

Panamá, 25 de julio de 2003.

Licenciado
Ernesto I. Fernández U.
Gerente General y Representante Legal del
Banco Hipotecario Nacional
E. S. D.

Señor Gerente General:

Conforme a nuestras atribuciones constitucionales y legales como consejera jurídica de los servidores públicos administrativos que nos consulten sobre la interpretación de la ley o procedimiento a seguir en un caso concreto; procedo a ofrecer la asesoría solicitada mediante nota No.GG-N-1154-2003, con la cual requiere nuestro criterio sobre la situación detallada a continuación:

“Con nuestro acostumbrado respecto, sometemos a su consideración las siguientes interrogantes:

1. ¿Debe el Banco Hipotecario Nacional, inscribir en el Registro Público estas daciones en pago parcial, en las condiciones actuales, aunque estas no hayan sido recibidas por su Representante Legal, el Gerente General, ni hayan sido aprobadas por la Junta Directiva de la Institución, en virtud del monto de las mismas?
2. ¿Puede el Banco Hipotecario Nacional desistir de la intención propuesta en las mencionadas actas de entrega de proyectos propiedad de la A.M.L.F.U.P., dadas en pago parcial, en virtud de la falta de requisitos y formalidades legales para la celebración de las daciones en pago parciales aludidas, de la alta morosidad de estos proyectos y del grado de dificultad para recuperar lo prestado a la A.M.L.F.U.P? ”

Antecedentes.

Los antecedentes de la consulta los explica el consultante de la siguiente manera:

“El Banco Hipotecario Nacional en el año 1993 recibe mediante actas, las transferencias de las hipotecas efectuadas por la Asociación de Beneficencia de los Miembros de la Fuerza Pública (A.M.I.F.U.P.) en determinados Proyectos, propiedad de esta última, en concepto de dación de pago parcial (según las actas mencionadas) al contrato de préstamo celebrado entre la A.M.I.F.U.P. y esta Institución.

Las Actas aludidas fueron entregadas por el Administrador General y el Auditor Interno del Banco Hipotecario Nacional, y fueron recibidas por el Representante de Control Financiero del Banco Hipotecario Nacional y el Auditor de la Contraloría asignado al Banco Hipotecario Nacional.

Actualmente, las daciones en pago parcial no se han formalizado, ni han sido inscritas en el Registro Público (en virtud de que se trata de bienes inmuebles), pero si fueron descontadas contablemente, por el Departamento de Contabilidad del Banco Hipotecario Nacional, del monto pendiente de la obligación contraída por la A.M.I.F.U.P”.

En otro orden de ideas, habida cuenta de reuniones y conversaciones con los agentes del ente consultante, se puede afirmar que luego de aquella transacción bancaria, terceras personas han contratado la compra de bienes raíces hipotecados, y han cancelado dichas deudas. Es decir que luego del préstamo, terceras personas han comprado (es decir cancelado) de buena fe, inmuebles hipotecados y dados en dación en pago a favor del BHN.

No obstante ello, esas terceras personas no han podido obtener el título de propiedad relativo a su compra, porque ni el BHN ni la A.M.I.F.U.P han otorgado dichos títulos, al no constar evidencia registral de dicho título de propiedad a favor de una ni otra entidad.

Asuntos jurídicos por atender

Desde nuestro punto de vista las consideraciones jurídicas de la Procuraduría de la Administración, deberían orientarse a los dos siguientes temas jurídicos:

1. La dación en pago como forma de cancelar deudas que puedan tener empresas o personas privadas para con la Administración.
2. La representación legal de las entidades públicas, como elemento distintivo del acto administrativo.

Opinión del Ente Consultante.

En palabras del distinguido consultante "la única persona autorizada en la Ley .39 de 8 de noviembre de 1984, para representar al Banco Hipotecado Nacional es el Gerente General, según se establece en su artículo 11, al decir que "El Gerente General, quien será el Representante Legal del Banco Hipotecario Nacional...".

