

REPÚBLICA DE PANAMÁ

ÓRGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

P L E N O

Panamá, cuatro (4) de diciembre de dos mil doce (2012).

VISTOS:

El Licenciado Martín Jesús Molina Rivera, solicita que se declare la inconstitucionalidad del numeral 5 del artículo 33 del Código de Comercio.

Admitida la demanda, se corrió traslado a la Procuraduría de la Administración, para que emitiera concepto. Le correspondió entonces al señor Procurador de la Administración, Oscar Ceville, quien expuso su opinión mediante Vista No. 964 de 24 de septiembre de 2009, legible de fojas 19 a 25.

Oportunamente, se fijó en lista el negocio conforme a lo dispuesto en el artículo 2555 (2564) del Código Judicial para que en el término de diez (10) días, contados a partir de la última publicación, el demandante y todas las personas interesadas presentaran argumentos por escrito sobre el caso.

Agotados los trámites de la sustanciación, corresponde a la Corte Suprema de Justicia fallar la presente Acción de inconstitucionalidad, y a ello se pasa previa las siguientes consideraciones.

NORMA ACUSADA DE INCONSTITUCIONAL

La parte actora solicita que se declare inconstitucional el numeral 5 del artículo 33 del Código de Comercio, cuyo texto señala lo siguiente:



“Artículo 33. Es prohibido el ejercicio del comercio, así como el desempeño de cualquier cargo en las sociedades mercantiles:

1. A los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delito contra la propiedad, por falsedad, por peculado, por cohecho o por concusión;
2. A los quebrados o concursados no rehabilitados;
3. A los funcionarios y empleados de la Administración Judicial y del Ministerio Público;
4. A los funcionarios y empleados del ramo de hacienda pública nacional o municipal; y,
5. **A los agentes de cambio y corredores de comercio de cualquier clase que sean.**” (el resaltado es del Pleno)



DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES QUE SE ADUCEN INFRINGIDAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En primer lugar, el Licenciado Molina estima que infringe el artículo 40 del Capítulo I –Garantías Fundamentales- del Título III sobre Derechos y Deberes Individuales y Sociales, de la Constitución Política vigente de manera directa por comisión-.

Artículo 40. Toda persona es libre de ejercer cualquier profesión u oficio sujeta a los reglamentos que establezca la Ley en lo relativo a idoneidad, moralidad, previsión y seguridad social, colegiación, salud pública, sindicación y cotizaciones obligatorias.

No se establecerá impuesto o contribución para el ejercicio de las profesiones liberales y de los oficios y las artes.

Que lo dispuesto en este numeral 5 del artículo 33 del Código de Comercio reseña la prohibición que el cuerpo legal le otorga para ejercer actos de comercio a los agentes de cambio y corredores de comercio de cualquier clase que sean.

Toda vez que dispone una situación jurídica contraria a lo establecido en dicha norma jerárquicamente superior donde se consigna la libertad de ejercicio de una profesión u oficio, en contraste con el numeral demandado, el cual no se

ajusta a lo que actualmente determina la constitución para considerar el libre ejercicio de una profesión u oficio.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

El Procurador de la Administración, mediante Vista No. 964 de 24 de septiembre de 2009, realiza un análisis del fondo de la controversia, haciendo un recuento de los antecedentes del presente proceso, reproduciendo las normas que se acusan de inconstitucionales, las normas fundamentales que la demandante estima violadas y el concepto en que lo fueron. Además, cita importante doctrina.

Señalan entonces que, mucho se ha debatido doctrinalmente en torno al hecho de que los auxiliares del comercio pueden ser considerados como "comerciantes" o no, ante lo cual podemos indicar que los mismos ejercen tareas específicas del mercado, tales como la cooperación, la intermediación, la sustitución o la especialidad; actividades que se perfilan dentro del mercado entre los comerciantes, o entre los comerciantes y consumidores, de ahí que pueda concluirse que estos colaboradores o auxiliares del comercio aunque actúan en nombre propio en determinados actos dentro de su especialidad, siempre lo harán por cuenta ajena.

Que en lo que respecta a los corredores, debe tenerse en cuenta que los artículos 107 y 108 del Código de Comercio, respectivamente, señalan que toda persona hábil para comerciar por cuenta propia, puede ejercer tal oficio, siempre que cumpla con las condiciones propias de todo comerciante, y aquella establecidas en la última de estas disposiciones.

