

, 19 de noviembre de 1993.

Ingeniero
LUIS H. MORENO Sr.
Gerente General del
Banco Nacional de
Panamá
E. S. D.

Señor Gerente General:

Nos referimos a su atenta nota s/n fechada el 15 de los corrientes, mediante la cual nos consulta cual debe ser el proceder a seguir por la institución a su digno cargo, en el caso que se sirvió plantearnos.

Explica usted que el Banco Nacional de Panamá concedió préstamos por mas de SIETE MILLONES DE BALBOAS (B/.7,000,000.00) al denominado "Grupo Homsany"; y que el Banco a partir del 8 de enero de 1990, "impuso status 68 (de sólo depósitos) sobre B/.121,980.20, depositados en cuentas corrientes pertenecientes a cuatro sociedades que, presumiblemente están vinculadas con las compañías del Grupo Homsany, ya que tienen los mismos suscriptores del Pacto Social que aquellas; aunque no le adeudan suma alguna al Banco Nacional de Panamá.

De lo dicho hasta aquí se infiere que, el "Grupo Homsany" se encuentra moroso en el cumplimiento de sus obligaciones para con el Banco Nacional de Panamá, lo cual dió lugar a que el Banco adoptara medidas cautelares en su contra, tendientes a preservar su patrimonio, entre las que se incluya la congelación de las sumas aludidas.

Agrega que: "el actual Representante Legal de las 4 compañías, Licenciado Ricardo García de Paredes, ha solicitado verbalmente y por escrito al Banco Nacional de Panamá la liberación de los fondos depositados en las cuentas corrientes congeladas por el Banco..." que éste "...solicitó al Juzgado Cuarto, Ramo Civil, Diligencia Exhibitoria del status de las cuentas en la Sucursal 7a. Central, razón por la cual tienen pruebas de que no existe ninguna orden legal de autoridad competente que haya ordenado la cautelación de los fondos;" y que "ha amenazado

al Banco con interponer denuncia penal por extralimitación de funciones y abuso de autoridad, además de demanda civil por daños y perjuicios a las 4 compañías...;" y "Dado que reclama no sólo la liberación de los fondos, sino los intereses dejados de ganar desde el 15 de enero de 1992, más gastos legales por B/.2,000.00, lo que supone una transacción judicial se sometió ésta a la Junta Directiva del BNP."

Gustosamente le externamos nuestra opinión sobre el particular, previas las consideraciones siguientes:

I.- CONGELAMIENTO DE FONDOS-

En nuestra legislación, el congelamiento de fondos procede por regla general, en virtud de una resolución judicial de secuestro o embargo o bien de una cautelación ordenada por una Agencia del Ministerio Público, de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República o de la propia Contraloría General de la República. Excepcionalmente se produce por intervención de la Comisión Bancaria Nacional, en los términos previstos en los Artículos 83 y siguientes del Decreto de Gabinete No. 238 de 2 de julio de 1970, o por intervención de la Superintendencia de Seguros, regulada en los Artículos 88 y siguientes de la Ley 55 de 1984.

En este sentido, se observa que al Gerente General del Banco Nacional de Panamá, le fue concedida jurisdicción coactiva para "el cobro de las obligaciones vencidas contraídas a su favor, la cual puede ser delegada a los funcionarios del Banco que el Gerente determine," de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley No. 20, del 22 de abril de 1975, "Por lo cual se reorganiza el Banco Nacional de Panamá" y que también tiene el Banco Nacional de Panamá la opción de remitir a la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Hacienda y Tesoro: "Los créditos reconocidos por resolución ejecutoriada dictada por los tribunales ordinarios o por Jueces Ejecutores.. para su cobro. En estos casos, la Dirección General de Ingresos no expedirá el Paz y Salvo a que se refiere el artículo 739 del Código Fiscal hasta tanto sea cancelada la deuda en su totalidad." (Art. 38 ibidem).

Ahora bien, siendo el caso el de compañías que se presumen vinculadas con sociedades del Grupo Homsany, pero que no aparecen directamente obligadas con el Banco Nacional de Panamá, ya que no han firmado ningún documento mediante el cual se constituyan en deudores, codeudores, fiadores o garantes de préstamos u otros compromisos financieros con el mismo, no puede el Banco Nacional de Panamá utilizar su jurisdicción coactiva para ejecutar sus créditos con las sumas depositadas en las cuentas corrientes de estas sociedades.

Así lo ha declarado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en casos similares, de los cuales nos permitimos citar dos recientes:

a) AUTO DE 26 DE OCTUBRE DE 1992:

"La sociedad anónima constituye una persona jurídica independiente, con patrimonio propio, distinto al de los socios. Además, se trata de una persona jurídica capaz de ser titular de derechos y contraer obligaciones, de ejercitar acciones y de adquirir bienes, de lo cual se concluye.. que la sociedad anónima responde ilimitadamente de las deudas que haya adquirido con su patrimonio social. Finalmente, la Sala concluye que es principio cardinal que los socios no responden con su patrimonio de las deudas que la sociedad contraiga, ni mucho menos los Dignatarios o Directores de la sociedad anónima por su calidad de tales, salvo que se trate de cierto tipo de sociedades como colectiva, en comandita simple o en comandita por acciones o del supuesto contenido en el artículo 39 de la Ley 32 de 1927.. Tampoco existe constancia que Avendaño haya garantizado personalmente las obligaciones de la sociedad ejecutada.

