

La exclusión de accionistas por solvencia moral de una sociedad propietaria de banco y con valores registrados. Comentarios al Acuerdo de la Superintendencia de Bancos de Panamá 2-2023 sobre gobierno corporativo, integridad y solvencia moral*

DR. CARLOS BARSALLO^ψ

*Autor para Correspondencia. carlosbarsallo@hotmail.com

Recibido: 08 de junio de 2023
Aceptado: 11 de julio de 2023

Resumen

La presente ponencia explora las implicaciones jurídicas del Acuerdo No. 2-2023 de la Superintendencia de Bancos de Panamá que incorpora al régimen regulatorio bancario, requisitos relativos a la solvencia moral para los accionistas de entidades bancarias reguladas en Panamá. Se describe los estándares análogos internacionales sobre la idoneidad que deben tener los accionistas de entidades bancarias reguladas; así como los estándares legales internos de idoneidad que aplican al Superintendente de Bancos y a los miembros de la Junta Directiva de la Superintendencia de Bancos; y los estándares legales internos sobre idoneidad de accionistas de entidades reguladas en el mercado de valores. Propone evitar un trato desigual al dejar en responsabilidad de los reguladores bancarios, y no de los regulados, la decisión sobre qué se considera solvencia moral y cuándo aplicaría.

Palabras clave: gobierno corporativo, solvencia moral, idoneidad, parámetro *fit and proper*, regulador bancario, regulado bancario, exclusión de accionista.

* Ponencia dictada el 27 de abril de 2023 en el Webinar: Implicaciones Prácticas, Legales y Constitucionales del Acuerdo 2-2023 de la Superintendencia de Bancos de Panamá, organizada por la Universidad Católica Santa María La Antigua y World Compliance Association, Capítulo de Panamá.

^ψ Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad de Panamá, Summa Cum Laude), Maestría en Derecho (University of Pennsylvania), Maestría en Derecho Comercial (Universidad París II), Doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid, cum laude), expresidente de la Comisión Nacional de Valores de Panamá, exsocio de riesgo, ética de independencia en compañía firma de servicios profesionales “big four”, abogado con 34 años de experiencia, exprofesor de derecho de sociedades y ética bancaria.

Abstract

This presentation explores the adoption of bank shareholder's moral solvency standard by the Panamanian Banking Superintendency and its legal consequences to the compliance practice. It also describes the similarities of international fitness standards adopted by the Basel Committee on Banking Supervision; the domestic fitness standards applied to the Panamanian Banking Superintendency principal officers; and the domestic fitness standard of public markets company's shareholders, compared to the Banking Superintendency regulations. The presentation proposes that the banking regulators, not the banking entities, should determine what must be considered moral solvency, to protect equal treatment among shareholders.

Keywords: corporate governance, moral solvency, fitness, fit and proper standard, banking regulator, banking entity, shareholder exclusion.

Dentro del contexto del Acuerdo de la Superintendencia de Bancos de Panamá (en adelante, "SBP") identificado como el número 2 del año 2023, se tratarán los siguientes aspectos: los conceptos *fit and proper*; las reglas vigentes en materia bancaria en Panamá; las reglas vigentes para el propio regulador de banca (SBP) en Panamá; la creación de un sistema de auto regulación controlado; y algunos problemas prácticos y jurídicos.

1. *FIT AND PROPER TEST* PARA BANCA, PRINCIPIOS DE BASILEA.

En lo medular estos Principios/Guías de Basilea señalan que:

“Los accionistas cuyas participaciones superen los umbrales especificados y/o que ejerzan una influencia significativa en las entidades reguladas de ese conglomerado deben cumplir las pruebas de idoneidad, propiedad u otras pruebas de cualificación de los supervisores”.¹

Se observa que no se trata de cualquier accionista. No se trata de accionistas que no ejercen influencia significativa o que no tengan el porcentaje específico que señale la ley aplicable.

“Las pruebas de idoneidad, propiedad u otras cualificaciones deben aplicarse en la fase de autorización y, posteriormente, cuando se produzcan determinados acontecimientos”.²

Se observa que es un proceso continuo para el regulador. Comienza con la licencia, pero no termina con el otorgamiento de la licencia. El proceso queda sujeto a que se produzcan determinados acontecimientos a lo largo de la vida de la organización que deben estar previa y claramente indicados en la ley.

¹ BASEL COMMITTEE PUBLICATIONS: *Fit & Proper Principles Paper*, Febrero de 1999, pp. 41.

² BASEL COMMITTEE PUBLICATIONS: *Fit & Proper Principles Paper*, Febrero de 1999, pp. 41.

“Los supervisores esperan que las entidades adopten las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las pruebas de idoneidad, propiedad u otras pruebas de cualificación de forma continuada”.³

La expectativa básica de los reguladores bancarios es que el banco adopte las medidas necesarias para concretamente garantizar que se cumplan en todo momento las pruebas de idoneidad previamente establecidas en la normativa bancaria.

“Los factores relativos a la evaluación de la idoneidad, propiedad u otras cualificaciones de los accionistas clave incluyen la reputación empresarial y la posición financiera, y si dicha propiedad afectaría negativamente a la entidad regulada”.⁴

Los factores incluyen: reputación empresarial, posición financiera, si la propiedad afecta negativamente al banco.

