

Panamá, 18 de enero de 1998

Ingeniero

EUDORO JAÉN ESQUIVEL

Gerente General de la Caja de Ahorros

E. S. D.

Señor Gerente General:

En cumplimiento de nuestras funciones como Asesores de los funcionarios de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a su Nota N°.97(123-01)353 de 16 de diciembre próximo pasado, mediante la cual tuvo a bien elevar Consulta a esta Procuraduría, relacionada con los efectos en el tiempo que tendría el Proyecto de Resolución de la Junta Directiva de la Caja de Ahorros, por el cual se aprueba el Reglamento para el manejo de los bienes, fondos o valores inactivos por más de cinco años en poder de la Caja de Ahorros.

Antes de dar respuesta a su Consulta, nos permitimos hacer las siguientes consideraciones, que giran en torno a la temática planteada. En este sentido, lo primero que debemos analizar con sumo detenimiento es la acción y concepto de la figura conocida como **retroactividad**, qué significa, cuáles son sus efectos y connotaciones, y cómo deberá plantearse, de acuerdo al entorno de su Consulta.

Una ligera noción del vocablo **retroactivo**, nos hace pensar que el mismo se refiere a acciones que se han de aplicar, obrar o que van a tener fuerza sobre hechos pasados; pero, para mayor certeza jurídica, nos remitiremos a lo que de su significado nos comenta el jurista **GUILLERMO CABANELLAS**, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VII, pág. 221. Veamos:

“**RETROACTIVIDAD.** Efecto, eficacia de un hecho o disposición presente sobre el pasado.// Por autoridad de Derecho o hecho, extenderse una ley a hechos anteriores a su promulgación. ...”

Ahora bien, cuando el reconocido autor se refiere a la **RETROACTIVIDAD DE LA LEY** propiamente dicha, éste, manifiesta que: “se habla de retroactividad legal cuando una ley, Reglamento u otra disposición obligatoria y general, dictada por autoridad de Derecho o de hecho, ha de extenderse su eficacia sobre hechos ya consumados; esto es, anteriores en el tiempo a la fecha de su sanción y promulgación. --Continúa señalando el Tratadista--, que de conformidad con el artículo 2º. del Cód. Civil. esp., --en el texto reformado en parte en 1974--, las leyes no tendrán efectos retroactivos, si en ellas no se dispusieron lo contrario. Más expreso y terminante es el art. 3º. del Cód. Civil. arg., el cual establece: “Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos”. Por lo tanto, puede establecerse, indubitadamente, que la norma legal es la irretroactividad, y de aquí, adquirida una situación en virtud de un derecho establecido, no caben modificaciones de la misma en razón de leyes posteriores a la fecha en que el hecho y el derecho tuvieron su existencia...”.

ESFERA DE ACCIÓN DEL DERECHO EN EL TIEMPO

Para la aplicación del derecho, se debe entender que el Juez debe examinar y determinar sobre la existencia y eficacia de una ley nacional, y si se trata de una situación regulada por normas de países distintos. Lo primero concierne a la vigencia del Derecho en el tiempo. Lo segundo se refiere a su eficacia en el espacio.

Desde este punto de vista, el examen de la vigencia de una norma, lleva a considerar el tema de la **RETROACTIVIDAD** o **IRRETROACTIVIDAD** de la ley. Cuando aparece una nueva norma jurídica, es preciso determinar su alcance respecto a hechos realizados con anterioridad a su sanción; o los efectos de esos hechos; o a situaciones jurídicas ya reconocidas bajo la vigencia de leyes anteriores.

En general, las normas jurídicas rigen para el futuro, a partir de su promulgación. Así solamente son obligatorias desde el momento en que son o pueden ser conocidas. En consecuencia, a nadie se le podría imputar la violación de un precepto o la falta de cumplimiento de un requisito que no se ha incorporado todavía al sistema jurídico.

Este concepto se funda en principios de lógica, de orden moral y de seguridad jurídica. En efecto sería ilógico que una regla jurídica modificara los efectos de hechos ya cumplidos, o privara a una persona de derechos adquiridos, o se altera la estabilidad de las situaciones jurídicas ya reconocidas; no obstante, el aparente conflicto que pudiera surgir, se resuelve considerando la irretroactividad de la ley como principio general, y a manera de excepción, lo contrario, o sea la retroactividad.

A nivel constitucional, el aspecto de la retroactividad se encuentra consagrado en el artículo 43, que dice:

“Las leyes no tienen efecto retroactivo, excepto las de orden público o de interés social cuando en ellas así se exprese. En materia criminal la Ley favorable al reo tiene siempre preferencia y retroactividad, aun cuando hubiese sentencia ejecutoriada”.

