

C-No.244

Panamá, 17 de octubre de 2001.

Doctor

Carlos A. Barsallo P.

Comisionado Presidente de la

Comisión Nacional de Valores

E. S. D.

Señor Comisionado Presidente:

Con la presente le hago llegar mi parecer jurídico sobre su consulta administrativa identificada CNV-COM-219-01, relacionada con los efectos de la declaratoria de suspensión provisional de las decisiones administrativas, de parte de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

En la consulta se hace una descripción de los hechos relacionados con la cuestión jurídica motivo de la misma. De esta descripción resaltan los siguientes aspectos:

1. El tema se refiere a un proceso judicial contencioso administrativo decidido provisionalmente por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Según expone la Sala "ordenó la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo dictado por la Comisión Nacional de Valores (en lo sucesivo la Comisión o simplemente la C.N.V).
2. La suspensión provisional se basa en la presunción de la Corte, de la vieja doctrina jurisprudencial del respeto a los derechos adquiridos, y se originó bajo el indicador de que los demandantes, al parecer, tienen derecho a que se les respete sus derechos adquiridos previamente, es decir el derecho a ejercer la profesión de Corredores de Bolsa.
3. Este Despacho se pronunció previamente sobre la materia objeto de la actual *consulta*, por medio del Dictamen C-103 de 2001, en el sentido de que "*no puede cumplirse ningún acto material*" posterior a la suspensión provisional, hasta tanto se resuelva el fondo del proceso contencioso administrativo de marras.
4. Actualmente la normativa especial por aplicar a la materia que debe resolver la Comisión Nacional de Valores se refiere a la

2

respuesta externada por la Procuraduría en cuanto a la gama de acciones de intermediación y de negociación de Bolsa de Valores, lo que involucra a preguntarse si estas nuevas actividades, también están reguladas por la opinión 12.

La Consulta específica.

Específicamente se pregunta:

¿Puede la Comisión de Valores aplicar las licencias de Ejecutivos Principales a las personas que hasta el momento han venido ejerciendo las actividades propias de Ejecutivo Principal antes de que se resuelva la demanda contenciosa administrativa y por ende se levante la suspensión y en consecuencia aplicar el examen respectivo? (Subraya la Procuraduría de la Administración)

Cuestión de derecho.

1. La declaratoria de suspensión de refiere a la frase " Corredores de bolsa", y es sobre este derecho presuntamente adquirido lo que generó la medida cautelar.
2. La frase es comprensiva de lo regulado en la **Opinión 12** del dos de octubre de dos mil, emitida por la C.N.V.
3. La materia de las licencias para Ejecutivos Principales y analistas está contenida en el **Acuerdo 12** de veintiséis de julio de dos mil, el cual mantiene su vigencia y eficacia.
4. Los anteriores vendedores de valores se pueden asimilar a la noción actual de Corredores de Valores. Es más, para las personas que realizan esta operación existían y existen licencias especiales.
5. Los Ejecutivos Principales y Analistas no eran mencionados en la normativa anterior, y por lo tanto, no existían licencias para las personas que realizaran esta actividad. A diferencia del régimen actual en donde sí existe un tipo de licencia especial para los Ejecutivos Principales o Analistas.

En otro orden de ideas lo que interesa saber es si, a pesar de la medida de Suspensión Provisional de una normativa general, se puede aplicar en la materia no aplicable a los "Corredores de Valores", las disposiciones pertinentes de la Opinión 12 de dos de octubre de dos mil.

Opinión de la Procuraduría de la Administración.

Como quiera que esta problemática dice relación con las consecuencias específicas de la medida cautelar de la Suspensión Provisional, estudiaremos parte de esta figura, para luego detenernos en la relevancia de los hechos, como condicionantes legales.

Naturaleza y características relevantes de la Suspensión Provisional.

