

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 194

Panamá, 15 de febrero de 2019

**Proceso Contencioso
Administrativo
de Nulidad.**

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

La firma forense Ramírez & Asociados Abogados, actuando en representación de la **Camara de Emisores de Valores de Panamá**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el párrafo final del artículo 11 del Acuerdo 11-2013 de 23 de diciembre de 2013, modificado por el Acuerdo 9-2017 de 27 de diciembre de 2017, emitido por el Órgano Ejecutivo por conducto de la **Junta Directiva de la Superintendencia del Mercado de Valores**.

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 Ramírez & Asociados, actuando en representación de la Cámara de Emisores de Valores de Panamá solicita que se declare nulo, por ilegal, **el párrafo final del artículo 11 del Acuerdo 11-2013 de 23 de diciembre de 2013, modificado por el Acuerdo 9-2017 de 27 de diciembre de 2017** (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

En tal sentido, el referido Decreto reglamenta lo siguiente:

“... ”

**CAPÍTULO IV.
Del pago de valores registrados.**

Artículo 11. (Cómputo de la tarifa de supervisión de valores registrados).

Los valores registrados realizarán el cómputo de lo que les corresponda pagar, en concepto de tarifa anual de supervisión, a partir de notificación de la resolución en que se registran y se

autoriza para oferta pública de los valores. El pago se hará por un año cumplido, dentro de los treinta (30) días calendarios siguientes a la referida fecha.

Cuando los valores registrados hubiesen vencido o hubiesen sido objeto de redención anticipada (en el evento que exista esta opción), antes de la expiración del año cubierto por la tarifa de supervisión, el emisor pagará la tarifa anual de supervisión que corresponda proporcionalmente por los días en que mantuvo en circulación los valores registrados, sobre una base de trescientos sesenta y cinco días.

Los emisores que no mantengan valores en circulación pagarán el importe mínimo de la tarifa de supervisión de los valores registrados, establecido en la Ley.

...” (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

II. Disposiciones que se aducen infringidas.

La recurrente estima que el acto acusado lesiona las siguientes disposiciones:

A. El artículo 26 (numeral 1) del Texto único del Decreto Ley 1 de 1999, modificado por el artículo 4 de la Ley 66 de 9 de diciembre de 2016, referente a la Tarifas de Supervisión, señalando los registros y licencias en la Superintendencia que estarán sujetos al pago anual de una tarifa de supervisión: 1. Valores registrados, 0.015% del valor de mercado de los valores registrados en circulación, con un mínimo de mil balboas (B/.1,000.00) y un máximo de veinte mil balboas (B/.20,000.00) por cada emisión registrada. Los Programas Rotativos de Valores, 0.015% del valor de mercado de los valores registrados en circulación, con un mínimo de tres mil balboas (B/.3,000.00) y un máximo de veinte mil balboas (B/.20,000.00) (Cfr. fojas 8 a 10 del expediente judicial).

B. El artículo 19 del Texto Único del Decreto Ley 1 de 1999, por la cual se crea la Comisión Nacional de Valores y se regula el Mercado de Valores en la República de Panamá, que señala que:

“...

Capítulo V

Decisiones de la Superintendencia, Publicidad y Recursos

Artículo 19. Acuerdos, opiniones y resoluciones de la Superintendencia. Los acuerdos se limitarán a poner en ejecución, en lo administrativo, lo que corresponda de la Ley del Mercado de Valores, para permitir que la Junta Directiva y el

superintendente ejerzan las facultades que estos ordenamientos legales les otorgan. Los acuerdos serán adoptados por la Junta Directiva y tendrán aplicación general.

Los acuerdos no podrán contravenir la Ley del Mercado de Valores o los reglamentos que dicte el Órgano Ejecutivo sobre la materia.

Las posiciones administrativas serán adoptadas por el superintendente y se denominarán opiniones, las cuales tendrán carácter vinculante y serán de aplicación general. Las opiniones que emita el superintendente se limitarán a expresar la posición administrativa de la Superintendencia en cuanto a la aplicación de una disposición específica de la Ley del Mercado de Valores a un caso en particular, pero no podrán contravenir decisiones que sobre la misma materia hubiera dictado la Junta Directiva o el Órgano Judicial.

