

Panamá, 19 de noviembre de 2002.

Doctor

Carlos A. Barsallo P.

Comisionado Presidente de la
Comisión Nacional de Valores

E. S. D.

Con agrado le brindo mi parecer jurídico a su "*Consulta Administrativa* identificada CNV-AL-71-02, relacionada a la aplicación de las atribuciones especiales de la Comisión Nacional de Valores (en lo sucesivo la C.N.V) de sancionar con multa administrativa a las personas que incumplan o violen el Decreto Ley 1 de 1999.

De antemano es importante reconocer que la presente respuesta llega con un retraso injustificable y que ciertamente no es merecedor de orgullo alguno, antes bien, le solicitamos nos dispense.

Antecedentes.

1. En las investigaciones que adelanta la CNV en su calidad de ente regulador de y fiscalizador de la buena marcha del mercado bursátil, se le concede acceso a las partes involucradas. Es decir, se permite que las personas investigadas tengan acceso a la información relativa a dichas investigaciones.
2. La normativa hace una advertencia clara a los funcionarios de la CNV, en el sentido de prohibir a terceras personas (no involucradas en las investigaciones) el acceso a informaciones de la cual no sean parte.
3. Si los funcionarios no cumplieran con dicha prohibición podría ser incluso destituidos.
4. No obstante existir sanción concreta a los funcionarios, la normativa, no establece de manera clara un tipo especial de sanción, a las personas (partes) que hacen uso indebido de aquella información, y ponen en riesgo la buena marcha de las investigaciones y medidas regulatorias de la CNV
5. Hoy en día se presenta la posibilidad de sancionar a las personas que de manera ilegítima y desleal divulgan informaciones que por su carácter legal de reservadas, no estarán accesibles a terceros.

6. La sanción que se pretende aplicar es la multa administrativa, establecida en el artículo 208 del Decreto Ley 1 de 1999.

Se indaga sobre si "el artículo 208 del Decreto Ley 1 de 1999 es suficiente para amparar una medida sancionatoria como la multa que puede ser de un balboa a cien mil balboas, si es la primera vez y hasta trescientos mil balboas en el caso reincidencia.

Opinión de la Procuraduría de la Administración.

Antes de hacer una exposición de nuestro parecer jurídico nos permitimos transcribir las normas más relevantes aplicables a esta consulta, para luego hacer una interpretación de ese derecho.

Derecho aplicable.

"Artículo 78. Disponibilidad de información

Sujeto a lo establecido en el artículo 267 de este Decreto-Ley 1 de 1999, la Comisión pondrá a disposición del público sin demora todas las solicitudes de registro, los informes, los comunicados y los demás documentos e información que se presenten ante ella".

"Artículo 267. Acceso a información y confidencialidad

Toda información y todo documento que se presenten a la Comisión, o que ésta obtenga, serán de carácter público y podrán ser examinados por el público, a menos que:

- (1) Se trate de secretos industriales o comerciales, tales como patentes, fórmulas u otros, o información del negocio o sus finanzas cuya confidencialidad esté protegida por ley y que no se requiera que se hagan públicos para cumplir con los fines de este Decreto-Ley.
- (2) Hayan sido obtenidos por la Comisión en una investigación, una inspección o una diligencia exhibitoria relativa a una violación de este Decreto-Ley o sus reglamentos; no obstante, la Comisión podrá presentar dicha información y dichos documentos ante tribunales de justicia en un proceso colectivo de clase o al Ministerio Público en caso de que tenga razones fundadas para creer que se ha producido una violación de la ley penal, pero las instituciones que reciban dicha información

o dichos documentos quedarán obligadas a mantener reserva sobre ellos.

- (3) A solicitud de parte interesada, la Comisión haya acordado mantenerlo en reserva, porque existen razones justificadas para ello y porque la divulgación de dicha información o dicho documento no es esencial para proteger los intereses del público inversionista.
- (4) Se trate de información o documentos que la Comisión mediante acuerdo dictamine que deban mantenerse bajo reserva.

