

C-233

28 de agosto de 1996.

Su Excelencia
Nitzia R. de Villareal
Ministra de Comercio e Industrias
E. S. D.

Señora Ministra:

En el cumplimiento de nuestras funciones como asesores de los funcionarios de la Administración Pública, nos complace ofrecer respuesta a su Consulta; contenida en la Nota NQ. D.M.1275-96, fechada 31 de julio pasado.

En este Oficio, su Despacho presenta el siguiente cuestionamiento:

PRIMERA PREGUNTA:

"En el artículo 'primero del Decreto NQ.106 en referencia, no se establece cuál es el ente regulador de los fiduciarios, pero se deduce que es la Comisión Bancaria Nacional, y en el artículo 14 se señala que los fiduciarios deben registrarse ante la Comisión Nacional de Valores para que puedan actuar como administradoras.

Toda vez que el ente regulador de los fiduciarios es la Comisión Bancaria Nacional y que el artículo 22 exige que las personas que se dispongan administrar los fondos de cesantía deben registrarse como administradores en base a los requisitos exigidos por la Comisión Nacional de Valores y presentar ante su ente regulador (Comisión Bancaria Nacional), una solicitud de registro con cierta información que se detalla en este artículo, se crea un doble registro para estas empresas, lo que es contrario a la política de desburocratización que se promueve actualmente por parte del órgano Ejecutivo y obstaculiza la celeridad que se pretende en este tipo de trámite.

-Nuestra consulta consiste en conocer su opinión legal en cuanto a la interpretación de la referida norma legal y la situación de los entes fiduciarios".

Para la absolución de su pregunta, la dividiremos en dos: El Ente Regulador en el Fideicomiso de Cesantía y el Sistema de Registro, respectivamente.

1. EL ENTE REGULADOR EN EL FIDEICOMISO DE CESANTÍA.

A.- Antecedentes Normativos:

La Ley NQ.44 del doce (12) de agosto de 1995, por la cual se dictan normas para regularizar y modernizar las relaciones laborales, crea en su Capítulo Tercero, artículo 229a al 229n, la figura jurídica del Fondo de Cesantía, el cual garantiza el cumplimiento de las obligaciones obrero - patronales al cesar la relación de trabajo.

El Fondo de Cesantía creado por la Ley aludida, responde al negocio denominado Fideicomiso, el cual es regulado por la Ley NQ.1 del cinco (5) de enero de 1984 y el Decreto Ejecutivo NQ.16 del 13 de octubre del mismo año, a su vez modificado por el Decreto Ejecutivo NQ.53 del 30 de diciembre de 1985, que establece lo siguiente:

"Artículo 2: Para la aplicación del presente reglamento se establece por:

a. Fideicomiso: Acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que lo administre o disponga de ello en favor de un fideicomisario o beneficiario que puede ser el propio fideicomitente".

Por su parte, el Fondo de Cesantía, responde a un género específico del negocio de Fideicomiso, el cual es denominado Fideicomiso de Cesantía, definido en el Decreto Ejecutivo 106 de 26 de diciembre de 1995 de la siguiente forma:

"Fideicomiso de Cesantía: El contrato de fideicomiso que contempla los derechos y las obligaciones de los empleadores, de los trabajadores, y del fiduciario y describe la

política de inversiones del fondo de acuerdo a la ley y este decreto".

Es apreciable, en la definición, la existencia de tres elementos determinados en el fideicomiso antes expuesto, esos son: Las relaciones entre empleador - trabajadores con el fiduciario y la política de inversión.

B.- El Fiduciario:

Según el artículo primero del Decreto Ejecutivo NQ.106 de 1995, el fiduciario es:

"La persona autorizada mediante licencia fiduciaria, a través de la cual se constituyen los fondos de cesantía".

En la definición planteada, se colige que éste debe poseer una licencia fiduciaria, la cual extiende y autoriza la Comisión Bancaria Nacional, según queda establecido en el artículo 4 del Decreto Ejecutivo NQ.16 de 1984, mas ésto, no nos indica que la Comisión Bancaria Nacional sea el ente regulador de el fiduciario; en el Fideicomiso de Cesantía.

