

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 027

Panamá, 11 de enero de 2016

Proceso de Inconstitucionalidad.

La Licenciada María Teresa Wald de Osorio, en representación de **Carlos Javier Osorio Wald**, demanda la inconstitucionalidad de una frase del **artículo 52 del Texto Único de 23 de febrero de 2012, que comprende el Decreto Ley 1 de 1999 y sus leyes reformativas, y el Título II de la Ley 67 de 2011.**

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Honorable Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Pleno.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración con respecto a la acción de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Frase acusada de inconstitucional.

A través de la acción que ocupa nuestra atención, el recurrente solicita que se declare inconstitucional la frase: ***“(salvo en el caso de que la actuación inmediata de la Superintendencia fuese necesaria para evitar un daño sustancial inminente e irreparable)”***, inserta en el artículo 52 del Texto Único de 9 de febrero de 2012, ordenado por la Asamblea Nacional, que comprende el Decreto Ley 1 de 1999 y sus leyes reformativas, y el Título II de la Ley 67 de 2011, *“Sobre el mercado de valores en la República de Panamá y la Superintendencia del Mercado de Valores”*, publicado en la Gaceta Oficial 26,979-A de 23 de febrero de 2012; norma cuyo texto íntegro es del tenor siguiente:

“Artículo 52. Suspensión y revocación de licencia y otras medidas. Mediante resolución del superintendente y según lo amerite la gravedad de cada caso, la Superintendencia podrá (A) suspender o revocar la licencia concedida a una casa de valores, a un asesor de inversiones, a un ejecutivo principal, a un corredor de valores o a un analista, (B) restringir las transacciones en valores que una casa de valores, un asesor de inversiones, un ejecutivo principal, un corredor de valores o un analista pueda realizar, (C)

prohibir que un ejecutivo principal, un corredor de valores o un analista tenga asociación alguna con una casa de valores o con un asesor de inversiones y/o (D) amonestar a una casa de valores, a un asesor de inversiones, a un ejecutivo principal, a un corredor de valores o a un analista, siempre que, después de darle aviso a la parte afectada y la oportunidad de ser escuchada (**salvo en el caso de que la actuación inmediata de la Superintendencia fuese necesaria para evitar un daño sustancial inminente e irreparable**), la Superintendencia determine que dicha persona:

1. Presentó a la Superintendencia una solicitud de licencia que contenía información falsa o engañosa en algún aspecto de importancia o que omitía información de importancia;

2. Con conocimiento del hecho, presentó a la Superintendencia informes o documentos que contenían información falsa o engañosa en algún aspecto de importancia o que omitían información de importancia, o dejó de presentar a la Superintendencia información correctiva una vez que se hubiere percatado de la inexactitud en la información previamente presentada a la Superintendencia;

3. Dejó de cumplir con alguno de los requisitos exigidos para el otorgamiento de la correspondiente licencia;

4. Entró en proceso o estado de liquidación voluntaria, disolución, insolvencia, intervención, reorganización, liquidación forzosa, concurso de acreedores, quiebra o en un proceso similar;

5. Cometió prácticas deshonestas o contrarias a la ética en la industria bursátil;

6. Dejó de fiscalizar adecuadamente a sus directores, dignatarios o empleados, como lo requieren este Decreto Ley y sus reglamentos; o

7. Violó o incumplió las disposiciones de este Decreto Ley o sus reglamentos que le sean aplicables o las reglas internas de las organizaciones autorreguladas a que pertenezca.” (Cfr. páginas 35-36 de la Gaceta Oficial 26,979-A de 23 de febrero de 2012 y fojas 3-4 del expediente judicial) (Lo destacado es la frase acusada de inconstitucional).

II. Disposiciones constitucionales que se aducen infringidas.

El demandante aduce que la frase acusada infringe los artículos 4, 17, 22 y 32 de la Constitución Política de la República, los cuales dicen así:

“Artículo 4. La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional.”

“Artículo 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que

incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.”

“**Artículo 22.** Toda persona detenida debe ser informada inmediatamente y en forma que le sea comprensible, de las razones de su detención y de sus derechos constitucionales y legales correspondientes.

Las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa. Quien sea detenido tendrá derecho, desde ese momento, a la asistencia de un abogado en las diligencias policiales y judiciales.”

“**Artículo 32.** Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria.”

