

Vista N° 108

4 de marzo de 2004

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.**

La firma Rivera, Bolívar y Castañedas, en representación de **Joaquín José Vallarino Espinosa**, para que se declare nulo, por ilegal, el Acuerdo N°4 de 16 de abril de 2002, expedido por la Comisión Nacional de Valores, por medio del cual se establece el procedimiento para la instrucción de investigaciones administrativas ordenadas con fundamento en el artículo 263 del Decreto Ley 1 de 1999.

Concepto.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Con nuestro habitual respeto concurrimos ante ese Honorable Tribunal, a fin de emitir concepto sobre la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad que se enuncia en el margen superior del presente escrito.

En estos procesos actuamos en interés de la Ley, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3, del artículo 5 del Libro I de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, por la cual se aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

I. La pretensión de la parte actora.

La parte demandante, en ejercicio de la acción popular, pide a su Digno Tribunal que se declare nulo, por ilegal, el Acuerdo N°4 de 16 de abril de 2002, expedido por la Comisión Nacional de Valores, por medio del cual se establece el procedimiento para la instrucción de investigaciones

administrativas ordenadas con fundamento en el artículo 263 del Decreto Ley 1 de 1999.

II. Las normas que se aducen como infringidas y los conceptos de infracción a las mismas, son los que a seguidas se copian:

a. El artículo 130 de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, que es del siguiente tenor literal:

"Artículo 130. El funcionario encargado de decidir, cuyo impedimento o recusación haya sido declarado legal, queda definitivamente separado del conocimiento del proceso respectivo. No podrá intervenir en dicho proceso, aunque posteriormente desaparezca la causal".

El demandante alega la norma transcrita ha sido violada directamente por comisión, pues los Comisionados de la Comisión Nacional de Valores Carlos Barsallo y Roberto Brenes habían sido declarados impedidos y el Comisionado Ellis Cano había sido recusado, y, por tanto, todos los Comisionado se encontraban formalmente separados de las investigaciones adelantadas contra DISA SECURITES, INC. No obstante lo anterior, a su juicio los Comisionados principales adquirieron competencia nuevamente en el caso de DISA SECURITES, INC., al expedir el Acuerdo N°4-2002, pues el mismo fue aplicado en dicha investigación, mediante la expedición del Informe Preliminar de 19 de abril de 2002.

b. El artículo 52, numeral 2, de la Ley N°38 de 2000, que dice:

"Artículo 52. Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados, en los siguientes casos:

...

2. Si se dictan por autoridades incompetentes".

Se sostiene a pesar de que los Comisionados estaban formalmente separados de las investigaciones adelantadas contra DISA SECURITIES, INC., e imposibilitados para dictar actos que tuviesen efectos dentro de dicha investigaciones, dictan el Acuerdo 4-2000, lo que constituye una falta de competencia.

Agrega que también se configura falta de competencia de la CNV, ya que el Decreto Ley 1 de 2000 no faculta a la Comisión a desarrollar procedimientos que deban seguirse en las investigaciones para las que está facultada según el artículo 263, sino que sólo puede sugerir al Organo Ejecutivo la adopción de una determinada reglamentación del Decreto Ley 1.

c. El artículo 46 de la Ley N°38 de 2000:

Artículo 46. Las órdenes y demás actos administrativos en firme, del Gobierno Central o de las entidades descentralizadas de carácter individual, tienen fuerza obligatoria inmediata, y serán aplicados mientras sus efectos no sean suspendidos, no se declaren contrarios a la Constitución Política, a la ley o a los reglamentos generales por los tribunales competentes.

Los decretos, resoluciones y demás actos administrativos reglamentarios o aquéllos que contengan normas de efecto general, sólo serán aplicables desde su promulgación en la Gaceta Oficial, salvo que el instrumento respectivo establezca su vigencia para una fecha posterior”.

Como concepto de infracción, se expuso que el acto impugnado dispone la vigencia del Acuerdo 4-2000, a partir de su aprobación, esto es a partir del 16 de abril de 2002, a pesar de que el mismo fue publicado en Gaceta Oficial el 22 de abril de 2002.

d. El artículo 118, numeral 5, de la Ley N°38 de 2000:

“Artículo 118. La autoridad encargada de decidir el proceso no podrá conocer de un asunto en el cual esté impedido. Son causales de impedimento las siguientes:

...