En ese mismo sentido, no dejan de desatar, que el artículo 111 de dicho código enumera las personas que no pueden ser corredores públicos,

incluyendo a los que carecieran de algunas de las condiciones expresas en el artículo 12 del propio cuerpo normativo.



Por otra parte, que el artículo 113 del Código en mención establece prohibiciones y limitaciones concretas que afectan a los corredores, entre las cuales se encuentra el comerciar por cuenta propia y ser comisionista, lo cual tiene su razón de ser en las situaciones específicas e individuales en que actúan dentro del mercado los denominados "auxiliares del comercio".

Concluyen señalando, que las normas antes citadas tienen como propósito evitar que los corredores de comercio u otros auxiliares del mismo realicen por cuenta propia negocios de esta naturaleza, lo que constituye una prohibición que "no merece muchas menos objeciones que la que vedara a los notarios realizar actos jurídicos; o a los jueces, ejercer acciones por sí o por sus sujetos a su potestad personal".

ARGUMENTOS EXPUESTOS EN EL TÉRMINO DE LISTA

De acuerdo con el trámite procesal, luego de la última publicación del edicto a que hace referencia el artículo 2564 del Código Judicial, se abrió un término de diez (10) días hábiles para que todas las personas interesadas en el caso, presentaran sus argumentos por escrito. Sin embargo, de las constancias se desprende que dicho término legal finalizó sin haber sido aprovechado por ningún interesado.

CONSIDERACIONES Y DECISIÓN DEL PLENO

Una vez expuestos los argumentos vertidos tanto por la demandante como por la Procuradora de la Administración, el Pleno considera que no se ha producido la violación del artículo 40 de la Constitución Política, por los razonamientos que se exponen.

1. ANÁLISIS DE LA NORMA CONSTITUCIONAL QUE SE ESTIMA VIOLADA

La parte actora estima violado el artículo 40 de la Constitución Nacional, el cual hace referencia a la libertad de profesión, en virtud del cual toda persona es libre de ejercer cualquiera profesión u oficio sujeta a los reglamentos que establezca la Ley en lo relativo a idoneidad, moralidad, previsión, seguridad sociales, colegiación, salud pública, sindicación y cotización obligatoria.

El concepto profesión comprende el ingreso económico y la formación académica. Se considera que una persona es profesional cuando ésta deriva ingreso económico de su actividad particular y cuando ha cursado estudios o ha obtenido la instrucción necesaria para desempeñar determinada actividad, reconocida por el Estado y sometida a reglas de idoneidad y a normas de política económica (abogados, médicos, arquitectos, músicos, escritores pintores, etc...)

A este derecho se le otorga la categoría de fundamental, principio que esta en concordancia con las antiguas constituciones, desde los primeros albores de la republica y en cumplimiento de la declaración universal de los Derechos Humanos.

Sin embargo, la Doctrina ha sido enfática al señalar que no nos encontramos ante un derecho absoluto (ningún derecho fundamental lo constituye), más aún cuando, nuestra Constitución hace referencia a ciertas limitaciones, cuya regulación dejó en manos de la Ley.

Esta idea ha sido resaltada por esta Corporación de Justicia, a través de la jurisprudencia, como por ejemplo en éste fallo de 16 de julio de 1999, cuya parte motiva señala lo siguiente:

"...

En el sentido arriba anotado, la primera duda que pudiese surgir es con respecto al artículo 40 de la Constitución Política. Dicha norma constitucional consagra la libertad de profesión y oficio. Este derecho fundamental, como se desprende de la lectura desapasionada del texto constitucional mencionado, no constituye un principio absoluto, que en sede constitucional no los hay, sino que encuentra sus limitaciones que el propio texto constitucional señala, puesto que la Constitución dejó en manos de la ley la imposición de limitaciones que aparecen recogidas textualmente en el artículo mencionado, en lo relativo a idoneidad, moralidad y otros supuestos, como el de seguridad social, entre cuyas prestaciones que surgen de la propia Constitución, figuran las jubilaciones en la forma de pensiones por vejez. Esta manera de enfocar la interpretación del mencionado artículo puede consultarse en la sentencia de 19 de febrero de 1993.

De allí a que si la ley señala la necesidad de acogerse al derecho a las jubilaciones de las personas que ingresen a las clases pasivas en virtud de haber alcanzado la edad de 75 años, tal limitación legal no contradice el texto constitucional mencionado". (El resaltado es nuestro) (Demanda de Inconstitucional, Ernesto Cedeño Alvarado, en contra del Artículo 1 de la Ley 61 de 20 de agosto de 1998, Por el cual se Establece el Retiro por Edad de Algunos Servidores Públicos. Mag Rogelio Fábrega Zarak, 16 de julio de 1999).