III. Cargos de inconstitucionalidad y concepto de la Procuraduría de la Administración.

El actor señala que la frase “...**(salvo en el caso de que la actuación inmediata de la Superintendencia fuese necesaria para evitar un daño sustancial inminente e irreparable)**...”, inserta en el artículo 52 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, vulnera el artículo 4 del Estatuto Fundamental; ya que, a su juicio, desconoce garantías judiciales contempladas en el artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, tales como la presunción de inocencia y el debido proceso (Cfr. fojas 4-5 del expediente judicial).

También indica, que la expresión en mención es violatoria del artículo 17 del mismo cuerpo normativo, porque permite que el Superintendente del Mercado de Valores no cumpla con las obligaciones de sujetarse al ordenamiento jurídico constitucional y legal, y de asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

Igualmente afirma, que la frase acusada contraviene los artículos 22 y 32 de nuestra Carta Magna, relativos, en su orden, al derecho de presunción de inocencia y al principio del debido proceso; puesto que, en su opinión, sobre la base de una amplia discrecionalidad y sin haber iniciado, ni mucho menos, culminado una investigación formal; inclusive, in oída parte, se faculta al referido Superintendente para adoptar una serie de medidas, entre éstas, la suspensión o revocatoria de licencias otorgadas (Cfr. fojas 6-7 del expediente judicial).

Previo al concepto que esta Procuraduría emitirá en relación con los anteriores cargos de inconstitucionalidad, consideramos necesario hacer algunas acotaciones sobre el contexto del cual emerge la frase acusada, de manera tal que ello nos permita comprender mejor el verdadero sentido y alcance de la misma.

Desde esta óptica, se observa que la expresión demandada está inserta en el artículo 52 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, el cual tiene como precedente el artículo 25 del Decreto Ley 1 de 1999 *“Por el cual se crea la Comisión Nacional de Valores y se regula el Mercado de Valores en la República de Panamá”*, cuerpo normativo éste cuyo principal objetivo era *“regular, supervisar y fiscalizar el mercado de valores para así fomentar y fortalecer su desarrollo como una actividad financiera relativamente nueva en el país y en toda la región y **proporcionar seguridad jurídica a todos los actores y miembros del mercado de capitales, evitando situaciones y circunstancias que impidan el desarrollo de un mercado moderno.**”* (OLIVARDÍA, Jorge Alexander. Aspectos Básicos del Mercado de Valores en Panamá. Publicación Oficial de la Comisión Nacional de Valores. Primera Edición. Impreso en ciudad de Panamá, República de Panamá. Septiembre, 2005. Páginas 16-17) (La negrilla es nuestra).

En aras de dar cumplimiento a ese objetivo y, de manera particular, **garantizar a los operadores del mercado de valores el profesionalismo de los intermediarios financieros**, entre éstos, casas de valores, corredores de valores, asesores de inversiones, se advierte que el Decreto Ley 1 de 1999, en el Título III, Capítulo I, artículos 23-26, regulaba aspectos concernientes a las licencias obligatorias para ejercer el negocio de casa de valores o de asesor de inversiones, tales como los requisitos para su otorgamiento, y la suspensión, revocatoria y cancelación voluntaria de dichas habilitaciones especiales; temas que, en términos similares, están contemplados en el Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, específicamente en el Título II, Capítulo I, artículos 50-53 (Cfr. páginas 21-23 de la Gaceta Oficial 23,837 de 10 de julio de 1999 y 34-36 de la Gaceta Oficial 26979-A de 23 de febrero de 2012).

Luego de analizar el contenido íntegro de dichas normas, este Despacho se percata que el artículo 52 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, dentro del cual está inserta la frase

acusada de inconstitucional, establece las medidas que el Superintendente del Mercado de Valores podrá adoptar **cuando se determine que una casa de valores, un asesor de inversiones, un ejecutivo principal, un corredor de valores, o un analista ha presentado una solicitud de licencia que contiene información falsa o en la que ha omitido información importante; ha presentado informes o documentos que contienen información falsa o en los que se ha omitido información importante; ha dejado de cumplir con alguno de los requisitos exigidos para el otorgamiento de la correspondiente licencia; ha entrado en estado de liquidación voluntaria, disolución, insolvencia, intervención, reorganización, liquidación forzosa, concurso de acreedores, quiebra o en un proceso similar; ha cometido prácticas deshonestas o contrarias a la ética en la industria bursátil; ha dejado de fiscalizar adecuadamente a sus directores, dignatarios o empleados, como lo requieren el Decreto Ley 1 de 1999 y sus reglamentos; y ha violado las disposiciones contenidas en estos últimos cuerpos normativos** (Cfr. páginas 35-36 de la Gaceta Oficial 26,979-A de 23 de febrero de 2012 y fojas 26 y su reverso del expediente judicial).