“Se reconoce que, además de los factores identificados en los apartados anteriores, la evaluación de la idoneidad, la propiedad y otras cualificaciones es una cuestión de juicio y que los supervisores pueden disponer de información adicional que pueden considerar caso por caso”.⁵

Finalmente concluyo que es una cuestión de juicio del regulador bancario. Los supervisores bancarios pueden considerar esto caso por caso. Los principios de *fit & proper* de la banca encuentran su símil en el mercado de valores.

En el documento: “*Fit and proper assessment. Mejores prácticas.*” Reporte Final IOSCO Diciembre 2009 se dispone, con algo más de detalle práctico y útil:

“3.2 Honestidad, integridad, imparcialidad y comportamiento ético.

Las personas claves que son honestas, diligentes e independientes, que actúan éticamente y con integridad y equidad son esenciales para la buena reputación y la fiabilidad de la industria de servicios financieros en general y de las entidades individuales en particular.

A la hora de determinar la honestidad, integridad y reputación del solicitante/persona clave, el Regulador Financiero podrá considerar, entre otras cosas, si el solicitante/persona clave ha sido condenado, mediante auto de procesamiento, por deshonestidad, fraude, blanqueo de capitales, robo o delito financiero en los últimos 10 años.

Esto puede ser considerado por el Regulador Financiero como un indicio de que una persona no es apta y adecuada y, en principio, impedirá que una persona ocupe un cargo como Persona Regulada.

³ BASEL COMMITTEE PUBLICATIONS: *Fit & Proper Principles Paper*, Febrero de 1999, pp. 41.

⁴ BASEL COMMITTEE PUBLICATIONS: *Fit & Proper Principles Paper*, Febrero de 1999, pp. 40.

⁵ BASEL COMMITTEE PUBLICATIONS: *Fit & Proper Principles Paper*, Febrero de 1999, pp. 40.

no en la mal denominada “Ley Bancaria” que es el Decreto Ley 9 de julio de 1998. Fue con la reforma al Decreto Ley Bancario 9 de julio de 1998 que se introdujo, mediante otro Decreto Ley, el 2 de febrero de 2008, el requisito expreso para el solicitante de tener políticas de gobierno corporativo para solicitar licencia bancaria.

Las normas de rango legal (Decreto Ley 9 de 1998 como ha sido reformado) disponen concretamente en el tema que nos interesa:

“ARTÍCULO 47. SOLICITUD DE LICENCIA. Las solicitudes de licencias bancarias que se formulen al Superintendente deberán hacerse constar por escrito mediante apoderado legal.

La Junta Directiva establecerá los requisitos y demás condiciones que deben reunir los peticionarios a fin de obtener una licencia bancaria”.⁹

Conviene observar algo interesante. Si se revisa el listado de los apoderados legales que presentan las solicitudes de licencias para bancos, estos están limitados en la práctica a un número relativamente bajo. Adicionalmente, y sobre todo en el pasado, algunos de estos apoderados legales (firmas de abogados) han tenido miembros directos en la junta directiva del propio regulador que dicta el acuerdo sobre requisitos que deben reunir los peticionarios de licencia bancaria.

Esto deviene interesante ya que puede darse el caso (con harta frecuencia), en este tema de solvencia moral, que la firma de abogados peticionaria de la licencia para el futuro banco, y cuyo abogado ha podido ser también parte de la junta directiva del regulador bancario, es la primera persona que ha tenido que tratar o lidiar con el tema de la solvencia moral de los accionistas de su propio cliente, ahora solicitante de licencia bancaria.

No obstante, la licencia bancaria en todo caso la expide el Superintendente de Bancos y no la Junta Directiva de la SBP. La junta directiva de la SBP conoce las apelaciones de las decisiones del Superintendente de Bancos. La Junta Directiva de la SBP es quien dicta los acuerdos bancarios.

Los requisitos para obtener licencia bancaria están señalados en el artículo 48 del Decreto Ley Bancario y están desarrollados en el Acuerdo SBP 3-2001 sobre el cual comentaré más adelante.

“ARTÍCULO 48. CRITERIOS PARA LA APROBACIÓN O DENEGACIÓN DE LICENCIAS BANCARIAS. El Superintendente tendrá un plazo de hasta noventa días, contado a partir de la presentación completa de toda la documentación requerida por la Superintendencia, para aprobar o denegar la solicitud de licencia bancaria, en atención a los siguientes criterios:

- 1. Identidad de los accionistas principales e idoneidad del cuerpo administrativo con base en su experiencia, integridad e historial profesional.**

⁹ PANAMÁ, Decreto Ejecutivo No. 52 (30/04/2008), *que adopta el Texto Único del Decreto Ley No. 9 de 26 de febrero de 1998, modificado por el Decreto Ley No. 2 de 22 de febrero de 2008.*

2. Evidencia de la capacidad para aportar el capital mínimo exigido, cuyo origen deberá ser claramente determinable.
3. ...
4. Políticas de Gobierno Corporativo.
5. Cualquier otro criterio que el Superintendente o la Junta Directiva estime pertinente”.¹⁰ (Resaltado es mío).

La norma vigente, el artículo 48 del Decreto Ley Bancario, señala como uno de los criterios para la aprobación o denegación de licencia, revelar a la SBP la identidad de accionistas principales; y revelar a la SBP la idoneidad del cuerpo administrativo con base a su experiencia, integridad e historial profesional.