2. CONSIDERACIONES DE LAS PROFESIONES EN ESTUDIO

La doctrina clasifica a las personas que actúan en el comercio en dos grandes categorías: el comerciante y los agentes auxiliares del comercio.

Este especial destaque de los agentes auxiliares, se debe a la importancia que revisten los auxiliares para el comercio. La complejidad del comercio siempre ha obligado a los comerciantes a recurrir a personal especializado y especialmente capacitado, que lo auxilie en la tarea de dirigir un establecimiento comercial y lo complemente en el ejercicio del comercio.

La presente causa tiene su génesis en la figura de dos de los llamados "auxiliares del comercio" que son aquellas personas que, además de prestar su actividad material o intelectual, colaboran jurídicamente con el comerciante, actuando, en menor o mayor grado, en su representación.

Doctrinalmente se ha planteado el problema de determinar cuál es el criterio distintivo que permite caracterizar a esos auxiliares, como una categoría distinta a la de los comerciantes. De la reglamentación legal no se desprende un criterio general que permita distinguir a los auxiliares de los comerciantes y, más aun, hemos de ver que algunos de los calificados como auxiliares del comercio, son comerciantes.

En rigor, son calificados como auxiliares porque su actividad no se corresponde con el concepto económico de comercio: intermediación entre oferta y demanda de bienes. En efecto, la actividad de estos auxiliares es de apoyo a esa actividad de intermediación. Sin perjuicio de ello, realizan profesionalmente actos calificados como comerciales, aunque no se corresponden con el concepto de comercio desde el punto de vista económico.

Ahora bien, siendo más específicos, tenemos que el corredor es el agente auxiliar del comercio con cuya intervención se proponen y ajustan los actos, contratos y convenios y se certifican los hechos mercantiles. El corredor desempeña una pura actividad de aproximación de los futuros contratantes: su finalidad es la conclusión de contratos entre otras personas, por lo cual recibe una remuneración.

Por su parte, los agentes de cambio son los auxiliares del comercio que tienen por oficio intervenir en las negociaciones mercantiles sobre efectos públicos o privados. Es peculiar de los agentes intervenir en las negociaciones de toda especie de efectos, tales como los que representan créditos contra el Estado o documentos negociables; los de establecimientos públicos o empresas particulares a quienes se haya concedido privilegio para su creación y circulación.

Pueden intervenir también lo mismo que los corredores en las negociaciones de letras de cambio y valores comunes de comercio.

Los agentes de cambio no pueden ser corredores, pero uno y otros intervienen exclusivamente en la bolsa en las operaciones respectivas a cada uno de estos oficios.



3. ANÁLISIS DE LOS CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Ahora bien, luego de cumplidas las etapas procesales correspondientes, la presente controversia constitucional se encuentra en condiciones de ser decidida, tarea que pasa a desarrollarse seguidamente:

Salta a la vista de éste Tribunal que el artículo 33 numeral 5 del Código de Comercio va concatenado a otras normas que componen dicha excerta legal.

Por lo anterior, y para los efectos de nuestro análisis, precisamos leer el artículo 113 del Código de Comercio, cuyo texto señala lo siguiente:

Artículo 113. Se prohíbe a los corredores:

- 1.Comerciar por cuenta propia y ser comisionistas;
- 2.Ser factores, dependientes o socios de un comerciante;
- 3.Constituirse en aseguradores de riesgos mercantiles;
- 4.Adquirir para sí o para personas de su familia inmediata, valores o títulos de cuya negociación estuviesen encargados, excepto en el caso del artículo 659. Tampoco podrán adquirir cualesquiera otras cosas que se dieren a vender a otro corredor, aun cuando protesten que las compran para consumo particular;
- 5.Autorizar contratos prohibidos o anulables, sea por la naturaleza del contrato mismo o de las cosas sobre que verse, sea por incapacidad o inhabilidad legal de los contrayentes o por los pactos y condiciones en que se celebren;
- 6.Garantizar los contratos en que intervengan, ser endosantes de los títulos negociados por su conducto, y en general, contraer, en los negocios ajustados con su mediación, responsabilidad extraña al simple ejercicio de la correduría;
- 7.Desempeñar los cargos de cajeros, tenedores de libros o dependientes de cualquier comerciante o establecimiento mercantil;
- 8.Pertenecer a los consejos de Dirección o Administración de sociedades anónimas o ser comisarios de ellas. Esto no impedirá el que puedan ser accionistas de las mismas;
- 9.Autorizar los contratos que ajusten para sí o para sus poderdantes;
- 10.Dar certificaciones sobre hechos que no consten en los asientos de sus registros;
- 11.Proponer letras o valores de otras especie y mercaderías procedentes de personas no conocidas en la plaza, si no