Dado que no se ha dado ninguna circunstancia que haga responsable al excepcionante de las obligaciones de

Proyectos y Representaciones, S.A., la Sala concluye que el Señor José Alejandro Avendaño no tiene obligación alguna con la Empresa Estatal Cemento Bayano."

b) AUTO DE 14 DE ENERO DE 1993:

"Encontrándose el proceso en este estado, Los Magistrados de la Sala Tercera entran a resolver la presente controversia:

Desearnos señalar que es evidente que no le asiste la razón al Banco Nacional de Panamá, dado que el recurrente efectivamente no firmó la Escritura Pública No. 8604 de 15 de junio de 1989, la cual se está utilizando como título ejecutivo contra Eduardo Elías Gutiérrez Solís en Proceso Ejecutivo por Cobro Coactivo.

Para que un instrumento público sea válido y constituya título ejecutivo debe contener las firmas de quienes han intervenido en el acto, para dar fe del compromiso adquirido...

La ley, específicamente, el Código Civil, en los artículos 1735 y 1745, señalan la importancia que tiene la firma en estos documentos. Veamos:

"Artículo 1735. Todo acto o contrato que deba quedar el protocolo, deberá suscribirse con la firma usual por los otorgantes....

"Artículo 1745. Todo instrumento terminará con las firmas usuales de los otorgantes, de las otras

personas que hayan intervenido en el
acto
contrato.....

- - - o - - -

Los artículos transcritos son claros y establecen que todo protocolo o instrumentos debe ser firmada por todos aquellos que han intervenido en el acto o contrato, situación ésta que no se ha verificado en relación al señor Eduardo Gutiérrez Solís, por lo que la Escritura Pública No. 8504 de 15 de junio de 1989 no presta mérito ejecutivo contra el mismo."

En cuanto a la vinculación de las personas como factor de desestimación de la personalidad jurídica, resulta ilustrativo el Fallo dictado el 29 de enero de 1991, por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, que en lo medular expresa:

"La Corte considera conveniente aclarar su posición frente a negocios jurídicos bancarios en que existe la posibilidad de interposición de una persona jurídica para ocultar la persona del verdadero contratante y los efectos que la simulación puede tener en la etapa de instrucción de un proceso penal.

En circunstancias normales debe respetarse la separación existente entre el patrimonio de una persona jurídica y el de la persona natural que la controla.

La desestimación de la personalidad jurídica sólo puede adoptarse en circunstancias excepcionales como las previstas en este caso, es decir, cuando a través de la simulación, consistente en la interposición de una sociedad

anónima, se pretenda ocultar bienes que pueden ser objeto de un delito. Aun en esta hipótesis, la desestimación de la personalidad jurídica sólo procede para los efectos de las medidas cautelares patrimoniales y, eventualmente, de la responsabilidad civil o patrimonial que pueda surgir en conexión con un delito cometido en La República de Panamá."

El concepto de la unidad económica ha sido recogido en el Código de Trabajo, para efectos de prestaciones e indemnizaciones derivadas de la relación de trabajo (art. 96); para la sindicalización de los trabajadores que laboran en dichas empresas (art. 345); y para efectos de huelga (Art. 481). Igualmente, en la Reforma Tributaria de 1991, aprobada mediante Ley No. 31 de 30 de diciembre de 1991, se contempla la figura de las empresas filiales o subsidiarias, para efectos de no aceptación de la deducibilidad de gastos que incidan en la producción de la renta o en el mantenimiento de la fuente de las personas jurídicas (art. 5). Esta Ley también le atribuye al Director General de Ingresos plenos poderes y facultades, para "evitar que la actuación de la administración tributaria resulte ilusoria en sus efectos y que el contribuyente transponga, enajene, oculte, empeore, grave o disipe, secuestre o embargue..sus bienes." (Art.31).

En tal virtud, somos de la opinión que el Banco Nacional de Panamá no puede mantener aprehendidos bienes pertenecientes a empresas afiliadas o subsidiarias del grupo Homsany, que no estén obligados con él directamente. En consecuencia, recomendamos la devolución de las sumas congeladas a sus titulares, o la remisión del caso a la Dirección General de Ingresos de conformidad con lo dispuesto en las normas legales mencionadas.

