

Panamá, 6 de febrero de 1997.

Licenciado
Luis Carlos Amado A.
Gerente General
Banco Hipotecario Nacional
E. S. D.

Señor Gerente General:

Por medio de la presente damos formal respuesta a lo solicitado por vuestro Despacho mediante Nota 95/(2000-01) 048 de fecha 3 de enero de 1997, la cual viene redactada así:

“¿Puede o pueden miembros de la Junta Directiva del Banco Hipotecario Nacional, sin estar debidamente autorizado o facultado (sic) dentro de sus funciones, las que están claramente establecidas en la Ley N° 39 del 8 de noviembre de 1984, solicitar copias de cada fideicomiso aprobado por el Banco, cuando esta materia está reglamentada por el Decreto Ejecutivo N° 16 de 3 de octubre de 1984, y en el Capítulo IV, nos habla del Secreto Fiduciario?”

Antes de emitir concepto en la interrogante consultada, hemos considerado oportuno y conveniente hacer algunas consideraciones preliminares, a objeto de esclarecer la misma.

En principio, examinaremos la naturaleza jurídica del Banco Hipotecario Nacional. En este sentido, tenemos que mediante Ley 39 de 8 de noviembre de 1984, se reorganiza el Banco Hipotecario Nacional, la cual en su artículo 1 afirma que el Banco Hipotecario Nacional, fue creado por la Ley 10 de 25 de enero de 1973, como empresa estatal con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía en su régimen interno. No obstante, esta misma disposición en su parte final añade, ... “ El Banco Hipotecario Nacional estará sujeto a las políticas de

desarrollo económico y social del Gobierno, a la orientación del Organismo Ejecutivo por conducto del Ministerio de Vivienda, y a la fiscalización de la Contraloría General de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales sobre la materia".

Esta institución es, sin duda alguna, otra de las entidades autónomas creada por el Estado, para el mejor cumplimiento de sus fines y su creación obedece a las corrientes modernas en materia de organización administración, concebida porque las funciones del Estado han aumentado considerablemente y dado que en esta forma se obtiene "un medio de gestión más adecuado, para el cumplimiento de determinados fines, elegidos por el propio Estado, delegando funciones que le pertenecen", como lo indica Rodolfo Bullrich en su obra "Principios de Derecho Administrativo". pág.171-172. (Nº120/95).

En el mismo orden de ideas, siendo las entidades descentralizadas creación del Estado, y pese a que gozan de autonomía para la gestión técnica y económica de la función, servicio o actividad a su cargo; las mismas están encuadradas dentro de su estructura organizacional y sus recursos provienen del erario público. Por ello es, que se ha establecido una serie de mecanismos, mediante los cuales se controla la organización y actividad de ellas dentro de las funciones generales del Estado.

Para ejecutar este control o tutela administrativa sobre estas entidades públicas, pues, debe destacarse, que la tutela administrativa, es propia de la administración descentralizada; se establece entre otras disposiciones de la Ley que la presidencia de la Junta o Concejos Directivos de las entidades autónomas y semiautónomas, corresponde ejercerla al Ministro o Jefe del ramo, a cuyo Despacho están adscritos o vinculados los respectivos organismos. En el caso específico del Banco Hipotecario Nacional, la Junta Directiva debe ser presidida por el Ministro de Vivienda o en su ausencia por el Viceministro de esa cartera ministerial.

La finalidad de este control por parte del Ejecutivo sobre las Entidades descentralizadas, lo expone diáfanoamente el Profesor Alvaro Tafue Galvis, cuando expresa:

"El ejercicio del control de tutela determina, de una parte, la limitación en la autonomía reconocida a las entidades descentralizadas, y de otra, en contraprestación, un cúmulo de atribuciones a disposición de las autoridades centrales, en cuya virtud pueden lograr la unificación de las actividades administrativas confiadas a las diferentes agencias estatales.

Pero la finalidad de limitación de la autonomía de estos organismos descentralizados no es la única de la Tutela. En efecto, por medio de ella, y entre otros procedimientos, se logra también coordinar entre sí las actividades de las entidades, con el fin de que sean un adecuado reflejo de la política gubernamental que para un determinado sector haya adaptado el gobierno". (TAFUE GALVIS, Alvaro. Entidades Descentralizadas. pág. 68).

La Junta o Concejo Directivo es, dentro de la organización de las entidades descentralizadas, el órgano supremo de decisión y administración y le corresponde, por tanto, orientar su actividad de acuerdo y dentro de la autonomía determinada por la Ley.

La integración de la Junta o Concejo Directivo de las entidades descentralizadas varía en cada caso concreto, pero en general en su composición intervienen funcionarios públicos de jerarquía, que dirigen actividades similares a las desarrolladas por la entidad, y representantes de organizaciones privadas que, en su esfera, cumplen actividades sobre las cuales inciden las funciones de la entidad descentralizada. De allí que el parágrafo del artículo 7, de la Ley 39 afirma "El Órgano Ejecutivo procurará en la Junta Directiva una adecuada representación del gremio de la construcción y de las Asociaciones de Ahorros y Préstamos para la Vivienda".

Respecto de la interrogante planteada, nuestro criterio es el que a seguidas nos permitimos expresar:

Como bien señala usted, la figura jurídica del Fideicomiso se encuentra reglamentada a través del Decreto Ejecutivo N°16 de 3 de octubre de 1984. Decreto que en su Capítulo IV denominado, del Decreto Fiduciario, dispone lo pertinente en los artículos 19, 20, 21 y 22 respectivamente, sobre el particular, veamos que dicen estas normas.