El Acuerdo de la SBP 3-2001 dictado por la Junta Directiva de la SBP desarrolla el tema así:

“ARTÍCULO 2: SOLVENCIA MORAL Y ECONÓMICA. Las personas naturales que soliciten licencia bancaria a la Superintendencia para un Banco constituido en el extranjero o como promotores de un nuevo Banco en proceso de formación, así como sus directores, dignatarios y **PRINCIPALES** accionistas deberán contar con una reconocida solvencia moral y económica.

En consecuencia, NO se concederá la licencia bancaria solicitada cuando cualquiera de las personas antes indicadas:

1. Haya sido condenada por: blanqueo de capitales, tráfico ilícito de estupefacientes, estafa, tráfico ilegal de armas, tráfico de personas, secuestro, extorsión, peculado, corrupción de servidores públicos, actos de terrorismo, tráfico internacional de vehículos, o por cualquier delito contra la propiedad o la fe pública;
2. Se encuentre impedida para ejercer el comercio, en Panamá o en otro país;
3. Haya sido declarada en quiebra o en concurso civil de acreedores; o
4. Haya sido identificada por la Superintendencia como responsable en el Banco de los actos que llevaron a la liquidación forzosa del Banco”.¹¹ (Resaltado es mío).

Para que la SBP pueda efectuar su labor de debida diligencia solicita:

“Generales de accionistas, directores y dignatarios del solicitante y de su Promotor: Información detallada y precisa que confirme fehacientemente la identidad, domicilio, dirección, nacionalidad (cédula de identidad personal y/o pasaporte), ocupación y porcentaje de participación en el capital de los accionistas del solicitante y de su promotor y sus directores y dignatarios, y la participación accionaria de estos”.¹²

¹⁰ PANAMÁ, Decreto Ejecutivo No. 52 (30/04/2008).

¹¹ PANAMÁ, Acuerdo No. 3-2001 de la Junta Directiva de la Superintendencia de Bancos (05/10/2001), *que establece los criterios básicos para solicitudes de licencia general, internacional o de representación.*

¹² PANAMÁ, Acuerdo No. 3-2001 de la Junta Directiva de la Superintendencia de Bancos (05/10/2001).

Es muy interesante observar lo siguiente:

“Cuando las acciones del solicitante o promotor **se negocien en bolsa con frecuencia**, la información requerida recaerá sobre los cinco (5) accionistas con mayor porcentaje de participación; ...”¹³(Resaltado es mío).

Es llamativa la referencia a que las acciones se negocien en bolsa con **frecuencia**. Esta calificación particular es curiosa. A *contrario sensu*, cuando dichas acciones no se negocien con frecuencia, lo cual puede suceder (y sucede) en mercado bursátil como el panameño, la información sería la de los accionistas principales, que señala la ley, norma de rango superior, sin indicar que son los 5 accionistas principales que señala el Acuerdo SBP 3-2001.

Para darle contenido práctico a estos comentarios, me permito en este punto hacer la siguiente acotación: las lecciones que se pueden aprender de mi experiencia. El 14 de febrero de 2008, mediante Resolución CNV 46-08 se admitió el desistimiento de la solicitud de licencia de una casa de valores. La empresa que quería la licencia de casa de valores desistió de la solicitud de licencia ya que se les informó desde la Comisión Nacional de Valores (en adelante, “CNV”), que presidía en ese momento, que la licencia les sería negada formalmente por contar en el expediente noticias negativas recibidas de Brasil que ponían en duda la solvencia moral de la entidad y de su accionista principal. Me retiré de la CNV en marzo 2008. En julio 2009, mediante Resolución CNV 237-09, el regulador de valores le otorgó al solicitante la licencia de casa de valores que nosotros le habíamos indicado a la entidad que no le daríamos. Ya la Superintendencia de Bancos (SBP) le había otorgado licencia bancaria a la entidad. Estas autoridades evidentemente no tenían ninguna duda/evidencia sobre la solvencia moral de la entidad y de su accionista principal.

Lo más interesante pasó después. La Superintendencia de Bancos (SBP), mediante la Resolución SBP-0057- 2017 de 7 de abril de 2017 ordenó la liquidación forzosa administrativa del banco. No fue posible evitar su quiebra, que es lo que significa una liquidación forzosa administrativa con otro nombre, por más que se intentó. Los problemas vinieron de afuera, como habían venido las noticias iniciales que ponían en duda la solvencia moral de la entidad y de su accionista principal. Concluyo en este punto, que se requiere consistencia y coherencia. Se debe evitar la selectividad y la idea de que es negocios, antes que nada. Todo lo anterior se encuentra documentado y es público.

Retomando el tema normativo debo recordar que el Decreto Ley Bancario, artículos 107 y 108, dispone quién no puede ser director o gerente de banco. Por ejemplo, quien ha sido condenado por cualquier delito contra la propiedad o la fé pública, por faltas graves en el manejo del banco. Es un menú limitado. Es una lista cerrada establecida por Decreto Ley Bancario. La Junta Directiva de la SBP es quien rehabilita. Es decir, es quien dice cuándo, y luego de haber hecho determinados actos, la persona en su momento inhabilitada puede ser nuevamente director o gerente de un banco. Se torna subjetivo de no fijarse parámetros previamente y con rango legal.

¹³ PANAMÁ, Acuerdo No. 3-2001 de la Junta Directiva de la Superintendencia de Bancos (05/10/2001).

