

Panamá, 13 de octubre de 2004.

Licenciada
Delia Cárdenas
Superintendente de Bancos
E. S. D.

Señora Superintendente:

A continuación brindo respuesta a su nota SB-DJ-048-A113-2004 de 8 de septiembre de 2004, referente a la interpretación del artículo 131 del Decreto-Ley No.9 de 26 de febrero de 1998, "Por el cual se reforma el régimen bancario y se crea la Superintendencia de Bancos"; referente a la prelación de los acreedores durante el proceso de intervención bancaria.

Cuestión de Hecho.

Los hechos en los cuales se informa la presente consulta administrativa son los siguientes:

1. Durante el proceso de intervención bancaria forzosa, las personas (depositantes) que cuenten con depósitos de cinco mil balboas o menos, tendrán derecho a que se les cancele sus créditos con cierta preferencia.
2. El valor monetario del quantum o cantidad por recibir, podrá ser actualizado por la Superintendencia de Bancos.
3. El parámetro o criterio definido por la regulación bancaria, para hacer dicha actualización, es el Índice de Precios al Consumidor (IPC).
4. Aquel criterio de determinación del valor del dinero depositado: el IPC, suele no ser del todo ajustado a los intereses de los pequeños depositantes.
5. Hoy en día la Superintendencia de Bancos "estima conveniente que para introducir, mayor estabilidad al sistema bancario", "promover la confianza pública en el sistema bancario", y además, "velar porque se mantenga la solidez y eficiencia" del

sistema; la Superintendencia debe revisar el monto dinerario tendiente a la cancelación del crédito bancario en liquidación, con fundamento en otros criterios distintos al IPC.

6. Entendemos, desde la perspectiva de la consultante, que el medio para lograr aquellos loables objetivos regulatorios, sería una suerte de interpretación extensiva del segundo párrafo del artículo 131 del Decreto-Ley 9 de 1998. Esto en el sentido de que, el IPC sea una mera referencia a uno de los métodos de actualización del monto a pagárseles a los pequeños depositantes-acreedores.

Interrogante.

Al pie de la letra, “AD PEDEM LITTERAE”, se nos pregunta:

“Requerimos determinar si para actualizar el monto indicado en el artículo 131 (del decreto-Ley 9 de 26 de febrero de 1998), sólo debe efectuarse en virtud del índice de precios al consumidor, o por el contrario, si dicha frase sólo es una referencia que podría utilizarse para la actualización del monto”.

Cuestión de Derecho.

La cuestión de derecho por tratar es: el carácter jurídico del modelo regulatorio en materia bancaria y la intervención del Estado en esta materia.

Normativas jurídicas específicas por interpretar.

Desde nuestra óptica las normas que habría que tener de presente son las siguientes:

1. En la Carta Política

“**ARTICULO 17:** Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales donde quiera 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”.

“**ARTICULO 18.-** Los particulares sólo son responsables ante la autoridad por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas”.

“**ARTICULO 44:** Se garantiza la propiedad privada adquirida con arreglo a la Ley por personas jurídicas o naturales”.

“ARTICULO 45: La propiedad privada implica obligación para su dueño por razón de la función social que debe llenar.

Por motivos de utilidad pública o de interés social en la Ley, puede haber expropiación mediante juicio especial e indemnización”.

2. En el Decreto-Ley 9 de 1998

“Artículo 5. Funciones de la Superintendencia. La Superintendencia tendrá, además de los otros que le señale este Decreto-Ley, los siguientes fines:

1. Velar porque se mantenga la solidez y eficiencia del sistema bancario.
2. Fortalecer y fomentar condiciones propicias para el desarrollo de Panamá como centro financiero internacional.
3. Promover la confianza pública en el sistema bancario y velar porque los Bancos que lo integran mantengan coeficientes de solvencia y liquidez apropiados para atender sus obligaciones.
4. Evitar que las personas no autorizadas conforme a este Decreto-Ley ejerzan el Negocio de Banca.
5. Velar porque los Bancos tengan procedimientos adecuados que permitan la supervisión y control de sus actividades a escala nacional e internacional, en estrecha colaboración con los Entes Supervisores Extranjeros, si fuera el caso.
6. Sancionar las violaciones de este Decreto-Ley”.