"Artículo 19: La obligación de guardar el secreto fiduciario se mantiene aunque termine el fideicomiso, la relación profesional o laboral o se haya cancelado la licencia fiduciaria.

Artículo 20: Las informaciones obtenidas por la Comisión y demás entidades del Estado autorizadas por Ley para realizar inspecciones o recabar documentación relativos a operaciones fiduciarias y sus respectivos funcionarios no podrán ser revelados a ninguna persona o autoridad, salvo si le fuere exigida judicialmente.

Artículo 21: Sólo se suministrará información a solicitud de autoridades judiciales, cuando la correspondiente acción exhibitoria se haya decretado en procesos instaurados dentro del territorio de la República. Los funcionarios judiciales deberán mantener en estricta reserva, la información que tengan, cuando ésta no sea conducente a resolver el litigio de que se trate y no accederán a ninguna solicitud de desglose de documentos.

Artículo 22: Toda persona que suministre información en violación al secreto fiduciario, tal como aparece en el artículo 37 de la ley 1 de 1984 y en las disposiciones del presente Reglamento, será sancionada con pena de reclusión o prisión hasta de seis (6) meses y multa de hasta CINCUENTA MIL BALBOAS (B/.50,000.00).r "

No obstante lo anterior, la Ley 1 de 5 de enero de 1984, ley que regula el fideicomiso en Panamá en su artículo 37 establece lo siguiente:

***Artículo 37.** El fiduciario y sus representantes o empleados, las entidades del Estado autorizadas por la Ley para realizar inspecciones o recabar documentos relativos a operaciones fiduciarias y sus respectivos funcionarios, así como las personas que intervengan en dichas operaciones por razón de su profesión el oficio, deberá guardar secreto sobre las mismas y cumplir con las disposiciones legales vigentes sobre el particular en la República de Panamá. La violación de esta disposición será sancionada con pena de reclusión o prisión hasta de seis (6) meses y multa hasta de cincuenta mil balboas (B/.50,000.00).

Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de las informaciones que deban revelarse a las autoridades oficiales y de las inspecciones que éstas deban efectuar en la forma establecida por la Ley".

De la lectura de la norma copiada podemos inferir que si bien, la Ley consagra lo relativo al Secreto Fiduciario, éste no es el obice para que miembros de la Junta Directiva del Banco Hipotecario soliciten y obtengan copias de cada uno de los fideicomisos que sean aprobados, ya que aun cuando no estén autorizados expresamente por la Ley, en razón de la naturaleza de sus funciones pueden requerir la documentación respectiva.

Sobre este tópico la Doctrina sostiene "Todo ente descentralizado posee fines y poderes propios frente al Estado central, pero le está subordinado, porque el Estado lo creó por la Ley y posee un fin general que le permite ejercer una función coordinadora. Esta subordinación significa que el Estado puede disponer los actos del ente siempre y cuando lo haga invocando razones de técnica y de legalidad puras. Esta potestad dispositiva sobre la actuación descentralizada se da en interés del Estado aunque nada diga la Ley". PENAGOS, Gustavo Derecho Administrativo Tomo II. pág.488. (Lo subrayado es nuestro)

Ello justifica y determina el control administrativo, que en la administración descentralizada reemplaza el control o poder jerárquico de la administración centralizada, por cuanto la vigilancia o tutela jurídica que se traduce en el control administrativo constituye un derecho propio del poder central.

En el caso específico del Banco Hipotecario este control se deriva de lo expresado en la Ley, cuando dice: "El Banco Hipotecario Nacional estará sujeto a las políticas de desarrollo económico y social del Gobierno, ...". Asimismo del artículo 10 de la Ley 39 ibídem que establece las funciones de la Junta Directiva, entre las que se encuentra el acápite c), el cual se arroga todas las funciones del Banco Hipotecario Nacional, establecidos en el artículo 5 de la misma Ley.

Comoquiera que, todo el sistema descrito lleva como finalidad buscar la coordinación en la actividad del sector descentralizado del Estado con la Administración Central ya que éste con la creación de aquel proveerá la satisfacción del interés general en forma más rápida, idónea y eficaz; es que, la administración del Banco Hipotecario Nacional deberá coordinar armónicamente la ejecución de todos sus actos, cumpliendo de esta manera el mandato legal y el propósito para el que fue creado.

Por otro lado, debemos recordar que la Junta Directiva es el máximo organismo dentro de la estructura del Banco Hipotecario Nacional, y lo más viable y recomendable es que la misma, así como sus miembros se enteren de actos jurídicos, que de una u otra forma puedan afectar el patrimonio de ese ente bancario.

En conclusión de todo lo expuesto, reiteramos el criterio que los miembros de la Junta Directiva del Banco Hipotecario Nacional sí pueden requerir copias de los fideicomisos que se aprueben en el Banco, en virtud de que tal como expresamos anteriormente, por la naturaleza de sus funciones están legítimamente facultados.

De esta forma dejamos expuesta nuestra opinión, esperando que la misma **satisfaga** el propósito de la Consulta elevada. Aprovecho la ocasión para reiterarle **nuestras muestras de aprecio y consideración.**

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/16/hf.