El superintendente podrá emitir opiniones de oficio o a solicitud de parte interesada y podrá dejar sin efecto una opinión previa si es contraria a acuerdos u opiniones dictados con posterioridad.

Las resoluciones podrán ser emitidas por el superintendente y por la Junta Directiva. Cuando sean emitidas por la Junta Directiva podrán ser de aplicación individual o general, pero cuando lo haga el superintendente solo serán de aplicación individual.” (Cfr. fojas 6 y 7 del expediente judicial).

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Con el propósito de sustentar los cargos de infracción en los que se fundamenta la demanda descrita, la apoderada judicial de la demandante señala que el **párrafo final del artículo 11 del Acuerdo 11-2013 de 23 de diciembre de 2013, modificado por el Acuerdo 9-2017 de 27 de diciembre de 2017**, emitido por el Órgano Ejecutivo por conducto de la Junta Directiva de la Superintendencia del Mercado de Valores, porque no se ajusta a su letra y espíritu y se excede en las facultades que le otorga la norma ya que no está facultada a dictar nuevas disposiciones legales, como tampoco está facultada a dictar disposiciones que vayan en contra de lo que dispone la ley del mercado de valores (Cfr. foja 12 del expediente judicial).

En esa misma línea la recurrente añade, que debe tenerse en cuenta que el mínimo y el máximo establecido por la ley es viable luego de aplicar el porcentaje indicado al valor de mercado de los valores en circulación, no cuando no haya valor en circulación, ya que el

numeral 1 del artículo 26 del Texto Único del Decreto Ley de 1999 no establece, ni dispone que haya que pagar la tarifa de supervisión cuando no se tenga valores en circulación, que fue adición que hizo la Superintendencia del Mercado de Valores en el párrafo final de dicho artículo por lo cual se considera ilegal (Cfr. foja 9 y 10 del expediente judicial).

Sobre esa línea, también señala la recurrente, que se ignora lo preceptuado en el artículo 12 (literal a) del Acuerdo 11-2013 de 23 de diciembre de 2013, ya que si bien se observa que la norma se refiere a acciones y otros instrumentos de renta variable, al final se excluyen las acciones en tesorería para el cálculo de la tarifa de supervisión. Las tarifas en tesorería son títulos valores que existen, que tienen un valor, pero que por no estar en circulación, su valor no se utiliza para el cálculo de la tarifa de supervisión (Cfr. foja 10 del expediente judicial).

En igual sentido, agrega la actora que el texto del numeral 1 del artículo 26 del Texto Único del Decreto Ley 1 de 1999, es claro al señalar que las tarifas de supervisión los valores registrados en circulación y que deben dar con dos condiciones que tienen que cumplir estos valores, una es estar registrados y la otra es estar en circulación (Cfr. foja 8, 9 y 11 del expediente judicial).

Dicho lo anterior, nuestro análisis debe iniciar haciendo referencia a lo que constituye la facultad reglamentaria.

Si bien este concepto ha sido definido por una gran variedad de autores, encontramos que la definición brindada en el XIX Congreso Internacional de Contaduría, Administración e Informática se centra en el alcance de lo que debemos entender por ella, indicando en ese sentido, lo siguiente:

“La atribución de la facultad reglamentaria asignada al poder Ejecutivo se podrá justificar desde una óptica de origen práctico por la necesidad de ‘aligerar’ la tarea del poder Legislativo relevándolo de la necesidad de desarrollar y precisar con sumo detalle las leyes para facilitar su mejor ejecución, considerando que el Ejecutivo se encuentra en una mejor aptitud de hacer ese desarrollo, **en virtud de que se encuentra en contacto más íntimo con el ámbito en el cual deberá ser aplicada la respectiva Ley.** Además, de encontrarse con una mayor agilidad y flexibilidad para la modificación de los Reglamentos, al no tener que pasar por todo un proceso legislativo,

como en el caso de la creación de Leyes, por lo que el uso de la facultad reglamentaria permitirá y hará posible que la legislación **se pueda ir adaptando oportunamente a las circunstancias cambiantes en que tiene que ser aplicada**, adaptación que no sería posible si dependiera del poder Legislativo, ya que éste tiene como se ha comentado procedimientos más complicados y periodos reducidos de funcionamiento.” (El resaltado es nuestro)(Cfr.<http://congreso.investiga.fca.unam.mx/docs/xix/docs/6.04.pdf>)

En razón de lo anterior, vale la pena preguntarse ¿hasta dónde llega la facultad de reglamentar, y cuándo estamos en presencia de lo que es en sí, la función legislativa?

En esa línea de pensamiento, debemos indicar que, la facultad reglamentaria está limitada por los principios de *reserva de ley* y de *subordinación jerárquica*. **El primero** se presenta cuando una norma constitucional reserva expresamente a la ley la regulación de una determinada materia, por lo que excluye la posibilidad que los aspectos de esa reserva sean regulados por disposiciones de naturaleza distinta a la ley, esto es, por un lado, el legislador ordinario ha de establecer por sí mismo la regulación de la materia determinada y, por el otro, la materia reservada no puede regularse por otras normas secundarias, en especial el reglamento. **El segundo** principio, el de *jerarquía normativa*, consiste en que el ejercicio de la facultad reglamentaria no puede modificar o alterar el contenido de una ley, es decir, los reglamentos tienen como límite natural los alcances de las disposiciones que dan cuerpo y materia a la ley que reglamentan, detallando sus hipótesis y supuestos normativos de aplicación, sin que pueda contener mayores posibilidades o imponga distintas limitantes a las de la propia ley que va a reglamentar. Así, el ejercicio de la facultad reglamentaria debe realizarse única y exclusivamente dentro de la esfera de atribuciones propias del órgano facultado, pues la norma reglamentaria se emite por facultades explícitas o implícitas previstas en la ley o que de ella derivan, siendo precisamente esa zona donde pueden y deben expedirse reglamentos que provean a la exacta observancia de aquélla, por lo que al ser competencia exclusiva de la ley la determinación del qué, quién, dónde y cuándo de una situación jurídica general, hipotética y abstracta, al reglamento de ejecución competará, por consecuencia, el cómo de esos mismos supuestos jurídicos.

En este escenario, debemos indicar que si el reglamento **sólo funciona en la zona del cómo**, sus disposiciones podrán referirse a las otras preguntas (qué, quién, dónde y cuándo), **siempre que éstas ya estén contestadas por la ley**; es decir, el reglamento desenvuelve la obligatoriedad de un principio **ya definido por la ley** y, por tanto, **no puede ir más allá de ella**, ni extenderla a supuestos distintos ni mucho menos contradecirla, sino que sólo debe concretarse a indicar los medios para cumplirla y, además, cuando existe reserva de ley no podrá abordar los aspectos materia de tal disposición (Cfr. <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/documentos/tesis/1001/1001299.pdf>)

El tema que nos encontramos desarrollando, cabe mencionar, ha sido igualmente abordado por una copiosa jurisprudencia, entre las que destaca la Sentencia de 29 de octubre de 1991, en donde la Sala Tercera indicó lo siguiente:

“Hay que señalar, en primer término, que de acuerdo con el numeral 14 del artículo 179 de la Constitución, el Presidente de la República y el Ministro respectivo **pueden reglamentar las leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento**. Debe existir, pues, una necesidad de reglamentación para facilitar la ejecución de la Ley. Mientras más detallada sea la ley menor será la necesidad de reglamentarla para asegurar su cumplimiento ya que, en este caso, la ley contiene los pormenores que se requieren para su cumplimiento **y poco podrá agregar el reglamento**. Por el contrario, la potestad reglamentaria tendrá mayor extensión cuando la ley, por ser de concisa o parca redacción, requiere que se detallen con mayor precisión y concreción los elementos necesarios para su cumplimiento. Como lo ha expresado el tratadista colombiano Jaime Vidal Perdomo ‘la extensión normativa del reglamento es inversamente proporcional a la extensión de la ley’ (Derecho Administrativo, Novena Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1987, pág. 38).”

En este mismo orden de ideas, la Sala Tercera, mediante Sentencia de 27 de febrero de 2007, indicó lo siguiente:

“En lo que atañe al especial interés que concita la temática particular del presente caso, es de notar que la atención debemos concentrarla en los denominados Reglamentos de Subordinación o Ejecución de las Leyes que, como su nombre lo indica, son normas secundarias de contenido objetivo y general, cuya expedición tienen como finalidad específica facilitar el cumplimiento de la Ley **sin que puedan, en forma alguna, rebasar el texto o espíritu de esta última**.

La función de optimización asignada a los Reglamentos de Ejecución de las Leyes, en cuanto al cumplimiento de las finalidades perseguidas por estas, **tiene que manifestarse con estricto apego a las exigencias de subordinación, desarrollo y complementariedad**, notas éstas que deben ser identificadas con vista en una lectura atenta del contenido y alcance de la Ley que se pretende reglamentar.”

Dicho lo anterior, y luego de haber realizado un análisis del acto acusado de ilegal, podemos observar que a través del acto acusado se establecen exigencias adicionales a las contenidas en el **párrafo final del artículo 11 del Acuerdo 11-2013 de 23 de diciembre de 2013, modificado por el Acuerdo 9-2017 de 27 de diciembre de 2017**, excediendo en ese sentido la entidad demandada, su facultad reglamentaria.

Debemos empezar señalando a través de la Ley 67 de 1 de septiembre de 2011, se crea la Superintendencia del Mercado de Valores que en su artículo 2, 10, 19 del Texto Único 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, el cual es del siguiente tenor:

“Artículo 2. Superintendencia del Mercado de Valores.
Se crea la Superintendencia del Mercado de Valores, en adelante la Superintendencia, como organismo autónomo del Estado, con personería jurídica, patrimonio propio e independencia administrativa, presupuestaria y financiera.

La Superintendencia tendrá competencia privativa para regular y supervisar a los emisores, sociedades de inversión, intermediarios y demás participantes del mercado de valores.

Para garantizar su autonomía, la Superintendencia tendrá las siguientes facultades y ventajas:

1. Actuar con independencia en el ejercicio de sus funciones y estar sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República, conforme lo establecen la Constitución Política de la República y esta Ley. Esta fiscalización no implicará en forma alguna injerencia en las facultades administrativas de la Superintendencia.
2. Tener fondos separados e independientes del Gobierno Central y el derecho de administrarlos.
3. Elaborar el anteproyecto de su propio presupuesto, el cual, una vez discutido y aprobado por las instancias pertinentes del Órgano Ejecutivo y la Asamblea

Nacional, se incorporará al Presupuesto General del Estado.

4. Escoger, nombrar y destituir a su personal y fijar su remuneración, de conformidad con lo que dicte su reglamento interno, el cual deberá ser elaborado por el superintendente.
5. Establecer su estructura orgánica y administrativa.
6. Tener potestad para contratar los consultores externos, abogados y contadores que estime necesarios para cumplir con sus funciones y deberes de acuerdo con la Ley del Mercado de Valores. También podrá fijar la remuneración y los términos de contratación de dichas personas. Los nombramientos y contrataciones podrán ser permanentes o temporales.
7. Gozar de las garantías e inmunidades que se establezcan en favor del Estado y de las entidades públicas.
8. No estar sujeta al pago de impuestos, derechos, tasas, cargos, contribuciones o tributos de carácter nacional, con excepción de las cuotas de seguro social, seguro educativo, de los riesgos profesionales, de los fondos complementarios obligatorios, de las tasas por servicios públicos, del impuesto de importación y del impuesto de transferencia de bienes corporales muebles y la prestación de servicios.”

“Artículo 10. Atribuciones. Son atribuciones de la Junta Directiva:

1. Adoptar, reformar y revocar acuerdos que desarrollen las disposiciones de la Ley del Mercado de Valores.
...
10. Evaluar la modificación de los montos de las tarifas de registro y de supervisión, en forma anual, las cuales podrán ser aumentadas conforme a la tasa de inflación acumulada desde el año anterior en el cual entró en vigencia el último aumento, según publicaciones realizadas por la Contraloría General de la República. Esta revisión implicará la previa presentación a la Junta Directiva de un estudio frente a los mercados más competitivos a la jurisdicción panameña y requerirá el voto afirmativo de cinco de sus miembros. Mientras existan fondos producto de superávit, no se podrán efectuar aumentos en los montos de las tarifas...”

“... ”

Capítulo V

Decisiones de la Superintendencia, Publicidad y Recursos

Artículo 19. Acuerdos, opiniones y resoluciones de la Superintendencia. **Los acuerdos se limitarán a poner en ejecución, en lo administrativo, lo que corresponda de la Ley del Mercado de Valores,** para permitir que la Junta Directiva y el superintendente ejerzan las facultades que estos ordenamientos legales les otorgan. Los acuerdos serán adoptados por la Junta Directiva y tendrán aplicación general.

Los acuerdos no podrán contravenir la Ley del Mercado de Valores o los reglamentos que dicte el Órgano Ejecutivo sobre la materia. Las posiciones administrativas serán adoptadas por el superintendente y se denominarán opiniones, las cuales tendrán carácter vinculante y serán de aplicación general.

Las opiniones que emita el superintendente se limitarán a expresar la posición administrativa de la Superintendencia en cuanto a la aplicación de una disposición específica de la Ley del Mercado de Valores a un caso en particular, pero no podrán contravenir decisiones que sobre la misma materia hubiera dictado la Junta Directiva o el Órgano Judicial.

El superintendente podrá emitir opiniones de oficio o a solicitud de parte interesada y podrá dejar sin efecto una opinión previa si es contraria a acuerdos u opiniones dictados con posterioridad.

Las resoluciones podrán ser emitidas por el superintendente y por la Junta Directiva. Cuando sean emitidas por la Junta Directiva podrán ser de aplicación individual o general, pero cuando lo haga el superintendente solo serán de aplicación individual.”

Lo indicado en los párrafos anteriores comprende las facultades, ventajas y atribuciones que la Superintendencia tiene como organismo autónomo del Estado, con personería jurídica, patrimonio propio e independencia administrativa, presupuestaria y financiera. Sin embargo al ejercer su función potestaria la misma no debe contravenir lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores o los reglamentos que dicte el órgano Ejecutivo sobre la materia.


Sobre la base de lo expuesto en el artículo **el párrafo final del artículo 11 del Acuerdo 11-2013 de 23 de diciembre de 2013, modificado por el Acuerdo 9-2017 de 27 de diciembre de 2017, señala que “...Los emisores que no mantengan valores en**


circulación pagarán el importe mínimo de la tarifa de supervisión de los valores registrados, establecido en la Ley.” **contraviniendo** así lo contemplado en el **texto del numeral 1 del artículo 26 (numeral 1) del Texto único del Decreto Ley 1 de 1999**, modificado por el artículo 4 de la Ley 66 de 9 de diciembre de 2016, referente a la Tarifas de Supervisión, señalando que los registros y licencias en la Superintendencia estarán sujetas al pago anual de una tarifa de supervisión: 1. Valores registrados, 0.015% del valor de mercado de los valores registrados en circulación, con un mínimo de mil balboas (B/.1,000.00) y un máximo de veinte mil balboas (B/.20,000.00) por cada emisión registrada. Los Programas Rotativos de Valores, 0.015% del valor de mercado de los valores registrados en circulación, con un mínimo de tres mil balboas (B/.3,000.00) y un máximo de veinte mil balboas (B/.20,000.00).

Tomando en cuenta lo anterior, la entidad con fundamento en su artículo 19 del Texto Único del Decreto Ley 1 de 1999, señala que los acuerdos no podrán contravenir la Ley del Mercado de Valores o los reglamentos que dicte el Órgano Ejecutivo sobre la materia, por lo que ninguna de estas disposiciones legales faculta a la Superintendencia del Mercado de Valores, para adicionar requisitos, vía reglamento, a los ya establecidos, por lo que estimamos que **el acto objeto de reparo excede la potestad reglamentaria, al añadir exigencias distintas a las contenidas en la Ley.**

Siendo así las cosas, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **ES ILEGAL el párrafo final del artículo 11 del Acuerdo 11-2013 de 23 de diciembre de 2013**, tal como quedó modificado por el Acuerdo 9-2017 de 27 de diciembre de 2013, emitido por la Junta Directiva de la Superintendencia del Mercado de Valores.

Del Honorable Magistrado Presidente,


 Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


 Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 1350-18