Según el citado artículo, **cuando concurra alguno de estos supuestos el Superintendente podrá adoptar las siguientes medidas:** suspender o revocar la licencia concedida a una casa de valores, a un asesor de inversiones, a un ejecutivo principal, a un corredor de valores, o un analista; restringir las transacciones en valores que éstos puedan realizar; prohibir que los mismos tengan asociación con una casa de valores o con un asesor de inversiones; y/o amonestar a dichas personas (Cfr. página 35 de la Gaceta Oficial 26,979-A de 23 de febrero de 2012 y foja 26 del expediente judicial).

De igual manera, el artículo 52 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, contentivo de la expresión demandada, establece cuál es el procedimiento especial a seguir para la aplicación de las mencionadas medidas. Concretamente, del mismo se desprende que **éstas serán impuestas, mediante una resolución del Superintendente, dependiendo de la gravedad del caso, después de darle aviso a la parte afectada y la oportunidad de ser escuchada** (Cfr. página 35 de la Gaceta Oficial 26,979-A de 23 de febrero de 2012 y foja 26 del expediente judicial).

No obstante, de la referida norma también se infiere una **excepción a dicho procedimiento especial, únicamente, en lo que se refiere a la indicación de darle aviso a la parte afectada y la oportunidad de ser escuchada; excepción que sólo opera cuando la actuación inmediata de la Superintendencia fuese necesaria para evitar un daño sustancial inminente e irreparable** (Cfr. página 35 de la Gaceta Oficial 26,979-A de 23 de febrero de 2012 y foja 26 del expediente judicial).

En otras palabras, **la referida norma dispone que el Superintendente podrá adoptar cualquiera de las medidas contempladas en el artículo 52 del texto legal en mención, sin correrle traslado a la parte afectada, siempre y cuando ello sea necesario para evitar un daño sustancial, inminente e irreparable, pero esta decisión, según se desprende de la citada disposición, debe encontrarse debidamente motivada, esto es, constar en una resolución en la que de manera clara y precisa se expongan las razones de hecho, de Derecho y la valoración de las pruebas que conducen a la adopción de alguna de las medidas mencionadas; lo que, a nuestro juicio, **garantiza el principio de motivación de los actos administrativos**, el cual, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, es uno de los elementos integrantes del **debido proceso**, consagrado en el artículo 32 de nuestra Carta Magna, citado en el II apartado de esta Vista Fiscal.**

Así, la Sala Segunda, de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a la importancia de la motivación de las resoluciones judiciales, en Sentencia de 29 de enero de 2001, expuso un criterio que resulta aplicable a los actos administrativos, al manifestar lo siguiente:

“El apartado titulado Fundamentos de la decisión, es medular en toda resolución judicial, en él se van a consignar los elementos probatorios que llevan al tribunal a tomar su decisión y el valor asignado a los mismos.

La observancia del principio de la fundamentación constituye una garantía en el Estado democrático de derecho, ya que obliga al ente jurisdiccional a plasmar en sus autos y sentencias las razones que motivaron su pronunciamiento.

Destaca la doctrina lo siguiente: **‘el deber de motivación de las resoluciones judiciales no sólo ha de alcanzar los fundamentos legales de la decisión, sino que ha de extenderse a la declaración de hechos probados. La exposición de las razones que han conducido al juez o tribunal a formar su convicción constituye el único medio de comprobar la**

utilización de las reglas de la sana crítica o del criterio racional en la apreciación de la prueba... (El Proceso Penal: Entre el garantismo normativo y la aplicación inquisitorial, coordinado por Sonia NAVARRO SOLANO, Ilanud, San José, 1992, p. 101).

Nuestra Constitución Política consagra en el artículo 32 lo siguiente...

De dicha norma, **la Corte ha reconocido que se desprende la garantía constitucional del debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva. Pese a que la misma no hace referencia al principio de fundamentación, de la frase 'conforme a los trámites legales' se infiere que el juzgador está obligado a motivar sus decisiones.** (Lo resaltado es de este Despacho).