En la norma constitucional transcrita se somete, la excepción de retroactividad a dos condiciones:

- a.- Que se trate de leyes de orden público o de interés social
- b.- Que en ellas así se exprese.

Por otra parte, el artículo 3 del Código Civil establece que :

“Las Leyes no tendrán efecto retroactivo en perjuicio de derechos adquiridos”.

Profundizando un poco más en tan interesante tema, observemos pues, la Teoría de los Derechos Adquiridos.

El precepto legal del Código Civil, anteriormente citado, refleja la concepción clásica de los derechos adquiridos, expuesta por Tratadistas

franceses de la Escuela Exegética, como Merlin, para quienes una ley es retroactiva si altera derechos que ya pertenecen a su titular y de los cuales nadie puede privarlos. Esta Doctrina resalta el concepto de Derecho Adquirido distinguiéndolo de la Mera Expectativa, que equivale a la simple esperanza o facultad para adquirir un derecho cuando se produzca el acontecimiento o el acto involuntario o voluntario que le da la efectividad.

También esta expresión es recogida en el artículo 4 ibídem, que dice:

“Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene”.

Si bien es cierto que la noción de Derechos Adquiridos es válida para ilustrar la explicación del Principio de la Irretroactividad, a veces esa misma noción no es suficiente. Puede suceder que exista retroactividad sin perjudicar derechos adquiridos. Por ejemplo, si se ha hecho testamento bajo la vigencia de una ley anterior a la nueva que modifica las formalidades requeridas para su otorgamiento, la última ley sería retroactiva pero no lesiona derechos adquiridos, si no se ha producido aún el deceso del otorgante. A la inversa, puede ocurrir que haya lesión de derechos adquiridos sin que sea retroactiva la ley; por ejemplo, el caso de una ley que rebajara, para el futuro, los cánones del arrendamiento, por lo cual no es retroactiva, pero sí afectaría los derechos adquiridos del arrendador.

TEORÍA DE LOS HECHOS CUMPLIDOS

Por los reparos señalados a la Doctrina anteriormente expuesta, otros juristas como Baudry-Lacantinerie, opinan que lo que interesa destacar no es si un derecho ha sido adquirido, sino si el hecho previsto ya se ha producido durante la vigencia de la ley anterior. Como en el caso del testamento, que se puso de ejemplo antes, según esta tesis, la ley sería retroactiva en cuanto quita validez al testamento ya redactado, es decir, a un acto legalmente cumplido.

TEORÍA DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS

Para otros expositores, como Paul Roubier, para determinar sobre la retroactividad, de lo que se trata no es de averiguar sobre los derechos o los hechos, sino de las situaciones jurídicas que se originaron como

consecuencias de hechos ya consumados. En el caso del testamento, para seguir con el mismo ejemplo, sólo después de la muerte del testador es cuando surge la situación jurídica del heredero y los efectos de ella deben ser respetados.

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1970

El “Proyecto de Ley de Introducción y Código Civil”, preparados por el Dr. Narciso Garay Preciado, miembro de la Comisión Codificadora (1970), precisa el alcance del principio de la irretroactividad, en el artículo 5, que es del tenor siguiente:

“La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en los casos excepcionales previstos en la Constitución. En consecuencia, sólo tiene por lo general efecto inmediato y rige en los términos en ella señalados la constitución de situaciones jurídicas y los efectos de éstas que tengan lugar durante el período de su vigencia; pero no puede desconocer situaciones jurídicas ya constituidas, alterar efectos a éstas ya producidos ni hacer revivir situaciones jurídicas ya fenecidas, ante de su vigencia”

En la fórmula transcrita, el Principio de la Irretroactividad de la ley no son los derechos los que se amparan con la norma, sino la eficacia jurídica de las situaciones jurídicas y sus efectos.

Luego de haber observado las consideraciones anteriormente expuestas, analizaremos lo medular de su Consulta.

Este Despacho, consciente de la delicada situación que actualmente está confrontando la Caja de Ahorros, en lo que al manejo de los bienes, fondos y valores inactivos se refiere y que actualmente están en custodia del Banco, considera oportuno expresar nuestro criterio legal, en los siguientes términos.

I.- La Ley N°.87 de 23 de noviembre de 1960, por la cual se dicta la Ley Orgánica de la Caja de Ahorros, no contempla solución alguna ante la situación que está atravesando dicha institución crediticia.