“Artículo 120. Comparecencia de Depositantes y otros Acreedores a la Liquidación. La resolución que decreta la liquidación requerirá a los depositantes y demás acreedores que comparezcan al Banco a presentar sus acreencias. Dichos depositantes y acreedores podrán comparecer en cualquier momento hasta tanto el liquidador dicte el informe de que trata el artículo siguiente, término éste que en ningún caso será menor de treinta (30) días calendarios. No obstante, la falta de comparecencia no afectará los créditos cuya existencia prueben los registros del Banco”.

“Artículo 127. Orden de Prelación. Salvo lo dispuesto en otros artículos de este Decreto-Ley, los créditos contra la masa de la liquidación serán pagados en el siguiente orden:

1. Créditos de carácter laboral.
2. Créditos de la Caja de Seguro Social en concepto de cuotas obrero patronales de los empleados del Banco.

3. Créditos de carácter tributario con el Tesoro Nacional o los Municipios, así como tasas por servicios públicos que preste el Estado.
4. Los depósitos de que trata el artículo 131 de este Decreto-Ley.
5. Los demás depósitos y otros créditos.

Los créditos comprendidos dentro de cada una de las categorías anteriores se pagarán a prorrata. Cada categoría excluye a las otras según el orden establecido en el presente artículo hasta donde alcancen los bienes del Banco.

No son aplicables a los Bancos las preferencias o prelación establecidas por leyes especiales”.

“Artículo 136. Normas Legales Aplicables. Los Bancos que se encuentren en proceso de liquidación al entrar a regir el presente Decreto-Ley se registrarán por el Decreto de Gabinete N°238 de 2 de julio de 1970 y demás disposiciones que lo reformen o adicionen”.

“Artículo 140. Aplicación de la Ley 29 de 1996. En materia de protección al consumidor o usuario de los servicios bancarios, se aplicarán las disposiciones pertinentes de la Ley 29 del 1 de febrero de 1996, en cuanto no contradigan lo dispuesto en el presente Título. En cuanto sean aplicables, dichas disposiciones se interpretarán en el ámbito administrativo y se aplicarán en todo caso de conformidad con las normas y principios establecidos en el presente Título.

La Superintendencia tendrá la potestad de desarrollar las disposiciones del presente capítulo, de fijar el sentido, alcance e interpretación de las normas contenidas en el mismo. Igualmente le corresponderá a la Superintendencia, velar porque las normas vigentes en materia de protección al usuario de los servicios bancarios sean cumplidas en los contratos bancarios”.

En cuanto al artículo 131 del Decreto-Ley 9 de 1998, se nos consulta “respecto de la interpretación y alcance del último párrafo del artículo 131 del Decreto-Ley 9 de 26 de febrero de 1998”. Veamos el premencionado texto legal.

“ARTÍCULO 131. PREFERENCIA EN EL PAGO DE DEPÓSITOS.

Aquellos depósitos de cinco mil balboas (B/.5,000.00) o menos pertenecientes a personas naturales se pagarán con preferencia a los demás depósitos, según se contempla en el artículo 127 anterior. A los efectos del reconocimiento de esta prelación se sumarán los depósitos que una misma persona natural tenga en un mismo banco.

Cuando lo estime conveniente, la Superintendencia podrá revisar el monto indicado en el párrafo anterior para actualizarlo, atendiendo al Índice de Precios al Consumidor”.

OPINIÓN JURÍDICA

De observar con detenimiento la cuestión de derecho, deberíamos reconocer que el tema guarda relación con saber si la Administración, puede interpretar de manera extensiva o amplia, las normas relativa a los créditos privilegiados, en la fase de liquidación forzosa de naturaleza bancaria.