Profundizando el consultante nos indica lo siguiente:

"Adicionalmente, todos estos proyectos de las daciones en pago, exceden la suma de ciento Cincuenta Mil Balboas (B/.150,000.00), operación que según el artículo 10 de la precitada Ley 39, en su literal i, debe ser autorizada por la Junta Directiva.

Resulta evidente para nosotros, que dichos proyectos en daciones en pago parcial no deben inscribirse, sin contar antes con las aprobaciones correspondientes.

Es nuestro criterio, que la Institución se encuentra en pleno derecho para desistir de cualquier transacción efectuada por personas que carecen de competencia para formalizar este tipo de operaciones; ahora bien, en virtud de que la Institución, hasta la fecha, ha cobrado estas carteras hipotecarias, al momento de decidir no aceptar estas daciones de pago parcial de A.M.L.F.U.P., debe considerarse la indemnización respectiva a esta última, la que deberá ser proporcional al monto cobrado o recaudado por el Banco Hipotecario Nacional".

Opinión jurídica de la Procuraduría de la Administración.

La dación en pago como forma de cancelar deudas que puedan tener empresas o personas privadas para con la Administración.

El Banco Hipotecario Nacional (en lo sucesivo el BHN), si bien es una entidad con un régimen especial, en cuanto a su funcionamiento, tal como lo determina la Ley 39 de 8 de noviembre de 1984, es decir regida particularmente por normas de derecho público; ella de manera particular también se debe ajustar de

supletoriamente al resto de ordenamiento jurídico, entre éste, las normas de derecho privado (Derecho Civil, Derecho Comercial), en lo que se refiere a las operaciones que ha realizado y que realiza; en similar circunstancia que el Banco Nacional de Panamá, claro está, dentro de las limitaciones que la Ley establece en los regímenes respectivos.

Y esto es así, porque la naturaleza de las tareas de dicha entidad pública, son básicamente la de una entidad de fomento de soluciones de vivienda, desde una perspectiva financiera. En otras palabras es un ente de financiamiento para el desarrollo de este sector, por lo cual está facultada para actuar como un organismo bancario estatal, lo que se manifiesta a través de los préstamos hipotecarios, para los efectos fijados por la Ley.

Ahora bien, la actual situación consultada dice relación con una crucial actividad de la entidad, en el sentido de procurar recobrar los dineros dados en préstamo a una serie de empresas, y en este sentido, las vías para el logro de esa recuperación se hacen difíciles por una infinidad de factores: quiebra y evasión de las empresas, transposición de bienes, al igual que la situación nacional en términos económicos.

El BHN es una entidad pública, pero regida a modo de excepción o supletorio, por normas de derecho privado (Derecho Civil, Derecho Comercial), en lo que se refiere a la gestión operativa de los contratos de préstamos que ha realizado y que realiza.

En virtud de ello, las figuras e instituciones jurídicas del derecho privado, como contrato de préstamo, hipoteca, fianza, intereses, entre otros, son conceptos propios de su gestión como entidad o banco de fomento para los objetivos consagrados en la Ley 65 de 1975.

En cuanto a sus interrogantes, en torno a la posibilidad de que el BHN acepte por parte de sus deudores, el pago en especies o bienes, bien sea parcial o total, judicial o extrajudicialmente, somos de la opinión que es factible en términos legales, tal como lo estipula el artículo 1062 del Código Civil, el cual reza:

“Artículo 1062: El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustará a las disposiciones del Título XVII de este Libro y a lo que se dispone en el Código Judicial”.

Este despacho se ha pronunciado, de igual manera, sobre el tema planteado a otras instituciones, que sin estar regidas por las disposiciones de derecho privado,

también han tenido la necesidad de encontrar respuesta en esta figura; por ello, le adjuntamos copia de dos dictámenes relativos al tema.

