



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 13 de diciembre de 2019
C-130-19

Licenciada
María Inés Guerra
Apoderada Legal
Caja de Ahorros
E. S. D.

Ref.: Inversión de Bonos Corporativo amparados con Fideicomiso de Garantía.

Licenciada Guerra:

Con ocasión a la respuesta que le dimos en nota C-123-19 de 27 de noviembre de 2019, en el sentido que el Estado no debe invertir en la compra de Bonos Corporativo emitido por **COMPAÑÍA INSULAR AMERICANA, S.A.**, garantizados con un Fideicomiso de Garantía en la que forma parte de ese fideicomiso tierras que fueron desafectadas en su naturaleza de bien público para transformarse en bien patrimonial a favor de La Nación, y su posterior traspaso a la citada compañía, en vista que el Fallo de 18 de julio de 2019 emitido por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, declaró ilegal la Resolución de Gabinete N° 3 de 15 de enero de 2013, que las desafectó, tengo a bien brindarle un análisis de riesgo jurídico en cuanto a las implicaciones de esta operación.

I. Antecedentes

El Estado y la sociedad **ICA PANAMA, S.A., S. A.**, celebraron un contrato de concesión administrativa, para el Estudio, Diseño, Construcción, Mantenimiento, Administración y Explotación del Corredor Sur, en donde se estipuló el derecho de esta sociedad a recibir del Estado el lecho marino de 35 hectáreas, y de esas hectáreas cedió a la **COMPAÑÍA INSULAR AMERICANA, S.A.**, un globo de terreno de 10 has+3,248.27m².

Esta compañía, como cesionaria, le solicitó al Estado la propiedad de esas hectáreas y mediante Resolución de Gabinete N° 3 de 15 de enero de 2013, se desafectó en su naturaleza jurídica de bien de dominio público y se transformó en bien patrimonial a favor de la Nación, ordenó la inscripción en el Registro Público a favor del Estado y su posterior traspaso a **COMPAÑÍA INSULAR AMERICANA, S.A.**, facultando al Ministro de Economía y Finanzas, o en su defecto, al Viceministro, para que en nombre y representación de la Nación comparezca en la Escritura Pública, a recibir la finca y su posterior traspaso a esta compañía.

Mediante Escritura Pública N° 2769 de 29 de enero de 2013, extendida en la Notaría Décima del Circuito de Panamá, la Nación desafectó en su naturaleza de bien de dominio público, y constituyó como bien patrimonial el globo de terreno en cuestión, y luego, mediante otra Escritura Pública la traspasó a la **COMPAÑÍA INSULAR AMERICANA, S.A.**, quien la dio en Fideicomiso de Garantía a favor de las entidades garantizadas, en las que ya forma parte la Caja de Ahorros, por un préstamo de B/ 13,000,000.00. Ahora la compañía pretende emitir Bonos Corporativos en una emisión pública, con garantía del fideicomiso.

No obstante, mediante Fallo del 18 de julio de 2019, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, declaró nula por ilegal la Resolución de Gabinete N° 3 de 15 de enero de 2013, señalando, entre otras cosas, que “no es posible la desafectación de bien de dominio público de estos bienes, y mucho menos que la misma sean consignada a través de un acto administrativo, que no responde a la facultad concedida por una norma de carácter legal o constitucional al Consejo de Gabinete, en aspecto al principio de estricta legalidad”

Con esta declaración de ilegalidad, la Sala deja sin efecto el acto administrativo preparatorio, quedando la posibilidad que alguna persona o el Ministerio Público pueda solicitar la nulidad del traspaso de la finca a nombre de **COMPAÑÍA INSULAR AMERICANA, S.A.**

II. Posibles riesgos legales para el Estado, si adquiere los Bonos Corporativos garantizados con el Fideicomiso de Garantía.