5. Haber intervenido la autoridad encargada de decidir, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro de los grados indicados, en el proceso, como funcionario encargado de resolver, Agente del Ministerio Público, testigo, apoderado o asesor, o haber dictaminado por escrito respecto de los hechos que dieron origen a éste”.

Mediante la adopción del Acuerdo N°4-2002 de 16 de abril de 2002, se delega la función de investigación de la Comisión Nacional de Valores en la Dirección Nacional de Fiscalización y Auditoria del Mercado de Valores, la cual se encontraba a cargo de la Licenciada Rosaura González Marcos, quien fue nombrada a su vez Comisionada Ad-Hoc en el procedimiento de investigación seguido a DISA SECURITIES, INC. Se dice que esta designación de la funcionaria que llevó a cabo las investigaciones de DISA SECURITIES, INC, como Comisionado Ad-Hoc, la convierte en juez y en funcionario investigadora, con lo cual se configura una clara causal de impedimento.

e. El artículo 261 del Decreto Ley 1 de 1999, que dispone:

“Artículo 261: Procedimiento en casos de urgencia

La Comisión podrá adoptar acuerdos en situaciones de urgencia que impliquen un peligro para el público inversionista, y que requieran acción inmediata, sin tener que cumplir con lo dispuesto en los artículos anteriores. En dicho caso, la Comisión podrá adoptar únicamente aquellos acuerdos que sean necesarios para prevenir, evitar o minimizar dicho peligro.

Después de dictar un acuerdo con arreglo a este artículo, la Comisión someterá el acuerdo adoptado al proceso de consulta pública de que trata este Título”.

Señalan que la norma transcrita ha sido violada por errónea interpretación, pues la CNV adoptó el Acuerdo impugnado obviando los procedimientos regulares establecidos en los artículos 257, 258 y 259 contenidos en el Decreto Ley 1 de 1999, aduciendo se trataba de una situación de urgencia que requería una acción inmediata.

f. Los artículos 257, 258 y 259 del Decreto Ley 1 de 1999:

“Artículo 257: Aviso de acuerdos propuestos por la Comisión

Cuando la Comisión contemple adoptar, reformar o revocar un acuerdo, o recomendar al Organo Ejecutivo la adopción, la reforma o la revocación de un Decreto Ejecutivo que reglamente la presente Ley, deberá publicar un aviso convocando a un proceso de consulta pública en dos diarios de circulación nacional con no menos de quince días de antelación de la fecha en que se propone adoptar dicho acuerdo o hacer dicha recomendación, y deberá además enviar dicho aviso dentro del plazo antes señalado a las organizaciones autorreguladas registradas en la Comisión. Dicho aviso incluirá por lo menos:

1. Una declaración general de la naturaleza de la acción que se contempla adoptar, un resumen de los principales términos de dicha acción y una explicación de las razones que motivan dicha acción.
2. El fundamento legal en que se basa la acción que se contempla adoptar.
3. Una indicación de que cualquier persona interesada podrá obtener una copia del texto de la acción propuesta en la Comisión, al costo.
4. El nombre y la dirección del funcionario de la Comisión a quien se deban enviar los comentarios, el plazo dentro del cual éstos serán recibidos (que no debe ser menor de quince días a partir de la publicación del aviso) y la fecha, la hora y el lugar en que se

celebrará una audiencia pública para la consideración de la acción propuesta, en aquellos casos en que la Comisión considere apropiado la celebración de tal audiencia”.

“Artículo 258: Oportunidad para hacer comentarios.

Toda persona interesada podrá presentar a la Comisión por escrito comentarios, memorandos y propuestas sobre la acción que la Comisión contempla adoptar y tendrá derecho a ser oída en audiencia pública en caso de que la Comisión decida celebrar una”.

