la

existencia de transacciones previas a la notificación con OPENWORLD SOCIEDAD DE BOLSA, S.A., en los meses de marzo y abril del 2011.

2. Para verificar lo anterior, se procedió a solicitar al aquel entonces liquidador de FINANCIAL PACIFIC, INC., y OPENWORLD SOCIEDAD DE BOLSA, S.A., dentro del periodo comprendido entre el año 2011.(fj.5)
3. En respuesta a la información arriba solicitada se remite nota fechada 27 de enero de 2016 mediante la cual se proporciona lo siguiente:
 - i. Acuerdo de corresponsalía de fecha de 15 de noviembre de 2013, suscrito entre OPENWORLD SOCIEDAD DE BOLSA, S.A., y FINANCIAL PACIFIC, INC. (fj.9-19).
 - ii. Reporte extraído del sistema de Financial Pacific, Inc., de fecha de 1 de diciembre de 2013, el cual reporta operaciones de transacciones con OPENWORLD SOCIEDAD DE BOLSA, S.A. (fj.21)
 - iii. Reporte extraído del sistema de Financial Pacific, Inc., de fecha 17, 21, 31 de marzo/ 1 de abril de 2011, el cual reporta operaciones de transacción con OPENWORLD SOCIEDAD DE BOLSA, S.A. (fj.25, 27, 29).
4. En relación a OPENWORLD SOCIEDAD DE BOLSA, S.A. entidad constituida para operar en el mercado de valores del Uruguay desde el 18 de marzo de 2005:
 - a. EL BANCO CENTRAL DEL URUGUAY (ente regulador del país) informó a esta Superintendencia mediante nota de 21 de noviembre de 2016 que a través de Resolución R.N. D-268-2014 del 12 de septiembre de 2014 se resolvió sancionar a OPENWORLD SOCIEDAD DE BOLSA, S.A., con la cancelación de sus actividades y retiro de la autorización para funcionar, darla de baja del Registro del Mercado de Valores y disponer su disolución y consiguiente estado de liquidación en sede administrativa (fj.51-52).
5. A foja 56 CONSTA Comunicación 2014/147 del BANCO CENTRAL DEL URUGUAY informando al público en general la información expresada en el punto anterior.

IV. CONSIDERACIONES

El hecho que motivó la apertura de un proceso formal de investigación tuvo su génesis en lo siguiente:

- a. **Haber incurrido FINANCIAL PACIFIC, INC., por consentimiento de un Ejecutivo Principal y oficial de Cumplimiento, en transacciones de valores con un regulado extranjero previo al requisito de notificación de corresponsalía con la Superintendencia.**

...” (Cfr. fojas 32 y 33 del expediente judicial) (La negrita es nuestra).

En este mismo orden de ideas, la Superintendencia del Mercado de Valores, para la decisión adoptada, se fundamentó, entre otras disposiciones, en el artículo 262 del texto Único de la Ley del Mercado de Valores, desarrollando actualmente en el decreto Ejecutivo 126 de 16 de mayo de 2017, en los artículos 15 al 32, el cual era del tenor siguiente:

“**Artículo 262.** Etapas del procedimiento sancionador. El procedimiento sancionador comprende las siguientes etapas:

1. Periodo de averiguaciones previas. La información recabada en este periodo será de carácter reservado y de uso exclusivo de la Superintendencia y, una vez concluya, la Dirección encargada emitirá un informe que permita determinar la viabilidad del inicio de una investigación administrativa a sujetos registrados o con licencia y a sujetos no regulados por la Superintendencia que participen o afecten, directa o indirectamente, el mercado de valores panameño.

2. Inicio de la investigación. Se iniciará formalmente la investigación, de oficio o a petición de parte, mediante resolución motivada del superintendente. Dicha resolución será de mero obediencia.

3. Desarrollo e instrucción del expediente. Se recabarán todos los documentos, declaraciones y evidencias necesarias con la finalidad de determinar si se ha incurrido o no en violaciones de la Ley del Mercado de Valores. Una vez se recabe toda la información necesaria, se emitirá una vista de cargos en la cual se señalará a todas las personas naturales o jurídicas que han resultado vinculadas en el proceso. Dicho documento no será sujeto a recurso o incidente.