La Comisión tomará las medidas necesarias para preservar la confidencialidad de toda información y todo documento que deban ser mantenidos en reserva de conformidad con este artículo.

La Comisión deberá revelar información que le sea requerida por una autoridad competente de la República de Panamá de conformidad con la ley”.

“Artículo 268. Uso indebido de información

Ningún Comisionado, funcionario o consultor externo de la Comisión, o director, dignatario o empleado de una organización autorregulada podrá usar para beneficio propio la información presentada a la Comisión o a la organización autorregulada, ni la que haya sido obtenida por éstas, según fuese el caso, si dicha información no es de carácter público. Tampoco podrán dichas personas negociar valores registrados haciendo uso de información presentada a la Comisión o a la organización autorregulada, u obtenida por éstas, según fuese el caso, aun cuando dicha información sea de carácter público, si no ha transcurrido tiempo suficiente para que ésta sea asimilada por el mercado de valores”.

“Artículo 208 Multas administrativas

La Comisión podrá imponer multas administrativas a cualquier persona que viole este Decreto-Ley o sus reglamentos, hasta de cien mil Balboas (B/.100,000.00) por una sola violación o hasta de trescientos mil Balboas (B/.300,000.00) por violaciones múltiples en una misma transacción o serie de transacciones relacionadas entre sí”.

“Artículo 209. Multas por divulgación de información confidencial

La casa de valores, el asesor de inversión, el administrador de inversiones, la organización autorregulada, el miembro de una organización autorregulada o el director, dignatario o empleado de cualquiera de éstas, así como el corredor de valores, el analista, o el Comisionado, funcionario o consultor externo de la Comisión que indebidamente divulgue información confidencial o privilegiada que haya obtenido en el desempeño de sus funciones será sancionado con multa no menor de mil Balboas (B/.1,000) y no mayor de cien mil Balboas (B/.100,000.00), sin perjuicio de las sanciones civiles y penales que le puedan corresponder. Para determinar el monto de la multa que deba imponerse en cada caso, la Comisión tomará en cuenta, entre otros factores, la intención de la persona que incurrió en la falta, si hay o no reincidencia, el beneficio obtenido y el daño causado. En caso de que dicha persona fuese un Comisionado o un funcionario de la Comisión será destituido inmediatamente de su cargo”.

Interpretación del Derecho Aplicable.

Desde nuestro punto de vista, si bien las partes podrían incurrir en la infracción de divulgar información de acceso restringido, como los informes y datos obtenidos en ocasión de una investigación administrativa; el imponerles la sanción económica descrita en el artículo 208 del Decreto Ley 1 de 1999, involucraría una potencial ilegalidad de esa medida habida cuenta de violar el principio de estricta legalidad administrativa.

Ciertamente, este despacho ha sostenido en algunos dictámenes consultivos [(cinco opiniones consultivas que van desde el año 1975 a la fecha) (por lo cual se puede decir es doctrina de esta casa)] que solamente se cumple con el principio de legalidad cuando los preceptos jurídicos sancionatorios preexistentes, permiten

predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción.

Esta exigencia surge y tiene por fuente lo establecido en los artículos 31 y 32 constitucional, en donde se establece que:

“ARTICULO 31: Sólo serán penados los hechos declarados punibles por Ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado.

“ARTÍCULO 32: Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria”

El principio de tipicidad exhaustiva

En consecuencia, la norma sancionatoria no sólo debe ser previa, sino también clara, cierta y estar vigente; y además tener vigencia legal, es decir surgir de una norma legal (formalmente legal) y que ella (la norma legal) se encuentre vigente.

En cuanto al requisito de que debe cumplir toda norma sancionatoria de ser cierta y clara, se responde al principio de tipicidad exhaustiva, o sea, agotada y completa.