“Artículo 259: Adopción de la acción

Cumplido el plazo para la presentación de comentarios y luego de dar la debida consideración a los comentarios recibidos, la Comisión podrá adoptar la acción contemplada, con aquellas modificaciones que considere apropiadas, siempre que la acción que se adopte no sea significativamente distinta ni imponga más restricciones que las que contemplaba la acción sometida a consulta pública. Si ésta viene a ser significativamente distinta o a imponer más restricciones, la Comisión deberá volver a someter la acción al proceso de consulta pública contemplado en este Título”.

A juicio del demandante, los preceptos transcritos han sido violados directamente por omisión, toda vez que al emitirse el Acuerdo N°4-2002 impugnado, no se aplicó dichas normas legales que establece taxativamente cuál es el procedimiento que debió seguir la Comisión Nacional de Valores, cuando se propuso adoptar el Acuerdo.

g. El artículo 37 de la Ley N°38 de 2000:

“Artículo 37. Esta Ley se aplica a todos los procesos administrativos que se surtan en cualquier dependencia estatal, sea de la administración central, descentralizada o local, incluyendo las empresas estatales, salvo que exista una norma o ley especial que regule un procedimiento para casos o materias específicas. En este último supuesto, si tales leyes especiales contienen lagunas

sobre aspectos básicos o trámites importantes contemplados en la presente Ley, tales vacíos deberán superarse mediante la aplicación de las normas de esta Ley”.

Como concepto de infracción se explica que, al carecer el Decreto Ley 1 de 1999 de normas de procedimiento para sustanciar sus investigaciones debió acogerse a la Ley N°38 de 2000, como norma general de procedimiento administrativo y no inventarse un procedimiento propio al margen de un sinnúmero de disposiciones legales.

h. Los numerales 12 y 13 del artículo 8 del Decreto Ley 1 de 1999:

“Artículo 8. Atribuciones de la Comisión.

La Comisión tendrá las siguientes atribuciones:

...

12. Adoptar, reformar y revocar acuerdos.

13. Recomendar al Organo Ejecutivo la aprobación de los decretos ejecutivos que estime necesarios para la reglamentación del presente Decreto-Ley”.

El demandante establece que el numeral 12 del artículo 8 del Decreto Ley 1 de 1999, fue interpretado erróneamente, toda vez que allí no se faculta a la CNV para adoptar acuerdos que regulen procedimientos, como lo es el Acuerdo N°4-2002. Por otro lado, también considera hay interpretación errónea del numeral 13, pues la CNV se ha irrogado la facultad reglamentaria reservada al Organo Ejecutivo para reglamentar el Decreto Ley 1 de 1999.

k. El artículo 263 del Decreto Ley 1 de 1999:

“Artículo 263: Investigaciones

La Comisión podrá mediante resolución de Comisionados ordenar las investigaciones que estime necesarias cuando tenga razones fundadas para creer que se ha dado una violación de este Decreto-Ley o

sus reglamentos. En dichos casos, la Comisión podrá compeler a cualquier persona sujeta a este Decreto-Ley a que presente los documentos o la información o a rendir las declaraciones juradas que la Comisión estime necesarias y relevantes a dichas investigaciones.

Si la persona no presenta los documentos o la información o no rinde las declaraciones requeridas por la Comisión, o lo hace en forma evasiva o incompleta, la Comisión podrá solicitar a los tribunales de justicia que ordenen a dicha persona comparecer ante la Comisión y cumplir con lo requerido por ésta. La renuencia a dar cumplimiento a lo ordenado por el tribunal se tendrá como desacato”.

Se habla de una violación por errónea interpretación del artículo 263 del Decreto Ley 1 de 1999, ya que, consideran, es la Comisión la que puede ordenar las investigaciones del caso cuando estime que se ha dado una violación al Decreto Ley 1 de 1999, sin que dicha potestad pueda ser traspasada a una Dirección dentro de la Comisión, y esto es lo que hizo el Acuerdo N°4-2002, delegar en la mencionada Dirección Nacional de Fiscalización el desarrollo de las investigaciones.