C.- El Ente Regulador:

El Decreto en examen, define la figura del ente regulador en su artículo primero, numeral 13 que expresa lo siguiente:

"Artículo Primero: Para efectos de este decreto y sus disposiciones complementarias se entenderá por:

1. ...
13. Ente Regulador: La Comisión Bancaria Nacional en el caso de bancos; la Superintendencia de Seguros y Reaseguros en el caso de compañías de seguros; y la Comisión Nacional de Valores en el caso de sociedades de inversión".

Apreciamos que el ente regulador, responde a la naturaleza de los negocios que desempeñan las diferentes instituciones.

Como se desprende de la acepción, el Decreto regula la figura del Ente Regulador, aunque no taxativamente para la figura del fiduciario; más en el contexto normativo, encontramos funciones que el anterior desempeña ante el fiduciario; es así como se presenta en los artículos décimo quinto y décimo séptimo del Capítulo V

(fideicomiso). La letra de los referidos artículos son del tenor siguiente:

"Artículo Décimo quinto: el Patrimonio neto del fiduciario no será inferior, en ningún momento, al cuatro por ciento (4%) del total de los fondos de cesantías que constituya, o al monto que le señale el ente regulador, cualquiera de los dos que sea mayor. El ente regulador verificará con la frecuencia que considere necesario el cumplimiento de este artículo". (El subrayado es nuestro).

"Artículo Décimo Séptimo: Son obligaciones de todo fiduciario:

1. ...
7. Presentar al ente regulador, dentro de los primeros tres (3) meses de cada año, un informe sobre los fondos de cesantía que hayan fideicomtido y el monto del patrimonio de cada uno de ellos". (El subrayado es nuestro).

D.- Conclusiones:

La normativa vigente que analizamos, nos lleva a concluir que en relación al Ente Regulador en el Fideicomiso de Cesantía, enfatizado en la figura del fiduciario, existe un ente regulador, que es la Comisión Bancaria Nacional, en el caso de los Bancos; la Superintendencia de Seguros y Reaseguros del Ministerio de Comercio e Industrias, en el caso de Aseguradoras y en caso de Sociedades de Inversiones, estará bajo la Comisión Nacional de Valores del Ministerio de Comercio e Industrias.

II.- Del Sistema de Registros:

A. Antecedentes:

El registro, según el profesor Enrique Sayagües Lasso, citado por Gustavo Penagos en su obra "El Acto Administrativo" señala que:

"Es el acto por el cual la administración anota en la forma prescrita por el hecho objetivo, determinados actos o hechos cuya realización se quiere hacer constar en forma auténtica.

El acto de registro puede hacerse de oficio, a petición de partes o de mandato de

autoridad competente, a veces facultativo; otras, obligatorio". (El Acto Administrativo, Gustavo Penagos., Quinta Edición., 1992. pág.132).

Bajo este tópico analizaremos el sistema de Registro establecido en el Decreto NQ.106 de 26 de diciembre de 1996:

B. El Registro del Fiduciario:

El fiduciario, no necesita según la disposición, registrarse; sin embargo, debe cumplir con los siguientes requisitos:

1.- Ser empresa autorizada por la Ley NQ.10 del 16 de abril de 1993; la normativa aquí expuesta, autoriza para los efectos:

- a.- Bancos de licencia general,
- b.- Compañías de Seguros, autorizadas para operar en el país,
- c.- Empresas con licencias fiduciarias, expedidas por la Comisión Nacional de Valores del Ministerio de Comercio e Industrias.

2.- Que las empresas arriba mencionadas, posean Licencia fiduciaria, esto quiere decir, que las mismas cumplan con los requisitos que señala el artículo cuatro (4) del Decreto NQ.16 de 3 de octubre de 1984, modificado por el Decreto NQ.53 del 30 de diciembre de 1985.

C.- El Registro de las Administradoras:

El artículo vigésimo segundo del Decreto Ejecutivo NQ.106 de 1995, establece los mismos requisitos a las administradoras que a los fiduciarios, en cuanto a que textualmente dice:

"Sólo las personas autorizadas en la ley 10 del 16 de abril de 1993 podrán actuar como administradoras".