II. POSIBLE COMISION DE DELITO.-

Los hechos 2, literal c) y 3 expuestos por usted en su misiva, dan cuenta de la aceptación de depósitos de CEDIS por su valor Facial (B/.51,000.00) en cuentas corrientes en el Banco Nacional de Panamá, durante los meses de agosto y diciembre de 1989, con la aquiescencia o Vo.Bc. del Sr-Rafael Arosemena, ex-Gerente General del Banco Nacional de Panamá; y de la expedición de cheques con cargo a dichas

- 7 -

cuentas y consiguientes depósito de los mismos en la cuenta -No.5001 -222- 1268, perteneciente a Graciela de Arosemena (esposa del ex-Gerente General del BNP) en el Banco de Iberoamérica.

A nuestro juicio, tal aceptación de depósitos de CEDIS al 100% de su valor antes de su vencimiento, por parte del Gerente General del Banco Nacional de Panamá, configura el delito de peculado tipificado en el artículo 326 del Código Penal, del siguiente tenor literal:

"ARTICULO 326: El servidor público que dé a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuviesen destinados, será sancionado con pena de treinta a noventa días multa."

El hecho punible que tipifica esta norma requiere para su configuración del cumplimiento de dos condiciones, a saber:

a) Que el sujeto activo lo sea un servidor público que administre caudales o efectos; y

b) Que la dé a los mismos una aplicación diferente de aquella a que estuviesen destinados.

En el caso meritado se dan ambas condiciones, puesto que el Gerente General del Banco Nacional de Panamá es un servidor público, con facultades para "Resolver operaciones que se propongan al banco por sumas que no excedan de los DOSCIENTOS CINCUENTA MIL BALBOAS (B/.250,000.00) cuando se trate de facilidades crediticias con garantías reales y por sumas que no excedan los CIEN MIL BALBOAS (B/.100,000.00) cuando se refieran a facilidades crediticias no garantizadas." (V. art. 21, literal a) de la Ley No. 20 de 1975).

Aunado a lo anterior, se observa que descontar créditos valores y documentos negociables, constituye una de las operaciones propias del Banco Nacional de Panamá, de acuerdo con el artículo 25, literal b), de la Ley No.20 de 1975, por lo que era menester que se produjera una ganancia o comisión por tales descuentos, además de los intereses pactados en el CEDIS. Por ende, al no percibir una ganancia, con dichos descuentos no se tomaron en cuenta los fines que debían darse a los caudales del Banco.

TOTAL DE COPIAS:	123			
TOTAL DE DINERO:	B/3.00			

- 8 -

Corroboramos nuestro aserto la definición de Descuento Bancario, contenido a pág. 99 del Diccionario de Derecho Mercantil, elaborado por el Profesor José Ma. Codera Martín, que expresa:

"DESCUENTO BANCARIO. Contrato típicamente bancario que puede considerarse real, en virtud del cual el banco anticipa al cedente el valor de los efectos comerciales que éste le entrega, deducido el descuento por los días que faltan hasta sus respectivos vencimientos así como la correspondiente comisión." (Las subrayas son nuestras).

Siendo ello así, consideramos que se debe proceder a formalizar la denuncia correspondiente, tal como ordenan los artículos 2026 y 2471 del Código Judicial, independientemente que se llegue a efectuar una transacción con las empresas cuyos fondos han sido congelados.

III.- TRANSACCION-

Como Usted bien señala, en el evento que se decida descongelar las cuentas aludidas, el Banco Nacional de Panamá deberá acordar una transacción con el representante de las sociedades afectadas, que contemple los perjuicios que hubieren recibido éstas, con la medida cautelar adoptada por el Banco.

El contrato de transacción lo prevee el artículo 1500 del Código Civil, así:

"La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado."

Por su parte, el Artículo 195, Numeral 4, de la Constitución Nacional, dispone que:

"ARTICULO 195. Son funciones del Consejo de Gabinete:

1. ...
2. ...
3. ...
4. Acordar con el Presidente de la República que éste pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte, para lo cual es necesario el concepto favorable del Procurador General de la Nación."

A este respecto, el Dr. Dulio Arroyo comenta que: "dicha norma (artículo 1500 del Código Civil) contempla dos supuestos diferentes: a) que las partes utilicen la transacción como una medida preventiva, v. gr. cuando la misma persigue "evitar la provocación de un pleito", y b) "poner término a un pleito "comenzado," esto es, poner fin a un litigio judicial.

Como fácilmente se observa, resulta evidente que la norma anterior (art. 195 CN) no se refiere al contrato de transacción como medida preventiva tendiente a evitar la provocación de un pleito, sino al supuesto en que las partes persiguen poner término a un pleito, a un litigio judicial, ya comenzado."

Pareciera, entonces, que, lo más conveniente para ambas partes sería la celebración de una transacción extrajudicial por ser ella la mas expedita y menos onerosa, habida consideración del tiempo transcurrido y por transcurrir, hasta que se finiquite dicha operación.

Esperamos de esta manera, haber absuelto debidamente las inquietudes plasmadas en su interesante consulta.

Atentamente,

LIC. DONATILO BALLESTEROS S.
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION.

2/ichdef.