



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 6 de diciembre de 2018
C-086-18

Licenciado
Rolando León De Alba
Gerente General
Banco Nacional de Panamá.
E. S. D.

Ref.: Constitución de subsidiaria, bajo la estructura de sociedad anónima, para desarrollar el negocio de fideicomiso.

Señor Gerente General:

Por este medio damos respuesta a su nota número 2018(03100-01)08, de 9 de noviembre de 2018, recibida el día 13 de este mismo mes, mediante la consulta a esta Procuraduría de la Administración, sobre la *“viabilidad jurídica de constituir una subsidiaria (una sociedad anónima 100% de propiedad del Banco Nacional de Panamá), para que desarrolle el negocio de fideicomiso de manera separada del Banco”*.

En relación a la consulta formulada, la opinión de la Procuraduría de la Administración es que el Decreto Ley 4 de 18 de enero de 2006, “Que subroga la Ley N° 20 de 22 de abril de 1975, y dicta otras disposiciones”, permite al Banco Nacional de Panamá constituir una sociedad subsidiaria (sociedad anónima en la que el Banco sería el propietario absoluto o mayoritario de las acciones), **sólo para realizar operaciones de financiamientos estructurados, y participar en procesos de titularización de sus activos o de terceros**, de conformidad con la facultad contenida en el numeral 18 del artículo 30 del citado Decreto Ley, quedando excluida la posibilidad de constituir una sociedad anónima (subsidiaria) para desarrollar el negocio de fideicomiso.

La opinión arriba externada, la fundamentamos luego de haber analizado las disposiciones contenidas en el Texto Único del Decreto Ley 4 de 31 de diciembre de 2006 (que en adelante denominaremos la Ley Orgánica), el Texto Único del Decreto Ley 9 de 26 de febrero de 1998, “Por el cual se reforma el Régimen Bancario y se crea la Superintendencia de Bancos” (que en adelante la denominaremos la Ley Bancaria), y la Ley 1 de 5 de enero de 1984, “Por la cual se regula el Fideicomiso en Panamá y se adoptan otras disposiciones”, entre otras.

Sobre el particular, el artículo 1 de la Ley Orgánica dispone que el Banco Nacional de Panamá es el organismo financiero del Estado por excelencia, y tiene por finalidad ejercer, dentro del sector oficial, el negocio de banca en la forma que lo define la ley. Al respecto, la Ley Bancaria define el negocio de banca así:

“ARTÍCULO 3. DEFINICIONES. Para los efectos de este Decreto Ley, los siguientes términos se entenderán así:

...

16. Negocio de Banca: Principalmente la operación de captar recursos financieros del público o de instituciones financieras por medio de aceptación en depósito de dinero exigible a la vista o a plazo por cualquier medio autorizado por este Decreto-Ley, y la utilización de tales y otros recursos, por cuenta y riesgo del Banco, para préstamos, inversiones o cualquier otra operación autorizada por este Decreto-Ley, la Superintendencia o los usos bancarios.” (Subraya la Procuraduría).

El negocio de banca se ejerce a través de lo que se denominan operaciones bancarias, que la doctrina las ha clasificado tradicionalmente en tres grupos, en atención a la parte que le concede el crédito a la otra, y el lugar en donde se contabiliza la operación en los libros del banco. En este sentido, se habla de *operaciones bancarias activas*, *operaciones bancarias pasivas* y *operaciones bancarias accesorias, secundarias o neutras*.

En las *operaciones bancarias activas*, el banco es el que concede el crédito, se constituye en el sujeto activo de la relación jurídica y la operación se registra como activo en los libros del banco (por ej. el préstamos de dinero o mutuo, la apertura de crédito bancario, el descuentos, entre otros). En las *operaciones bancarias pasivas*, al banco es a quien se le concede el crédito, se convierte en sujeto pasivo de la relación jurídica y esta operación se contabiliza en el lugar donde se asientan los pasivos (por ej. el depósito irregular de dinero, el redescuento, entre otros, y la titularización de activos o emisión de obligaciones).

En las *operaciones bancarias accesorias, secundarias o neutras*, no hay concesión de crédito para ninguna de las partes, el banco solo presta un servicio, como por ejemplo la venta de timbres, el cobro de impuestos, cajilla de seguridad, giros y transferencias, entre otros. En estas operaciones, los dineros que el banco recibe no entran a su patrimonio, sino que se registran en una cuenta de orden o fuera de balance.

Pues bien, el Banco Nacional de Panamá está facultado por su Ley Orgánica a realizar estas operaciones bancarias, y de hecho las mismas aparecen enumeradas en su artículo 30, entre las cuales están las de otorgar crédito a corto, largo o mediano plazo (numeral 2); participar en el negocio de fideicomiso (numeral 9); y celebrar contratos para *comprar y vender carteras de créditos, realizar operaciones de financiamientos estructurados y participar en la titularización de activos* (numeral 18). Estas últimas operaciones, son las únicas que el banco puede desarrollar por conducto de su subsidiaria, estudiando íntegramente las facultades que la ley le otorga al Banco y a su Junta Directiva, y atendiendo la recta interpretación que le damos al artículo 30 de la Ley Orgánica, cuando dice:

“Artículo 30. Operaciones. El Banco Nacional de Panamá está facultado para realizar, entre otras, las operaciones siguientes.
[...]