Prosigue el citado artículo, estableciendo la necesidad de las empresas administradoras de registrarse como tal, en base a los requisitos establecidos por la Comisión Nacional de Valores.

Dicho registro se solicitará ante sus respectivos entes reguladores, así lo establece el artículo vigésimo tercero; donde los bancos, compañías de seguros, empresas fiduciarias y administradoras de fondos; cumplirán una serie de requisitos que señala el artículo prenombrado.

Otro aspecto relevante en cuanto al registro de las

administradoras de fondos, lo constituye lo establecido en el artículo décimo cuarto, que señala la posibilidad de que las empresas fiduciarias, se constituyan en administradora; siempre y cuando así lo establezca el contrato de fideicomiso y estén registradas como tales ante la Comisión Nacional de Valores.

El artículo antes descrito, señala otro mecanismo de registro distinto a lo establecido en los artículos vigésimo segundo y vigésimo tercero, para el registro de las administradoras.

Si bien es cierto, la Comisión Nacional de Valores del (MICI), es uno de los integrantes del mencionado Ente Regulador, ésta no está facultada para conocer de todas la empresas fiduciarias que quisieran ser administradoras.

D. Conclusiones:

El registro, es un acto administrativo con el propósito de autenticar un hecho determinado, más éste, debe procurar cumplir la función antes expuesta, evitando complejidades y burocratizaciones innecesarias.

Por tanto, consideramos que el artículo décimo cuarto del Decreto Ejecutivo Nº.106 del 26 de diciembre de 1995, crea un doble registro para las empresas bancarias y de seguros; que además de ser fiduciarios, quieran constituirse en administradoras. Esto debido a que su ente Regulador, es la Comisión Bancaria Nacional y la Superintendencia de Seguros y Reaseguros del MICI, respectivamente, y son éstas, según el artículo vigésimo tercero las encomendadas a registrar tales empresas administradoras.

SEGUNDA INTERROGANTE:

Se nos consulta sobre la posibilidad de que un Decreto Ejecutivo, imponga penas consistentes en prisión; además de la facultad que posee el Ente Regulador ante la situación de que se viole el contenido en la norma respectiva:

"Artículo Vigésimo Octavo: Ninguna persona que carezca de autorización para actuar como administradora podrá dedicarse a actuar como tal, ni presentarse como tal, ni dará a entender de manera alguna, que actúa o que puede actuar como administradora.

Las infracciones a este artículo serán sancionadas con prisión de 12 meses y multa de cien mil balboas (B/.100.000.00) a las personas responsables de dicha falta".

I. Antecedente Normativo:

Principio de "Nulla poena sine previa lege".

El derecho penal se fundamenta, en una serie de principios que lo constituyen en una institución sólida; uno de éstos es el denominado "Nulla poena sine previa lege". En su acepción más simple, entendemos de éste que no existe pena sin previa ley, o sea que la existencia de una pena, va a estar supeditada a la ley preexistente.

Este principio es reconocido en el artículo 31 de la Constitución Nacional que señala lo siguiente:

"Sólo serán penados los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado".

De lo expuesto cabe mencionar que dentro del orden jurídico señala Hans Kelsen, en su obra "Teoría Pura del Derecho":

"Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos extractos o supuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación, y por consecuencia la validez de una norma, está determinada por otra norma cuya creación, a su vez, ha sido determinado por una tercera norma".

Podemos colegir que el Decreto ejecutivo en mención, no satisface las necesidades jerárquicas doctrinales para constituir, dentro de su normativa, penas; tanto privativas de la libertad como pecuniarias.

Afianzamos esta posición, transcribiendo parte de la Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, del 6 de agosto de 1982, cuando se pronunció sobre la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo Nº.1 del 10 de enero de 1978, así:

"Todo acto que erija en delito una conducta deberá emanar de una ley, en su más estricto significado, o sea concretada por el poder Constitucionalmente instituido para legislar.

Por consiguiente, niega a los Decretos Ejecutivos la facultad de establecerlo".