4. Práctica de pruebas. Posterior a la notificación de las personas vinculadas en el proceso, se realizará la práctica de pruebas, en la cual resultarán admisibles las pruebas que aporten información adicional en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.

5. Alegatos. Una vez concluido el periodo para la práctica de pruebas, el expediente quedará a disposición del sujeto vinculado por la Superintendencia, quien podrá solicitar copias de este, para que en un plazo común de cinco días hábiles pueda presentar sus alegaciones por escrito.

6. Informe de consideraciones finales. Concluida la etapa de práctica de pruebas y alegatos, se realizará el informe de consideraciones finales, en el que se fijarán los hechos que hayan sido probados.

7. Terminación del proceso. Se dará por terminado el proceso mediante resolución expedida por el superintendente. El término del procedimiento sancionador no deberá sobrepasar tres años.

8. Impugnación y agotamiento de la vía gubernativa. Se podrán interponer los recursos establecidos en la Ley del Mercado de Valores, sin perjuicio de las acciones que se puedan interponer en la vía gubernativa.

...” (Cfr. foja 44 del expediente judicial).

Tal y como se observa, la resolución que dicta el inicio de una investigación formal, tal como lo establece la normativa (numeral 2 del artículo 262 del Texto Único de la LMV), es de mero obedecimiento y por lo tanto no cabe recurso en su contra, y uno de los motivos principales son temas de averiguaciones previas relacionadas con posibles faltas a la Ley del Mercado de Valores, que como hemos señalado previamente son de carácter reservado y de uso exclusivo de la Superintendencia y en segunda instancia porque a la Dirección de Investigaciones Administrativa y Régimen Sancionador le corresponde ejecutar a partir del inicio de la investigación todas las diligencias que estime necesarias para desarrollar la investigación que se ordena, con el objeto de recabar pruebas y elementos de que conduzcan al esclarecimiento de los hechos investigados y proporcionen a la Autoridad, como lo es la Superintendencia, los elementos de juicios necesarios que permitan resolver o no la imposición de sanciones y/o multas administrativas, contempladas en la LMV y sus modificaciones, siempre cumpliendo con todas las etapas del procedimiento sancionador, que incluye entre otras cosas la práctica de pruebas y alegatos, garantizando el debido proceso legal.

La Resolución SMV-595-2015 de 15 septiembre de 2015, a través de la cual la Superintendencia ordenó el inicio de una investigación formal a los señores **Carlo Osorio Wald y Teresa Sánchez de Abood**, se emitió luego de un análisis del contenido de la norma, en concordancia con una adecuada ponderación de los elementos que reposaban en autos, motivo por el cual, resultaría **jurídicamente improcedente exigir una compensación derivada de un supuesto daño, cuando la acción que trajo como consecuencia el supuesto perjuicio se dio dentro del marco de la ley.**

En este sentido, observamos que en la resolución emitida la entidad ha cumplido con el debido proceso, tal como se señaló, la misma fue basada en lo siguiente: “...*puesto que la ocurrencia de hechos investigados no estuvo vinculado a las personas investigadas, en este caso los señores Carlo Javier Osorio Wald y Teresa Sánchez de Abood, resaltamos que el inicio del procedimiento establece una investigación formal, por lo tanto las personas antes mencionadas son personas investigadas, no son vinculados, ni procesados, ni indiciados como lo pretende señalar la demandante, por lo tanto no se le ha vulnerado la honra con esta investigación, puesto que es una de las funciones a las que le compete realizar a la Superintendencia ante transacciones sospechosas de las que tuvo conocimiento en su oportunidad...*”; la actuación anterior revela el trabajo objetivo llevado a cabo por dicha entidad (Cfr. fojas 48 y 49 del expediente penal).

Lo hasta ahora expuesto permite concluir, que el análisis y consecuente medida adoptada por la Superintendencia, **obedeció a criterios del proceso de investigación seguido al hoy recurrente**, lo que nos debe llevar a la convicción que las medidas adoptadas fueron acorde, tanto al perfil del investigado, como a la gravedad de los cargos que se le imputaban.