II.- El Decreto de Gabinete N°.238 de 2 de julio de 1970, por el cual se reforma el Régimen Bancario y se crea la Comisión Bancaria Nacional, establece de manera categórica, cual es el procedimiento a seguir en estos casos; dicho procedimiento se encuentra establecido en los artículos 102 y 103 del ut supra citado Decreto. Veamos:

“Artículo 102). Todo Banco deberá comunicar a la Comisión sobre cualesquiera bienes, fondos y valores en su poder que permanezcan inactivos por cinco (5) años y pertenezcan a personas cuyo paradero se ignore. La Comisión, después de comprobar este hecho ordenará que su valor líquido sea traspasado al Tesoro Nacional.

Artículo 103). El Estado estará obligado a restituir a su dueño los fondos de que trata el artículo anterior, siempre que sean reclamados dentro de los diez (10) años siguientes a la fecha en que le fueron traspasados, pero la restitución se hará sin intereses.”

No obstante lo anterior, tales disposiciones no le son aplicables a la Caja de Ahorros, por ser éste un Banco de carácter oficial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 109 del mismo Decreto de Gabinete N°.238, que establece lo siguiente:

“Artículo 109. Sólo serán aplicables a los bancos oficiales las disposiciones contenidas en los Capítulos V, VII, VIII y XI del Título II, siempre y cuando estas disposiciones no estén en conflicto con las leyes por las cuales se rigen estos bancos. No obstante lo anterior, los Capítulos IV y VI, y los Artículos 99 y 100 del Capítulo XII se aplicarán en todo caso a los Bancos Oficiales.”

El citado artículo 109, excluye de manera expresa a los Bancos Oficiales, y éstos no podrán acogerse a lo establecido en dicha excerta legal. Tal situación excluyente, crea lo que en doctrina se conoce como un **VACÍO LEGAL** o **LAGUNA LEGAL**, motivo por el cual, la Caja de Ahorros deberá

subsanan tal situación, a través de un instrumento legal que regule la materia concerniente al manejo de los bienes, fondos o valores inactivos.

En ese sentido, esta Procuraduría considera correcto el procedimiento que está siguiendo la Caja de Ahorros, al emitir una Resolución que va a reglamentar este tipo de acciones para el manejo de dichos bienes. No obstante, este Despacho considera que la forma correcta como deberá confeccionarse dicho instrumento legal (Reglamento para el manejo de los bienes, fondos o valores inactivos por más de cinco años en poder de la Caja de Ahorros), es la siguiente:

I.- Los puntos “PRIMERO Y SEGUNDO”, del Considerando del Proyecto de Resolución de la Junta Directiva de la Caja de Ahorros, los consideramos correctos y atinentes a la situación planteada.

II.- El punto “TERCERO”, del Considerando del Proyecto de Resolución de la Junta Directiva de la Caja de Ahorros, no debe hacer alusión al artículo 102 del Decreto de Gabinete N°.238 de 2 de julio de 1970, por el cual se reforma el Régimen Bancario y se crea la Comisión Bancaria Nacional. Sustentamos esta posición, en el hecho que dicha excerta legal, solo concierne a la Banca Privada, y no así a los Bancos Oficiales, razón por la cual no guarda relación con éste, ni produce solución alguna para la Caja de Ahorros.

En su defecto, el Banco, podrá inspirarse en Principios de Orden Público, añadiendo que por la naturaleza de las funciones que realiza la Junta Directiva de la Caja de Ahorros, resulta imprescindible dictar un conjunto de normas que permitan desarrollar las atribuciones propias de la institución, que la Ley Orgánica le permite.

Que la Junta Directiva de la Caja de Ahorros debe contar con un Reglamento Interno para el manejo de los bienes, fondos o valores inactivos por más de cinco años en poder de la Caja de Ahorros.

III.- Los puntos “CUARTO Y QUINTO”, también los consideramos correctos.

IV.- Ahora bien, en lo que respecta al último párrafo del literal “A” del punto “TERCERO” de la Resolución, (Depósitos bancarios de fondos

inactivos), es importante indicar que el mismo se puede sustentar legalmente, en base a lo establecido en los artículos 31 y 16, literal "k", de la Ley N°.87, Orgánica de la Caja de Ahorros y Resolución N°.6 de 20 de noviembre de 1996, por medio de la cual se aprueba el Reglamento Interno de la Junta Directiva, respectivamente.

Cabe señalar que los artículos mencionados en el párrafo anterior, se refieren a la facultad que posee la Junta Directiva de la Caja de Ahorros, para fijar la tasa de intereses a pagar sobre los depósitos de cuentas de ahorros y las formas como estos intereses deberán ser calculados y capitalizados.