Al margen de los posibles riesgos de crédito, de liquidez, de mercado o por otros factores, por el pago de los dineros representados en los títulos, lo cierto es que el Estado debe ser prudente, previsivo y cauteloso, al adquirir los Bonos Corporativos que emita la **COMPAÑÍA INSULAR AMERICANA, S.A.**, u otra empresa privada, con garantía de la finca que fue desafectada en su naturaleza jurídica como bien de dominio público y transformada en bien patrimonial a favor de la Nación, quien la traspasó a la citada compañía, que a su vez, la dio en garantía a favor del fideicomiso. Esto, porque la Resolución N° 3 de 15 de enero de 2013, que es el acto administrativo preparatorio, para la desafectación y traspaso, fue declarado ilegal.

Resulta que a través de la citada resolución, se facultó al Ministro de Economía y Finanzas, o en su defecto al Viceministro, a que comparezca en nombre de La Nación en las Escrituras Públicas donde se constituyó la finca y se hicieron los traspasos, y ahora la **COMPAÑÍA INSULAR AMERICANA, S.A.**, pretende emitir Bonos Corporativos con el Fideicomiso de Garantía que contiene, entre otros bienes, la finca en cuestión.

Los Bonos Corporativos son títulos emitidos por una corporación para recaudar dinero para expandir su negocio, y como tal deberá la compañía emisora realizar su prospecto informativo que contendrá, entre otros detalles, el monto de la emisión, la tasa de interés, el plazo, los estados financieros y la información del emisor, sus operaciones, negocios y valores (Art. 128 del Texto Único del Decreto Ley N° 1 de 8 de julio de 1999 “Por el cual se crea la Comisión Nacional de Valores y se regula el mercado de valores en Panamá”). No obstante, la emisión de estos Bonos Corporativos tienen sus riesgos, dependen de la liquidez, las condiciones actuales del mercado, y la calificación de la empresa, entre otros.

En este sentido, los Bonos Corporativos van a estar garantizados, entre otros bienes, con la finca que fue desafectada, pero que el Fallo de 18 de julio de 2019 declaró nula por ilegal dicha desafectación por no hacerse mediante una Ley, sino por Resolución de Gabinete. Al respecto, se transcribe a continuación la parte del fallo cuando dice:

“[...] Y, así las cosas, estima que no se podía desafectar el fondo de mar a que se refiere la resolución demandada por tratarse de un bien de dominio público, que no puede ser desafectado, ya que es inalienable e inadjudicables. En este sentido, al tratarse de un acto contrario a la Constitución y a las leyes, considera que no tiene fuerza obligatoria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 15 del Código Civil y es nulo, al no cumplir con lo estipulado en el artículo 35 de la Ley 38 de 2000, normas que establecen el principio de estricta legalidad y jerarquía normativa.

[...]

Tratándose de un área de relleno de lecho marino, que tiene una naturaleza de bien de dominio público, tal y como se establece en la resolución que se demanda, se puede observar detenidamente el contenido del artículo 258 de Constitución Política citado, que señala que no pueden ser objeto de apropiación privada. La actuación de la Administración cuando se trata de bienes de dominio público, debe ir encaminada a garantizar que se mantengan la demanialidad de dicho bien, esto es, la titularidad colectiva y la afectación al uso colectivo que pesan sobre los mismos; y su aprovechamiento ‘libre y común’.

[...]

Ahora bien, el acto que nos ocupa, procede a la desafectación de un bien de dominio público, para constituirlo en una finca que fuera inscrita en el Registro Público, como propiedad de la Nación y se procede a adjudicarle dicho terreno a la empresa Compañía Insular Americana, S.A., en virtud de los derechos que le fueron concedidos por la empresa ICA PANAMA, S.A., en virtud del Contrato N°70-96 de 6 de agosto de 1996 para la ejecución, mediante el sistema de concesión administrativa, del Proyecto Corredor Sur, celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y la empresa ICA PANAMA.S.A., siendo destinados para el desarrollo del proyecto privados de construcción de las Islas 1 y 2 de Punta Pacífica.

[...]

De cualquier modo, lo cierto es que la titularidad sobre todo relleno que se construya, ya sea sobre área de playa y ribera de mar territorial, o sobre el fondo o lecho del mismo, reviste el mismo carácter de titularidad sobre los bienes de dominio público donde fue construido, asunto este que ya ha sido objeto de claro pronunciamiento por parte del Pleno de esta Máxima Corporación de Justicia, tal como se aprecia en el extracto de la Sentencia de 30 de octubre de 2004, citada.