En otro orden de ideas, en lo que respecta a la tramitación general del proceso que se surtió en la esfera administrativa, consideramos importante destacar:

- Luego de cumplida la etapa de averiguaciones previas, en la que consecuentemente se recabó la información relacionada a las transacciones

sospechosas que se dieron dentro de la Casa de Valores FPI, y que el liquidador en su rol mediante nota fechada de 27 de enero de 2016, informa a la Superintendencia, se logra evidenciar que para noviembre de 2013, se mantiene un Acuerdo de corresponsalía de fecha de 15 de noviembre de 2013, suscrito entre OPERNWORLD SOCIEDAD DE BOLSA, S.A. y FINANCIAL PACIFIC, INC., en la cual para esa fecha fuese notificado por los señores CARLO OSORIO y Teresa Sánchez, mediante nota 27 de noviembre de 2013.

- Mientras que en esa misma etapa se recaba mediante Nota de 21 de noviembre de 2016, información proveniente del BANCO CENTRAL DEL URUGUAY (ente regulador del país) en la cual informó a la Superintendencia que a través de Resolución R.N. D-268-2014 de 12 de septiembre de 2014, se resolvió sancionar a OPERNWORLD SOCIEDAD DE BOLSA, S.A., con la cancelación de sus actividades y retiro de la autorización para funcionar, darla de baja del Registro del Mercado de Valores y disponer su disolución y consiguiente estado de liquidación en sede administrativa, razón por la cual no se pudo constatar con esta entidad las transacciones realizadas vs el Reporte extraído del sistema de FINANCIAL PACIFIC, INC., de fecha 17, 21, 31 de marzo / 1 de abril de 2011, el cual reporta operaciones de transacción con OPERNWORLD SOCIEDAD DE BOLSA, S.A., en virtud de esta situación no se pudo verificar la realización de la violación a la ley del Mercado de Valores investigada.
- También debemos indicar que la resolución con la que concluyó la investigación administrativa, Resolución SMV-245-17 de 16 de mayo de 2017, emitida por la Superintendencia del Mercado de Valores en la que dispone concluir la investigación ordenada contra Carlo Osorio Wald con

cédula de identidad 8-432-384 y Teresa Sánchez de Abood con cédula de identidad 8-332-620 y ordena el archivo Procedimiento Administrativo.

- De igual forma es importante manifestar que en estos procedimientos no se da ningún tipo de publicidad al mismo que pudiera causar un perjuicio, menos fue objeto de publicación en Gaceta Oficial, en la que pudiera hacer efectos “erga omnes” y se pudiese causar algún daño a la honra de los investigados, por el contrario se procedió al archivo del mismo, ya que reiteramos el carácter confidencial con que son llevados todos los expedientes de investigaciones administrativas, en cuyo caso, sólo las partes y sus apoderados debidamente constituidos tienen acceso a los mismos.

En este orden de ideas, y como hemos detallado anteriormente, a las personas se les respetó sus derechos cumpliendo con la Tutela Judicial Efectiva de los derechos de los investigados en el procedimiento administrativo sancionador iniciado mediante Resolución SMV-595-2015 de 15 septiembre de 2015, puesto que dicho procedimiento concluyó con el archivo del expediente, por lo no estamos ante un escenario en donde, como dispone el artículo 1644 del Código Civil, se haya causado un daño a otro por acción u omisión; ya que, como hemos venido exponiendo, la dilación en cuanto a la determinación de la culpabilidad o inocencia del hoy demandante, no fue producto de una mala gestión de la Superintendencia, **sino propio de la investigaciones realizadas y de los trámites propios de un proceso llevado a cabo en la esfera administrativa como el desarrollado; además que la investigación que fuera llevada a cabo se realizó en un tiempo propio de la misma.**

Debemos advertir que el actor tuvo a su disposición el uso de todos los medios procesales que consideró oportuno durante la investigación realizada por la entidad de valores para ejercer su defensa tal como se aprecia en las resoluciones emitidas.

Lo expuesto hasta aquí, nos permite reiterar que en el presente proceso **no han concurrido los elementos necesarios para que se configure la alegada responsabilidad**

del Estado; a saber: *1) La falla del servicio público por irregularidad, ineficiencia o ausencia del mismo; 2) El daño o perjuicio; y, 3) La relación de causalidad directa entre la falla del servicio público y el daño; ninguno de los cuales se ha producido en la situación bajo análisis*, tal como expondremos a continuación.