Como parte de la garantía constitucional del debido proceso, también se constata que la resolución emitida por el Superintendente, mediante la cual se adopte cualquiera de las medidas contempladas en el artículo 52 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, **debe ser debidamente notificada a la parte afectada (principio de publicidad de los actos administrativos), quien, a su vez, podrá impugnar dicha decisión a través de los recursos procedentes (principio de contradicción)**, tal como lo establece el artículo 22 del citado cuerpo normativo, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 22. Recursos contra las decisiones del superintendente. **Las resoluciones del superintendente y las emitidas en virtud de delegación de autoridad admitirán el recurso de reconsideración, sin perjuicio de los recursos que corresponden en la vía contencioso-administrativa. Además admitirán el recurso de apelación ante la Junta Directiva.** Para interponer cualquiera de estos recursos se dispondrá de un término de cinco días hábiles siguientes a su notificación. La resolución que decide el recurso de apelación agotará la vía gubernativa.

Es potestativo del recurrente interponer el recurso de apelación, sin interponer previamente el recurso de reconsideración.” (Lo destacado es de esta Procuraduría).

En consecuencia, al examinar el artículo 52 del Texto Único de la Ley de Mercado de Valores, en concordancia con el artículo 22 del mismo texto legal, se colige que todo el que se sienta afectado con una de las medidas contempladas en la primera de las normas citadas, **podrá interponer los recursos de reconsideración ante el Superintendente, y/o el de apelación ante la Junta Directiva de esa entidad, y luego del agotamiento de la vía gubernativa tendrá acceso a**

la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través de una demanda de plena jurisdicción; escenario ante el cual es evidente que la ley suministra a aquél los mecanismos necesarios para que pueda ejercer su derecho de defensa frente a un acto de la Administración, lo que resulta conforme al principio del debido proceso.

Por otra parte y contrario a lo argumentado por el actor, estimamos que la frase acusada, inserta en el artículo 52 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, obedece precisamente a **la función de tutela o de protección que se deriva de lo establecido en el artículo 17 del Estatuto Fundamental, según el cual las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales donde quiera que se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción.**

Por consiguiente, en opinión de este Despacho, **cuando el artículo 52 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores permite que el Superintendente del Mercado de Valores, de manera discrecional e in oída parte, pueda adoptar una serie de medidas, entre éstas, la suspensión y revocatoria de las licencias otorgadas a una casa de valores, a un asesor de inversiones, a un ejecutivo principal, a un corredor de valores, o un analista, lo hace con el exclusivo propósito de evitar un perjuicio notoriamente grave para los operadores del mercado de valores; es decir, un daño sustancial inminente e irreparable que puede sobrevenir si el ente regulador no actúa de manera inmediata; circunstancia ante la cual surge la imperiosa necesidad de aplicar con carácter de urgencia las referidas medidas, de tal suerte que se garantice la protección al público inversionista; precepto que, según el autor panameño Jorge Alexander Olivardía, se considera de interés público y constituye uno de los principios básicos de la correcta regulación y fiscalización de los mercados de valores. Veamos:**

“La protección al público inversionista no está contemplada en el Decreto Ley de Valores como una atribución específica de la Comisión, no obstante, puede inferirse a lo largo de dicha norma, **que es una prioridad para la regulación, que los inversionistas estén debidamente protegidos, condicionando en numerosas ocasiones las decisiones de la Comisión a la existencia de ‘peligro inminente al público inversionista’.**

Cada día es más fácil tener acceso de forma individual a plataformas de negociación, compra y venta de valores a través de

Internet, sin embargo de igual forma el mercado es cada vez más complejo y especializado, asimismo **cada día son más frecuentes los intentos de estafas y fraudes por personas inescrupulosas que buscan acceder a la confianza de personas incautas y poco conocedoras.**

La protección de los inversionistas es considerada de interés público (a efectos de los mercados), situación que obliga a los reguladores a buscar un correcto equilibrio entre una intervención pública que permita cumplir con el objetivo de protección a los inversionistas sin que ello implique una disminución de la eficiencia y libertad de las operaciones en los mercados.” (La negrilla es nuestra) (OLIVARDÍA, Jorge Alexander. Aspectos Básicos del Mercado de Valores en Panamá. Publicación Oficial de la Comisión Nacional de Valores. Primera Edición. Impreso en ciudad de Panamá, República de Panamá. Septiembre, 2005. Páginas 170-171).