El Primero es el número C-237 de 9 de septiembre de 1997, el cual se emitió como respuesta a consulta elevada por la entonces presidenta del Consejo Municipal de Panamá al respecto de la recaudación de tributos municipales.

El criterio de esta casa versó sobre los siguientes términos:

“...los contratos de permuta y dación en pago pueden ser mecanismos utilizados para recaudar los tributos municipales. Ahora bien, esta interrogante nos permite agregar que la recaudación de las obligaciones municipales (tributos) debe darse en principio mediante su pago líquido, es decir en dinero.

Sin embargo, frente a la real situación que viven los gobiernos locales del país, en los que existe una alta tasa de morosidad en el pago de las obligaciones y en los que la tarea de recaudación se torna difícil e imposible, la verificación de este tipo de recaudación representaría una forma efectiva para la satisfacción de los créditos en concepto de impuestos, trayendo como consecuencia la reducción de la deuda de los contribuyentes y un evidente beneficio para el Municipio.”

El segundo dictamen es el número C-48 de 26 de febrero de 1997 y fue elaborado para dar respuesta a consulta elevada por el entonces Presidente de la Junta Directiva de la Corporación Financiera Nacional (COFINA).

A la postre, este despacho propuso el siguiente parecer:

Reiteramos en esta ocasión que en los préstamos otorgados por COFINA se deberá revisar minuciosamente las operaciones posteriores a la firma de cada uno de los contratos otorgados, dado que si las partes no han suscrito documento alguno legalmente permitido que modifique la obligación original, entonces la misma es perfectamente exigible.

Si existe una promesa o garantía de pago de saldos o intereses adeudados por los clientes de la Corporación Financiera Nacional, por otras empresas o personas natural o jurídica, somos del criterio jurídico que no existe impedimento alguno para que COFINA cobre sus créditos a través de un arreglo de pago con sus deudores o inconvenientemente para que cualquier persona pague los créditos tal y como lo prevé el artículo 1045 del Código Civil que autoriza el pago de terceros, aún cuando tengan o no interés en el cumplimiento de la obligación.

Debe recordar que si los contratos fueron elevados a la categoría de escritura pública, cualquier alteración o modificación de los mismos respecto al cobro de los intereses, debe llevarse al Registro Público para su Registro, tal y como lo establece la ley, de lo contrario los arreglos podrían estar viciados de nulidad.”

En virtud de todo lo anterior, somos de la opinión que el BHN, sí puede recibir bienes de los deudores, como pago de las obligaciones adquiridas con esa entidad estatal, dentro de los términos que el artículo 1062 y demás disposiciones del Código Civil establecen.

La representación legal de las entidades públicas, como elemento distintivo del acto administrativo.

La doctrina, de la cual se ha hecho eco la Procuraduría de la Administración, ha sostenido que existen ciertos elementos esenciales en todo acto administrativo que predeterminan la validez y la eficacia misma del acto. Esos actos son: La competencia de la autoridad administrativa, la voluntad en la expedición, el contenido, la motivación, la finalidad y la forma.

LA COMPETENCIA

Que un acto administrativo sea dictado por un órgano o autoridad competente significa, que los actos sean emitidos por los agentes o funcionarios de las entidades públicas legitimados para emitir actos con carácter de administrativos; y esta facultad está además, relacionada a un ámbito territorial, grado de jerarquía, régimen temporal y por supuesto, que exista el motivo para hacerlo. Así las cosas la competencia administrativa se expresa por virtud de la llamada voluntad administrativa.

Cuando nos referimos a la voluntad administrativa, como elemento esencial del acto administrativo se está llamando la atención al género volitivo enmarcado diferencialmente de la voluntad, tal y como se la concibe en el derecho civil. En efecto, a veces la voluntad se refiere a la actividad del funcionario en la emisión del acto; pero en otras ocasiones esa voluntad está supeditada al ordenamiento jurídico vigente (Constitución, leyes y normas jurídicas de inferior categoría: nacionales y municipales).

