

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1483

Panamá, 30 de diciembre de 2016.

**Proceso Contencioso Administrativo
de Nulidad.**

**Concepto de la Procuraduría
de la Administración.**

La firma forense Morgan y Morgan, actuando en nombre y representación de **Seguros BBA, Corp.**, solicita que se declare, nula, por ilegal, la Circular 026-2013, de 9 de mayo de 2013, emitida por el **Superintendente de Seguros y Reaseguros de Panamá**, y para que se hagan otras declaraciones.

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 numeral 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en **interés de la ley** en el proceso descrito en el margen superior.

I. Acto acusado de ilegal.

La firma forense Morgan y Morgan, actuando en nombre y representación de la sociedad **Seguros BBA, Corp.**, solicita que se declare, nula, por ilegal, la Circular 026-2013, emitida por el Superintendente de Seguros y Reaseguros de Panamá, a través del cual se dispuso que de conformidad al numeral 5 del artículo 207 de la Ley 12 de 3 de abril de 2012, no menos del cincuenta por ciento (50%) del exceso de las reservas sobre el capital mínimo y las reservas libres se continuaran reportando como partes de las reservas que deben invertirse en el país, a partir del primer trimestre del 2013. Los montos a reportar en estas reservas serán los presentados en el Balance de Reservas e Inversiones al 31 de marzo de marco de 2012, las cuales se deberán mantener de forma permanente a partir de dicho periodo (Cfr. fojas 33 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

La demandante manifiesta que los actos acusados, vulneran las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 12 (numeral 9), 207 (numerales 1, 2, 3, 4, 5) y 306 de la Ley 12 de 3 de abril de 2012, los cuales refieren las funciones técnicas del Superintendente, la conformación transitoria de las reservas técnicas y que la implementación de la Ley se realizará mediante acuerdos desarrollados en la Junta Directiva de la Superintendencia (Cfr. foja 8-12 del expediente judicial y las páginas 10, 71 y 103 de la Gaceta Oficial 27007-A de 3 de abril de 2012).

B. Los artículos 9 y 24 de la Ley 6 de 22 de enero de 2002, cuyos textos señalan que las instituciones del Estado están obligadas a tener disponible de forma impresa, en sus sitios de internet y a publicar periódicamente la información actualizada y respecto a la participación ciudadana en las decisiones administrativas y sus modalidades (Cfr. fojas 13-14 del expediente judicial y las páginas 6 y 10 de la Gaceta Oficial 24476 de 23 de enero de 2002).

C. Los artículos 36 y 52 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, los cuales establecen los casos en que se incurre en vicios de nulidad (Cfr. fojas 14-16 del expediente judicial y la página de la Gaceta Oficial 24109 de 2 de agosto de 2000).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Antes de analizar los cargos de infracción referidos en líneas anteriores, debemos señalar que el demandante solicitó la suspensión provisional de los efectos de la Circular 026-2013, emitida por el Superintendente de Seguros y Reaseguros de Panamá, a través de la cual se dispuso que no menos del cincuenta por ciento (50%) del exceso de las reservas sobre el capital mínimo y las reservas libres se continuaran reportando como partes de las reservas que deben invertirse en el país, a partir del primer trimestre del 2013; ello es así, toda vez que, a su juicio, el acto administrativo atacado crea afectaciones claras a la propiedad privada de las empresas que componen el sector seguros, al exigir exceso de reservas no contempladas en la Ley y al haberse suscrito un acuerdo por una persona sin facultades, a través de una circular que es un acto que carece de valor normativo, sin participación ciudadana y sin publicación, lo que ha vulnerado la integridad del ordenamiento jurídico; en tal sentido, la Sala Tercera luego de evaluar las situaciones en las que procede la suspensión provisional en las demandas de nulidad y analizados los argumentos de la parte actora, decidió acceder a la medida de suspensión, ya que del examen del artículo 31 de la ley

59 de 1996, derogada por la Ley 12 de 2012, el mismo señalaba lo siguiente: *"no menos del cincuenta por ciento (50%) del exceso del capital de las compañías de seguro sobre el capital mínimo señalado en el artículo 16 y de las reservas libres, deberá también ser invertido en el país en la misma forma dispuesta en el artículo 29"*; en tal sentido, concluyó que la Circular 26-13 de 9 de mayo de 2013, proferida por el Superintendente de Seguros y Reaseguros de Panamá, carece de la apariencia del buen derecho y puede afectar directamente el capital de las compañías reguladas del sector seguro, al estar sustentada en una norma que fue derogada (Cfr. foja 43 del expediente judicial).