- presentaren a lo menos, un comerciante abonado que certifique la identidad de la persona;
12. Tener fuera de la comisión, interés en el mayor valor que se obtuviere en las operaciones en que intervinieren.



De la anterior norma, se colige que la *imparcialidad* y la *lealtad* son elementos intrínsecos de la profesión de corredor de comercio.

Para reforzar lo argumentado en líneas anteriores, el Tomo III de la obra "Curso de Derecho Mercantil" del Editorial Temis –Bogotá, señala lo siguiente:

(El corredor de comercio) "Llega a constituirse en portavoz de la oferta y la demanda; sabe quien quiere vender y quien quiere comprar, llega a conocer perfectamente los precios que rigen en el mercado para los bienes que constituyen el objeto de su actividad y por ello está en la capacidad de dar informes a sus clientes sobre la conveniencia o inconveniencia de un negocio. Además, como es un tercero en el contrato que ayuda a concretar, resulta ser un testigo útil para identificar a las partes y para aclarar los detalles del negocio, en caso de duda o controversia. Surge así la necesidad de que los que se dedican profesionalmente a esta actividad, sean personas dignas de confianza, no sólo por su honradez sino también por sus conocimientos, para que no vayan a perjudicar a nadie con un mal consejo debido a su ignorancia o mala fe y para que su testimonio sea creíble."

Dicho lo anterior, podemos coincidir con lo esgrimido por el Procurador de la Administración, en el sentido de que la norma señalada como inconstitucional no debe ser interpretada de manera aislada, como lo ha hecho el actor, sino dentro del contexto en que se desarrolla el ejercicio de la actividad en cuestión y de conformidad con el derecho comercial moderno.

Aunado a lo anterior, y respecto a los Agentes de Cambio tenemos que los mismos ejercen una función muy delicada dentro de las negociaciones mercantiles, pues, son gestores de intermediación financiera.

Es decir, que los comerciantes quedarían en total desamparo si los Agentes de Cambio pudieran efectuar transacciones en beneficio propio, comprando o vendiendo, operando por sí o para sí los valores que un comerciante o persona cualquiera le ha encomendado.

Y he aquí el porque de la norma (Artículo 33 numeral 5). El objeto o razón de ser de ésta, radica en RESGUARDAR la imparcialidad con la que éstos

auxiliares deben intervenir en los negocios ajenos, procurando evitar un conflicto de intereses entre la actividad desarrollada por éstos y el interés del comerciante o cliente.

Por esto, una vez hecho el análisis jurídico correspondiente, y en virtud del mismo, éste Tribunal Constitucional estima que la declaratoria de inconstitucionalidad solicitada por el Licenciado Martín Jesús Molina Rivera no es procedente, pues, la norma constitucional (Artículo 40) no ha sido vulnerada por el numeral 5 del Artículo 33 del Código de Comercio, por lo que procederemos a pronunciarnos en ese sentido.

En consecuencia, el PLENO de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO ES INCONSTITUCIONAL** el numeral 5 del artículo 33 del Código de Comercio.

Notifíquese,

Víctor L. Benavides P.
VÍCTOR L BENAVIDES P.

Hernán A. de León Batista
HERNÁN A. DE LEÓN BATISTA

Luis Ramón Fábrega
LUIS RAMÓN FÁBREGA

Harley J. Mitchell D.
HARLEY J. MITCHELL D.

Oydén Ortega Durán
OYDÉN ORTEGA DURÁN

Harry A. Díaz
HARRY A. DÍAZ

Jerónimo Mejía E.
JERÓNIMO MEJÍA E.

Alejandro Moncada Luna
ALEJANDRO MONCADA LUNA

Ánibal Salas Céspedes
ÁNIBAL SALAS CESPEDES

Carlos H. Cuestas G.
CARLOS H. CUESTAS G.
Secretario General