La Suspensión Provisional dictada por la Sala Tercera resuelve que la Opinión 12 de dos de octubre de dos mil, se encuentra carente de eficacia jurídica y la misma tiene su explicación doctrinal en las siguientes ideas:

La suspensión de los actos demandados de ilegales ante la Sala de Contencioso Administrativo, tiene por objeto evitar al demandante daños y perjuicios de difícil reparación y mantener viva la materia de nulidad mientras se resuelve el fondo del asunto, dando pauta a que una vez se conceda la acción contencioso administrativa, la Sentencia solo sea una ilusión jurídica, pues en muchos casos, de haberse negado la suspensión, no sería posible restituir al agraviado plenamente en el goce de la garantía violada.

Gramaticalmente la palabra suspensión significa detener o diferir por algún tiempo una acción u obra; equivale, pues, a paralizar algo que está en actividad en forma positiva, y es precisamente en este sentido en que la emplea la Ley detener temporalmente el acto cuya ilegalidad se reclama, haciéndolo cesar, si la ejecución ya se ha iniciado o impidiendo su comienzo cuando aún se encuentra en potencia.

Existen reconocidos Tradadistas que concuerdan en la asimilación de la suspensión del acto reclamado, con las medidas cautelares, en donde produce efectos provisionales, pues está encaminada a dar al juicio las condiciones necesarias para el dictado de una sentencia justa, congruente y eficaz a su tiempo. Como se dijo la suspensión se asemeja a las medidas cautelares, y por ende le son aplicables las reglas en lo que no se opongan específicamente a su naturaleza.

El juzgador para otorgarla, debe tomar en cuenta la fundamentación antes mencionada y deberá realizar un juicio de probabilidad y verosimilitud del derecho del solicitante, que podrá cambiar al dictar la sentencia definitiva, siendo pues un simple adelanto provisional sólo para los efectos suspensorios sin que se concluya que en ese sentido se resolverá el fondo del asunto, debiéndose fundar en:

1. Apariencia del buen derecho "Fumus Boni Iuris".
2. Peligro de la demora "Periculum in mora".

La apariencia de la existencia del derecho es un presupuesto que condiciona la admisibilidad de la medida y apunta a una credibilidad objetiva y seria que descarte una pretensión manifiestamente infundada y temeraria o muy cuestionable, lo que se logra a través de un conocimiento superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto del proceso, y ello obedece a que la medida cautelar, más que hacer justicia, está destinada a dar tiempo a la justicia para cumplir eficazmente su obra. Por lo que toca al segundo requisito, consiste en la posible frustración de los derechos del quejoso que solicita la medida cautelar o suspensoria, que puede darse como consecuencia de la tardanza del dictado de resolución de fondo aunque esta fuere en sentido favorable.

Esta medida preliminar de la Sala de lo Contenciosos Administrativo, no es casual pues se ha manifestado en reiteradas sentencias de ilegalidad

inconstitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia, en donde se ha afirmado, que los profesionales de determinadas profesiones, no pueden ser despojados de su estatus profesional ni del derecho de seguir ejerciendo su profesión, por conducto de nuevas reglamentaciones legales que le cuarten y desconozcan sus derechos previamente adquiridos al trabajo y al ejercicio de una determinada profesión. Veamos:

“En el caso que nos ocupa, si bien la Ley 20 de 1994 altera para el futuro algunos de los requisitos exigidos para la concesión de las licencias de agente corredor de aduanas, la misma reconoce como válidas aquellas concedidas al promulgarse la ley, por lo que en el presente negocio los efectos de la situación creada bajo el amparo de la ley anterior se prolonga durante la vigencia de la nueva ley. De modo, pues, que no se produce la retroactividad de la ley por lo que tampoco se viola el principio de irretroactividad de la ley que consagra el artículo 43 de la Constitución Política.

Y es que si bien la Ley N°20 de 1994 reconoce como válidas las licencias autorizadas al momento de su promulgación, la misma exige ciertos nuevos requisitos como por ejemplo la elevación del monto de la fianza o garantía y otros que deben cumplir inmediatamente los que aspiren a dicha licencia como también la propia ley les concede un plazo a quienes les fueron aprobadas sus licencias con anterioridad, para actualizar, en el ejemplo antes aludido, el monto de la fianza o garantía, lo cual, a juicio del Pleno de la Corte Suprema en fallo de 30 de mayo de 1995, tampoco extraña retroactividad”. (Las subrayas son nuestras.

