

Panamá, 25 de noviembre de 1998.

Licenciado

EDUARDO R. GONZÁLEZ C.

Gerente General y Representante Legal
del Banco Hipotecario Nacional.

E. S. D.

Señor Gerente General:

A través de la presente damos contestación a la consulta que tuvo a bien elevarnos, mediante Nota 98(4500-01)07 fechada 6 de octubre de 1998, recibida en este Despacho el día 22 de octubre del mismo año y, que dice lo siguiente:

"¿Puede el Banco Hipotecario celebrar contratos de Fideicomisos sobre terrenos de su propiedad para la construcción de proyectos de viviendas regulados por la Ley 39 de 8 de noviembre de 1984, con diferentes empresas, constituyéndose EL BANCO como FIDEICOMITENTE, otro banco o entidad financiera del país como FIDUCIARIO y la empresa constructora del proyecto como FIDEICOMISARIA?".

Antes de proceder a contestar la consulta elevada, brevemente examinaremos la figura del

fideicomiso, en nuestro derecho positivo. En la actualidad esta figura está consagrada como un acto jurídico presumiblemente irrevocable, que puede ser en beneficio del propio fideicomitente y no requiere de tantos formalismos, aunque debe ser presentado por escrito. Así, la Ley No.1 de 5 de enero de 1984 "Por la cual se regula el ejercicio del Fideicomiso en Panamá y se adoptan otras disposiciones, define esta figura jurídica en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 1. "El fideicomiso es un acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que los administre o disponga de ellos a favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente.

Las entidades de Derecho Público podrán retener bienes propios en fideicomiso y actuar como fiduciarios de los mismos para el desarrollo de sus fines, mediante declaración hecha con las formalidades de esta Ley."

La norma copiada no sólo define lo que debe entenderse por "fideicomiso", sino que en su segundo párrafo permite expresamente que entidades de Derecho Público puedan constituir fideicomisos sobre sus bienes, y actuar como fiduciarios conforme a los requisitos y formalidades de la Ley No.1 de 1984.

En el mismo sentido, el Decreto Ejecutivo No.16, publicado en Gaceta Oficial No.20.165 de 18 de octubre de 1984, a través del cual se reglamenta la Ley No.1 de 5 de marzo de 1984, antes aludida nos ofrece la misma definición antes copiada, además de referirse a los términos de **Fideicomitente**, como la

Persona natural o jurídica que constituye el fideicomiso; **Fiduciario**, que es la persona natural o jurídica a quien se transfieren los bienes para que ejecute la voluntad del fideicomitente; y, el **Fideicomisario o beneficiario**, que viene a ser la persona natural o jurídica en cuyo favor se constituye el fideicomiso.

197 Un examen de las anteriores definiciones nos permite adentrarnos en la temática para distinguir el procedimiento regular que debe seguirse en la constitución de un fideicomiso dentro del territorio de la República.

co Para la celebración del Contrato de Fideicomiso por entidades públicas, en principio también rige la Ley de Contratación Pública, Ley No.56 de 27 de diciembre de 1995, reglamentada por el Decreto Ejecutivo No.18 de 25 de enero de 1996, al disponer dicha ley en su artículo 1, lo que a continuación copiamos:

"ARTÍCULO 1. "Ámbito de aplicación".

La presente Ley se aplicará a las contrataciones que realicen el Estado, sus entidades autónomas o semiautónomas, para:

1. La ejecución de obras públicas.
2. Adquisición o arrendamiento de bienes...

PARÁGRAFO: En las contrataciones que realicen los municipios, juntas comunales y locales y, en general, en aquellas que se rigen por leyes especiales, se aplicará esta Ley en forma supletoria"

Del precepto copiado podemos inferir que se les aplica supletoriamente la Ley de Contratación Pública a los municipios, juntas comunales y locales y otras contrataciones que se rijan por leyes especiales. Este es el caso de la Caja de Ahorros, Banco Nacional, etc., que son excluidos, en parte, de la aplicación de la Ley de Contratación Pública por ser regulados por la Ley No.3 de 20 de enero de 1977 "por la cual se adoptan medidas sobre la celebración de contratos de las Entidades Públicas", modificada por la Ley No.10 de 10 de febrero de 1977, que si bien ha sido derogada tácitamente por otras disposiciones de Contratación Pública, conceptuamos que el artículo 4 de dicha Ley, continúa vigente, el tenor de esta norma señala:

"ARTÍCULO 4. Quedan excluidos de la aplicación de esta ley, los Contratos que celebre el Banco Nacional, la Caja de Ahorros, el Banco de Desarrollo Agropecuario, el Banco Hipotecario Nacional y la Corporación Financiera Nacional."

Definitivamente, que esta exclusión atiende a la naturaleza de dichas instituciones ya que son intermediarios financieros que realizan diariamente una serie de operaciones o actividades financieras cuya naturaleza, cuantía y volumen dificulta y dilata su procedimiento en las oficinas del Ministerio de Hacienda y Tesoro, u otro ente estatal según su monto.

Concretamente, en el caso que Usted plantea conceptuamos que la Ley No.39 de 8 de noviembre de 1984, Orgánica del Banco Hipotecario Nacional, en atención a la naturaleza de las operaciones que efectúa, permite la compra y venta de derechos hipotecarios, el financiamiento de proyectos de vivienda, el aseguramiento de cuentas de ahorro de las Asociaciones de Ahorros y Préstamos para

Viviendas y el aseguramiento de Préstamos Hipotecarios, (Cfr. Artículos, 5,10,13,18,26 y siguientes de la Ley No.39/84) dado que son actividades éstas que se encuentran enmarcadas dentro de las transacciones normales que realiza el Banco.

En este orden de ideas, creemos que el Banco Hipotecario Nacional ciertamente, debe realizar sus operaciones sin mayores trámites que los establecidos por su Ley Orgánica, ya que esto indudablemente, permitiría que cumpliera de manera satisfactoria su finalidad, es decir, llevar a cabo proyectos tendientes a cumplir los fines para los cuales fue creado, esto es, financiar proyectos de vivienda que hagan efectivo el contenido del artículo 113 de nuestra Carta Política.

Es más, sobre la naturaleza de las operaciones que realizan las entidades financieras del Estado, Banco Nacional de Panamá, Caja de Ahorros, Banco Hipotecario Nacional, Corporación Financiera Nacional, etc., la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en Auto de fecha 14 de febrero de 1977, reconoció la naturaleza mercantil de las mismas, cuando precisó lo siguiente:

"Sobre el particular es obvio que ese razonamiento se pasa por alto que dicha entidad oficial bancaria cumple múltiples funciones. Es decir, que si algunas de sus actividades pueden calificarse de estrictamente económicas, o que en ellas presta un servicio público o de orden social, ello no es óbice ni puede considerarse como incompatible, que también realice operaciones y negocios mercantiles como cualquier otro banco privado, lo cual tenía en miras cuando

celebró el contrato de préstamo, título en el cual se ha basado la ejecución".

En virtud de todo lo que antecede, para resumen conceptuamos que el Banco Hipotecario Nacional puede celebrar el contrato de Fideicomiso, en calidad de fideicomitente del negocio, siendo beneficiaria en este caso la empresa constructora, siempre que se cumplan con las formalidades establecidas por la Ley del Fideicomiso así como la Ley Orgánica de las Instituciones que intervengan en este acto jurídico, atendiendo por supuesto, la cuantía de los bienes fideicomitidos.

En estos términos dejamos consignada la opinión solicitada, esperando haber aclarado la inquietud presentada, me suscribo, atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/16/hf.