A. Respecto a la alegada prestación deficiente del servicio público.

Como expusimos en su momento, una vez ingresó la causa administrativa que nos ocupa, la entidad del Estado que conoció del proceso administrativo procedió de manera diligente, a definir todas las actuaciones que estaban supuestas a surtirse dentro del proceso.

En atención a lo indicado, no existe una deficiente prestación del servicio público atribuible al Estado, por conducto de la Superintendencia del Mercado de Valores.

En este punto debemos añadir que el actor en su demanda **no aduce como infringida ninguna norma relacionada al Servicio Público adscrito a la Superintendencia del Mercado de Valores, de manera que no presentó sustento jurídico para la supuesta deficiencia de prestación de los servicios adscritos a dicha entidad del Estado.**

B. Ausencia de un daño atribuible a la entidad demandada.

Tal y como hemos indicado, al actor se le permitió su representación en todo momento por su apoderado judicial por lo que el tiempo transcurrido fue propio de una situación procedimental propia de las investigaciones del cual fue objeto **Carlo Javier Osorio Wald.**

En los casos que señala la parte actora sobre la violación directa por omisión de los artículos 260, 261, 262, 263, 267, 277, 329, 330 y 331 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores le podemos indicar que la Superintendencia no ha violentado dichas normas por cuanto durante el procedimiento sancionador se ha utilizado las etapas de la misma, así como los principios aplicables al procedimiento administrativo conforme la Ley del Mercado de valores y la Ley 38 de 2000 de Procedimiento Administrativo (de forma supletoria), toda vez que las pruebas solicitadas constan en el expediente administrativo, en la cual la Dirección de Investigaciones Administrativas y Régimen Sancionador se ha

pronunciado sobre las mismas conforme al procedimiento establecido en la ley (Cfr. foja 55 del expediente judicial).

Sobre el particular, 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).

Bajo la premisa anterior, la doctrina ha señalado que “**el daño**” se constituye siempre que se configuren sus características, pero su condición primigenia es que sea **antijurídico**, lo que implica que la indemnización solicitada **no corresponda a una carga pública que todo particular deba soportar**, pero además, que el mismo sea, **cierto, concreto o determinado y personal**.

Al respecto, resulta de suma importancia hacer referencia a lo expresado por el autor Wilson Ruiz Orejuela, quien, al manifestarse en relación al daño antijurídico, ha expresado lo siguiente:

“Ahora, **el daño como fundamento esencial de responsabilidad civil, en este caso de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, por supuesto debe ser antijurídico, un daño no contemplado por la Ley como carga pública que toda particular deba soportar**. En este punto es propio destacar que **no todo daño es indemnizable, porque la condición primigenia para ello es que sea antijurídico**, pues existen innumerables obligaciones y cargas que pueden lesionar derechos personalísimos o el patrimonio de las personas... que son verdaderas cargas públicas consagradas en la Ley, que en condiciones de igualdad todos estamos en la obligación de soportar. Es precisamente ese umbral de lo que todos los ciudadanos deben asumir en beneficio de la colectividad lo que establece el límite para considerar que el daño se convirtió en antijurídico y superó lo que razonadamente debe tolerar un ciudadano para contribuir al interés colectivo y es en ese momento en que debe valorarse el daño como indemnizable.” (OREJUELA RUIZ, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus Regímenes. Ecoe Ediciones. Colombia. 2010.) (La negrita es nuestra).

De la lectura de lo anterior, se desprende que el **daño indemnizable es aquel que es antijurídico**, es decir, **aquel que implica a la persona una carga que no estaba obligada a soportar**.

Sobre la base de lo expuesto, debemos precisar, que **si bien el actor pudo sufrir un daño** como consecuencia de las investigaciones y del proceso administrativo en general, **no podemos perder de vista que dicho daño no puede ser considerado como antijurídico**, habida cuenta que **no se trató de una carga que el recurrente no estaba obligado a tolerar**.

De igual manera, ante el hecho de haber sido objeto de una investigación, el actor debía afrontar los rigores de la misma hasta que se decidiera su inocencia o culpabilidad. Es decir, se trata de una carga que toda persona en igualdad de circunstancias debe afrontar pues forma parte de los procedimientos legales correspondientes, de manera que, como hemos indicado no nos encontramos frente a un daño antijurídico.