Con todo y la buena intención administrativa de atender los derechos de los pequeños depositantes de fondos, al tratarse la materia del reconocimiento de créditos privilegiados, la Administración pareciera quedar sujeta al texto de la normativa. Veamos:

Carácter jurídico del modelo regulatorio en materia bancaria y la intervención del Estado en esta materia.

i. Prelación de Créditos.

Según se deja ver del artículo 131 del Decreto-Ley 9 de 1998, la materia tratada es la determinación del lugar que, para efecto de recibir pago, corresponde a los pequeños créditos: los depósitos de cinco mil balboas o menos; durante el proceso de intervención y ulterior liquidación bancaria. O sea, que este privilegio se sustenta en los diversos tipos de acreedores, privilegiando a los pequeños depositantes.

En este sentido, se observa que en la segunda parte del artículo 131 del Decreto-Ley 9 de 1998, que el valor del dinero de los pequeños depósitos podrá ser ajustado, en el sentido de su actualización respecto del poder de adquisición que representa, en virtud del índice de precios al consumidor.

ii. El criterio de actualización del valor de los pequeños depósitos.

Tradicionalmente se define este criterio de determinación del valor monetario como, el promedio ponderado de los bienes de un conjunto específico de bienes y servicios consumidos por las familias, conocido como la canasta básica o de mercado, el cual es convertido a una serie de tiempo que relaciona los precios de un periodo con los precios de otro periodo. Las ponderaciones se basan en la importancia relativa que las familias asignan al gasto, de acuerdo al nivel de sus ingresos¹.

Así las cosas el valor del dinero, como referente de la intermediación en el proceso de cambio, lo define la ley en razón de su poder de satisfacción de las necesidades básicas

¹ **Conceptos de uso común en economía, por M.C. José Trinidad de la Rosa Villorin.**
<http://server2.southlink.com.ar/vap/dinero.htm>

o elementales. En este sentido, el valor del dinero es medido en términos de los bienes de primera necesidad que puede comprar, es decir, de su poder de consumo.

Y es que, la demanda nominal de dinero, es la cantidad de balboas que quieren tener los individuos y las empresas. Dado que el dinero se tiene para comprar bienes y servicios, la cantidad nominal de dinero demandada varía cuando varían los precios. Por lo que la demanda de dinero es una demanda de saldos reales, es decir, el valor de las posesiones de dinero medido en función de su poder adquisitivo y éste se mide por la cantidad de bienes que pueden comprarse con él².

Por lo antes indicado se deja ver que el legislador, al momento de propiciar la actualización de las sumas de dinero que han de ser devueltas a los pequeños depositantes; fijó un método de valoración directo y específico: el índice de precios al consumidor.

Ahora bien, con todo y el lenguaje del legislador, deberíamos saber si a la Superintendencia o al Liquidador, le está permitido interpretar la norma (el segundo párrafo del artículo 131 del Decreto-Ley 9 de 1998) de manera tan amplia, que puedan incorporar otros criterios o métodos de determinación del valor del dinero a pagar a los pequeños depositantes.

iii La Superintendencia está sometida al derecho formal.

La incidencia de la actuación estatal en la posición jurídica de los particulares o administrados puede ser positiva o negativa., en función de los permisos legales que tenga.

En el primer supuesto, la actividad administrativa puede consistir tanto en la creación EX NOVO de derechos y facultades, que el ciudadano no tenía.

La contrapartida es obviamente los actos desfavorables, los cuales limitan los derechos o delimitan sus contenidos. Este conjunto de facultades limitativas, tradicionalmente son agrupadas en el llamado Poder de Policía de la Administración. Una condición fundamental de esta actuación es que, siempre requiere encuadrarse en una serie de principios y reglas de derecho, dentro de los que se encuentra el principio de razonabilidad.

² Por: Elsy Camino Mézquita.

<http://www.gestiopolis.com/canales/economia/articulos/44/mercadodinero.htm>

iv El principio de razonabilidad del acto administrativo

En este sentido, una forma de la conducta administrativa que despoja de razón el proceder de los funcionarios, es la violación de la igualdad al introducirse en los actos de control, factores no legales de discriminación, que atribuye a ciertos agentes económicos situaciones de ventajas que no se conceden a otras personas, que se encuentran en idénticas o similares condiciones objetivas.

Vista así las cosas, en el centro del principio de razonabilidad se encuentra la necesaria competencia administrativa objetiva que impide la creación de limitaciones sin fundamento normativo expreso, aun cuando éste pueda derivarse de la norma conforme a las reglas de especialidad.

La justificación de este principio pluricomprendivo de razonabilidad reposa en lo dispuesto en los artículos 17, 18, 44 y 45 de la Carta Política. Según estas normas toda persona (natural o jurídica) ha de tener libertad y aptitud para desarrollarse, correspondiendo a la Administración la facultad de "intervenir" "sólo" en casos en que el actuar privado se devenga en un abuso del derecho. En este supuesto se torna imprescindible, que tal limitación provenga siempre del ordenamiento positivo, no siendo discrecional, la elección de la conducta limitativa.

En igual sentido se lee del contexto del Decreto-Ley 9 de 1998, que la Superintendencia es una personería jurídica, y por tanto, como entidad descentralizadas del orden nacional con autonomía administrativa y patrimonial, sujetas al régimen jurídico de la ley que las crea, y en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos.

v Principio de garantía patrimonial

Ya en la transcripción de las normas aplicables la presente consulta, hemos visto lo establecido en los artículos 44 y 45 de la propia Carta Política, normas estas que le dan sustento jurídico al principio de garantía patrimonial.

Esta es regla general de derecho constitucional panameño y por virtud de ella, los particulares tiene derecho a mantener la integridad del valor económico de su patrimonio, frente a las privaciones singulares de que pueden ser objeto de parte de la Administración; siempre y cuando, dichas privaciones supongan una ruptura de los principios de legalidad y de igualdad ante los cargos públicos.

Y precisamente el ordenamiento jurídico constitucional sustenta, según hemos visto, las reglas de derecho de que los particulares que se encuentran en igualdad de condiciones, no deben ser alterados en sus derechos de propiedad, salvo legislación expresa en contrario.

Ahora bien, ¿esas garantías de igualdad, razonabilidad y respeto al patrimonio privado, tienen algo que ver con la operación de liquidación bancaria, y más específicamente, con la determinación del valor de los depósitos de los pequeños ahorristas?

vi **En el caso de los créditos privilegiados, ¿cuál es la regla general de derecho?**

De conformidad con la doctrina más autorizada, el proceso liquidatorio presenta las siguientes características:

- a. Es objetivo: porque comprende todo el patrimonio realizable del deudor, sin la individualización que caracteriza a los procesos ejecutivos.
- b. Subjetivo: actúan como demandantes todos los acreedores del deudor titulares de derechos patrimoniales.
- c. Procesal: porque atrae y consolida a un solo conductor todos los procesos ejecutivos que se estén adelantando contra el deudor.

De igual manera, el trámite de liquidación forzosa u obligatoria, está basada en los principios de *par conditio omnium creditorum*, es decir, de igualdad de trato entre todos los acreedores; universalidad patrimonial y prelación de créditos, de conformidad con la ley.

En este orden de ideas, al ver la figura de la liquidación forzosa de créditos (ya sean bancarios o comerciales), debemos saber que ella se sustenta en el hecho de que la legislación ha sentado la premisa fundamental de que el crédito, al ser un derecho subjetivo, está identificado como especie dentro de los derechos patrimoniales, por tanto, esta resguardado por la garantía constitucional establecida en los artículos 44 y 45. Por tanto, la tutela del crédito no es una mera expectativa jurídica (creditoria). Es, al decir de García Maynes³ “un derecho subjetivo”, por lo cual otorga al acreedor un verdadero “señorío”.