En cuanto a los elementos subjetivos, se tienen los siguientes: a) El sujeto productor del acto administrativo, es decir, la administración personificada a los efectos de realización de la actividad administrativa; b) El Administrador. Este debe reunir unos requisitos de forma y de fondo para desempeñar tal actividad. Estos son: la competencia para demostrar la legitimidad del poder para actuar, el de no

estar incurso en la legitimidad del poder de actuar, el de estar incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad (legitimidad para obrar y legitimidad en el obrar).

Ahora bien, el acto se produce por medio de una formalidad: La Declaración, y b) La Notificación.

Los elementos formales son los que trascienden a la forma de integración de la voluntad expresada en el acto, a la declaración de esta voluntad y a su ulterior comunicación.

La declaración, supone una manifestación de voluntad y para que ésta aparezca, es necesario que a través de determinadas etapas, se llegue el momento en que un órgano decisorio pueda emanar la declaración, vale decir, pueda producir el acto. Esas fases son las que determinan el llamado procedimiento administrativo creador del acto. Normalmente los actos se exteriorizan expresamente con la sola declaración de voluntad de la administración, sin embargo también existen los llamados "actos presuntos" o "actos fictos" que no requieren dicha declaración, pues nacen de la pasividad, de la inactividad de la administración en su quehacer normal, nacen en otros términos del fenómeno ius-administrativo del "Silencio administrativo".

En palabras de Agustín Gordillo¹ la voluntad administrativa es la voluntad del funcionario en algunas ocasiones, ejemplo cuando la ley le da facultad para decidir lo más conveniente para el Servicio Público. En este caso los vicios de la voluntad hacen referencia a la voluntad psíquica del funcionario y/o del proceso de producción del acto o la declaración.

El consultante parece indicar que hoy en día, el acto de aceptar la dación en pago, y por tanto, inscribir desde una perspectiva registral (formal) ese medio de pago, estaría viciado por razón de su contenido, pues no conviene a los intereses del ente consultante, ese contrato. Y sobre todo, ese acto de registro también estaría viciado por no haber nacido del ente encargado para emitir dicha voluntad.

En relación con el vicio de la voluntad administrativa, todo indica que el consultante se basa en el hecho de que funcionarios distintos al Gerente General del BHN, han comprometido a ese ente de financiación de vivienda. Lo que se podría decir constituye un vicio de formación y emisión de la voluntad administrativa.

¹ GORDILLO, Agustín., Tratado Derecho Administrativo. Tomo 3. El Acto Administrativo, Ediciones Macehi. Buenos Aires, 1979. Capítulo IX pág. 110.

En este sentido las afirmaciones del consultante son que "El Banco Hipotecario Nacional en el año 1993 recibe mediante actas, las transferencias de las hipotecas efectuadas por la Asociación de Beneficencia de los Miembros de la Fuerza Pública (A.M.I.F.U.P.) en determinados Proyectos, propiedad de esta última, en concepto de dación de pago parcial (según las actas mencionadas) al contrato de préstamo celebrado entre la A.M.I.F.U.P. y esta Institución" Y además que "las Actas aludidas fueron entregadas por el Administrador General y el Auditor Interno del Banco Hipotecario Nacional, y fueron recibidas por el Representante de Control Financiero del Banco Hipotecario Nacional y el Auditor de la Contraloría asignado al Banco Hipotecario Nacional".

Con todo y ello es de notar que desde 1993 la Administración Activa (el BHN) formalizó un contrato del cual se ofrece y acepta una garantía: la hipoteca de bienes muebles, por medio del convenio denominado dación en pago.

Desde aquella fecha a la actualidad, la garantía no ha sido inscrita, aunque materialmente ya ha sido ejecutada al haberse restado el valor de esos bienes hipotecados, del debido de la Asociación de Beneficencia de los Miembros de la Fuerza Pública que recibió el préstamo.

