

Panamá, 11 de agosto de 1997.

Licenciado

Héctor B. Alemán E.

Director General del

Instituto para la Formación y Aprovechamiento
de Recursos Humanos (IFARHU)

E. S. D.

Distinguido Director General:

Acuso recibo de su Nota N° A.L./D.G. 110-97-442 del 18 de julio de 1997 relativa a la adquisición del bien inmueble que alberga oficinas de la Institución que usted dirige mediante un Contrato de Fideicomiso, con exactitud su interrogante es la siguiente ¿Cuál es el procedimiento que debe seguir la Institución para fideicomitir un bien de su propiedad?

Antes de proceder a responder su pregunta, trataremos algunos antecedentes y aspectos relacionados con el tema de su consulta.

En primer lugar, en la doctrina no existe una definición general del Contrato de Fideicomiso debido a que se toman en consideración las distintas teorías sobre su naturaleza jurídica (Mandato Irrevocable, Patrimonio de Afectación, Transmisión de la Propiedad, etc.) Sin embargo, podemos citar al Dr. Guillermo CABANELLAS quien manifiesta limitadamente que, Fideicomiso es la “disposición de última voluntad de la cual el testador deja sus bienes, o parte de ellos, encomendados a la buena fe de una persona para que, al morir ésta a su vez, o al cumplirse determinadas condiciones o plazos, transmita la herencia a otro heredero o invierta el patrimonio del modo que se le señale.” (Diccionario de Derecho Usual, 7ma. reimpr., editorial Heliasta S.R.L, Buenos Aires, Argentina: 1984).

De manera más general, el autor colombiano Sergio RODRIGUEZ AZUERO define al fideicomiso como el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona (fiduciario), con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente (fideicomitente), en su favor o en beneficio de un tercero (fideicomisario)” (Contratos Bancarios, Biblioteca FELABAN, 4ta. edic., Bogotá, Colombia: 1990, págs. 626 y 627).

Por su parte, el Dr. Hildebrando LEAL PEREZ nos habla que el Fideicomiso es el contrato mercantil de administración de un bien o de su enajenación por parte del fiduciario de acuerdo a lo dispuesto por el fideicomitente en su favor o de un tercero (Contratos Bancarios, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia: 1990, págs. 373 y 374).

En nuestro ordenamiento jurídico el Fideicomiso tiene como antecedentes a la Ley N° 9 de 1925 y la Ley N° 17 de 1941, que lo establecieron como un mandato irrevocable, con la participación necesaria de tres partes (fideicomitente, fiduciario y fideicomisario), con fines expresos, de mayor formalismo, etc.

(Cfr. FABREGA P., Jorge. “Evolución Histórica del Fideicomiso en Panamá”, Anuario de Derecho, Año XVII, N° 19, Universidad de Panamá: 1990, pág. 127)

(Cfr. NORIEGA, José Angel. “El Fideicomiso en Panamá”, Memoria del IV Congreso Nacional de Abogados: La Abogacía frente al Acontecer Nacional, Panamá: 1990, pág. 58)

En la actualidad esta figura es consagrada como un acto jurídico presumiblemente irrevocable, que puede ser en beneficio del propio fideicomitente y no requiere de tanto formalismos, aunque debe ser por escrito. Así, la Ley N° 1 de 5 de enero de 1984 “por la cual se regula el fideicomiso en Panamá y se adoptan otras disposiciones” (G.O. N° 19.971 de 10 de enero de 1984) determina el concepto de esta figura jurídica en los siguientes términos:

ARTICULO 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 en 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 anterior normativa no sólo define lo que debemos entender 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 N° 1 de 1984.

Ahora bien, en el supuesto que usted nos plantea en su Nota, el Contrato de Fideicomiso será celebrado entre dos (2) instituciones del Estado, la Caja de Ahorros y el Instituto para la Formación y Aprovechamiento de Recursos Humanos (IFARHU), y a la luz del anterior artículo es factible su celebración ajustándose el mismo Contrato a la Ley N° 1 de 1984.

En el caso de la primera entidad, la Caja de Ahorros está facultada, por su Ley Orgánica, Ley N° 87 de 23 de noviembre de 1960 (G.O. 14.282 de 5 de diciembre de 1960), en el literal ñ) de su artículo 25, a administrar fideicomisos. Mientras que el IFARHU, específicamente su Consejo Nacional, tendrá dentro de sus funciones derecho a autorizar toda operación, negociación o transacción que implique inversión, erogación u obligación por más de Cincuenta Mil Balboas (B/.50,000.00), según el literal f) del artículo 7° de su Ley Orgánica, Ley N° 1 de 11 de enero de 1965 (G.O. N° 15.285 de 12 de enero de 1965) reformada por la Ley N° 45 de 25 de julio de 1978 (G.O. N° 18.646 de 25 de julio de 1978).

Para la celebración del Contrato de Fideicomiso por entidades públicas, en principio también rige la Ley de Contratación Pública, Ley N° 56 de 27 de diciembre de 1995 (G.O. N° 22.939 de 28 de diciembre de 1995) modificada por el Decreto-Ley N° 7 de 2 de julio de 1997 “por el cual se crea el Consejo Económico Nacional (CENA)...” (G.O. N° 23.327 de 9 de julio de 1997) y reglamentada mediante el Decreto Ejecutivo N° 18 de 25 de enero de 1996 del Ministerio de Hacienda y Tesoro (G.O. N° 22.961 de 29 de enero de 1996). Basamos nuestra anterior premisa en el artículo primero de la comentada Ley:

ARTICULO 1.- “Ámbito de aplicación

La presente Ley se aplicará a las contrataciones que realicen el Estado, sus entidades autónomas o semiautónoma, 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.”