Que la disconformidad de la sociedad demandante radica en que, según ésta, el acto impugnado vulnera la jerarquía normativa, ya que es contrario a las Leyes y Decretos, de igual forma señala que dicha acto administrativo, es decir, la Circular 26-13 de 9 de mayo de 2013, acusada de ilegal, contempla un requisito establecido en una norma que fue derogada y además fue emitida por el superintendente cuando dicha facultad recae sobre la Junta Directiva de esa entidad financiera (Cfr. foja 8 del expediente judicial).

Antes de desarrollar nuestro criterio, cobra importancia resaltar, la teoría sobre la eficacia y validez de los actos administrativos, según anota el jurista Jaime Orlando Santofimio, cito: ***"El fenómeno de la validez es el resultado de la perfecta adecuación sumisión y cumplimiento de la elaboración y expedición del acto administrativo, a los requisitos y exigencias consagradas en las normas superiores. En otras palabras, se predica que un acto administrativo es válido desde el mismo momento en que éste se adecúa perfectamente al molde de las exigencias abstractas del ordenamiento jurídico y del Derecho."*** (SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Acto Administrativo - Procedimiento, eficacia y validez 2da. edit. Universidad Externado de Colombia, 1994. pág. 233).

La doctrina también destaca los planteamientos del jurista Olgún Juárez, de quien el Doctor Santofimio hace referencia en su obra y señala que *"Los actos son válidos cuando han sido emitidos en conformidad a las normas jurídicas, cuando su estructura consta de todos los elementos que les son esenciales... es decir la validez supone en el acto la concurrencia de las condiciones requeridas*

por el ordenamiento jurídico.” (OLGUIN JUÁREZ, Hugo A., Extinción de los actos administrativos; revocación, invalidación y decaimiento. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961, pág. 21).

Bajo la tesis doctrinal expuesta en los párrafos que anteceden, consideramos oportuno señalar que el artículo 206 de la Ley 12 de 3 de abril de 2002 dispone lo siguiente: **“Constitución de Reservas.** *Las aseguradoras que operen en la República de Panamá, deberán constituir en su pasivo las reservas técnicas que en todo momento deben ser respaldadas con activos admitidos. Los activos admitidos estarán afectos exclusivamente a tales reservas será considerado como un gasto deducible en la determinación de la renta neta gravable.”*

Partiendo de la premisa anterior, nos corresponde analizar el cumplimiento o no de los requisitos establecidos en el procedimiento de la entidad demandada para dichas acciones, **a fin de determinar si se configura algún vicio de nulidad respecto a la emisión del acto administrativo impugnado.**

Sobre el particular, la norma sobre la cual se fundamenta el acto acusado refiere el numeral 5 del artículo 207 de la Ley 12 de 3 de abril de 2002, el cual citamos a fin de analizar los supuestos legales que lo constituyen:

“Artículo 207: Conformación transitoria de las reservas técnicas: las reservas técnicas a que se refiere el artículo anterior se conforman de la siguiente manera:

...

5. Reservas indicada en casos específicos por la Superintendencia, cuando esta lo juzgue necesario para el funcionamiento de las compañías de seguros y que garanticen el resguardo del interés público.” (Lo resaltado es nuestro).

En este punto, es preciso señalar que si bien uno de los argumentos de la sociedad demandante es la aludida falta de fundamento o sustento jurídico en materia de las reservas en comento, se puede desprender claramente del artículo citado que aunque no se establece el porcentaje tácito, como el dispuesto en el acto acusado de ilegal, lo cierto es que dicha norma sugiere la posibilidad de crear de manera transitoria reservas técnicas cuando la Superintendencia lo juzgue necesario, lo que, a nuestro juicio, permite la apertura a la discrecionalidad para la conformación de tales reservas.