Y es que los derechos adquiridos están íntimamente relacionados con la aplicación de la ley en el tiempo, descrito en el artículo cuarenta y tres (43) del Estatuto Constitucional. Por esta razón se entiende que los actos de la Administración, que son meras aplicaciones de la ley, no pueden tener la característica que tampoco tiene la ley: la posibilidad de aplicarse hacia el pasado, en tanto que se afecte los derechos adquiridos por las personas. Así pues, un acto administrativo posterior no puede tener efectos retroactivos para desconocer las situaciones jurídicas creadas y consolidadas bajo el imperio de una ley.

Igualmente este despacho se ha pronunciado en el sentido jurisprudencial pre transcrito, en el caso de los Corredores de Seguro. En este sentido hemos dicho lo siguiente: “En primer lugar, las licencias que fueron otorgadas a Corredores de Seguros antes de la vigencia de la Ley N°55 de 1984, bajo el amparo del Decreto - Ley N°17 de 1956, y cumpliendo todos los requisitos exigidos por éste, constituyen derechos adquiridos que no pueden perderse bajo el imperio de la nueva ley. Por tanto, no ha sido correcta la decisión de suspender la Licencia de Corredores de Seguros a aquellos extranjeros que la obtuvieron antes de la vigencia de la Ley N°55 de 20 de Diciembre de 1984, ya que los actos administrativos que las concedieron no

han sido declarados ilegales, ni el Decreto - Ley 17 de 1956, en su vigencia fue declarado inconstitucional".

La doctrina de los derechos adquiridos como limite de la potestades de la Administración.

La regla general en Derecho Administrativo es que, la Administración Pública debe respetar los derechos adquiridos, es decir que no debe desconocer la confianza que se coloca en ella y en las situaciones creadas.

El concepto de derecho adquirido ha sido tema de reflexión de innumerables tratadistas, muy especialmente en el campo del Derecho Civil. Por vía de ilustración, resulta pertinente aludir a algunos, bien significativos. Veamos:

Para los autores Mazeaud es derecho adquirido, aquel 'que ha entrado definitivamente en un patrimonio, o una situación jurídica creada definitivamente. Consideran que "la necesidad de seguridad esta suficientemente garantizada si el derecho adquirido está amparado". (Lecciones de Derecho Civil, Tomo I).

Merlín define los derechos adquiridos como "aquellos que han entrado en nuestro patrimonio, que hacen parte de él y que no pueden ya quitarnos aquel de quien los tenemos".

Fiore define el derecho adquirido como "el derecho perfecto, aquel que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado o por haberse integralmente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor para atribuir dicho derecho, pero que no ha sido consumado enteramente antes de haber comenzado a entrar en vigor la ley nueva", y agrega, que "lo pasado, que queda fuera de la ley, es el derecho individualmente adquirido, en virtud de una disposición de la antigua ley antes vigente".

En opinión de la doctrina más autorizada los derechos adquiridos no son más que las **facultades legales regularmente ejercidas** y de las cuales se tiene certeza de su ejercicio. Es pues una situación jurídica concreta, ya atribuida y ganada.

Siguiendo la definición de Fiore, estimamos que la noción de derechos adquiridos significaría en el caso bajo estudio que, los actuales sujetos de derecho relacionados al negocio de Bolsa, hayan adquirido en el pasado, los derechos de intermediación bursátil, ya que en aquel tiempo, se tenía el derecho y la idoneidad para generar ingresos u honorarios, producto de tales acciones negócias.

Aplicación de la doctrina de los derechos adquiridos en el asunto consultado.