V.- El literal "B", del punto "TERCERO", de la ut supra citada Resolución, se refiere a que los bienes o valores inactivos por más de cinco años que permanecieron en poder de la Caja de Ahorros por diez (10) años adicionales, sin que los mismos fuesen reclamados por sus dueños, serán objeto de disposición por parte de la Caja de Ahorros mediante la aplicación de las normas inherentes a la enajenación de sus propios bienes.

Debemos hacer un alto en este aparte para indicar que, en lo que respecta a la ***aplicación de las normas inherentes a la enajenación de sus propios bienes***, a que se refiere el párrafo anterior, creemos necesario se haga un análisis más profundo del Capítulo I, del Título XVIII, De La Prescripción, a que se refiere el Código Civil, pues sería esta una forma también, de transcurrido el período de gracia de los diez (10) años, como el Banco (Caja de Ahorros) solucione el problema de la inactividad de estos bienes y valores, produciéndose en estos casos una ***prescripción adquisitiva a favor de la Caja de Ahorros***, por desconocer el paradero de su propietario original, claro está, siguiendo la manera y las condiciones determinadas en la ley por un lapso superior a los cinco (5) años consecutivos, y de esta manera la Caja de Ahorros pudiese adquirir el bien, por ***prescripción adquisitiva***.

Sobre este tema, el jurista colombiano RAÚL HUMBERTO OCHOA CARVAJAL, en su obra "Estudios sobre los bienes, la propiedad y los otros derechos reales" 2da. Edición. Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.. 1995, nos señala que: "se ha definido tradicionalmente la prescripción adquisitiva o usucapión como el modo de adquirir las cosas comerciales ajenas, por la posesión y el transcurso del tiempo de conformidad con la ley".

Importante resulta la clasificación que el mismo autor, hace sobre el modo de adquirir, a través de la prescripción. Veamos:

a.- ORIGINARIO: quien adquiere por prescripción no deriva su derecho de nadie. El prescribente no tiene antecesores; no hay ninguna sucesión jurídica.

b.- ES UN MODO DE ADQUIRIR POR ACTO ENTRE VIVOS. Para nada tiene incidencia la muerte de una persona en la prescripción. Todo lo contrario: es la persona viva quien alcanza la prescripción.

c.- ES UN MODO A TITULO GRATUITO. El prescribente no tiene que hacer ninguna erogación para adquirir por prescripción. El único requisito es la posesión material durante el tiempo consagrado por la ley para cada caso. (El subrayado es nuestro).

d.- ES UN MODO DE ADQUIRIR A TITULO SINGULAR. Siempre va dirigida la prescripción hacia bienes determinados. Singularizados. Sólo por excepción se concibe la prescripción sobre universalidades jurídicas, como ocurre con la prescripción del derecho de herencia.

Sustentamos este criterio, basados en lo establecido en el artículo 1675 del Código Civil, que dice:

“Artículo 1675. Son susceptible de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres”. (El subrayado es nuestro).

VI.- Por su parte, el literal “A”, del punto “CUARTO” de la Resolución se refiere, al tiempo de aviso que se le dará a todos los cuentahabientes que se encuentren en esta situación; tal medida establece un término de diez (10) días calendarios para que toda persona que se encuentre en esta situación, pueda concurrir al Banco y hacer valer sus derechos tal y como lo establece la ley.

En este aspecto, consideramos que el término concedido en la Resolución es relativamente corto, razón por la cual sugerimos que el mismo sea de treinta (30) días hábiles, y no calendarios; además, no sólo en los

locales de la Caja de Ahorro, Casa Matriz y en cada una de las Sucursales, sino también en tres distintos medios de comunicación escrita (periódicos reconocidos).

Tal medida preventiva, busca los mejores intereses de la colectividad o asociados, que de una u otra forma tienen un vínculo bancario comercial con la Caja de Ahorros y se encuentran en esta situación (*paradero desconocido*), previniendo con esta medida el posible reclamo o derechos de terceros y, más en los casos de las sucesiones; así mismo, y no menos importante resulta el hecho, de cómo la Caja de Ahorros deberá tramitar cada una de estas cuentas, bienes o valores inactivos, evitando posibles y costosas demandas en contra de esta prestigiosa institución bancaria, la cual tiene que mantener en todo momento una transparencia total en el manejo de todas sus actividades.