El artículo 16 del Decreto Ley Bancario señala que el Superintendente puede instruir a los bancos para la remoción de sus directivos, dignatarios, ejecutivos, si a su juicio, hubiere mérito para ello. Igualmente, se torna subjetivo de no fijarse parámetros previamente y con rango legal.

Tampoco puede ser director o administrador de un banco quien haya participado en la administración o dirección de un banco al cual se le ordenó por el regulador (SBP) su liquidación forzosa. Es, como se observa, un menú limitado que viene dado en la normativa legal.

En atención a que en varias de las normas citadas se combina un menú limitado sobre quién no puede ser director o gerente de un Banco, con amplia discreción del regulador bancario (SBP), cobra especial importancia que el propio regulador goce de la mayor y más intachable reputación y confianza posible.

Vale la pena recordar cuáles son las reglas de solvencia moral para el propio regulador. Es decir, cuáles son las reglas en materia de integridad y solvencia para ser miembro de la Junta Directiva de la SBP y Superintendente de Bancos.

3. LAS REGLAS VIGENTES PARA LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS EN PANAMÁ.

El Decreto Ley Bancario señala:

“ARTÍCULO 9. REQUISITOS PARA SER DIRECTOR. Para ser miembro de la Junta Directiva se requiere:

1. ...
2. No haber sido condenado por autoridad competente por delito doloso.
3. No haber sido inhabilitado por la Superintendencia o por la Comisión Bancaria Nacional para ejercer como funcionario bancario.
4. No haber sido declarado judicialmente en quiebra ni en concurso de acreedores, o encontrarse en estado de insolvencia manifiesta”¹⁴.

“ARTÍCULO 14. REQUISITOS PARA SER SUPERINTENDENTE. Para ser Superintendente se requiere:

1. ...
2. No haber sido condenado por autoridad competente por delito doloso.
3. No haber sido inhabilitado por la Superintendencia o por la Comisión Bancaria Nacional para ejercer como funcionario bancario.
4. No haber sido declarado judicialmente en quiebra ni en concurso de acreedores, o encontrarse en estado de insolvencia manifiesta”¹⁵.

Curiosamente no se hace mención de la integridad ni de la solvencia moral como requisito para ser Superintendente o director de la Junta Directiva. Por su parte las causales de remoción, tanto para miembro de la Junta Directiva como para Superintendente, son:

¹⁴ PANAMÁ, Decreto Ejecutivo No. 52 (30/04/2008).

¹⁵ PANAMÁ, Decreto Ejecutivo No. 52 (30/04/2008).

“ARTÍCULO 18. CAUSALES DE REMOCIÓN. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia podrá ordenar la remoción de un miembro de la Junta Directiva o del Superintendente que incurra en alguna de las causales siguientes:

1. Incapacidad permanente para cumplir sus funciones.
2. Declaración de quiebra o concurso de acreedores o el estado de insolvencia manifiesta.
3. Incumplimiento de los requisitos establecidos para su escogencia como director o Superintendente.
4. Falta de probidad en el ejercicio de sus funciones”¹⁶

Aquí sí se observa el uso de un concepto de probidad. La probidad es el actuar con rectitud, integridad, honradez. Por lo que el acto de sustraer, sin el debido permiso, algo de la empresa, que no le pertenece atenta contra todo el orden y principio de la buena fe. "Toda falta de probidad no es un delito, pero todo delito es falta de probidad."¹⁷

Sería coherente entender que, en materia de integridad y solvencia moral del regulador, las reglas podrían (deberían) ser parecidas, y nunca menos, a las que se les imponen a sus regulados.

4. LA CREACIÓN DE UN SISTEMA DE AUTO REGULACIÓN CONTROLADO.

Soy de la opinión que con el nuevo Acuerdo SBP 2-2023 se hace responsabilidad de la entidad bancaria y de la propietaria de las acciones de bancos el velar por la solvencia moral de sus propios accionistas. Con ello se crea un sistema de auto regulación controlado en una materia en que debía prevalecer únicamente la norma legal previa y claramente establecida.

En el Acuerdo SBP 2-223 no se dan parámetros concretos u objetivos como los señalados en la norma legal bancaria ni en el acuerdo reglamentario de solicitud de licencias, todas normas ya citadas anteriormente. Esto puede generar incertidumbre y trato desigual. Estas reglas de solvencia moral pueden funcionar sin dificultad cuando el problema no es el accionista controlador. Pero el funcionamiento de dichas reglas es complejo cuando es el propio accionista controlador quien se tiene que auto regular.

El tema de dar licencia bancaria es una función y deber legal primario de quien emite la licencia para operar y supervisa permanentemente a la entidad, es decir el regulador bancario. La emisión y mantenimiento de licencias bancarias no es un tema primario de auto regulación. Es el regulador bancario el que debe indicar previa y taxativamente quien NO puede ser accionista de un banco. Los criterios para ello NO DEBEN SER DEL REGULADOR deben estar los previstos en la ley y ser aplicables a todos por igual.

¹⁶ PANAMÁ, Decreto Ejecutivo No. 52 (30/04/2008).

¹⁷ Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial, 30/04/1993, (*GREGORIO ÁBREGO VS SWIFT & CO.*), *Jurisprudencia Laboral*, Sistemas Jurídicos, S.A., p. 77.