De hecho, la desafectación de estos rellenos y su constitución en fincas registradas como bienes patrimoniales de la Nación, con posibilidad que sean traspasadas a los concesionarios o fideicomiso, y se constituyan fideicomisos de administración y garantías de financiamiento o viviendas en subasta privada para los fines de la concesión, no llenan los requerimientos del propio régimen de concesión administrativa del cual formaba parte." (Subrayado de la Procuraduría).

Cierto es que el artículo 97 del Código Judicial señala que las sentencias de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia son finales, definitivas y obligatorias; no admite recurso alguno. La jurisprudencia de esa Sala así lo ha manifestado en varios de sus fallos, indicando que sus efectos son ex nunc, hacia el futuro.

Ahora bien, la resolución que comentamos es un acto administrativo preparatorio, dictado por el Consejo de Gabinete que ordenó la inscripción de la Finca a favor de La Nación y su posterior traspaso a favor de la **COMPAÑÍA INSULAR AMERICANA, S.A.** y asimismo ordenó al Ministro del Ministerio de Economía y Finanzas, o en su defecto, al Viceministro, para que en nombre y representación de la Nación, comparezca en las Escrituras Públicas respectivas, pero es el caso, que dicha resolución se declaró nula por ilegal.

Hay que tener presente que de acuerdo con lo que señala el artículo 1764 del Código Civil, la inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la Ley, y la inscripción de la finca de bien de dominio público a favor de la **COMPAÑÍA INSULAR AMERICANA, S.A.**, puede ser objeto de declaratoria de nulidad, por parte del Ministerio Público o de algún interesado.

Al respecto, los artículos 1141 y 1143 del Código Civil son fundamentales en esta materia:

“**Artículo 1141:** Hay nulidad absoluta en los actos y contratos:

1. *cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia*
2. cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de la persona que en ellos intervienen.
3. ...” (Cursivas de la Procuraduría).

“**Artículo 1143.** La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, *puede alegarse por todo los que tengan interés en ello; puede igualmente pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la ley.* Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos. Puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por la prescripción extraordinaria.” (Cursivas de la Procuraduría).

Si bien la finca en cuestión pasó de bien de dominio público a bien patrimonial, ahora a favor del fideicomiso, lo cierto es que el título en la que compareció el Ministro de Economía y Finanzas a la constitución de la finca y su posterior traspaso a nombre de la citada compañía fue declarado ilegal, y ello puede conllevar la nulidad de la inscripción de la finca en el Registro Público, por “**falta alguna de las condiciones esenciales para su formación y validez**”.

El contrato es un acuerdo de voluntades que genera y extingue obligaciones, y para que se produzca válidamente, deben cumplir con ciertos elementos esenciales, sin los cuales el contrato *no puede existir*, por lo que no podría producir sus *efectos*. Al respecto, el artículo 1112 del CC dispone lo siguiente:

“Artículo 1112, No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1. Consentimiento de los contratantes;
2. Objeto cierto que sea materia del contrato;
3. Causa de la obligación que se establezca

En nuestro sistema impera la teoría del título y modo como medio para adquirir el dominio de bienes inmuebles. El título es la Escritura Pública mediante el cual se desafectó la finca y se constituyó en bien patrimonial a favor de la Nación, y su posterior traspaso a la compañía, de manera que la inscripción de esas Escrituras Públicas en el Registro Público es el modo de adquirir el dominio de la misma. Ahora bien, si el título resulta ilegal, el objeto del contrato está viciado, por esa causa.

Así las cosas, esta Procuraduría es del criterio jurídico que el Estado debe actuar con mucha prudencia respecto de la posible adquisición de los Bonos Corporativos que emitan la **COMPAÑÍA INSULAR AMERICANA, S.A.**, u otra empresa privada, con garantía del fideicomiso, en la que forma parte el globo de terreno cuya nulidad puede ser atacada.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/gac