En opinión de la doctrina más autorizada de derecho penal y de derecho administrativo sancionador (que responde y coinciden en las mismas exigencias garantistas de la Constitución Política), el principio de tipicidad exhaustiva es una exigencia de seguridad jurídica, y persigue hacer operativa la amenaza (*conminación*) abstracta que subyace en toda norma sancionatoria, de manera que el ciudadano o habitante conozca el hecho sancionable y tenga oportunidad de evitarlo.

El hecho de que en el Decreto Ley 1 de 1999 se establezcan *conductas prohibidas y sanciones*, no constituye un fin en sí mismo (es decir como en el presente caso que se prohíbe la publicitación o el acceso a la información derivada de una investigación, una inspección o una diligencia exhibitoria); lo que se persigue en realidad es evitar –mediante la conminación abstracta que provoca la norma punitiva- que el funcionario y los ciudadanos en general y los agentes económicos en particular, lleven a cabo tal actuación. Pero para lograr ese propósito, es menester que por vía normativa se establezcan con suficiente claridad los elementos de la conducta prohibida, pues, de lo contrario tanto los funcionarios como los ciudadanos no podrían conocer anticipadamente las consecuencias de sus actos, ni estarían en posición de determinar los límites de su libertad de actuación.

En el caso de la aplicación de sanciones administrativas a particulares la norma sancionatoria debe ser cierta, para lo cual es necesario que el legislador haya definido claramente el hecho prohibido y sancionado, pues de otro modo se estaría violando la garantía de libertad de actuación de las personas. Garantía esta establecida en el artículo 18 de la Carta Política. Veamos:

“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”.

Según se puede ver la exigencia de tipicidad deriva –de modo general- del principio de libertad consagrado en el artículo 18 de la Constitución y –en particular- del principio *nullum crime sine lege*, consagrado en el artículo 35, el cual es aplicable –según la jurisprudencia en todos los ámbitos (judicial o administrativo) en que se desenvuelve la actividad punitiva del Estado.

Para concluir a este respecto digamos que¹, para cumplir cabalmente con este último principio, es necesario que el acto u omisión sancionados se hallen claramente definidos en un texto normativo de carácter legal. El requisito de tipicidad, es configurante del principio de legalidad de las infracciones y por tanto, obliga a que la conducta sancionable sea determinada previamente, en forma clara, por instrumentos normativos y no mediante actos particulares: en términos concretos este principio exige que los ciudadanos conozcan anticipadamente el hecho prohibido y, consecuentemente, puedan evitarlo, circunstancia que sólo podría lograrse mediante una clara definición de los elementos típicos de la conducta prohibida.

La determinación de si una norma sancionadora describe con suficiente grado de certeza la conducta sancionable, es un asunto que debe ser resuelto caso por lo que nos lleva a afirmar que se debe mantener reserva sobre un determinado tipo de información: de carácter confidencial, por lo que no parece suficiente para afirmar que esa conducta involucra la potencial imposición de sanciones concretas. Esto ya que de la norma no consta que la tipificación es suficiente, pues de ella (de la norma) *no consta una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra*²

Otro aspecto igualmente importante es el hecho de que en el artículo 208 del Decreto Ley 1 de 1999, no se consagra de manera directa y específica sanción de

¹ Y según la doctrina y la jurisprudencia comparada, de la cual es destacable la docta opinión de Garbert Llobregat Nieto Cano.

²NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos, Segunda Edición Ampliada, Madrid 1994. Pág. 293.

multa, para reprimir una conducta concreta; configurándose, a nuestro modo de ver, en una norma sancionatoria en blanco.

Las Normas sancionadoras en blanco.