Luego de este análisis jurídico, esta Procuraduría arriba a las siguientes **CONCLUSIONES:**

1.- Por la importancia que reviste la materia, estimamos que la Caja de Ahorros debe proceder a confeccionar dicho instrumento legal (Reglamento para el manejo de los bienes, fondos o valores inactivos), a fin de evitar complicaciones futuras; tomando como fundamento, la urgencia notoria que para esta Institución crediticia representa la aplicación de sanas prácticas contables y de una normativa homogénea cónsona con el resto de los bancos de la plaza panameña.

2.- Uno de los aspectos más importantes que no se puede soslayar y, que la Caja de Ahorros debe tomar en cuenta, lo constituye el hecho de señalar el fundamento legal que respalda dicho Reglamento para el manejo de los bienes, fondos o valores inactivos.

En ese sentido consideramos que la norma que puede servir para tal fin, la constituye los artículo 838 del Código de Comercio que establece lo siguiente:

“Artículo 838. Los depósitos hechos en los bancos, en almacenes generales, en las instituciones de crédito o en otras semejantes, quedarán sujetos a las disposiciones de las leyes, estatutos o reglamentos

de su institución, y en cuanto en ellos no se halle especialmente determinado, serán aplicables las disposiciones de este Título”. (El subrayado es nuestro).

3.- En lo que respecta al Proyecto de Resolución de la Junta Directiva de la Caja de Ahorros, consideramos que se deben mantener los puntos primero y segundo; eliminar del punto tercero, lo referente al artículo 102 del Decreto de Gabinete N°.238 de 2 de julio de 1970 y, en reemplazo citar el artículo 838 del Código de Comercio; mantener los puntos cuarto y quinto; sustentar el último párrafo del literal “A”, del punto tercero en los artículo 31 del Código Civil y 16, literal “k”, de la Ley N°.87, Orgánica de la Caja de Ahorros.

4.- Para evitar el problema que pueda representar el fenómeno de la retroactividad en cuanto a su aplicación, efectos y eficacia que produce sobre hechos pasados, el Reglamento para el manejo de los bienes, fondos o valores inactivos por más de cinco años en poder de la Caja de Ahorros, deberá entrar a regir con fecha hacia el futuro.

En consecuencia el Reglamento deberá indicar (a manera de ejemplo), en su parte final lo siguiente: “*Este Reglamento entrará a regir a partir del 1 de junio de 1998.*”

Debemos tener presente que estamos recomendando treinta (30) días hábiles para notificar por edicto a todas las personas que se encuentran en esta situación, familiares o terceros que consideren tener derechos adquiridos sobre dichos bienes.

Posterior a ese período de tiempo, se deberá otorgar un período razonable (puede ser dos meses), para que comience a regir el Reglamento; con esta medida lo que se busca es que dicho instrumento legal, no sea aplicado de manera retroactiva y, los interesados no puedan alegar más adelante, que no fueron notificados ni anunciados de las nuevas disposiciones reglamentarias que el Banco pondría en ejecución.

5.- En lo que respecta a los Contratos de Cajillas de Seguridad, éstos se deberán regir en primera instancia por lo que dispongan los mismos entre las partes, pero en la eventualidad de no existir Contrato alguno, el presente

Reglamento para el manejo de bienes, fondos o valores, se podrá aplicar de manera supletoria.

RECOMENDACIONES:

1.- Caja de Ahorros, puede solicitar ante la instancia correspondiente (Asamblea Legislativa), la modificación vía Ley, del artículo 109 de 2 de julio de 1970, por el cual se reforma el Régimen Bancario y se crea la Comisión Bancaria Nacional; de esta forma, el Banco podrá solucionar la problemática surgida, como lo hace la Banca Privada en Panamá.

2.- De igual forma, esta Institución Bancaria, puede aprovechar las facultades otorgadas, por la Asamblea Legislativa durante el presente período, al Órgano Ejecutivo para aprobar Decretos Leyes y, solicitar al Ejecutivo se efectúe la misma modificación, señalada en el punto anterior.

Al finalizar la presente Consulta, hemos logrado observar, los aspectos más importantes ante la situación planteada, por el Señor Gerente General de la Caja de Ahorros, dando como resultado el estudio y análisis de:

- a. Una base legal para el Reglamento;
- b. Los mecanismos o procedimientos a seguir para la solución del problema expuesto en la Consulta;
- c. Las Instancias Superiores encargadas de atender el presente caso;
- d. Todo lo relacionado a las modificaciones del Proyecto de Resolución;
- e. Los Contratos de Cajillas de Seguridad.

En estos términos, esperamos haber contribuido y atendido debidamente su solicitud.

De usted, con toda consideración y aprecio,

ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración