



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 11 de junio de 2002

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Concepto.

Propuesto por el Licdo. Donatilo Ballesteros, quien actúa en nombre y representación del **Banco Nacional de Panamá**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°74-2001 de 26 de noviembre de 2001, expedida por la **Superintendencia de Bancos**, actos confirmatorios y para que se hagan otras declaraciones.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Con fundamento en el artículo 5, numeral 2, párrafo 3, de la Ley N°38 de 2000, concurrimos respetuosos ante su Despacho, con la finalidad de emitir nuestro concepto en torno a la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción propuesta por el **Banco Nacional de Panamá**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°74-2001 de 26 de noviembre de 2001, expedida por la **Superintendencia de Bancos**, actos confirmatorios y para que se hagan otras declaraciones.

Como quiera que se trata de un proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción en el que intervienen dos instituciones del Estado con intereses contrapuestos, a esta Procuraduría le corresponde intervenir en interés de la Ley.

I. Las pretensiones de la entidad demandante.

El apoderado judicial del Banco Nacional de Panamá solicita a Vuestra Honorable Sala, que se formulen las siguientes declaraciones:

1. Que es nula, por ilegal, la Resolución S.B. N°74-2001 de 26 de noviembre de 2001, expedida por la Superintendencia de Bancos, por medio de la cual se resuelve **sancionar al Banco Nacional de Panamá con multa de Cincuenta Mil Balboas (B/.50,000.00)** por contravenir lo dispuesto en los artículos 98, 105, 128 y 150 del Decreto Ley N°9 de 1998 y del Acuerdo 4-2001 de 5 de septiembre del 2001, expedido por la Superintendencia de Bancos.

2. Que es nula, por ilegal, la Resolución S.B. N°78-2001 de 5 de diciembre de 2001, dictada por la Superintendente de Bancos, mediante la cual confirma en todas sus partes la Resolución S.B. N° 74-2001 de 26 de noviembre de 2001.

3. Que es nula, por ilegal, la Resolución J.D. N°01-2002 de 2 de enero de 2002, dictada por la Junta Directiva de la Superintendencia de Bancos, por la cual se confirman las Resoluciones S.B. N°74-2001 de 26 de noviembre de 2001 y N°78-2001, de 5 de diciembre de 2001, dictadas ambas por la Superintendente de Bancos.

4. Que con motivo de las declaraciones anteriores, la Honorable Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia decreta que el **Banco Nacional de Panamá** no está obligado a pagar la multa de B/.50,000.00 a que fuera sancionado por la Superintendente de Bancos por ser ilegal dicha sanción.

II. Las normas que se aducen como infringidas y sus conceptos, son las que a seguidas se analizan:

a. En primer lugar, se dice transgredido el artículo 98 del Decreto Ley N°9 de 1998, que dispone:

“Artículo 98: SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS.

Mientras la Superintendencia mantenga intervenido un Banco, se entenderán suspendidos los términos prescriptivos de todo derecho o acción de que sea titular el Banco, y los términos en los juicios o procedimientos en los que el Banco sea parte. Dichos términos se mantendrán suspendidos hasta que termine la etapa de intervención, salvo que se ordene de inmediato la liquidación forzosa, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 119 de este Decreto-Ley.”

Concepto de la violación.

El abogado del Banco Nacional de Panamá sostiene que la Superintendente de Bancos ha incurrido en la violación literal del artículo 98 de la Ley Bancaria, antes transcrito, de manera directa, por indebida aplicación, porque la referida norma regula la suspensión de los términos prescriptivos de derechos o acciones en los que sea titular el banco intervenido, (esto es Banco DISA S.A.).

El abogado que defiende los intereses del Banco demandante agrega que la norma no se refiere a los derechos de un tercero, como lo es el Banco Nacional de Panamá.

A juicio de la entidad bancaria, la Superintendente de Bancos y su Junta Directiva incurren en error manifiesto de interpretación y de aplicación de la referida norma, en sus resoluciones ilegales, pese a los señalamientos y aclaraciones que se han vertido en los recursos interpuestos contra los mismos.