En ese orden de ideas, este Despacho también advierte que otro de los cargos de infracción atribuidos al acto impugnado es **la carencia de la facultad del Superintendente para emitir dicha reserva, en tal sentido pasaremos a evaluar los presupuesto legales para la constitución de este tipo de medidas de supervisión.**

El Título V denominado "Supervisión" de la Ley 12 de 2002, dispone en su Capítulo I denominado "Aspectos Generales" que el objetivo de la supervisión de seguros es proteger a los contratantes, los asegurados y los beneficiarios de pólizas, y promover la transparencia del mercado de seguros. Así señala que para ello, **la Superintendencia adoptará medidas de supervisión tendientes a prevenir y mitigar los riesgos de la actividad aseguradora**, a fin de anticiparse a situaciones de insolvencia.

En concordancia con la norma transcrita, observamos que el Capítulo II del Título V de la Ley 12 de 2002, desarrolla "Reservas e Inversiones", así, el numeral 5 del artículo 207, objeto de estudio, **establece la conformación transitoria de reservas técnicas en casos específicos cuando la Superintendencia lo considere necesario.**

Que como quiera que el artículo en el cual se fundamenta el acto acusado señala que **es la Superintendencia quien debe juzgar necesaria la emisión de una reserva técnica y toda vez que ésta es el organismo colegiado la cual está conformada por una Junta Directiva, un Superintendente de Seguros y Reaseguros y un Subdirector de Seguros y Reaseguros**, tal como establece el artículo 6 de la Ley 12 de 2002, **somos del criterio que el Superintendente de manera individual carecía de facultad para emitir dicha reserva.**

Veamos las facultades del Superintendente tal como se consagran en el artículo 12 de la Ley bajo análisis:

"Artículo 12. Funciones técnicas del superintendente. Serán funciones de carácter técnico del superintendente, además de las señaladas específicamente en otros artículos de esta Ley, las siguientes:

1. Fortalecer y fomentar las condiciones propicias para el desarrollo de la industria de seguros y reaseguros en general y un mercado de seguros inclusivo.

2. Publicar o difundir entre las personas supervisadas los procedimientos para cumplir los requisitos de esta Ley o sus reglamentos, así como los criterios administrativos técnicos o jurídicos e

interpretaciones que sobre la presente Ley o sus reglamentos emita la Superintendencia o los reglamentos que adopte la Junta Directiva.

3. Elevar a la Junta Directiva para su autorización las solicitudes que se formulen ante la Superintendencia, conforme a esta Ley, para operar en la República de Panamá como aseguradora.

4. Autorizar, negar o suspender las licencias para el ejercicio de actividades supervisadas, excepto de aseguradora, así como cancelar las inscripciones, conforme a las disposiciones de esta Ley, y conducir o prescribir las actividades que propicien la mayor idoneidad y capacidad de las personas supervisadas.

5. Aplicar las sanciones que procedan de acuerdo con las disposiciones de esta Ley.

6. Velar para que todas las personas supervisadas cumplan las normas legales y reglamentarias a que están sujetas, debiendo ejercer para ello el más amplio control y seguimiento, ejecutando la fiscalización mediante inspecciones de sus actividades, operaciones y negocios.

7. Velar y exigir que las aseguradoras establecidas o que se establezcan en el país mantengan siempre el capital mínimo pagado requerido por esta Ley.

8. Determinar y velar que las aseguradoras cumplan con los indicadores de solvencia y liquidez requeridos, y que el capital pagado se ajuste a los requerimientos de dichos indicadores.

9. Cuidar y exigir que todas las personas supervisadas mantengan sus reservas y garantías que requieran de conformidad con esta Ley.

10. Proponer a la Junta Directiva con base en esta Ley y su reglamentación la solicitud de reorganización, transferencia de cartera, liquidación forzosa y cancelación de las licencias de las aseguradoras.

11. Decidir y ordenar la regularización y toma de control administrativo y operativo de las aseguradoras, en los casos en que sea necesario.

12. Exigir que las personas supervisadas cumplan las disposiciones legales y reglamentarias sobre gobierno corporativo, prevención del delito de blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y lavado de activos, así como sancionar las infracciones e incumplimientos de estas, en el ámbito de su competencia.