La situación de derecho inserta en la situación planteada, es saber si la potestad de la Administración Activa: C.N.V., puede penetrar hasta los derechos adquiridos por los sujetos que con anterioridad al año de 1999, ejercían plenamente el derecho de negociar valores bursátiles. Para ello hay que saber si con anterioridad a la Legislación de Valores: el Decreto Ley 1 de 1999, los actuales sujetos de derecho que soliciten una licencia ante la C.N.V.; efectivamente realizaban las acciones mercantiles de intermediación bursátil, antes de la entrada en vigencia del mencionado Decreto Ley 1 de 1999.

Para que, el derecho tenga estabilidad, debe ser respetado; debe haber sido realizado previamente y a dicho ejercicio, no se haya opuesto ninguna norma jurídica. Es decir que la causa del actual derecho adquirido, sea un ejercicio lícito o al menos permitido por la norma de Derecho, en el pasado.

En el caso bajo estudio, el posible hecho causante del derecho adquirido, podría haber sido la existencia de la condición previa de ser o haber sido "Corredor de Bolsa" o haber sido un sujeto que realizó determinadas actividades de intermediación bursátil. Para el caso de los Corredores de Valores, la medida de Suspensión Provisional, para indicar que las personas demandantes han realizado ese acto de intermediación: el ser Corredor de Valores. Sin embargo, la resolución que ordena la suspensión, no se refiere a actividades, como la de ser Ejecutivo Principal o Analista de Valores, amparada por la presunción de ser derechos adquiridos.

Esta es la lógica consecuencia, de que antes de la actual regulación del negocio bursátil, a saber: el Decreto Ley 1 de 1999, las actividades conocidas como Ejecutivo Principales o Analista, no existían, es más estas actividades no estaba amparadas por permisos o licencias, como si existían para el caso de los "Corredores de Valores".

Así las cosas para los supuestos de los Ejecutivo Principales o Analista, no se podrían cumplir la inferencia de que se pudiera adquirir un derecho previo, pues su relación era inexistente.

Por las razones planteadas, la llamada apariencia del buen derecho "Fumus Boni Iuris, no se ha podido derivar de las personas que hoy en día hayan solicitado licencias para ser Ejecutivo Principales o Analista, pues ellas no habrían podido ejercer el negocio de intermediación en esas actividades especiales.

Conclusión.

Somos del criterio que la suspensión del acto administrativo llamado Opinión 12, no debe aplicarse a las personas que no han podido haber adquirido el derecho de ejercer la profesión de Ejecutivo principal o de Analista de Bolsa, pues esta no tiene sustento legal. Es decir que la Suspensión de la Opinión 12 no favorece a las personas que nunca han accedido a la profesión de Ejecutivos Principales o Analistas.

De allí pues, desde nuestra óptica jurídica, la Comisión Nacional de Valores, si puede aplicar las licencias de Ejecutivos Principales a las personas que hasta el momento han venido ejerciendo las actividades propias de Ejecutivo Principal y Analista de valores, ante de que se resuelva la demanda contenciosos administrativo y puede además aplicar el examen respectivo y derivado de la interpretación de la legislación existente y directamente aplicable al caso de esas formas de intermediación bursátil.

Por último, lo relativo al cálculo del período prescriptivo y de caducidad de las peticiones de actualización al nuevo régimen, sería recomendable que la Administración evalúe de forma equitativa y flexible cada solicitud, y aplique el Principio de Buena Fe administrativa, en el sentido de tener en cuenta que las Peticiones que no se hayan presentado a tiempo, se han debido a la incertidumbre y falta de claridad de parte de la propia administración.

Recomendación.

Nos permitimos, adicional a esta opinión recomendar se solicite a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia levantar la medida cautelar de la Suspensión Provisional de la Opinión 12, para que se aclare la situación jurídica de las personas que no pudieron adquirir el derecho a las profesiones de Ejecutivos Principales y Analistas ya que, en el anterior régimen, no existen dichas licencias.

Con la pretensión de haber colaborado con su despacho, quedo de usted,

Atentamente,

**Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/15/cch.