A su vez, según ya se ha dicho, ese derecho subjetivo que es el crédito, tiene fundamento en principios jurídicos muy importantes, entre los cuales se encuentra el principio “*par conditio omnium creditorum*”.

vii **Principio “*par conditio omnium creditorum*”**

Ciertamente, con relación a los procedimiento del concurso de acreedores y la quiebra (antecedentes genéricos de la liquidación bancaria) hay un principio, nacido del derecho

³ García Maynes, Eduardo., Derecho Subjetivo, Enciclopedia Jurídica Omega., Editorial Bibliografía Argentina, Tomo VIII, página 273.

romano que aún tiene fundamental importancia: la *par conditio creditorum*, que figura en el Digesto No.42,8,6,7- y en la Constitución de Ulpiano No.66, bajo estas reglas: “*neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, quum iam par conditio omnium creditorum facta esset*”. Establecido en materia de fraude a los acreedores que, después de decretado el embargo, debe existir una **efectiva igualdad de los acreedores**, de modo que ninguno de ellos se adelante a recibir un pago en perjuicio de los demás.

Con la expedición del Decreto-Ley 9 de 1998, se recogen una serie de principios que gobiernan el trámite de liquidación, entre ellos el llamado *par conditio omnium creditorum*, según el cual **todos** los acreedores del deudor admitido o convocado a un trámite concursal, concurren a éste en igualdad de derechos, oportunidades, cargas y deberes (sustanciales y procesales), obteniendo de parte de la ley y del Juez del concurso, igual tratamiento como garantía de sus intereses particulares, sin perjuicio, claro está, de que se detente alguna de las causas legales de preferencia, conforme a lo establecido en el artículo 127 y siguientes del Decreto-Ley 9 de 1998.

En efecto, el actual derecho de liquidación forzosa bancaria (ver artículos 120, 121, 122, 126, 127 del Decreto-Ley 9 de 1998)⁴, tal principio, como decíamos, es de fundamental importancia ya que, la igual condición de los acreedores una vez declarada la apertura del concurso, garantiza un pago justo y proporcional de cada uno de los créditos. Es, además, el fundamento de las acciones revocatorias en el concurso cuando los actos fraudulentos realizados por el deudor tienden a favorecer a uno o varios de sus acreedores, alterando las normas de justicia distributiva que presiden el procedimiento.

Así pues, si vemos con detenimiento la cuestión planteada en la presente consulta, la norma general está redactada en el artículo 127 del Decreto-Ley 9 de 1998, en el sentido de que, todos los acreedores tiene igual derecho de participar de la liquidación de los créditos bancario; salvo que se encuentren listados en la enumeración del mentado artículo. Esto se desprende del lenguaje normativo al establecerse: “ **salvo lo dispuesto en otros artículos de este Decreto-Ley los créditos contra la masa de la liquidación serán pagados en el siguiente orden:...**”

viii ¿Cómo se interpreta la normativa de excepción?

A este respecto nos parece indispensable recordar el aforismo latino, “EXCEPTIO EST STRICTISSIMAE INTERPRETARIOIS”, por vía de éste, no es dable pensar en la interpretación y menos en la aplicación amplia o generalizada de la norma excepción.

⁴ Ver entre otros referentes los artículos 1790, 1791, 1802, 1834 del Código Judicial; 1565, 1568, 1570 del Código de Comercio (Ley N°2 de 22 de agosto de 1916, publicada en la Gaceta Oficial N°2,418 de 4 de septiembre de 1916).

Ahora bien, cuando el operador del derecho, el juzgador tiene frente a sí, la interpretación de una norma, no sólo debe analizar la norma en cuestión, sino que debe confrontar la norma a interpretar con las demás normas que versan sobre la materia, en busca de un análisis integral. Veamos.

