

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 106

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 1 de febrero de 2011

**Advertencia de
inconstitucionalidad.**

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

La firma forense Berríos y Berríos, actuando en representación de **Fundación Hermanos Del Valle**, advierte la inconstitucionalidad de **la frase "en cualquier tiempo" contenida en el artículo 63 de la ley 32 de 26 de febrero de 1927,** sobre sociedades anónimas.

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

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 respecto de la advertencia de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. La frase advertida de inconstitucional.

La parte actora advierte la inconstitucionalidad de la frase "en cualquier tiempo" contenida en el artículo 63 de la ley 32 de 26 de febrero de 1927, que dispone lo siguiente:

"Artículo 63. Los directores podrán ser removidos en cualquier tiempo por los votos, dados al efecto, de los tenedores de la mayoría de las acciones suscritas con derecho a votación en las elecciones de directores. Los Dignatarios, Agentes y empleados podrán ser reemplazados en cualquier tiempo por resolución adoptada por la mayoría de los directores, o en cualquier otra forma prescrita por el pacto

social o los estatutos. (Cfr. gaceta oficial número 5067 de 16 de marzo de 1927).

II. Disposiciones constitucionales que se aducen infringidas y el concepto de la Procuraduría de la Administración.

El apoderado judicial de la advirtiente manifiesta que la frase "en cualquier tiempo", inserta en el texto del artículo 63 de la ley 32 de 26 de febrero de 1927, infringe las siguientes disposiciones de la Constitución Política de la República: el artículo 19 que prohíbe los fueros y privilegios; el artículo 32 relativo al debido proceso legal; y el artículo 39 que permite formar compañías y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal, ya que, en su opinión, de aplicarse dicha frase a la medida de conservación y protección general dictada por el Juzgado Décimo Sexto del Primer Circuito Judicial de Panamá y en el proceso principal que sigue la Fundación Hermanos Del Valle en contra de la sociedad anónima Compañía Del Valle Henríquez, S.A., del cual emerge la advertencia de inconstitucionalidad bajo análisis, se le otorgaría un privilegio a los accionistas mayoritarios en detrimento de los minoritarios, debido a que estos últimos podrían ser destituidos en cualquier tiempo; se les impediría someter tal decisión a los mecanismos de regulación y control de los entes sociales pactados en el acuerdo de asociación; y se limitaría el derecho de asociarse comercialmente. (Cfr. fojas 7 y 8 del expediente judicial).

Aún cuando la frase que se advierte como inconstitucional aparece reproducida en dos oportunidades dentro del texto del artículo 63 de la ley 32 de 1927, de la lectura de la demanda se infiere que la pretensión de la recurrente está dirigida a la parte inicial de la disposición, que se refiere particularmente a la remoción de los directores de la sociedad, de ahí que el análisis de esta Procuraduría estará limitado a este aspecto de la norma.

Este Despacho difiere del criterio manifestado por la actora, ya que la frase "en cualquier tiempo", que se señala como inconstitucional, no establece un tratamiento distinto entre los tenedores de acciones suscritas con derecho de votación que participen en la remoción de los directores de una sociedad anónima, limitándose únicamente a señalar que los tenedores de la mayoría de tales acciones tienen potestad para adoptar esta decisión, por lo que no existe un trato distinto que cree privilegios a favor de aquellos accionistas en detrimento de los minoritarios, colocando a los primeros en una posición de ventaja frente a otros que presentan las mismas condiciones, tal como lo afirma de manera errónea la apoderada judicial de la advirtiente. (Cfr. 8 del expediente judicial).

La igualdad de los accionistas ante la ley queda de manifiesto en el artículo 23 de la ley 32 de 1927, que dice:

"Artículo 23. Todas las acciones de una clase, ya sean con valor nominal o sin valor nominal, serán iguales a las acciones de esa misma clase, con sujeción, no obstante, a las designaciones, preferencias, privilegios, facultad de voto, restricciones o requisitos conferidos

o impuestos con respecto a cualquier clase de acciones." (Lo subrayado es nuestro).

Con relación a la interpretación del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que trata sobre el derecho a la igualdad ante la ley, ese Tribunal en sentencia de 11 de enero de 1991, citada en fallo de 29 de diciembre de 1998, señaló lo siguiente:

"En primer lugar, es necesario precisar el alcance real del principio contenido en el artículo 19 de la Carta Fundamental, materia que ha sido motivo de varios pronunciamientos por esta Corporación de Justicia. El Pleno se ha pronunciado en el sentido de que el 19 prohíbe es la creación de privilegios entre personas naturales, jurídicas o grupos de personas, que se encuentren dentro de iguales condiciones o circunstancias.

Así tenemos que en fallo 11 de enero de 1991, el Pleno externó:

'El transcrito artículo sólo prohíbe los fueros o privilegios a determinada categoría de ciudadanos, o de servidores públicos o de trabajadores, dichos fueros o privilegios no son inconstitucionales porque no han sido otorgados en atención a las personas en sí, sino a la condición o status que tienen.' (R.J. de enero de 1991, pág. 16).

Sólo se considera, entonces, que existe un privilegio cuando la distinción recae sobre una persona, o ente singular, colocándola en una posición de ventaja frente a otras u otros que presentan las mismas condiciones.'

..." (Fallo de 29 de diciembre de 1998) (Lo subrayado es nuestro).

En sentencia de 27 de junio de 1996, ese Tribunal se pronunció en los términos que a continuación se transcriben,

en relación con la concepción de distingos o tratos desfavorables:

“Todo lo expuesto indica que la Constitución no prohíbe que haya o se establezcan distinciones entre los habitantes del Estado. Lo que prohíbe, pues, es que haya distingos. Y esto nos lleva, por fin, a precisar este término.

El distingo entraña una limitación o restricción injusta; un trato desfavorable para determinadas personas que, en principio, se hallan en la misma situación que otras que, sin embargo, reciben un trato favorable. El concepto de distingo SE IDENTIFICA, así, como el de discriminación, el cual, no obstante ser un neologismo quizá exprese mejor la idea que hemos tratado de explicar.

Pues, el término discriminación, muy usado en otros idiomas, significa distinción injusta e injuriosa.

Esto es, pues, lo que el artículo que examinamos prohíbe, o sea que las normas legales establezcan, o las autoridades públicas practiquen, un tratamiento desfavorable contra cualquier persona por la sola razón de su raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas.

Toda esta larga exposición nos lleva a concluir que el principio de la igualdad ante la Ley consiste, ..., en que no se establezca excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias.”

Para efectos de lo antes indicado, resulta importante destacar que el principio de igualdad ante la Ley, consagrado en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, consiste en que ante iguales circunstancias debe ofrecerse igualdad de trato legal y ante circunstancias desiguales puede ofrecerse un trato legal distinto, por cuanto, como lo ha señalado el Pleno de la Corte Suprema de

Justicia, dicho principio no debe ser interpretado como una igualdad numérica o matemática sino en relación con la igualdad de circunstancias que es regulada por un acto normativo. (Cfr. sentencia de 13 de octubre de 1997, Pleno de la Corte Suprema de Justicia).

Al pronunciarse sobre el principio constitucional de igualdad ante ley, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 10 de diciembre de 1993 señaló lo siguiente:

“Pues bien, en el contexto de aplicación del principio bajo estudio es importante tener en cuenta que la igualdad ante la ley no significa que entre los habitantes o grupos de habitantes de una nación no puedan existir personas que ostenten más derechos que otras, pues si en esto estribara la igualdad ante la ley, entonces, todos los panameños, sin importar su edad, podrían, por ejemplo, ejercer por igual los derechos políticos, cosa que es falsa porque los menores de edad no ejercen tales derechos. (Cfr. QUINTERO, César. Derecho Constitucional, Tomo I, Librería, Litografía e Imprenta Antonio Lehmann, San José, Costa Rica. 1967. p. 137).

Se tiene entonces que la base del principio de igualdad ante la ley debe encontrarse en otra posición dogmática. En efecto, tal como puntualizó la Corte Suprema en la aludida sentencia de 18 de marzo de 1993, la igualdad ante la ley ‘no se refiere sólo a los derechos y deberes cívicos - políticos sino que ordena al legislador que, como regla general, asigne las mismas consecuencias jurídicas a hechos que, en principio, sean iguales’ o parecidos, añadimos nosotros.

De donde resulta que la igualdad ante la ley es el derecho que tienen todos los panameños de recibir trato igualitario, a los recibidos por quienes se encuentran en situaciones iguales, similares o parecidas; y la de no ser discriminados, entre otras cosas, por razones de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas, porque como bien afirma

Javier Gálvez: la igualdad ante la ley supone 'una igualdad de posibilidades de actuación.' (op. cit. p. 258).

Ahora bien, lo expresado hasta este momento no supone que el principio de igualdad implique siempre que deba darse un tratamiento jurídico igual ante acontecimientos similares o iguales, porque existen circunstancias objetivas y razonables, que aconsejan y justifican un tratamiento legal diferente.

De ahí que la tarea de la Corte deba circunscribirse al análisis casuístico de los negocios que les son llevados a sus estrados, con el propósito de determinar si en la controversia que estudia existe un principio jurídico del cual se derive la necesidad de brindar un trato igualitario a los desigualmente tratados o, en su defecto, para determinar si existe una causa objetiva y razonable que justifique el trato desigual.

Si el análisis realizado conduce a la determinación del principio a que se ha hecho referencia en el primer supuesto anotado en el párrafo anterior, la Corte debe reconocer la infracción del principio de igualdad, y declarar la inconstitucionalidad del acto impugnado. En cambio, si el análisis conlleva a la conclusión de que existe una causa objetiva y razonable que justifica el trato desigual que se dice inconstitucional, el Pleno debe declarar constitucional el acto recurrido."(Lo subrayado es nuestro)

En este escenario, podemos concluir que la frase advertida como inconstitucional no vulnera el principio de igualdad ante la ley previsto en el artículo 19 del Texto Constitucional, toda vez que, por una parte, no establece diferencia o privilegio alguno a favor de ningún tenedor de acciones de una sociedad suscritas con derecho a votación en las elecciones de directores, y por la otra, sólo se limita a

establecer que éstos, por votación de la mayoría, pueden remover a dichos directores en cualquier tiempo.

En otro orden de ideas, la actora alega la presunta violación de los artículos 32 y 39 del Texto Fundamental, el primero relativo al debido proceso legal y el segundo que regula el derecho de asociación, ya que según argumenta los mismos resultan violados por la frase infractora, debido a que ésta desconoce los mecanismos de regulación, control y manejo de las sociedades anónimas, establecidos en el pacto social, que es ley entre las partes, y el derecho a asociarse comercialmente según lo pactado en el respectivo acuerdo de asociación. (Cfr. foja 8 del expediente judicial).

Con relación a estos cargos, es válido observar que la garantía del debido proceso legal previsto en el artículo 32 de la Carta Política prevé como uno de los elementos constitutivos de esta garantía, el principio de que nadie será juzgado sino es conforme a los trámites legales, es decir, de acuerdo con los procedimientos que para tal efecto prevea una ley formal, de allí que, en el caso bajo examen, la frase "en cualquier tiempo" lo único que hace es desarrollar la fórmula constitucional, estableciendo a través de una norma adjetiva la posibilidad que la mayoría de los tenedores de acciones con derecho a voto en la elección de directores, pueda ejercer igualmente su derecho a remover a esos mismos directores, sin estar sujetos a observar período o formalidad alguna.

De acuerdo con el párrafo final del artículo 39 de la Constitución Política de la República, la capacidad, el

reconocimiento y el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas se determinarán por la ley panameña, lo que introduce una cláusula de reserva legal que da pie al Órgano Legislativo para determinar, por medio de la frase acusada que está contenida en el artículo 63 de la ley 32 de 26 de febrero de 1927, que los directores de una sociedad anónima pueden ser removidos en cualquier tiempo por los votos, dados al efecto, de los tenedores de la mayoría de las acciones suscritas con derecho a votación en las elecciones de directores.

Es en atención a ese hecho, que esta Procuraduría considera que la frase acusada de inconstitucional tampoco vulnera el artículo 39 de la Carta Política, ya que en ningún caso prohíbe la formación de compañía alguna ni limita su reconocimiento como persona jurídica o su capacidad de actuar de acuerdo con las reglas relativas al régimen de las sociedades anónimas.

En atención a lo antes expuesto, este Despacho solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar que NO ES INCONSTITUCIONAL la frase "en cualquier tiempo" contenida en el artículo 63 de la ley 32 de 26 de febrero de 1927, sobre sociedades anónimas.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General