En su opinión, debe observarse que la norma arriba transcrita se refiere a la "suspensión de términos prescriptivos de todo derecho o acción de que sea titular el Banco intervenido y además se suspenden los términos en los juicios o procedimientos en los que el Banco sea parte." (Ver f. 116)

Se esgrime, además, que el error de interpretación que reiteradamente han planteado tanto a la Superintendente como a su Junta Directiva estriba en el hecho que el Banco Nacional de Panamá no ha ejercido ninguna acción que afecte en forma alguna la suspensión a la que se refiere el artículo in examine, porque en primer lugar mal habría podido ejecutarse la prenda si hubiese prescrito su derecho.

Acotan que la norma invocada procura que todo derecho o acción que tenga el banco intervenido pueda ser ejercido y que no precluya ese derecho durante el término de la intervención; criterio éste que no ha querido entender o aceptar por la Superintendente y la Junta Directiva de la Superintendencia de Bancos; ya que al preservar con la suspensión de los términos, los derechos y acciones aludidos, lo que se tiene por consecuencia es la garantía de que podrán ser cobrados o ejercidos según el caso. En otros términos, la prescripción no opera durante la intervención. Tampoco precluyen o vencen los términos en los juicios o procedimientos existentes a la fecha de la intervención.

Según su criterio, igualmente la suspensión afecta los términos en los juicios o procedimientos en que el banco intervenido sea parte; y que el Banco Nacional de Panamá no

está afectado por dichas suspensiones, sino la tramitación en los juicios o procedimientos de que forme parte como tal (demandante o demandado) el Banco DISA. A la fecha, los únicos procesos o juicios conocidos públicamente contra Banco DISA de carácter civil son los interpuestos por CURACAO IMPORT EXPORT, INC., llevado a Arbitraje, y The Providense Corporation en el Juzgado 16 Civil del Primer Circuito Judicial y que sería en todo caso los que resultarían suspendidos en sus términos al aplicar este artículo. Si hubiese una acción penal o cualquier otro procedimiento adicional al mencionado, en el que comparezca Banco DISA, S.A. como parte, también sería afectado por la suspensión a la que se refieren.

De lo anterior se colige que la aplicación de la norma invocada al Banco Nacional de Panamá, por el hecho de aplicar lo convenido en el contrato de prenda con Banco DISA y ajustarse al método especial de enajenación pactado, es ilegal, ya que es evidente que el término "juicio" y el término "procedimiento" tienen equivalencia en este caso y la misma norma los asimila al decir juicio o procedimiento. La conjunción "o" que separa ambos términos es copulativa y no disyuntiva, y debemos entender que se trata de procedimientos ante autoridades con facultad decisoria o jurisdiccional. De allí que reiteren su concepto de la violación consistente en la indebida aplicación y el error en que se incurre de manera directa al invocarla, al no ser en lo absoluto aplicable al caso sub júdice.

b. En segundo lugar se invoca el artículo 105 del Decreto Ley N°9 de 1998, que establece lo siguiente:

“Artículo 105: PROHIBICIÓN DE SECUESTRO, EMBARGO, RETENCION O SOLICITUD DE QUIEBRA. El Banco intervenido no podrá ser objeto de secuestros, embargos, retenciones o cualquier otra medida cautelar. Asimismo la intervención suspende la prescripción de los créditos y deudas del Banco a partir de la fecha del aviso de que trata el artículo 97.

Tampoco podrán pagarse, sin la autorización de la Superintendencia, deudas del Banco intervenido, originadas con anterioridad a la intervención.”

Concepto de la violación.

El Banco Nacional de Panamá plantea que la Superintendente de Bancos y su Junta Directiva, en sus respectivas resoluciones impugnadas, incurren en violación directa por acción, al aplicar una norma que no corresponde al propósito de la sanción impuesta. Ello, porque hay una ausencia de los presupuestos contemplados en el artículo 105 para su aplicación; dado que la disposición infringida por las resoluciones censuradas, se refiere a actos que impliquen **secuestros, embargos, retenciones o cualquier otra medida cautelar.**

Desde la perspectiva de la entidad recurrente, ninguno de esos presupuestos legales se ha tipificado en las acciones del Banco Nacional de Panamá, para que se le pueda aplicar la norma. Ello es así, porque no se ha secuestrado, embargado, retenido, ni practicado ninguna medida cautelar contra Banco DISA, S.A.

Aclaran que las medidas cautelares afectan la disponibilidad de los bienes del demandado o los que sirvan de garantía de una obligación; y que la propia Central de Valores (LATIN CLEAR) custodio de la prenda, notificó al Banco Nacional de Panamá mediante nota fechada 21 de noviembre de 2001, cuya copia se adjunta debidamente autenticada, que: **“le informamos que toda vez que ustedes tienen poder de dirección sobre dichos valores, entendemos que el Banco Nacional de Panamá puede disponer de ellos”**.

El Banco Nacional de Panamá destaca que el negocio de títulos valores en Panamá está regulado por el Decreto Ley N°1 de 1999, que creó la Comisión Nacional de Valores y ante las operaciones anejas a ese giro comercial, se reglamentó el funcionamiento de las Casas de Valores y Centrales de Valores, estableciendo un sistema de custodia que garantiza a los emisores de títulos valores y a los prenda habientes, la efectividad de sus derechos en concordancia con los pactos que se hayan suscrito entre las partes y a los cuales debe sujetarse el custodio, de acuerdo al Reglamento emitido para su actuación en el servicio que presta.

El Banco Nacional de Panamá fundamenta su pretensión en el hecho que LATIN CLEAR, en su calidad de custodio de los valores al Banco Nacional de Panamá, le comunicó que podía disponer de los títulos valores, se le impartió la instrucción correspondiente y a la fecha de la Resolución S.B. N°03-2002 de 15 de enero de 2002, emitida por la Superintendente de Bancos, que ordena la liquidación forzosa del Banco DISA, S.A., no se habían hecho los registros por la

compra de títulos valores como correspondía cumplir a LATIN CLEAR, S.A.

En su opinión, ese es otro elemento no considerado en la resolución de multa, por cuanto no hay un hecho cumplido por la Central de Valores LATIN CLEAR y por consecuencia a la fecha de la precipitada resolución de condena contra el Banco Nacional de Panamá, no existía el registro de traspaso de los títulos a nombre del Banco Nacional de Panamá, por lo cual la resolución es a todas luces injusta, adelantada a los acontecimientos y carente del sustento que de haberse hecho el registro podría servirle de apoyo.

Adicional a lo anterior, manifiestan que Banco DISA, S.A., por mediación de sus interventores no ha realizado pago alguno al Banco Nacional de Panamá, por lo cual es inaplicable esta disposición, erróneamente invocada.

c. En tercer lugar, se dice vulnerado el artículo 128 del Decreto Ley 9 de 1998, que a la letra dice:

“Artículo 128: CRÉDITOS GARANTIZADOS CON PRENDA O HIPOTECA. Salvo las sumas adeudadas al Fisco en concepto de impuesto de inmueble, los créditos garantizados con prenda o hipoteca gozarán de preferencia sobre cualesquiera otros créditos respecto de los bienes gravados, hasta donde alcance su valor. Los acreedores podrán presentar dichos créditos en la liquidación o exigirlos por separado mediante el proceso ejecutivo correspondiente.”

Concepto de la violación.

El Banco Nacional de Panamá señala la infracción del texto reproducido, de manera directa y por comisión al aplicarla la Superintendencia de Bancos de manera indebida,

soportando en ella los elementos de juicio para la condena aplicada al Banco Nacional de Panamá.

En su opinión, la lectura del texto de esa disposición pone de relieve que en una situación como la del Banco DISA S.A., en liquidación, y en una precedente intervención, los créditos garantizados con prenda tienen preferencia a los demás créditos hasta donde alcance su valor, es decir, el valor de la prenda.

De lo anterior se infiere que esa norma mal aplicada por la Superintendente de Bancos, sostiene a favor del Banco Nacional de Panamá la garantía de su crédito y no puede servir para imponerle una sanción que en la misma no se establece, puesto que en ella se postula que es una preferencia crediticia que en nada puede lesionar ni al Banco deudor, ni a los acreedores.

El Banco Nacional de Panamá señala que la Junta Directiva de la Superintendencia, al decidir la aplicación interpuesta contra la sanción, reconoció la inaplicabilidad de esa norma; por cuanto la parte final de la misma faculta al acreedor prendario para excluir su crédito de la liquidación, pudiendo acudir al proceso ejecutivo si fuera necesario, pero en el caso presente, las partes convinieron en la cláusula Décimo Cuarta de los Contratos de Prenda Mercantil adjuntos, un sistema de venta especial, ajeno a los procedimientos o juicios, a fin de no someterse a los rigores de una tramitación demorada. La resolución impugnada, pretende desconocer la facultad de pactar o convenir en un contrato de prenda, la forma de enajenar los bienes gravados,

contraviniéndose así, por omisión directa, lo establecido en el artículo 1106 del Código Civil y, por ende, desconociéndose el principio de autonomía de la voluntad.

d. En cuarto lugar, se dice infringido el artículo 820 del Código de Comercio que puntualiza:

"Artículo 820: En caso de incumplimiento y si no se hubiese pactado un modo especial de enajenación, el acreedor o depositario tendrán el derecho a notificación por escrito al propietario de los mismos por lo menos treinta (30) días calendarios antes de la fecha en que se ha de realizar la venta y previo el avalúo al cual se refiere el artículo 821."

Concepto de la violación.

El abogado del Banco Nacional de Panamá conceptúa que el artículo 820 del Código de Comercio fue infringido por falta de aplicación; por lo que argumenta que la infracción se produjo de manera directa, ya que sólo al ignorar esta norma, pudieron emitir las resoluciones expedidas tanto por la Superintendente de Bancos, como por la Junta Directiva, las cuales aplicaron la sanción pese a lo establecido en la norma invocada.

El Banco Nacional de Panamá interpreta que la disposición citada establece expresamente que si se ha pactado un modo especial de enajenación debe atenderse a lo establecido en el mismo, puesto que la venta judicial es posible si no se hubiere pactado un modo especial de enajenación. Es evidente que esta norma o fue desatendida totalmente por la Superintendente de Bancos y por la Junta Directiva o desconocían su existencia.

A juicio de la entidad recurrente, si la Superintendencia de Bancos y los miembros de la Junta Directiva de la misma se hubiesen tomado, como juzgadores, el trabajo de consultar el Código, no habrían emitido las resoluciones censuradas, recurridas y que son objeto de este recurso, puesto que el pacto de enajenación priva en la disposición de los títulos valores pignorados.

e. En quinto lugar, se dice infringido el párrafo segundo del artículo 1563 del Código Civil, que indica:

“Artículo 1563: El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder a la enajenación de la prenda en la forma prevenida por el Código Judicial.

Si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio.”

El abogado de la demandante indica que el segundo párrafo del artículo 1563 del Código Civil ha sido infringido por omisión, de manera directa, al no haber sido aplicado en las decisiones adoptadas; si se hubiese atendido lo normado en la transcripción, habrían aplicado lo que establece el artículo 820 del Código de Comercio que ya se explicó. Se esgrime, además, que el mismo fue vulnerado por omisión.

f. En sexto lugar, se dice infringido el artículo 176 del Decreto Ley N°1 de 8 de julio de 1999, publicado en la Gaceta Oficial número 23837 de 10 julio de 1999, en cuyo párrafo final se establece:

“Artículo 176: El acreedor prendario podrá disponer de los derechos o bienes dados en prenda, según se haya acordado en el Contrato de prenda. Si no existe

acuerdo entre las partes, el acreedor prendario podrá disponer de los derechos o bienes dados en prenda en el mercado, sin requerirse avalúo."

El Banco Nacional de Panamá considera que al omitirse la aplicación de esta norma se desconoce el derecho de las partes a pactar la forma como conducirán la relación contractual en ese tipo de negocio.

Se puntualiza que el Decreto Ley 1 de 1999, posterior al Decreto Ley 9 de 1998, autoriza al acreedor prendario a valerse de lo establecido en el Contrato de Prenda, otorgándole a ese pacto una categoría especial, no sujeta a las normas que le sean contrarias. Ello, debido al artículo transcrito que en primer término faculta al prenda habiente a disponer de lo acordado en la prenda; por lo tanto, esa autorización adquiere rango legal por mandato expreso de la propia Ley que sobrepone el contrato de prenda y lo pactado en él, a cualquier otra disposición sobre la materia.

La propia establece: si no existe acuerdo, esto es, si las partes no pactan la manera como podrá disponerse de los derechos o bienes, el acreedor prendario puede disponer de los mismos en el mercado, sin requerirse avalúo.

El BNP conceptúa que la norma in examine ha sido totalmente ignorada en las resoluciones acusadas; en caso contrario se habría evitado el engorroso enfrentamiento jurídico y, además, se habría salvado la dilatada tramitación en la liquidación inevitable de Banco DISA, de lo cual la Superintendencia de Bancos y su Junta Directiva tenían conocimiento; ya que el grupo asesor por ellos designados,

reveló oportunamente las condiciones financieras de esa entidad bancaria.

g. En séptimo lugar, se plantea la infracción del artículo 161 del Decreto Ley N°1 de 1999, que en su contenido expresa:

"Artículo 161. Las instrucciones que se den con respecto a un valor representado mediante anotación en cuenta o derecho bursátiles sobre un activo financiero, según el caso, serán consideradas válidas en cualquiera de los siguientes casos:

1. ...
2. ...
3. Cuando provengan de una persona que haya adquirido poder de dirección con respecto a dicho valor o dicho activo financiero según los párrafos 1 (b) y 2 (b) del artículo 162."

Concepto de la infracción.

La entidad bancaria que recurre mediante la acción Contenciosa Administrativa de Plena Jurisdicción que analizamos considera que las resoluciones impugnadas; emitidas por la Superintendente de Bancos y la Junta Directiva de la Superintendencia de Bancos respectivamente, son violatorias de manera directa por omisión y falta de aplicación del artículo 161 del Decreto Ley N°1 de 1999.

Con fundamento en la norma citada, el BNP invoca su poder de dirección sobre los activos ofrecidos en prenda; razón por la que LATIN CLEAR lo informó en el Oficio aportado como prueba el cual está fechado 21 de noviembre de 2001, mismo que contenía instrucciones hacia el Banco Nacional de Panamá sobre la facultad de disponer sobre dichos valores.

En opinión de la entidad recurrente, la norma invocada fue desconocida por la Superintendencia de Bancos y su Junta Directiva, cuando la misma constituye uno de los apoyos legales del Banco Nacional de Panamá para efectuar las acciones tomadas, porque la misma le concede el poder de dirección, por lo que la sanción impuesta contraría esa disposición y desconoce el derecho del prenda habiente, lo que es a todas luces ilegal.

h. En octavo lugar, se dice vulnerado, de manera directa por omisión, consistente en la falta de aplicación, el Artículo 162 del Decreto Ley 1 de 1999, cuyo texto dice:

“Artículo 162: Poder de dirección.

Se considera que una persona ha adquirido o ejerce poder de dirección en los siguientes casos:

1. Con respecto a un valor representado mediante anotación en cuenta, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:
 - (a) Si dicha persona está anotada como tenedor registrado de dicho valor en el registro.
 - (b) Si el empleador o un representante de éste acuerda cumplir con instrucciones de dicha persona, en relación con el traspaso, la disposición o el gravamen de dicho valor sin el consentimiento del tenedor registrado.
2. Con respecto a un derecho bursátil sobre un activo financiero, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:
 - (a) Si dicha persona adquiere la calidad de persona legitimada,
 - (b) Si el intermediario acuerda cumplir con instrucciones de dicha persona relativas al traspaso, la disposición o el gravamen de dicho derecho bursátil sobre dicho activo

financiero sin el consentimiento del tenedor directo.

Si el tenedor indirecto otorga derechos bursátiles sobre activos financieros al intermediario con quien mantiene dichos activos financieros, se entenderá que el intermediario ejerce poder de dirección sobre éstos.

Una persona que cumpla con los requisitos establecidos en los párrafos 1(b) y 2(b) de este artículo ejercerá poder de dirección sobre los valores y los derechos bursátiles sobre los activos financieros respectivos...”

Concepto de la violación:

“De conformidad con el artículo 160 del Decreto Ley 1 de 1999, es persona legitimada el tenedor registrado que aparezca en el Registro, caso en el cual se encontraba Banco DISA, S.A. Precisamente fue el Banco DISA, S.A. el que suscribió el contrato de prenda mercantil con el Banco Nacional de Panamá, donde se establecieron las condiciones que la Ley reconoce para disponer de la prenda y del resultado de su venta. Las cláusulas Décimo Tercera y Décimo Cuarta de dicho pacto, suscrito el 13 de marzo de 2001, así lo establecen.

La desatención de las condiciones pactadas y la pretensión de obligar al Banco Nacional de Panamá a someterse a un procedimiento ajeno a lo pactado con el deudor prendario, es lo que soporta la resolución condenatoria, que resulta ilegal, porque en primer término, Banco DISA, S. A., era el tenedor registrado, y quien ejercía el poder de dirección era el Banco Nacional de Panamá, conforme a lo pactado. Siendo así, el artículo 162 es otra disposición legal más, violada por las resoluciones censuradas, al no aplicarla y desatender su contenido.” (Cf. f. 124 - 125)

i. En noveno lugar, se dice que las Resoluciones dictadas por la Superintendente de Bancos y la Junta

Directiva de la Superintendencia de Bancos, resultan nulas, por ilegales, por cuanto que emanan de una actuación sin valor alguno, al no cumplirse las formalidades establecidas en el artículo 48 de la Ley 38 de 2000 que dice:

“Artículo 48: Las entidades públicas no iniciarán ninguna actuación material que afecte derechos o intereses legítimos de particulares, sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirve de fundamento jurídico. Quien ordene un acto de ejecución material, está en la obligación, a solicitud de parte de poner en conocimiento del afectado el acto que autorice la correspondiente actuación administrativa.”

Concepto de la violación:

“La actuación de la cual deriva la sanción al Banco Nacional de Panamá, deviene en nula por ilegal, ya que se omitió el cumplimiento de la materialización del acto, tal como lo ordena la norma transcrita. En efecto, la Superintendente de Bancos al igual que la Junta Directiva de la Superintendencia de Bancos, han adoptado una medida condenatoria, sin haber emitido la decisión que le sirve de fundamento para iniciar la actuación material, lo cual debía ponerse en conocimiento del Banco Nacional de Panamá, que de manera reiterada y por distintas vías, solicitó información frente a los problemas del Banco DISA, S.A., sin que recibiera respuesta oportuna, ni indicación de que se hubiera emitido una decisión para materializar la actuación en su contra.

La omisión por desatención de esta norma de manera directa, conlleva la nulidad por ilegal de toda la actuación, ya que en primer término tenía que adoptarse la decisión para dar inicio a la actuación material, tal como se expresa en esta disposición, y por otro lado tampoco se cumplió con lo establecido en Artículo 91 de la Ley 38 de 2000, que obliga a notificar

personalmente la primera resolución que se dicte en todo proceso.

La primera resolución que debió dictarse en este proceso es la exigida por el artículo 48 antes transcrito, en la que debió decidirse el inicio de la actuación material. Como no cumplió con lo establecido en esta (sic) precepto, que es una exigencia protectora de los derechos de la parte afectada, toda la actuación deviene en nula por ilegal."

j. Finalmente, se indica que las Resoluciones recurridas, emitidas por la Superintendente de Bancos y la Junta Directiva de la Superintendencia de Bancos, son violatorias del artículo 46 de la Ley 38 de 2000 que en su segundo párrafo dice: "Los decretos, resoluciones y demás actos administrativos reglamentarios o aquellos que contengan normas de efecto general, sólo serán aplicables desde su promulgación en la Gaceta Oficial, salvo que el instrumento respectivo establezca su vigencia para una fecha posterior".

Concepto de la violación.

"La aplicación del Acuerdo 4-2001 del 5 de septiembre de 2001, de la Superintendencia de Bancos, ha sido utilizado en la condena en forma extemporánea, injusta e ilegal. En efecto, este Acuerdo que establece una adecuación, da plazo para cumplirla, es decir, entra a regir a partir de 1 de marzo de 2002, según el Artículo 24 del mismo, y dado que no sería aplicable conforme a la disposición transcrita, considerarlo infringido resulta un(sic) aberración jurídica.