En opinión del autor venezolano **Carmelo De Grazia Suárez**³ existe al menos un supuesto en el cual la falta de tipificación -y por ende la violación del principio de legalidad de las infracciones- luce evidente. Tal es el caso de las llamadas "normas en blanco", disposiciones contenidas en algunas leyes sectoriales, que establecen sanciones aplicables -de manera genérica- "*a la violación de cualquier disposición de esta Ley o su Reglamento*". Este tipo de normas carece en verdad de contenido material, desde que no precisan la hipótesis que define la conducta sancionable, sino que a través de una fórmula vaga o genérica ("violación de cualquier disposición de la ley o su reglamento") colocan en manos de la autoridad administrativa la posibilidad de establecer, caso por caso, y con amplia discrecionalidad, si una determinada conducta es sancionable o no, lo cual se traduce en violación de la garantía de legalidad.

Todas las infracciones administrativas deben ajustarse al principio constitucional de la legalidad de las infracciones y de las penas, por lo tanto, en el actual derecho administrativo sancionador, no se admite que para proceder a la aplicación de la sanción o pena, que el legislador (en el olvido de las garantías constitucionales vistas precedentemente y que son de obligatoria cumplimiento por ser normas de máxima jerarquía), deje mediante una formulación genérica, a discreción de la autoridad administrativa la determinación de la correspondiente figura delictual o infractora, puesto que ello envuelve, sin duda, el quebrantamiento del rígido principio de legalidad que en la materia consagran aquellas normas constitucionales (artículos 18, 35 y 36).

En esta materia tan crucial del reconocimiento de la garantía fundamental de los ciudadanos, en sede administrativa, la tipificación normativa previa de conductas sancionables ha de realizarse a través de igual mecanismo legal, sin que sean suficientes amplias y vagas remisiones abstractas mediante descripciones carentes de toda precisión. Y estudiando el artículo 208, es claro que de ser aplicado para sancionar a sujetos particulares, que sin haber sido mencionados directamente en la tipología, el principio de legalidad podría no ser respetado, tanto por la acción que invoca esa norma al plantear con tanta amplitud y vaguedad una potencial responsabilidad administrativa, como por la posible actuación materia de la

³ Derechos de los particulares en los procedimientos administrativos sancionatorios. (Adaptado a la Constitución de 1999)

administración de pretender hacer una tipificación de hechos calificados discrecionalmente como infracciones.

Al afirmar que una persona puede ser sujeto de responsabilidad administrativa por "el incumplimiento de las finalidades previstas en las leyes o en la normativa de que se trate, es tanto como incluir valoraciones de tipo subjetivas de parte del funcionario, que bien no puede estar en relación directa con los instrumentos normativos y procedimentales que regulan su gestión.

Y si llega a ocurrir este tipo de libertades a favor de los agentes públicas, se estaría sustituyendo la voluntad normativa o legal, por la de la Administración es decir, se le estaría permitiendo al Poder Ejecutivo que legisle de manera casuística respecto de la tipicidad y punidad de las acciones de los ciudadanos. Y en otro orden de ideas, esta actuación tan amplia, es contraria al principio de que los agentes oficiales sólo puede hacer aquello que le está expresamente permitido por la ley. En efecto, la valoración que se haga debe estar en relación con los límites generales que regulan su actividad, sin que le esté permitido entrar a interpretar la finalidad de la ley en términos tan amplios al punto que se constituya en valoración del mérito y la oportunidad de la decisión administrativa. Ello es así, por cuanto todo actuar administrativo debe estar en concordancia con sus atribuciones constitucionales y con la protección de los derechos individuales, y por ello el ordenamiento jurídico exige la existencia de una conducta tipificada en la ley, que sea antijurídica e imputable, en el caso de las infracciones.

Entendemos que al establecerse en el artículo 208, que parece ser la norma más directamente aplicable al tipo del suministro indebido de información, que "la Comisión podrá imponer multas administrativas a cualquier persona que viole este Decreto-Ley o sus reglamentos" se trata por tanto de una formulación genérica que deja al órgano administrativo la determinación de lo ilícito; en tal sentido, cabría la consideración de que la disposición in comento, abandona al arbitrio o discreción de la CNV, la fijación del hecho que genera la responsabilidad administrativa.