18. Celebrar contratos de compra o venta de cartera de créditos, realizar **operaciones de financiamientos estructurados**, participar en procesos de titularización de activos, ya sea del

propio banco o de terceros, y **constituir sociedades de propósito especial para tales fines.**” (El resaltado es de la Procuraduría).

Las sociedades de propósito especial o Vehículo de Propósito Especial (SPV, por sus siglas en inglés) como también se les conoce, son sociedades creadas con el fin de obtener recursos financieros que se requieran para el desarrollo de un proyecto específico, lo que significa que estos vehículos separan el proyecto de su promotor, conformando un patrimonio independiente, y por tanto, una estructuración de financiamiento separado. Es decir, este vehículo separa los riesgos y los beneficios del proyecto, permitiéndole una sostenibilidad propia, en los que los derechos de los inversionistas y de los acreedores se limitan exclusivamente a los activos y al patrimonio del vehículo del propósito especial y no así a los activos y patrimonios de la empresa promotora.

No obstante lo anterior, el financiamiento estructurado no solo puede darse a una sociedad de propósito especial, sino también a un fideicomiso, en el que el Banco figure como fideicomitente, fiduciario o fideicomisario. En relación a este punto, la Ley Orgánica faculta al Banco Nacional de Panamá “Actuar como fideicomitente, fiduciario o fideicomisario y celebrar operaciones de fideicomiso en general, conforme a la ley respectiva y las prácticas bancarias”, pero no lo autoriza para constituir subsidiaria para desarrollar ese negocio.

Para los efectos de la Ley Bancaria, se entiende por empresa *subsidiaria*, aquella “Persona jurídica de propiedad total o mayoritaria de un banco o de una propietaria de acciones bancarias”, según la definición que suministra el numeral 38 de su artículo 3, pero para esta misma disposición, no se consideran subsidiarias las personas jurídicas respecto de los cuales un banco actúe como agente fiduciario.

En este contexto, nos encontramos con que el financiamiento estructurado puede otorgarse tanto a una subsidiaria del Banco (sociedad de propósito especial), como a un fideicomiso en el que este forme parte, habida cuenta que los bienes de ambas figuras jurídicas constituyen patrimonios independientes del Banco. Al respecto, el artículo 15 de la Ley 1 de 5 de enero de 1984, “Por el cual se regula el Fideicomiso en Panamá y se adoptan otras disposiciones” dice que los bienes del fideicomiso constituirán un patrimonio separado de los bienes personales del fiduciario para todos los efectos legales y no podrán ser secuestrados ni embargados, salvo por obligaciones incurridas o por daños causados con ocasión de la ejecución del fideicomiso.

Así entonces, una sociedad de propósito especial constituida por el Banco Nacional de Panamá sería una subsidiaria suya, y su objeto estaría, por mandato legal, limitado a realizar las operaciones descritas en el numeral 18 del artículo 30 de su Ley Orgánica, de manera que no podrá constituir subsidiarias (sociedades de las cuales sería el propietario absoluto o mayoritario) para realizar fines distintos a los antes expresados. Es más, recordemos que la Ley Bancaria no considera subsidiaria de un banco, a las personas jurídicas respecto de los cuales este actúe como agente fiduciario, y en la figura del fideicomiso, el Banco Nacional de Panamá puede actuar como fiduciario, incluso como

fideicomitente y fiduciario a la vez, en vista que es una entidad de derecho público y la ley de fideicomiso lo permite (Cfr. artículo 1).

Precisamente por esto, por ser una sociedad de derecho público, los miembros de su Junta Directiva sólo pueden ejercer las facultades enumeradas en el artículo 14 de la Ley Orgánica, que contiene el catálogo de las facultades que ese organismo colegiado puede realizar, en las que no aparece la de aprobar la constitución de subsidiarias para realizar operaciones bancarias, como si aparece la de aprobar las aperturas y cierres de sucursales. Es cierto que en ese catálogo no se encuentra la facultad de constituir sociedades de propósito especial, pero resulta que el numeral 18 del artículo 30 de la Ley Orgánica, si la contempla, en cuyo caso la constitución de este tipo de sociedad (o de subsidiaria), debe ser aprobada por esa Junta Directiva.

En consecuencia, con fundamento en las normas y consideraciones anteriormente expresadas, y atendiendo el principio de legalidad, la Procuraduría de la Administración responde la consulta diciendo que el Banco Nacional de Panamá puede constituir una subsidiaria (sociedad anónima en la que el Banco sería el propietario absoluto o mayoritario de las acciones), **sólo para realizar operaciones de financiamientos estructurados, y participar en procesos de titularización de sus activos o de terceros**, de conformidad con la facultad contenida en el numeral 18 del artículo 30 del citado Decreto Ley, quedando excluida la posibilidad de constituir una sociedad anónima (subsidiaria) para desarrollar el negocio de fideicomiso.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/gac