C. Inexistencia de un nexo de causalidad.

En este orden de ideas, precisamos, tal como lo hemos expuesto con anterioridad, que en este proceso no se ha dado, ni por acción, ni por omisión, actuaciones por parte de la Superintendencia del Mercado de Valores que vulneren normas vigentes, ni derecho alguno del actor; y, además, **que el supuesto daño al que este hace alusión no se deriva de un actuar negligente de la entidad demandada**; en consecuencia, en este proceso tampoco se encuentra presente el tercer elemento descrito en la doctrina y la jurisprudencia como necesario para que exista la obligación a reparar civilmente; a saber, **un nexo o relación de causalidad entre el llamado actuar deficiente del Estado y el daño sufrido**.

En cuanto a lo mencionado por el actor alusivo a los Acuerdos de Terminación Anticipada en esta demanda, y este artículo no tiene ningún tipo de aplicación al caso que nos ocupa, al tratarse de Acuerdos de negociación que en este caso no fueron solicitados por los investigados. Aunado al hecho de que este Acuerdo de Terminación Anticipada, es de una facultad discrecional que tiene el Superintendente tal cual lo señala el artículo 261

de la Ley del Mercado de Valores y en cuya parte investigada deberá presentar la solicitud para iniciar este tipo de negociación antes de ser notificada la vista de cargos y otra serie de requisitos que deben cumplirse para tal fin (Cfr. foja 56 del expediente judicial).

Al respecto, a nivel doctrinal el autor Libardo Rodríguez en relación con el nexo o relación de causalidad ha señalado lo siguiente:

“Entre la actuación imputable a la administración y el daño causado, debe existir una relación de causalidad, lo cual quiere decir que el daño debe ser el efecto o el resultado de aquella actuación. Para que exista esa relación de causalidad, el hecho o actuación debe ser apto o idóneo para causar dicho daño. Por otra parte, como consecuencia de la necesidad de este nexo, si el daño no puede imputarse a la actuación de la administración, no habrá responsabilidad de ella, como sucede cuando el daño es producido...por el hecho de un tercero o por culpa de la víctima.” (Rodríguez, Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. Temis. Colombia. 2008. Página 509) (La negrilla es nuestra).

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).

En cuanto al supuesto daño causado producto del mal funcionamiento de los servicios públicos a ellos adscritos, la Sala, mediante la Resolución de 24 de marzo de 2015, explicó que es daño y como procede su resarcimiento:

“... ”

II. Daño

Ahora bien, para que pueda configurarse la responsabilidad de la Administración resulta indispensable determinar la existencia de un daño.

El Estado, responderá consecuentemente, de forma directa según el supuesto que se invoque, de los establecidos en el Código Judicial, artículo 97 numerales 8,9 y 10.

El demandante considera que la entidad pública denominada Correos y Telégrafos de Panamá, le causó daños y perjuicios por supuesta mala prestación del servicio postal, en relación a la devolución de un paquete de libros de Derecho provenientes de Francia, con destino al apartado No.0823-02435 (Estafeta de Plaza Concordia), arrendado a la Firma Forense ICAZA, GONZÁLEZ- RUÍZ y ALEMÁN (IGRA).

Esta Sala primeramente debe señalar que el daño determina, la medida de reparación, pues todo daño causado y nada más que el causado, pone de relieve la naturaleza cierta y exclusivamente resarcitoria de la acción de responsabilidad.

El daño es el primer elemento que debe quedar claro en un proceso de responsabilidad y de no existir no tiene razón la persona de comparecer a la Sala Tercera, pues no tiene por qué ser favorecida con una condena a favor que no le correspondería, sino que iría a enriquecerla sin justa causa.

Por ello, el daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil.

De allí que, como señaló el profesor René Chapus, (en su obra Responsabilité publique et responsabilité privée; citado por Juan Carlos Henao en su obra El Daño) ‘sin perjuicio no hay responsabilidad’, y también nos dice el profesor Chapus que ‘la ausencia de perjuicio, es suficiente para hacer vano cualquier intento de comprometer la responsabilidad del Estado’.

Por lo anterior es que el daño constituye un requisito esencial de la obligación de indemnizar y si no se demuestra, no permite que se dé la responsabilidad estatal, por ello la ausencia de daño trae consecuencias negativas para quien intenta una acción en

un proceso de reparación, pues ésta no se puede declarar si el daño no se prueba.

El daño debe ser probado en el expediente por quien lo sufre, y es importante que lo haga conocer en el proceso.

El principio fundamental de la indemnización es el resarcimiento económico, pago o compensación de un daño o perjuicio causado, como se ha venido señalando pues, el daño es 'el lesionamiento, o menoscabo, que se ocasiona a un interés perturbado o agredido' (Martínez, Gilberto. Responsabilidad civil, Biblioteca Judicial, Octava Edición Bogotá, 1995, pág 18).

III. Nexo Causal

Antes de entrar a conocer en el proceso lo referente al nexo causal es importante que establezcamos su concepto, el cual se transcribe para su mejor ilustración: 'Puede suceder que una persona se haya comportado en forma ilícita y en forma paralela o simultánea un tercero haya sufrido un perjuicio.

En tales circunstancias, no existirá responsabilidad civil de quien se comportó en forma ilícita mientras dicha persona no haya sido la causante del perjuicio sufrido por la víctima.

En general, ésta es una exigencia de todo el mundo normativa, sea religioso, moral o jurídico. Uno solo responde por los efectos de su propia conducta. Este postulado, que no pareciera tener dificultad alguna, está sin embargo impregnado de problemas de tipo práctico y teórico; hasta el punto que los autores prefieren no extenderse demasiado en su análisis.

...

En tales circunstancias, existe tanto causalidad jurídica como causalidad física.' (Tamayo Jaramillo Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial Legis, Colombia, 2009, págs 248-249) El recurrente alega que los Correos y Telégrafos de Panamá, es responsable de los daños y perjuicios materiales y morales que alega fueron causados por dicha entidad al no entregarle una correspondencia procedente de Francia y enviarla de vuelta al remitente, lo que según alega, lo perjudicó en sus labores, pues se trataba de información actualizada que serviría para su ejercicio profesional.

Para determinar la responsabilidad de la Administración también resulta indispensable la existencia de un nexo causal entre el daño causado a la persona y la actuación de la Administración.

La Sala observa que, la secuencia de hechos que precedieron a la presente demanda contencioso administrativa de indemnización ponen de manifiesto el hecho que no existe prueba alguna que acredite que el demandante tiene derecho al monto de dinero que reclama por los supuestos daños y perjuicios materiales y morales que alega haber sufrido en sus

labores; ello se desprende de lo siguiente: **Mediante Nota AL-453-09 suscrita por la Jefa de Asesoría Legal, Encargada de la Dirección General de Correos y Telégrafos se solicita al Jefe de Inspección Postal, Caín Lasso, que investigara lo sucedido en torno a la devolución de un paquete de libros de Derecho provenientes de Francia, con destino al apartado...**

En el presente negocio, de acuerdo a lo antes expuesto y de acuerdo a las constancias procesales examinadas, esta Sala advierte primeramente que no se ha comprobado la existencia del daño que se reclama y menos aún que exista una relación de causalidad directa entre éste y la supuesta falla del servicio que alega el demandante, puesto que no se ha comprobado que el Estado sea por parte de los Correos y Telégrafos de Panamá responsable de haber brindado un servicio público defectuoso que haya podido ser objeto de indemnización.

En mérito de lo expuesto, 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 la Dirección de Correos y Telégrafos y el Estado panameño No Están obligados a pagarle a..., la suma de mil quinientos (B/.1,500.00) que reclama en concepto de daños y perjuicios materiales y morales, ocasionados por el mal funcionamiento de los servicios a ella adscritos.

...” (Cfr. La negrita es nuestra).

Por todo lo anterior expuesto la Superintendencia del Mercado de Valores no ha infringido los artículos 146, 151, 155 (numerales 1 y 2), 201 (numerales 1, 31 y 56) de la Ley 38 de julio de 2000 por omisión, toda vez que la misma aplica Ley Especial, es decir el Texto Único de la ley del Mercado de Valores, en relación a esta materia, en el caso de que existan vacíos como lo establece esta ley, entonces se aplicarán en lo que corresponda, la Ley 38 de 2000 del Procedimiento Administrativo en General, ha quedado evidenciado que la entidad ha cumplido con el procedimiento administrativo practicado por la Dirección de Investigaciones Administrativas y Régimen Sancionador de la Superintendencia del Mercado de Valores (DIARS), tal como lo señala nuestra Ley de Mercado de Valores sobre las etapas del procedimiento sancionador (Cfr. foja 74 del expediente judicial).

III. Actividad Probatoria.

En cuanto a la actividad probatoria del presente proceso, es necesario destacar la **escasa efectividad de los medios** ensayados por el demandante para demostrar al Tribunal la existencia de las circunstancias que constituyen el supuesto de hecho en que sustenta su acción de plena jurisdicción.

En tal sentido, se observa que a través del **Auto de Pruebas 192 de 3 de julio de 2019 y posteriormente confirmado por la Resolución de 27 de septiembre de 2019**, se admitieron como pruebas, los siguientes documentos: la copia autenticada de la Resolución SMV-595-2015 de 15 de septiembre de 2015, proferida por la Superintendencia del Mercado de Valores; la copia autenticada de la Resolución SMV-245-17 de 16 de mayo de 2017, dictada por la Superintendencia del Mercado de Valores; la Certificación de defunción del menor Gustavo Adolfo Gómez Jurado (Q.E.P.D.); la certificación expedida por Javier Correa Chiu, en su condición de Contador Público autorizado; el original del diario La Prensa, portada y página 6ª del Lunes 30 de abril de 2018 y original del diario La Prensa, del Lunes 9 de octubre de 2017 (Cfr. fojas 18, 28 a 35, 131, 140 a 144 del expediente judicial).

De igual manera, se admitió la prueba de Informe aducida por la parte actora y la Procuraduría de la Administración, consistente en la **copia autenticada del expediente administrativo** relativo al presente negocio jurídico, misma que fue solicitada a través del Oficio 2505 de 7 de noviembre de 2019, por la Sala Tercera (Cfr. foja 200 del expediente judicial).

Por otra parte, vale la pena indicar que no fueron admitidas, las pruebas testimoniales, documentales, de informe, las inspección judicial, periciales psicológicas y psiquiátrica propuestas por la recurrente (Cfr. fojas 170 a 173 del expediente judicial).

Por otra parte, en cuanto a la **prueba pericial de imagen**, la cual fue admitida a través del Auto 192 de 3 de julio de 2019, y que tenía como propósito determinar el grado de afectación social, económica y política a la imagen, decoro, reputación y honra que sufrió Carlo Javier Osorio Wald, tanto en el mercado nacional como el internacional como

consecuencia y producto de los hechos y omisiones incurridos por la Superintendencia del Mercado de Valores, estimamos pertinente referirnos al informe rendido por el psicólogo clínico Saúl Serrano Prados, **perito designado en representación de la entidad demandada**, quien al responder preguntas que le fueron formuladas, respondió que: *“...basándome en la entrevista y evaluación obtenidas se puede inferir, que en este momento, no se encontraron elementos contundentes que indiquen que exista un grado de afectación social, económico y político a la imagen, decoro, reputación y honra por parte de Carlo Javier Osorio Wald...”, Según el Sr. Carlo Osorio Wald menciona que la SMV efectuó una serie de investigaciones del cual producto de estos hechos y omisiones provocó afectaciones a su imagen nacional e internacional en diversas áreas. Sin embargo, no es el único estresor agudo vivenciado por el sr. Carlo Osorio en este momento, teniendo en cuenta que la información de Medios de Comunicación Masiva y comentario alusivos al sr. Carlo, está más relacionados a otros casos penales que lleva actualmente. Razón por la cual me resulta muy difícil demostrar, de manera objetiva y contundente, que producto de los hechos y omisiones de la SMV de la cual se demanda son causantes directo de la afectación que describe sobre su imagen personal.”; “Se puede observar en el discurso del Sr. Carlo Osorio un malestar subjetivo debido supuestamente al mal funcionamiento de los servicios públicos por los hechos y omisiones incurridos por la Superintendencia de Mercado de Valores del cual le ha afectado su imagen personal que está llevando en esta demanda, pero paralelamente existe una posible afectación a la imagen del cual se da por los más de 2 procesos penales que está llevando, en donde los medios de comunicación lo han presentado por más de tres años relacionados a los casos penales de *Financial Pacific*. Objetivamente no podemos afirmar que el malestar que presenta el Sr. Carlo esté directamente relacionado al proceso de este Demanda Contencioso-Administrativa...” (Cfr. fojas 222 y 223 del expediente judicial).*