¿Qué nos parece ha operado en este supuesto?

Si bien es cierto que la administración ha debido (en el año 1993) expresar su voluntad contractual por medio del Gerente General, a no dudar ha permitido que se sucedan compromisos y contratos que le comprometen y que además, han sido convenidos por funcionarios que representaban la autoridad.

En efecto, las formas de manifestarse la voluntad administrativa si bien generalmente debe ser expresa, podría ocurrir que opera de manera tácita y hasta de forma presunta.

Conforme a lo expuesto la voluntad administrativa o libertad jurídica de contratar un préstamo, debe provenir de la máxima jerárquica del poder de decisión del BHN. No obstante ello, la Administración ha permitido que se sucedan compromisos que hacen ver, de manera inequívoca su voluntad tácita, de aceptar la dación en pago ofrecida por la Asociación de Beneficencia de los Miembros de la Fuerza Pública.

Ciertamente, la voluntad administrativa puede ser expresada en el mismo acto, por ejemplo cuando en una resolución se declara insubsistente un empleado del cargo que venía desempeñando; pero la administración puede prescindir de dicha declaratoria y nombrar a un nuevo empleado para desempeñar el mismo cargo, en este supuesto se dice que ha actuado de manera tácita. Y es que resulta un hecho

concluyente, dado que no podría tener otra significación si faltara la voluntad administrativa expresa.

En el caso bajo estudio es incompatible con una voluntad contractual de aceptación de una garantía, el haber dejado pasar tanto tiempo sin impugnar el acto de ilegal ante la Sala de lo Contenciosos Administrativo. Adicionalmente, que del contrato y la garantía, aparecen hechos realizados por funcionarios administrativos que denotan la voluntad de contratar y compromiso administrativo.

Así las cosas, desde nuestro punto de vista, el valor jurídico de la voluntad tácita es el mismo que el de la voluntad expresa, salvo que la ley exija que se exteriorice de modo expreso para generar -el acto jurídico o producir el efecto deseado por su autor. Esto por una razón elemental, la Administración debe honrar su palabra y actos oficiales, que den por consecuencia el nacimiento de derechos a favor de terceras personas que hayan actuado de buena fe o en cumplimiento de un deber legal.

La voluntad se puede manifestar en las dos únicas formas señaladas: a) expresa o tácitamente.

Un ejemplo de esta situación (la voluntad tácita) es como en el caso del empleado que no se le paga desde el momento que se le declaró insubsistente, pero que prestó normalmente sus servicios por otro lapso de tiempo en que se efectuó su relevo por otra persona². En este evento la ley autoriza reconocer la voluntad del Estado, es decir que la establezca, o en que no habiendo declaración de voluntad, la ley la da por existente. En este supuesto la Administración ha actuado de manera tácita ya que debió nombrar el reemplazo del empleado destituido, y por no hacerlo, el destituido debía seguir en el puesto hasta que llegara el reemplazo. Por tanto, se puede decir que tácitamente la administración se ha hecho responsable del pago de los salarios devengado del destituido, mientras esperaba el reemplazo. Según se desprende de este ejemplo, la Administración debe soportar el hecho de haber obrado tácitamente, ya que el ex funcionario estaba justificado por el deber de quedarse en el puesto hasta la llegada de su reemplazo.

Es importante para que se pueda válidamente esgrimir (en derecho administrativo) falta de competencia administrativa, que se pruebe la voluntad y el momento en que se debe cumplir la decisión.