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el mercado de valores en la República de Panamá representa uno de los pilares estratégicos más importantes que sostiene a nuestro sistema financiero, eje y motor del crecimiento y desarrollo nacional, resulta claro que, **para brindar a los capitalistas la impresión que se trata de un mercado en el que puede invertir con algún grado de seguridad jurídica, es necesario el establecimiento de reglas de juego claras y eficientes que eviten potenciales distorsiones, manipulaciones y otras conductas prohibidas en el mercado de valores, tal como es el caso del artículo 52 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, en el cual, a fin de evitar un perjuicio notoriamente grave para los inversionistas, se faculta al Superintendente para que adopte una serie de medidas inmediatas, pues, la demora en la decisión del ente regulador frente a situaciones tan puntales como las anteriormente indicadas, ocasionaría riesgos mayores que los que se producirían si se hubiese actuado de forma inmediata, como lo regula la norma en comento.**

Visto lo anterior, este Despacho es del criterio que la frase acusada: “...*(salvo en el caso de que la actuación inmediata de la Superintendencia fuese necesaria para evitar un daño sustancial inminente e irreparable)*...”, inserta en el artículo 52 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, no infringe las garantías fundamentales de presunción de inocencia y del debido proceso, consagradas, respectivamente, en los artículos 22 y 32 de la Constitución Política de la República; ni el principio de Pacta Sunt Servanda recogido en el artículo 4 del mismo cuerpo normativo; y tampoco

el deber de las autoridades de la República de proteger los bienes de los nacionales y los extranjeros bajo su jurisdicción, establecido en el artículo 17 constitucional; puesto que, tal como ya se ha dicho, **la expresión demandada tiene como sustento la función de tutela o de protección prevista exactamente en esta última norma de rango superior, y la necesidad de propiciar la seguridad jurídica de todos los participantes del mercado de valores y de garantizar la protección de los derechos de los inversionistas, sin perder de vista que la misma opera en un contexto en el que se exige a la Administración la motivación del acto administrativo y se garantiza a la parte afectada su derecho de defensa, tanto en la vía gubernativa, como en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.**

En abono a lo expuesto, estimamos pertinente anotar que en la Sentencia de 3 de septiembre de 2002, la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, declaró que no es inconstitucional la frase corredor de valores inserta en el artículo 284 del Decreto Ley 1 de 1999; oportunidad en la cual ese Tribunal también se refirió al artículo 25 del mismo cuerpo normativo, que en la actualidad corresponde al artículo 52 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, dentro del cual está inserta la frase acusada de inconstitucional, indicando lo siguiente:

“La Comisión Nacional de Valores, es la entidad facultada para expedir, suspender, revocar y cancelar las referidas licencias, de conformidad con el artículo 8, numeral 3 en concordancia con el **artículo 25 del citado Decreto.**

...

La concesión de una licencia, permiso o autorización para el ejercicio o desempeño de un oficio o actividad, no es absoluto, sino que está sujeto a las reglamentaciones legales y para su mantenimiento o vigencia requiere del cumplimiento de dichas disposiciones, este es el caso de los Corredores de Valores, ya que el Decreto-Ley 1 de 1999, faculta a la Comisión Nacional de Valores para suspender, revocar o cancelar dichas licencias, si el beneficiario deja de cumplir con alguno de los requisitos exigidos para el otorgamiento de la respectiva licencia (**Art. 25, numeral 3 del Decreto-Ley 1 de 1999**).

...” (Lo resaltado es de este Despacho).

De la lectura de la jurisprudencia citada, se desprende que la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, al declarar la constitucionalidad del artículo 284 del Decreto Ley 1 de 1999, relativo a la entrada en vigencia de dicho cuerpo normativo, se fundamentó, entre otras disposiciones legales, en el artículo 25 del mismo texto legal, el cual, reiteramos, corresponde al artículo 52 del Texto Único de

la ley del Mercado de Valores, dentro del cual está inserta la frase acusada de inconstitucional en la demanda en estudio; postura que, en nuestra opinión, refuerza el criterio que hemos emitido en torno a la constitucionalidad de la expresión demandada.

Por las consideraciones previamente expuestas, solicitamos a los Miembros de esta Alta Corporación de Justicia se sirva declarar que **NO ES INCONSTITUCIONAL la frase: “...(salvo en el caso de que la actuación inmediata de la Superintendencia fuese necesaria para evitar un daño sustancial inminente e irreparable)...”**, inserta en el artículo 52 del Texto Único de 9 de febrero de 2012, ordenado por la Asamblea Nacional, que comprende el Decreto Ley 1 de 1999 y sus leyes reformativas, y el Título II de la Ley 67 de 2011, “Sobre el mercado de valores en la República de Panamá y la Superintendencia del Mercado de Valores”; ya que no infringe los artículos 4, 17, 22 y 32 ni algún otro de la Constitución Política de la República.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente1259-15-I