De igual manera, del anterior precepto legal podemos inferir que se les aplica supletoriamente la Ley de Contratación Pública a los municipios, juntas comunales y locales y otros entes que tengan una ley especial. 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 N° 3 de 20 de enero de 1977 “por la cual se adoptan medidas sobre la celebración de contratos de las Entidades Públicas” (G.O. N° 18.267 de 2 de febrero de 1977) modificada por la Ley N° 10 de 10 de febrero de 1977 (G.O. N° 18.296

de 18 de marzo de 1977), que si bien ha sido derogada tácitamente por otras disposiciones de Contratación Pública, somos del criterio que aún está vigente el artículo 4 de la Ley N° 3 de 1977 que dice:

ARTICULO 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.”

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 (rapidez, flexibilidad, etc.), cuantía y volumen dificulta su presentación ante el Ministerio de Hacienda y Tesoro, el Consejo Económico Nacional o el Consejo de Gabinete, según su monto.

A pesar de lo anterior, la Ley N° 56 de 1995 de Contratación Pública regula las operaciones, transacciones, contratos de venta, arrendamiento, permuta y donaciones de los bienes muebles e inmuebles del Estado que estos Intermediario Financieros tengan bajo su custodia y que no impliquen una actividad típicamente financiera autorizada por su respectiva Ley Orgánica. Esta posición ya la hemos expresado en Consultas anteriores solicitadas por el Banco Hipotecario Nacional, por lo cual le adjuntamos copias.

Por otro lado, si bien el supuesto Contrato de Fideicomiso en estudio pertenece a una actividad financiera propia de la Caja de Ahorros y por ende, desde nuestra óptica jurídica, excluida de la aplicación de la Ley N° 56 de 1995, también es cierto que será celebrado con otro ente del Estado, en este caso la institución que usted dirige, IFARHU, donde ésta última no está excluida de la aplicación de la comentada Ley por no ser un municipio, junta comunal o local, intermediario financiero, ni tener una ley especial que determine tal exclusión.

En consecuencia, el proyecto de Contrato de Fideicomiso que ha de celebrarse entre la Caja de Ahorros y el IFARHU deberá ser sometido a los requisitos, exigencias y procedimientos que fija la Ley N° 56 de 1995 de Contratación Pública, su modificación y reglamentación.

En este caso concreto, el proyecto de Contrato de Fideicomiso de más de B/.2,000,000.00 puede ser sometido a Contratación Directa debido a que son dos (2) instituciones descentralizadas del Estado que participan, y se trata de un contrato de adquisición de un bien para el Estado bajo la forma de Fideicomiso, por tanto será regido por el artículo 58 de la Ley N° 56 de 1995 que reza así:

ARTICULO 58.- “Contratación directa.

No será necesaria la celebración de procedimiento de contratista, en los siguientes casos:

- 1.- Los de adquisición...
- 10.- Los que celebre el Estado con sus instituciones autónomas o semiautónomas, o de éstas entre sí.
- 11.- Las contrataciones...
- 13.- Los de arrendamiento o adquisición de bienes inmuebles.
- 14.- Los actos...

La declaratoria de excepción deberá constar en acuerdo del Consejo de Gabinete, cuando se tratare de contratos cuya cuantía exceda a dos millones de balboas (B/2,000,000.00), la cual indicará la modalidad de la contratación...”

Este Contrato de Fideicomiso una vez celebrado deberá contar con el concepto favorable del Consejo de Gabinete según el artículo 68 de la Ley N° 56 de 1995:

ARTICULO 68.- “La firma del Contrato...

Salvo disposición legal contraria... Aquellos contratos cuya cuantía exceda de dos millones de balboas (B/2,000,000.00) deberán contar con el concepto favorable del Consejo de Gabinete.” (Lo agregado en el paréntesis es nuestro)

Pero antes de ser llevado al Consejo de Gabinete deberá ser sometido ante el Consejo Económico Nacional (CENA) para que emita su opinión favorable según la Ley Orgánica de esta entidad (Decreto-Ley N°7 de 2 de julio de 1997 “por el cual se crea el Consejo Económico Nacional...” (G.O. N° 23.327 de 9 de julio de 1997):

ARTICULO 1.- “Se crea el CONSEJO ECONOMICO NACIONAL (CENA)...

Dicho CONSEJO tendrá las siguientes funciones:

- 1) Emitir opinión o concepto...

- 4) Emitir opinión favorable a todos aquellos contratos, operaciones o transacciones cuya cuantía excede los dos millones de balboas (B/.2,000,000.00);
- 5) Cualquier otro asunto...”

En conclusión, la Caja de Ahorros y el IFARHU están facultados en principio por sus respectivas leyes orgánicas y por al Ley N° 1 de 5 de enero de 1984 de Fideicomiso para celebrar un contrato de Fideicomiso sobre el bien que aloja las oficinas del IFARHU, y que su celebración está sujeta a las disposiciones y procedimientos de la Ley N° 56 de 27 de diciembre de 1995 de Contratación Pública y el Decreto-Ley N° 7 de 2 de julio de 1997 que crea el CENA, por ser el IFARHU una institución descentralizada (semiautónoma) incluida en el ámbito de dichas normas.

De esta manera esperamos haber resuelto su interrogante y así colaborar con su despacho, quedamos de usted,

Cordialmente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/6/cch.