Si bien el artículo 131 del Decreto-Ley No.9 de 26 de febrero de 1998, establece taxativamente como se actualiza el monto indicado, es decir, a través de Índice de Precios al Consumidor (IPC); no obstante, el mismo Decreto-Ley estipula en su artículo 140, **que en materia de protección al consumidor o usuario de los servicios bancarios, se aplicarán las disposiciones pertinentes de la Ley 29 del 1 de febrero de 1996, en cuanto no contradigan lo dispuesto en dicha normativa.**

Por otro lado, el artículo 140 expresa que **la Superintendencia tendrá la potestad de desarrollar las disposiciones de dicha materia, fijar el alcance e interpretación de las normas contenidas en el mismo.** Igualmente enuncia que dicha dependencia, es decir, la Superintendencia de Bancos velará porque las normas vigentes en materia de protección al usuario de los servicios bancarios sean cumplidas en los contratos bancarios.

La reflexión que precede basta para explicar que toda norma que plantea una excepción, debe ser vista, interpretada y ejecutada respecto de todo su contexto y no aisladamente, sin que eso implique que la interpretación se aparte de la Ley o bien se extienda más allá de lo que la Ley ordena. Esto es así, ya que tenemos que hacer una interpretación integral, y para ello no podemos dejar ninguna norma por fuera, so pretexto de efectuar una evaluación casuística, pues el Derecho es un todo y las instituciones, figuras y las normas jurídicas que lo conforman son parte de un sistema jurídico, donde se conjugan y relacionan entre sí, como es el caso de lo planteado en la presente consulta.

En la situación estudiada, se plantean dos reglas generales, a saber:

Por un lado, la primera regla general aplicable es: que todos los acreedores tienen derecho a participar con igualdad en la repartición o liquidación de sus créditos. Esta regla tiene su excepción en el caso de los acreedores con privilegios o preferencia, dentro de los cuales se encuentran los pequeños depositantes.

La segunda regla es que, la forma de determinación del valor de los depósitos de los pequeños depositantes es, por medio del criterio de actualización denominada Índice de Precios al Consumidor (IPC), conjugándola con la protección al usuario o consumidor de los servicios bancarios, tal como lo dispone el artículo 140 del Decreto-Ley 9 de 1998,

En este orden de ideas, a uno de esos acreedores privilegiados: los pequeños depositantes, se le ha fijado una forma de determinación del valor de sus créditos, pero que a su vez debe tomarse en cuenta las disposiciones de la Ley 29 de 1996 sobre

protección al consumidor, en cuanto no le sean contrarias, y evidentemente en el caso que nos ocupa, se complementan, por lo que sería dable darle otra forma de valoración en base a criterios, que precisamente consoliden el derecho de aquellos, cuyos depósitos bancarios sean de menos de 5 mil balboas (B/5.000.00) de generación precaria, es decir, de excepción.

CONCLUSIÓN

1. La interpretación que haga la Superintendencia de Bancos, relativa al artículo 131 del Decreto-Ley No.9 de 26 de febrero de 1998, debe darse de manera integral, en donde se haga un análisis no sólo de dicho precepto legal, sino de todas aquellas que guarden relación con ella, tal como lo ordena el artículo 140 del mismo Decreto-Ley No.9 de 1998.
2. Dicha interpretación, alcance y aplicación de lo preceptuado en el artículo 131, objeto de la consulta, debe de proteger el bien jurídico más importante dentro del proceso de la liquidación obligatoria, como es la igualdad de los acreedores, y por tanto dicha entidad pública deberá pagar los depósitos pequeños, con fundamento en la actualización que haga la Superintendencia, sin menoscabar los derechos del resto de los acreedores, dentro de los parámetros legales establecidos para dichos efectos.

Con la pretensión de haber colaborado con su despacho, quedo de usted muy, atentamente,

Original : Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Firmado } Procuradora de la Administración

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/hf.