El Artículo 46 de la Ley 38 de 2000 dice que sólo serán aplicables cuando aparezcan estas reglamentaciones en la Gaceta Oficial o en su defecto a partir de la fecha posterior que señala su vigencia. En efecto, la aplicación del Acuerdo 4-2001 ya identificado, viola de manera directa esta Norma por

indebida aplicación al no estar vigente al momento de producir el acto recurrido, por no haberse vencido el plazo que da pie a su aplicación." (Cf. f. 126 - 127)

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

Esta Procuraduría decide iniciar la exposición de su concepto remitiéndose a las atribuciones de la Superintendencia de Bancos como entidad rectora de la actividad bancaria.

La Superintendencia de Bancos tiene entre sus funciones velar porque se mantenga la solidez y eficiencia del sistema bancario; promover la confianza pública en dicho sistema y velar porque los Bancos que lo integran mantengan coeficientes de solvencia y liquidez apropiados para atender sus obligaciones.

El artículo 1 del Decreto Ley N°9 de 26 de febrero de 1998 es claro al establecer que su ámbito de aplicación comprende a las personas naturales o jurídicas que ejerzan el Negocio de Banca en o desde Panamá y a las Oficinas de Representación.

Adicional a lo anterior, el Superintendente está facultado expresamente por el artículo 17, numeral 4, para decretar **la intervención**, reorganización y liquidación forzosa de los Bancos, de acuerdo con las causales establecidas en el artículo 95 del Decreto Ley N°9 de 1998.

En virtud de esas atribuciones, la Superintendencia de Bancos procedió a expedir la Resolución S.B. N°70-2001 de 1° de noviembre de 2001, mediante la cual **intervino** al Banco

DISA, S.A., citando como fundamento legal los artículos 17, numeral 4, y 95, numerales 5 y 7 del Decreto Ley N°9 de 1998.

La Superintendencia Bancaria esgrime que en cumplimiento del artículo 97 del Decreto Ley 9 de 1998 fijó copia de la Resolución de Intervención en un lugar público y visible de Banco DISA, S.A., por un espacio de cinco (5) días hábiles y, además, la publicó durante cinco (5) días hábiles en un diario de circulación nacional; y que de acuerdo con el **artículo 98 del Decreto Ley N°9 de 1998**, mientras la Superintendencia mantenga intervenido un Banco, se entenderán suspendidos los términos prescriptivos de todo derecho o acción que sea titular el Banco.

A juicio de la Superintendencia de Bancos, el Gerente General del Banco Nacional de Panamá transgredió esa disposición al solicitar que se hiciera efectiva la venta de títulos valores pignorados, de acuerdo con el método especial de enajenación pactado entre Banco Nacional de Panamá y Banco DISA, S.A.

En cuanto a la infracción del **artículo 98 del Decreto Ley N°9 de 1998** (invocado por el BNP) es preciso señalar que, en nuestra opinión, el mismo no ha sido vulnerado por el Banco Nacional de Panamá, tal como lo esgrime la Superintendencia de Bancos en la Resolución impugnada, porque ciertamente, esa norma es aplicable a situaciones jurídicas distintas a las que originaron la sanción impuesta al BNP.

En principio, el artículo 98 se titula **SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS** y dice: "Mientras la Superintendencia mantenga intervenido un Banco, se entenderán suspendidos los términos

prescriptivos de todo derecho o acción de que sea titular el Banco, y los términos en los juicios o procedimientos en los que el Banco sea parte...”

El concepto de **prescripción** en el ámbito civil, comercial y administrativo implica “el modo de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación **por el transcurso del tiempo que la ley determina**”, tal como lo afirma el jurisconsulto Guillermo Cabanellas; de allí que la prescripción sea *adquisitiva* cuando sirve para adquirir un derecho; y *liberatoria*, cuando impide el ejercicio de la acción para exigir el cumplimiento de una obligación. Obsérvese que el **elemento primordial en materia de prescripción es el transcurso del tiempo.**

Así lo reflejan los artículos 1698 y 1668 del Código Civil que puntualizan:

“Artículo 1698: Las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo fijado por la ley.”