13. Publicar periódicamente estadísticas amplias sobre el desenvolvimiento de las operaciones de las personas supervisadas.

14. Velar para que las personas supervisadas suministren a los contratantes información veraz y suficiente sobre los contratos de seguros ofrecidos.

15. Ejercer la facultad de inspeccionar, comprobar e investigar, cuantas veces lo estime conveniente, las operaciones comerciales y prácticas profesionales de las personas supervisadas, y podrá, para estos efectos, examinar sus libros y archivos, ordenar correcciones y ajustes, solicitar y obtener balances, estados financieros, memorias e informes y, en general, realizar las gestiones y actuaciones sean necesarias para garantizar el cumplimiento de esta Ley.

16. Informar a todas las personas supervisadas el resultado de las inspecciones practicadas.

17. Admitir, dar seguimiento y pronunciarse sobre las quejas o reclamos presentados por los contratantes, asegurados, beneficiarios y terceros con un interés legítimo que aleguen que alguna de las personas supervisadas ha violado alguna norma de esta Ley en su perjuicio. Las

decisiones que al respecto adopte la Superintendencia tendrán carácter vinculante.

18. Promover la celebración de convenios, acuerdos de cooperación e intercambios de información con otros organismos nacionales e internacionales, que puedan fomentar el mejoramiento de las actividades supervisadas. 19. Elaborar, desarrollar y publicar estudios, investigaciones y estadísticas sobre materias de su competencia.

20. Conocer y resolver los recursos de reconsideración presentados contra las resoluciones dictadas por la Superintendencia.

21. Actuar, de oficio o a solicitud de parte interesada, cuando tenga conocimiento de que alguna persona natural o jurídica esté infringiendo esta Ley, y dar traslado a las autoridades competentes. 22. Realizar los actos y adoptar las medidas necesarias que se deriven de su condición de autoridad de regulación y supervisión y que resulten pertinentes, de conformidad con el principio de estricta legalidad, esta Ley y su reglamentación, para el cumplimiento de sus fines y la debida tutela del interés público.

23. Proponer las fórmulas para el cálculo de los márgenes de solvencia y liquidez de las aseguradoras para la consideración de la Junta Directiva.

24. Dictar la adopción de medidas necesarias para que las personas naturales y jurídicas supervisadas cumplan las disposiciones legales y reglamentarias sobre prevención del delito de blanqueo de capitales.

25. Presentar las acciones penales en los casos que corresponda."

Como podemos apreciar **ninguna de las facultades técnicas del Superintendente, descritas en el párrafo anterior, le dotan de competencia para que de manera unilateral pueda conformar reservas para el funcionamiento de las compañías de seguros que garanticen el resguardo del interés público, según lo dispone el numeral 5 del artículo 207 de la Ley 12 de 2012, pero cabe añadir que aún cuando hubiese estado facultado, que no es el caso, también debía constar la necesidad de dicha reserva bajo las consideraciones de la Superintendencia, lo que no se advierte en el caso en estudio.**

Para una mejor aproximación de nuestra opinión jurídica, respecto a la carencia de facultad unilateral del Superintendente para la creación de reservas técnicas que inferen de manera directa con el funcionamiento de todas las compañías de seguro, resaltamos el texto del artículo 306 de la Ley 12 de 2012, el cual dispone que **las disposiciones de dicha Ley se desarrollarán mediante acuerdos de la Junta Directiva, la cual es el ente superior jerárquico de la Superintendencia.**

Tal como mencionamos en el párrafo que antecede, la Junta Directiva de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros de Panamá es el ente superior jerárquico de dicha

entidad y de conformidad con el artículo 17 de la Ley 12 de 2002, dicha Junta actuará como máximo órgano de consulta, regulación y fijación de políticas generales, razón por la que, consideramos que la implementación o regulación de una **reserva técnica debe ser emitida por la Junta y no de manera individual por el Superintendente.**

A manera de conclusión consideramos importante advertir las facultades de la Junta Directiva de conformidad con la ley en examen:

“Artículo 20. Funciones. Como ente superior jerárquico de la Superintendencia, corresponderá a la Junta Directiva el ejercicio de las siguientes atribuciones:

1. Discutir, aprobar y modificar el presupuesto anual de ingresos, gastos e inversiones de la Superintendencia.
2. Decidir la reorganización y liquidación forzosa, así como la cancelación de las licencias de las aseguradoras.
3. Conocer, resolver y decidir las apelaciones promovidas contra las resoluciones y actuaciones del superintendente.
4. Aprobar normas de carácter general para que las empresas aseguradoras y reaseguradoras adopten y pongan en práctica reglas sobre gobierno corporativo, conforme a principios y estándares internacionales.
5. Aprobar normas generales para la identificación y supervisión de grupos económicos de los cuales las personas supervisadas forman parte.
6. Aprobar normas de aplicación general sobre valoración de activos y pasivos, sobre transferencias de cartera y fusión de empresas aseguradoras y reaseguradoras.
7. Aprobar normas de aplicación general sobre transferencia de cartera y fusión de las sociedades de corretaje de seguros, corredores de reaseguros y las sociedades de ajustadores de seguros y/o inspectores de averías.
8. Aprobar el diseño y la ejecución de sistemas, programas preventivos y correctivos para el control y supervisión de las personas naturales y jurídicas establecidas en esta Ley.
9. Aprobar la adopción de medidas necesarias para que las personas naturales y jurídicas supervisadas cumplan las disposiciones legales y reglamentarias sobre prevención del delito de blanqueo de capitales, así como sancionar las infracciones e incumplimientos es estas, en el ámbito de su competencia.
10. Aprobar el código de ética aplicable a los funcionarios de la Superintendencia.
11. Emitir opinión previa en el dictamen de las reglamentaciones de las disposiciones de esta Ley.
12. Promover actividades en concordancia con esta Ley que estimulen el crecimiento de la industria de seguros a nivel nacional e internacional.
13. Asesorar al superintendente y orientar su gestión.
14. Evaluar los informes trimestrales de desempeño en el desarrollo de las funciones del superintendente y la ejecución de los programas y proyectos de la Superintendencia.

15. Trazar la política de la Superintendencia, sus metas y objetivos.

16. Actualizar o modificar los montos a que hacen referencia los artículos 41, 236 y 251.

17. Evaluar, aprobar, rechazar o modificar las fórmulas para el cálculo de los márgenes de solvencia y liquidez de las aseguradoras que presenta a su consideración el superintendente.

18. Evaluar, aprobar, rechazar o aplazar la aprobación de solicitudes de licencia para ejercer como aseguradora y reaseguradora.

19. Reglamentar mediante acuerdo de sus miembros las disposiciones técnicas de esta Ley.

20. Ampliar o excluir de la lista del artículo 53 productos de seguros, riesgos y/o coberturas de la comercialización a través de los canales de comercialización.


21. Aprobar las contrataciones mayores de cincuenta mil balboas (B/.50,000.00).

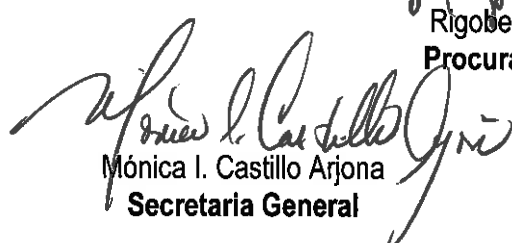
22. Ejercer las demás que le señale la ley."

Claramente se puede advertir de la lectura del artículo anterior que los verbos rectores que atribuyen las facultades a la Junta Directiva como ente superior jerárquico de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros de Panamá, implican decisión y aprobación de políticas generales, entre otros aspectos, de allí que a juicio de este Despacho, luego de un exhaustivo análisis de las normas que regulan la materia de seguros y reaseguros, consideramos que el Superintendente no estaba facultado para emitir dicha reserva técnica de forma unilateral y en consecuencia al acto emitido se le configura un vicio de nulidad.

De lo antes expuesto y, a juicio de las consideraciones previas, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **ES ILEGAL la Circular 026-2013, de 9 de mayo de 2013**, emitida por el Superintendente de Seguros y Reaseguros de Panamá.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General