En otras palabras, y ya para el caso en concreto, la Administración debe probar que actuó sin la debida competencia (al no expresar válidamente su voluntad) y

²Recordar que al declararse insubsistente a un empleado, se entiende que este debe permanecer en el cargo hasta que la persona que deba reemplazarlo tome posesión, pues nadie puede dejar de prestar la función encomendada so pena de cometer el delito de "abandono dei cargo".

además, ello debe hacerlo antes que sus otros actos no legales (faltos de competencia, por ejemplo las negociaciones y los compromisos realizados por el Administrador General y el Auditor Interno del Banco Hipotecario Nacional, y posteriormente el Representante de Control Financiero del Banco Hipotecario Nacional y el Auditor de la Contraloría asignado al Banco Hipotecario Nacional) produzcan derecho a favor de terceros, los que han actuado de buena fe o en cumplimiento de un deber legal.

No obstante lo anterior, reconocemos que al afirmar que se debe presumir que el BHN, sí actuó conforme a derecho, habida cuenta de la necesaria estabilidad y regularidad de los actos administrativos y sobre todo del respeto al principio de seguridad jurídica, en el fondo el presente dictamen no hace otra cosa que establecer la voluntad tácita -y aun expresa- que teóricamente debe aparecer de hechos acreditados conforme al derecho probatorio. Y es que, en definitiva, de no aceptarse la tesis anterior, se llegaría a la misma conclusión, pues cuando no existe la voluntad, no se puede desconocer el efecto jurídico señalado por la ley, cuando concurren determinadas circunstancias de hecho. Esto es así ya que, a no dudar esos cuatro funcionarios que no tenían competencia para actuar, han actuado como funcionarios de hecho, y por tanto la Administración debe responder por esos actos, en el sentido de indemnizar a los terceros que han cancelado contratos de compraventa y hoy exigen sus títulos de propiedad.

Por otra parte, desde 1993 a la fecha han pasado diez años, tiempo que nos parece suficiente para que la Administración haya intentado la anulación judicial de ese contrato por haber nacido viciado de nulidad por falta de competencia. Por tanto si la Administración hoy en día decide demandar su propio acto, debe estar consciente que podría tener la obligación de indemnizar a las terceras personas que han adquirido derechos de buena fe, y que se fiaron de las acciones realizadas por funcionarios como el Administrador General, el Auditor Interno del Banco Hipotecario Nacional, y posteriormente el Representante de Control, Financiero del Banco Hipotecario Nacional y el Auditor de la Contraloría asignado al Banco Hipotecario Nacional.

Respuesta Concreta.

Procedemos a contestar sus interrogantes de la siguiente manera:

El Banco Hipotecario Nacional, debería inscribir en el Registro Público estas daciones en pago parcial, en las condiciones actuales, aunque éstas no hayan sido recibidas por su Representante Legal, el Gerente General, ni hayan sido aprobadas por la Junta Directiva de la Institución, en virtud del monto de las mismas; por estar involucrada la buena imagen institucional y el principio de respeto a la seguridad jurídica de los derechos adquiridos de buena fe.

El Banco Hipotecario Nacional sí puede jurídicamente desistir de la intención propuesta en las mencionadas actas de entrega de proyectos propiedad de la A.M.L.F.U.P., dadas en pago parcial, en virtud de la falta de requisitos y formalidades legales para la celebración de las daciones en pago parciales aludidas, de la alta morosidad de estos proyectos y del grado de dificultad para recuperar lo prestado a la A.M.L.F.U.P; sin embargo ello no exime al BHN del deber de indemnizar a las terceras personas que hayan adquirido de buena fe bienes dados en garantía y que hoy en día requieren del título de propiedad.

Ahora bien, este desistimiento debe hacerse por medio de una acción judicial (ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia) de ilegalidad del propio acto, ya que al estar fechado en 1993, ese acto de contratación no estaría amparado por el régimen revocatorio ni anulatorio de la Ley 38 de 2000, el cual tuvo su vigencia a partir del 1 de marzo de 2001.

Con la pretensión de haber orientado y aclarado su solicitud, me suscribo de usted.

Atentamente,

LINETTE A. LANDAU B.
Procuradora de la Administración
(Suplente)

LALB/15/hf