II.- Conclusiones:

Señaladas las inobservancias por las cuales el Decreto Ejecutivo N.º.106 de 26 de diciembre de 1995, no es facultativo para sancionar, cabe hacer otra anotación de igual relevancia. Dicho instrumento jurídico reglamentario debe considerarse como legal, basado en el principio de presunción de legitimidad de las leyes y de otros actos de autoridad pública. Por lo tanto, mientras un tribunal competente no la declare inconstitucional o ilegal, el mismo tiene vigencia.

Por otro lado, el Bnte Regulador está llamado a fiscalizar y supervisar el buen desenvolvimiento y cumplimiento de la actividad normada por el referido Decreto ejecutivo. Es éste, el que debe velar por que el bien jurídico tutelado en el artículo vigésimo octavo no sea vulnerado, y está a su vez en la obligación de denunciar ante autoridades competentes cualquier infracción cometida contra la norma.

TERCERA PREGUNTA:

Se nos consulta también en relación a la discordancia que existe entre el artículo 35 del Decreto ejecutivo N.º.106 de 1995 y la Ley N.º.10 del 16 de abril de 1993, en lo dispuesto por su artículo 9.

I. Antecedentes Normativos:

El Decreto ejecutivo N.º.106 de diciembre de 1995, reglamenta los artículos 229a - 229n de la Ley 44 de doce (12) de agosto de 1995, el cual en su artículo 229n establece que:

"Para el manejo de las cotizaciones confiadas en fideicomiso, los administradores calificados la invertirán de acuerdo con las estipulaciones de la Ley 10 de 1993 y sus reglamentos, y desempeñará sus funciones siguiendo principios universales de diversificación de cartera y preservación de capital".

La Ley antes aludida, hace mención a que las inversiones de los fideicomisos de cesantía deberán hacerse de acuerdo a lo señalado por la Ley 10 de 1993, que establece en su artículo nueve (9) lo siguiente:

"Mientras la Comisión Nacional de Fondos de Jubilaciones y Pensiones no disponga lo contrario, no menos del treinta por ciento (30%) de los fondos captados por los planes deben ser invertidos en hipotecas, en

participaciones de hipotecas o bonos respaldados por garantías hipotecarias dentro del territorio nacional".

Queda así establecido que las compañías administradoras del Fondo de Cesantía, según lo dispuesto en la Ley 44 deberán invertir dichos fondos, según lo establecido en el artículo nueve (9) de la Ley 10 de 1993.

No obstante, el Decreto Ejecutivo N2.106 de 1995, señala que las administradoras de fondos de Cesantía, no están obligadas a mantener un mínimo de sus inversiones en los rubros mencionados en el artículo trigésimo cuarto, numerales 1, 2, 3 y 4; que para los efectos son los mismos que señala el artículo 9 de la Ley 10 de 1993.

II. La Potestad Reglamentaria:

Según el artículo 179 de la Constitución Nacional, numeral 14, se establece:

"Artículo 179. son atribuciones que ejerce el Presidente de la República con la participación del Ministerio respectivo:

1. ...

14. Reglamentar las leyes que requieren para su mejor cumplimiento, sin apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu".

Es éste el fundamento de la potestad reglamentaria que ejerce el Ejecutivo, mas ésta es una figura con ciertas limitaciones, debido a que en los casos de potestad reglamentaria reglada, constituyese ésta en una función cuasilegislativa del Ejecutivo, más sujeta a la primacía de la Ley.

III. Conclusiones:

Basado en lo antes expuesto, podemos concluir que el artículo trigésimo quinto del Decreto ejecutivo N2.106 de 1995 se aparta del texto de la Ley que pretende reglamentar. Por ende; sobrepasa la posibilidad que le brinda la Carta fundamental al Ejecutivo para que reglamentara la Ley 44 del doce (12) de agosto de 1995.

Sugerimosle, interponga sus buenos oficios, con tal de que se gestione la revisión de las disposiciones del Decreto Ejecutivo

Nº.106 de 26 de diciembre de 1995 que reglamenta lo pertinente al Fondo de Cesantía.

En espera de haber absuelto su Consulta con la mayor diligencia y esmero.

Atentamente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/eab/hf.