III. Opinión de la Procuraduría de la Administración.

Mediante la acción de nulidad in examine, se solicita se declare la nulidad, por ilegal, del Acuerdo N°4-2002 de 16 de abril de 2002, expedido por la Comisión Nacional de Valores, por medio del cual se establece el procedimiento para la instrucción de investigaciones administrativas ordenadas con fundamento en el artículo 263 del Decreto Ley 1 de 1999.

Antes de entrar en cualquier análisis sobre la posible ilegalidad del acto impugnado, este Despacho debe destacar que el Acuerdo N°4-2002 fue derogado en todas sus partes por el Acuerdo N°6-2003 de 4 de julio de 2003, expedido por la

Comisión Nacional de Valores, publicado en la Gaceta Oficial 24,842 de 11 de julio de 2003.

En consecuencia, la acción Contencioso Administrativa de Nulidad que nos ocupa deviene sin objeto jurídico, constituyéndose la figura que en la Doctrina y la Jurisprudencia se conoce como Sustracción de Materia.

La Sustracción de Materia constituye un medio de extinción de la pretensión de la parte actora "constituido por la circunstancia de que la materia justiciable sujeta a decisión deja de ser tal por razones extrañas a la voluntad de las partes: no pudiendo el tribunal interviniente emitir un pronunciamiento de mérito (acogiendo o desestimando) sobre la pretensión deducida." (Jorge Peirano, *El Proceso Atípico*, página 129, citado por Jorge Fábrega en *Estudios Procesales*, Editora Jurídica Panameña, Panamá, 1988, Tomo II, página 1195).

Para que se produzca la sustracción de materia, es menester que concurran una serie de elementos, tales como: "la existencia de un proceso, que el objeto del proceso exista al momento de constituirse la relación procesal, que con posterioridad a la constitución de la relación procesal el objeto desaparezca, que esa desaparición ocurra antes de dictar sentencia, que no se trate de una simple transformación del objeto litigioso sino una verdadera desaparición que motive la extinción de la pretensión, que el fenómeno estudiado sea reconocido por el tribunal que conoce del proceso al momento de dictar sentencia, de acuerdo a lo establecido por el artículo 979 del Código Judicial." (Jorge Peirano, *ibidem*).

El artículo 992 del Código Judicial dispone: "En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo de las pretensiones objeto del proceso ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que haya sido probado oportunamente."

Nuestro Máximo Tribunal de Justicia, la Corte Suprema, en la Sentencia fechada 3 de junio de 1991, se ha pronunciado sobre este tópico, en los siguientes términos:

"La sustracción de materia es el fenómeno mediante el cual el proceso deviene sin objeto. No es más que la extinción sobreviniente de la pretensión, como consecuencia de esa falta de objeto litigioso sobre el que debe recaer la decisión jurisdiccional decisoria de la litis. La pretensión se ejerce frente a otra persona a través del proceso a fin de obtener un efecto jurídico. No puede obtenerse ese efecto jurídico, por tanto, si durante el proceso se extingue la pretensión."

En un proceso similar al que nos ocupa, la Corte Suprema de Justicia indicó que no era dable pronunciarse en cuanto a la legalidad de ciertos actos administrativos, que se encuentren en esa circunstancia, tal como a seguidas se observa:

"En efecto, los artículos 2 y 3 de la Resolución de Gabinete 768 fueron modificados por los artículos 2 y 3 de la Resolución de Gabinete N°678; y los artículos 1 y 7 de la Resolución de Gabinete N°96 de 1994 también fueron modificados por los artículos 4 y 7 de la Resolución de Gabinete N°678 de 1994, y así lo reconoce la parte actora.

En esas circunstancias, resulta palmario y evidente que la Sala no puede pronunciarse en cuanto a la legalidad de actos administrativos de carácter general que han cesado en su vigencia y aplicación a consecuencia de la expedición de un acto posterior que han tenido la virtud de modificar el acto preexistente..." (Auto de 11 de octubre de 1995).

Por lo expuesto, solicitamos respetuosamente a la Honorable Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, declare ha operado el fenómeno jurídico conocido como sustracción de materia, y en consecuencia, se ordene el archivo del expediente.

Del Magistrado Presidente,

**Licda. Linette Landau
Procuradora de la Administración
Suplente**

LL/17/bdec

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General