En el sistema actual, para poder ajustarse a las generalidades que dispone el Acuerdo SBP 2-2023, se van a requerir reformas a los pactos sociales de las entidades bancarias y las sociedades propietarias de acciones de banco. El regulador bancario ejerce un control legal y operativo sobre estos pactos y sus reformas. Mantiene un control que involucra en lo operativo a los Notarios y al Registro Público. El regulador bancario interviene *a priori* al involucrarse en el contenido de los pactos sociales y conoce que se señala en cuanto a los derechos y deberes de los accionistas (temas corporativos). Y en el caso objeto de estos comentarios conoce especialmente en el tema de una eventual exclusión de accionistas.

La norma legal, artículo 44 Decreto Ley bancario sobre control del pacto social de bancos y propietarias de bancos, dispone:

“PARÁGRAFO. Se prohíbe a los notarios la autorización de escrituras o copias de éstas, actos, declaraciones o instrumentos peculiares a su oficio y autenticaciones de firmas que contravengan lo dispuesto en este artículo. Igual prohibición se hace al Registro Público de Panamá en cuanto a sus inscripciones, estando el Director General del Registro Público obligado a informar a la Superintendencia la existencia de cualquier inscripción que pueda estar en contravención con las disposiciones del presente artículo.

El Superintendente deberá evaluar el informe y ordenar la anotación de una marginal en la inscripción de cada sociedad que hubiese violado las normas establecidas en este Decreto Ley y, luego de transcurridos sesenta días calendario de la fecha de la correspondiente anotación, la sociedad afectada queda disuelta de pleno derecho o inhabilitada para efectuar negocios en Panamá, según se trate de una sociedad panameña o extranjera”.¹⁸

Salvo los temas de negocios y deseos de hacer un proyecto de negocios en conjunto (*affectio societatis*, de poca aplicación en sociedades anónimas bancarias y menos en las que cotizan), no son los propios bancos los que determinan quién puede ser su accionista, director o administrador de un banco para obtener y mantener una licencia. Eso lo hace el regulador bancario en ejecución de lo que dice, faculta y le requiere la ley. Actuar, así como dispone el Acuerdo SBP 2-2023, responde a un modelo de auto regulación. Se busca que el banco se auto regule; y lo que haga el banco concretamente, que es el detalle, viene impulsado o motivado por la regulación.

Se usa como argumento para la exclusión de accionistas por solvencia moral el tema de mitigación de riesgos, entre el reputacional y riesgo de afectaciones en los negocios por ser incluido, por ejemplo, en listas que impidan el normal desarrollo de operaciones y negocios con ciertos mercados, no el local, curiosamente. Desde que se habla de riesgos se introducen los conceptos de apetito y tolerancia al riesgo. Eso depende de cada entidad bancaria. Por ello, se requiere la fijación de criterios objetivos por el regulador bancario para tener un punto de partida. Se argumenta también protección del sistema bancario. Eso corresponde primariamente al regulador, no a las entidades bancarias por sí mismas.

El problema de esto son las subjetividades. La falta de criterios objetivos previamente fijados que brinde una norma legal. Los criterios deben ser los mismos que los establecidos en la ley para dar la

¹⁸ PANAMÁ, Decreto Ejecutivo No. 52 (30/04/2008).

licencia y para mantenerla. No pueden ser distintos. Por ejemplo, el debate concreto lo vive todos los días cualquier oficial de cumplimiento cuando se enfrenta al área de negocios que desea traer un cliente a toda costa ya que representa ganancias, repercute en los bonos anuales y las compensaciones extraordinarias. El oficial de cumplimiento se debate: ¿basta meras acusaciones o se requieren condenas en firme? ¿Qué tipo de delitos todos, o algunos? ¿Se incluye faltas administrativas? Y ¿Por cuánto tiempo?

De acuerdo con el sistema actual regulatorio bancario del Decreto Ley Bancario y el Acuerdo SBP 3-2001, la respuesta es que no basta meras acusaciones. Pero, el Acuerdo SBP 2-2023 hace variar esto.

Para toda autoridad prevalece el principio constitucional contenido en el artículo 22 de nuestra Constitución que dispone que las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa.¹⁹ Este principio está contenido igualmente en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.²⁰ Es difícil mantener un discurso de respeto a los derechos humanos sin tener este principio en consideración. Este principio rige a la autoridad. Por ello, las limitaciones para establecer normas legales y reglamentarias que den como resultado directo una especie de sanción previa sin haber sido procesado. Por ello se acude a este sistema que podemos denominar indirecto.

Entre privados (accionistas) puede argumentarse la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, cuidando que no se generen discriminaciones. Una especie de reserva del derecho de admisión siempre que la exclusión del accionista se fundamente en condiciones objetivas que están bien advertidas desde un inicio de la relación y estén muy bien divulgadas. Este principio de información previa y el principio de divulgación son fundamentales.

El sistema panameño como viene actualmente planteado con este nuevo Acuerdo SBP 2-2023 presenta una especie de híbrido. El regulador bancario no toma la medida directa que afecte por su acto administrativo a una persona. Ni siquiera la contempla expresamente por su nombre en su menú. En su lugar, deja el tema al regulado a quien le invita/requiere a establecer políticas y procedimientos, no le dice cuáles y a tomar medidas, tampoco le dice cuáles. El abanico puede ser amplio y no necesariamente conllevan la expulsión de un accionista. Por ejemplo, podría establecerse un fideicomiso ciego en el cual se entregan las acciones del afectado mientras se da un desenlace, sin que se le excluya necesariamente como accionista. Ya lo vivimos en un caso emblemático de un banco panameño.

Si, por continuar la discusión se argumenta que basta acusaciones se requiere responder preguntas adicionales: ¿Qué tipo de acusaciones? ¿De medios de comunicación? ¿Qué medios de comunicación? ¿De gobiernos? ¿Qué gobiernos? ¿Unos gobiernos sí y otros no? ¿Estar en listas? ¿Qué listas? Esto debe precisarse y sobre todo una vez precisado aplicarse a todos por igual, incluido el regulador mismo.

Bajo el paraguas y excusa de gobierno corporativo se amparan muchos cambios que no son necesariamente los establecidos expresamente en ninguna norma. Por ejemplo, se cambia de auditores

¹⁹ PANAMÁ, *Constitución Política* (11/10/1972)

²⁰ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (22/11/1969)

y se alega seguir buenas prácticas de gobierno corporativo. Cuando la realidad es que el sistema legal panameño vigente contempla es la rotación del equipo de auditoría y no del auditor o firma de auditores. Cuando no se quiere adoptar alguna medida se dice que la norma no lo requiere.

No se debe usar a conveniencia el gobierno corporativo. Así se torna en un concepto amplio y etéreo. Es el problema en materia prevención de blanqueo y otras actividades ilícitas que se está presentando con el llamado *de risking*. La estrategia del Departamento del Tesoro de Estados Unidos de abril 2023, en un estudio de 54 páginas trata el *de risking*. El *de risking* no es más que la práctica de las instituciones financieras de terminar o restringir relaciones de negocios de forma indiscriminada con amplias categorías de clientes en lugar de analizar y manejar los riesgos de los clientes de una manera focalizada y específica. No es una práctica consistente con sistema basado en riesgo que está en el marco regulatorio anti-blanqueo de capitales.

5. PROBLEMAS PRÁCTICOS Y JURÍDICOS.

En este tema de la solvencia moral e integridad hay varios componentes. Primeramente, el administrativo-regulatorio. Como señala el catedrático de derecho mercantil ya fallecido Fernando Sánchez Calero, mi profesor en el doctorado de derecho, el derecho administrativo interviene cada vez más en el derecho corporativo y altera las reglas. Hay que ver distintas especialidades para tener en cuenta todos los aspectos.

Un banco es una sociedad anónima. Primer conjunto de reglas que le aplica es la Ley 32 de 1927. Ley que en muchos casos guarda un silencio que ensordece. Es el caso de la expulsión de accionista. En derecho panameño algunas normas del Código de Comercio cuya vigencia se han reestablecido también inciden. Esta es la Ley 9 de 1946. El Código de Comercio en su artículo 507 contempla la exclusión de accionista. Se discute si la norma es aplicable a las sociedades anónimas en general por la derogatoria general que hizo la ley de sociedades anónimas. Se ha entendido por la doctrina y jurisprudencia de que el artículo 507 del Código de Comercio sobre exclusión de accionistas le aplica a las sociedades anónimas.

“Artículo 507. El retiro de un socio podrá también tener lugar:

1. Por su exclusión;
2. Por su muerte, a menos que conforme el contrato hubiera de continuar la sociedad con los sucesores;
3. Por su quiebra;
4. Por su incapacidad”.²¹

En un arbitraje privado sobre un caso de una sociedad panameña y accionistas mayoritario y minoritario se han discutido los siguientes puntos muy específicos al caso concreto.

1. Si un accionista en una sociedad anónima cerrada puede ser expulsado por la mayoría. Se ha concluido que le aplica el artículo 507 del Código de Comercio que permite la exclusión.
2. Se ha establecido que se requiere justa causa. En el caso del arbitraje se han alegado y probado acciones obstruccionistas por el minoritario que tienen efecto que la sociedad no puede funcionar de manera ordenada. El accionista ha promovido una serie de demandas y acciones

²¹ PANAMÁ, *Código de Comercio* (22/08/1916)

legales, ha demandado judicialmente la disolución de la sociedad. Estas acciones, se ha indicado, revelan una ausencia obvia de *animus societatis* frente a sus socios y la falta de interés de continuar los negocios de la sociedad. Se ha querido la disolución de la sociedad y la destrucción del objeto cuyo desarrollo y funcionamiento es el objeto principal de la sociedad.

3. Dicha sociedad tiene un acuerdo de accionistas que contempla resolución de controversias mediante arbitraje.

Normas administrativas cambian, en caso de bancos, las reglas generales societarias. El Decreto Ley Bancario nada señala en este tema de exclusión de accionistas. Hasta el Acuerdo SBP 2-2023 no se había tratado el tema. El Acuerdo SBP 2-2023, como ya he explicado, no lo trata de forma expresa ni directa. Lo hace de forma indirecta y por insinuaciones. Los acuerdos del regulador bancario deberían pasar por consulta pública previa. De esta manera se conoce y discute previamente su alcance e intención.

Si además, la sociedad objeto de análisis es una empresa que tiene valores registrados en el regulador de valores, un emisor registrado, otras normas le aplican y afectan su régimen corporativo. El Decreto Ley 1 de 1999 que regula el mercado de valores tiene un mecanismo para la compra de acciones a los accionistas que incluyen la OPA u oferta pública de adquisición de acciones. Aquí se ve a la sociedad como emisora, no como sujeto regulado con licencia bancaria. Adicional los intereses incluyen proteger a los inversionistas y la transparencia del mercado. Incide, por ejemplo, en lo societario en que las cláusulas de suscripción preferente y derecho de tanteo no son de aplicación en emisores registrados ya que son contrarias a la negociación pública de valores en mercados abiertos. En adición, si la sociedad cotiza en bolsa otras reglas privadas le aplican, es decir las reglas de la bolsa de valores concreta en que cotice.

En cuanto al derecho comercial se puede indicar que es legal que un pacto social contenga detalles sobre en qué momento y razones se excluye a un accionista. El accionista que forma parte de la sociedad, con ese pacto previamente conocido, sabe cuáles son las reglas desde el día uno y a ellas se somete cuando se convierte en accionista. Más complicado es el tema de la modificación del pacto social posteriormente para incluir *a posteriori* el tema de la exclusión de un accionista. En Panamá existe una norma del Código de Comercio, aplicable a las sociedades anónimas panameñas, que indica:

“Artículo 417. La Asamblea General de Accionistas constituye el poder supremo de la sociedad anónima, pero en ningún caso podrá por un voto de la mayoría privar a los accionistas de sus derechos adquiridos ni imponerles, salvo lo dispuesto en el presente Código, un acuerdo cualquiera que contradijere los estatutos”.²²

En caso sencillo, no sería posible que la mayoría prive al accionista de su derecho adquirido de accionista.

Si la razón formal obedece a un requerimiento regulatorio, el análisis requiere varios aspectos adicionales. El requerimiento regulatorio debe ser expreso. No ambiguo ni sobrentendido. El mismo debe ser claro en lo que conlleva. No puede ser ambiguo o genérico. De ser ambiguo permitiría otras opciones distintas a la exclusión. El establecimiento de políticas y control de riesgos abarca muchas

²² PANAMÁ, *Código de Comercio* (22/08/1916)

posibilidades. El regulador bancario puede directa o indirectamente requerir la expulsión. Su acto sería un acto administrativo revisable en Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Si el regulador bancario no entra en detalle surge un tema importante a tratar que es la forma de la exclusión. En caso de sociedades cotizadas el precio de la acción se entiende dado por el mercado en el cual cotiza. Las acciones deberían pasar por bolsa por varias razones. Primero por transparencia. Segundo, mejor formación de precios lo que es más justo en teoría. En el derecho panameño hasta el año 2000, empresas que cotizaban en bolsa tenían en sus pactos las cláusulas de derecho de tanteo y derecho de suscripción preferente. Estas cláusulas son típicas de sociedades cerradas. No van acorde con sociedades que cotizan en bolsa.

Otra distorsión práctica que se produce por particularidad panameña es que de no hacerse la transacción por bolsa se vuelven gravables las ganancias obtenidas y no deducibles las pérdidas sufridas, según fuera el caso. Esto puede perjudicar al accionista excluido y se convierte en una penalización adicional. No solo se le excluye, sino que el pago por sus acciones no es necesariamente el óptimo y debe considerar las implicaciones fiscales.

Excluir al accionista conlleva pagarle el precio por su acción. La acción la debe poder adquirir cualquiera en bolsa, no se limita a la propia entidad emisora. Esa adquisición por la propia sociedad puede afectar el capital. No se requiere que se reduzca el capital, otra consecuencia potencial no deseada. Con otro accionista se mantiene la capitalización al reemplazarse el accionista por otra persona y mantenerse su aporte al capital.

6. RECORDATORIO DE IDEAS GENERALES DE DERECHO SOCIETARIO.

Las sociedades son o de personas o de capital. Es la teoría. En la primera hay el *affectio societatis*. Grupo de personas que se conocen quieren hace una sociedad y les interesa las cualidades personales de cada socio. En las sociedades de capital, teóricamente la persona no interesa sino el capital. No interesa ya que la norma establece el principio de responsabilidad limitada. El accionista solo responde por lo que no haya pagado de acciones, no más. En casos de aumento de capital en condiciones normales, el accionista no está obligado legalmente a hacerlo. Ni siquiera en los bancos con licencia bancaria.

No hay procedimiento ejecutivo para hacer que se ponga el dinero necesario para un aumento necesario de capital. Las consecuencias de no hacerlo están previstas en la liquidación forzosa administrativa. Muchos accionistas no quieren poner más capital aun cuando se les requiere y llevan al banco a su liquidación forzosa administrativa. Si fuese una obligación legal, el regulador bancario podría ordenar que se haga el aumento y afectar los bienes personales del accionista.

Expongo un ejemplo de protección de accionistas en el derecho comparado cuando se usa una excusa externa para tomar una medida corporativa. En Panamá la protección del accionista minoritario es débil. Tanto en norma como en aplicación judicial práctica.

A continuación, un ejemplo muy reciente que se puede relacionar con el supuesto de usar como razón para actuar un factor externo a la sociedad y como los tribunales, protegiendo al accionista minoritario,

analizan la situación y logran que la protección sea efectiva, sin dejar de cumplir con el factor externo, de interés para terceros.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo Español (TS) de 11 de enero de 2023 confirma el reparto de un 75% de los beneficios de una sociedad a pesar de que la mayoría del capital acordó destinarlos íntegramente a reservas.²³ Lo novedoso de la sentencia no es que deje sin efecto el acuerdo, sino que determina el importe exacto que debe ser repartido entre los socios. Para entender la sentencia debemos resumir el supuesto de hecho enjuiciado. Se trata de una sociedad con dos socios al 51% y 49% que acordó, por mayoría, destinar a reservas la totalidad de los beneficios obtenidos en dos ejercicios contables. La demanda de impugnación del socio minoritario, quien reclamaba el reparto de la totalidad de los beneficios obtenidos, fue estimada en apelación por la Audiencia Provincial de la Coruña (AP), que acordó además el reparto del 75% de esos beneficios.

La sociedad demandada recurrió ante el Tribunal Supremo basándose en las siguientes cuestiones. Argumentó que la sociedad no podía repartir dividendos por ser parte en un contrato de refinanciación que lo prohibía expresamente y por considerar que la impugnación de acuerdos solo puede llevar a la nulidad del acuerdo, pero no a la fijación de la concreta cantidad a repartir, por ser ésta una facultad de la Junta General, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 273 de la Ley de Sociedades de Capital.

El Tribunal Supremo desestima los recursos en base a los siguientes argumentos:

En cuanto a la adopción del acuerdo impuesto por la mayoría de forma abusiva: tanto la AP como el TS, entendieron que, a pesar de que la sociedad era parte en un contrato de refinanciación que le prohibía repartir dividendos, ello no constituía una imposibilidad para repartir dividendos por cuanto las reservas de la sociedad eran altamente superiores al importe garantizado en el contrato.

En cuanto a la acción ejercitada por el socio minoritario: La sociedad cuestionó la legitimidad del minoritario quien pudo ejercitar la acción de separación del 348 bis, en vez de impugnar los acuerdos sociales. Ante este argumento el TS aclara diciendo que el 348 bis no es el único “remedio del minoritario” quien también puede impugnar los acuerdos sociales si estos son adoptados en claro abuso de la mayoría.

Finalmente, en cuanto a la supuesta injerencia en la voluntad de la Junta General: el TS responde que la fijación de la cantidad concreta que debe ser repartida no es “una suplantación de la voluntad de la Junta” sino la protección efectiva del derecho del minoritario a percibir beneficios, por cuanto limitarse a declarar la nulidad de los acuerdos solo supondría dejar la decisión nuevamente en manos de la Junta, esto es, del socio mayoritario”.

7. CONSIDERACIONES FINALES.

Los acuerdos de la SBP se beneficiarían de seguir el procedimiento administrativo de consulta pública para la adopción de acuerdos. Ello ayudaría a que hubiese una participación y consulta en etapa previa.

²³ ESPAÑA, STS 9/2023.

Se aclararían dudas. El plazo de 9 meses de adecuación que contiene el Acuerdo SBP 2-2023 no sustituye a la consulta. Responde al hecho corporativo de que la mayoría de las sociedades bancarias van a requerir reformas a sus pactos. En lo privado así sucedió con los contratos, por ejemplo, de auditoría externa en caso de cliente que fue incluido en la Lista Clinton.

En cuanto al interés del equipo técnico de los bancos de cómo hacer bien el trabajo. Es conveniente recordar en resumen final lo siguiente. Los verbos rectores del Acuerdo SBP 2-2023 son: asegurar, deben asegurarse; adoptar, adoptar políticas que permitan identificar, evaluar y monitorear; tomar medidas establecidas en la política, (no se indica cuáles); e informar motivos que sustentaron medida al regulador.

Podemos indicar que sería bueno que los oficiales de cumplimiento tuviesen acceso al registro privado y único de beneficiarios finales creado por la Ley 129 de 2020. Estos oficiales hoy operan a ciegas. Se basan solo en declaraciones de parte. No conocen, ni tiene por qué conocer, quiénes son los beneficiarios finales de las sociedades bajo las cuales operan los accionistas de sus bancos.

Se debe reconocer que hay una penetración del velo corporativo en la práctica. Se excluye no solo al accionista formal registrado sino también a todos aquellos otros accionistas formales, que están relacionados con el accionista formal ya que este es el beneficiario final de esas otras estructuras. Todo esto debe indicarse expresamente en la normativa. Las obligaciones genéricas de crear manuales y tomar medidas son insuficientes y por su propia naturaleza ambiguas o se prestan a múltiples interpretaciones.

Se puede excluir a un accionista, si el pacto social así lo contempla. El pacto lo puede contemplar desde su origen. Si es por vía de reforma no es viable. Lo sería si lo ordena una autoridad ya que por el principio de legalidad se debe cumplir con lo ordenado. El acto de esa autoridad puede ser demandado ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia por considerarse ilegal. La autoridad deberá indicar cuál es el fundamento legal expreso que tiene para ordenar la exclusión de un accionista.

Es imposible no hablar del elefante en el cuarto y es que todo esto no sucede en un vacío. El tema medular de fondo no es, paradójicamente, local, ni de normativa, ni decisión judicial local. Son efectos de listas administrativas de jurisdicción extranjera. Son eventos fácticos no de derecho.

El derecho panameño enfrenta un reto ante estas realidades. Lo ideal sería que se conciliaran los intereses de todas las partes y que no se genere una situación injusta con el fin de evitar una situación perjudicial mayor. Panamá es un país que sabe de listas y de consecuencias de estar en listas. Algunos las denominan discriminatorias para mostrar su descontento. Con mayor razón Panamá, si su discurso es coherente, debe cuidar el respeto del derecho, aun cuando no le agrada el sujeto cuyo derecho cuida. Eso es el epítome del Estado de Derecho.