Por otra parte, en cuanto a la **prueba pericial contable**, la cual fue admitida con el propósito determinar ¿a cuánto asciende los daños causados a Carlo Javier Osorio Wald,

como consecuencia de la Resolución SMV-595-2015 de 15 de septiembre de 2015, que ordenó una investigación formal en su contra, tomando en consideración su afectación, social, política y económica?, estimamos pertinente referirnos al informe rendido por el Contador Público Autorizado Alejandro Cuadra Cedeño, **perito designado en representación de la entidad demandada**, quien al responder preguntas que le fueron formuladas, respondió que: “...no podemos concluir en un monto de un Daño Material primeramente partiendo de la premisa que el perito no es la persona competente para determinar la existencia o no del mismo, sino que el Tribunal es quien debe determinar si se ha causado el supuesto daño, segundo punto a mencionar es que a la fecha no se ha comprobado el supuesto daño y entre los documentos revisados y analizados solo observamos la Certificación de Contador Público Autorizado firmada por el Licenciado Javier Antonio Correa Chiu...”; “Por otra parte, al no contar con documentación que refleje una disminución en la utilidad anual para los años 2014, 2015 y 2016 no es imposible determinar la existencia de un lucro cesante...” (Cfr. foja 217 del expediente judicial).


No obstante lo anterior, debemos señalar que **la citada prueba sirvió para que los peritos designados por las partes pudieran acreditar en el proceso lo que ya ha señalado esta Procuraduría en reiteradas oportunidades; es decir, que no se ha podido demostrar el supuesto perjuicio que alega el apoderado judicial del demandante en su demanda.**

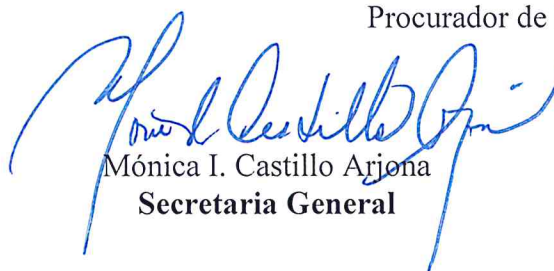
En cuanto a la supuesta vulneración de la honra señalada por el recurrente, este Despacho hace alusión a lo ya señalado por la entidad en su informe de conducta resaltando que: “...la Superintendencia del Mercado de Valores ha cumplido con el Debido Proceso..., resaltamos que el inicio del procedimiento establece una investigación formal, por lo tanto las personas antes mencionadas (Carlos Javier Osorio Wald y Teresa Sánchez de Abood), no son vinculados, ni procesados, ni indiciados como lo pretende señalar el (sic) demandante, por lo tanto no se le ha vulnerado la honra con esta

investigación, puesto que es una de las funciones a las que le compete realizar a la Superintendencia ante transacciones sospechosas de las que tuvo conocimiento en su oportunidad.” (Cfr. foja 48 y 49 del expediente judicial).

De la lectura de todo lo expuesto, **se infiere la importancia que tiene que el actor cumpla con su responsabilidad de acreditar su pretensión ante la Sala Tercera**, por lo que, en ausencia de suficientes elementos de prueba que den sustento a lo señalado en la demanda presentada por **Carlo Javier Osorio Wald**; esta Procuraduría solicita respetuosamente al Tribunal **sirva declarar que el Estado panameño**, por conducto de la Superintendencia del Mercado de Valores, **NO ES RESPONSABLE** por el supuesto deficiente funcionamiento del servicio público de administración de justicia alegada por el actor; y, en consecuencia, **NO ESTÁ OBLIGADO** a pagar la suma de dos millones de balboas (B/.2,000,000.00), en concepto de daños y perjuicios.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 792-18