Conclusión.

Las normas en blanco, que en lugar de definir de manera cierta la conducta sancionable, consideran como tales cualquier violación de la totalidad de una Ley o un Reglamento, son contrarias al principio de legalidad de las infracciones consagrado en el artículo 18 de la Constitución, pues, ante la vaguedad y generalidad del hecho que se considera ilícito (violación de cualquier norma legal o

reglamentaria), será en verdad la autoridad administrativa encargada de aplicar la sanción quien tipificará, en cada caso, el hecho sancionable⁴.

Por lo tanto, se consideran contrarias al principio de legalidad de las infracciones todas las normas que pretendan definir conductas sancionables, sin proporcionar a la autoridad pública información suficiente en torno a la calificación jurídica del comportamiento infractor; e idéntico tratamiento debe recibir las tipificaciones imprecisas y ambiguas, con formulas abiertas, en tanto su utilización lleva de suyo la apertura de un enorme margen de discrecionalidad a la hora de apreciar la existencia de conductas ilícitas⁵.

De todo lo antedicho queda de relieve que la Administración activa, la CNV está imposibilitada de la aplicación de la sanción económica establecida en el artículo 208 del Decreto Ley 1 de 1999, a las personas que, según parece, hayan sido infidentes respecto de información reservada. Esto ya que dicha norma apunta a la descripción de una supra conducta infractora, configurante de una norma sancionatoria en blanco; supuesto este proscrito por la Carta Política y el principio de legalidad.

Respuestas concretas.

1. El deber de confidencialidad establecido en el artículo 267 de la Ley de Valores, en cuanto a la documentación o información que obtenga la Comisión en una investigación, inspección o diligencia exhibitoria, sí le es aplicable también a las personas que han tenido acceso al expediente administrativo de la investigación.

Por esta razón si podría una persona investigada o un denunciante, o los apoderados de éstos ser considerados como infractores del artículo 267 de comprobarse haber hecho públicos o compartido con terceras personas documentos o información a los que ha tenido acceso a través de un expediente de investigación instruido en esta institución.

2. No obstante lo anterior, la Comisión Nacional de Valores está imposibilitada por los principios de tipicidad exhaustiva y de prohibición de normas sancionatoria en blanco, aplicar las sanciones de que trata el artículo 208 del Decreto Ley 1 de 1999 (general sobre sanciones), a las personas

⁴ Antonio Domínguez Vila Constitución y derecho sancionador; Carmelo De Grazia Suárez Derechos de los particulares en los procedimientos administrativos sancionatorios. (Adaptado a la Constitución de 1999).

⁵ Carmelo De Grazia Suárez Derechos de los particulares en los procedimientos administrativos sancionatorios. (Adaptado a la Constitución de 1999)

investigadas, a los denunciantes o a sus apoderados que entreguen, compartan el contenido o hagan públicos documento o información pertenecientes a un expediente de investigación, bajo el concepto de que han violado el artículo 267 del Decreto Ley 1 de 1999, previa comprobación de los hechos, aunque podría ser investigado por las autoridades del Ministerio Público por infracción de normas del Código Penal.

Recomendación.

Con todo y las anteriores consideraciones estamos conscientes de que actos de deslealtad procesal como los estudiados, a pesar de no poder ser sancionados en la vía administrativa, a no dudar sí podrían ser denunciados ante las autoridades gremiales, por faltar a la ética abogadil; amen de poder configurar de actos delictivos, que deben ser denunciados.

Ahora bien, como quiera que en materia administrativa no se encuentran normas precisas que permitan sancionar ejemplarmente este tipo de actuaciones antiéticas, le sugerimos que en la primera oportunidad, se incluyan reformas legales descriptivas de este tipo de actos deshonestos y también de sus correlativas sanciones administrativas.

Con la pretensión de haber colaborado con su despacho me suscribo de usted, atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/cch.