- o - o -

“Artículo 1668: Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales.

También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean.”

La finalidad del artículo 98 del Decreto Ley N°9 de 1998 es evidente: **evitar que se surta el conteo de los términos o transcurra el período de tiempo** en el que un banco intervenido pueda acceder a algún derecho o ejercitar alguna acción durante la intervención, mientras su representación,

administración y control correspondan al interventor designado.

La norma también busca **prevenir que prescriban los términos** en los posibles procesos (juicios) o procedimientos administrativos en los que deba intervenir el banco en referencia; ya que de lo contrario no le será factible ejercitar todas las acciones legales a su favor para hacer valer sus derechos.

Esa es la razón por la que al final del artículo 98 del Decreto Ley N°9 de 1998 se dispone que: "dichos términos se mantendrán suspendidos hasta que termine la etapa de intervención, salvo que se ordene de inmediato la liquidación forzosa, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 119 de este Decreto Ley."

En el proceso que nos ocupa no hemos observado ni en el expediente administrativo ni en el expediente judicial acción alguna que el Banco Nacional de Panamá haya promovido tendiente a evitar que se cumpla lo dispuesto en la norma bajo análisis; es decir, que **prescriban los términos para que el Banco intervenido pueda hacer valer algún derecho.**

Por consiguiente, conceptuamos que la entidad demandada aplicó indebidamente el artículo 98 del Decreto Ley N°9 de 1998.

La Superintendencia de Bancos también fundamentó su actuación en el **artículo 105 del Decreto Ley N°9 de 1998**, razón por la cual fue invocado por el BNP como infringido. El artículo 105 dice:

“Artículo 105: PROHIBICIÓN DE SECUESTRO, EMBARGO, RETENCION O SOLICITUD DE QUIEBRA. El Banco intervenido no podrá ser objeto de secuestros, embargos, retenciones o cualquier otra medida cautelar. Asimismo la intervención suspende la prescripción de los créditos y deudas del Banco a partir de la fecha del aviso de que trata el artículo 97.

Tampoco podrán pagarse, sin la autorización de la Superintendencia, deudas del Banco intervenido, originadas con anterioridad a la intervención.”

A juicio de esta Procuraduría, el párrafo final del artículo 105 guarda relación directa con el numeral 1, del artículo 100, ambos del Decreto Ley N°9 de 1998, porque el último atribuye al interventor la suspensión de pagos de las obligaciones del Banco, y el párrafo final del artículo 105 señala que “tampoco podrán pagarse, sin la autorización de la Superintendencia, deudas del Banco intervenido, originadas con anterioridad a la intervención”, cosa que no ha ocurrido en el proceso que se analiza, porque no hay evidencia procesal tendiente a indicar que los interventores hayan pagado suma alguna al Banco Nacional de Panamá.

Cabe indicar que, al igual que en el caso anterior, el Banco Nacional de Panamá tampoco ejecutó ninguna acción tendiente a vulnerar la suspensión de la prescripción de los créditos y deudas del Banco.

Adicional a lo anterior, el Banco Nacional de Panamá no ha interpuesto ninguna de las medidas cautelares indicadas en la norma ut supra en contra de Banco DISA, S.A., a saber: secuestro, embargo, retención u otra similar.

Si el Banco Nacional de Panamá hubiese interpuesto alguna medida cautelar tendiente a restringir la disponibilidad de los bienes del Banco intervenido o las garantías a su favor, no habría podido hacer efectivo su derecho a cobrar de manera anticipada los depósitos efectuados en Banco DISA, S.A., fundamentándose en la Cláusula Décima Séptima de los Contratos denominados Prenda Mercantil, que contienen cláusulas de Depósitos a Plazos Fijos Interbancarios con Garantía Prendaria, a saber:

1- Por la suma de USD.15,300,000.00, fechado el 13 de marzo de 2001, visible de foja 4 a 9 del expediente de la Superintendencia de Bancos.

2- Por la suma de USD.18,000,000.00, fechado el 13 de marzo de 2001, consultable de foja 10 a 15 del expediente de la Superintendencia de Bancos.

3- Por la suma de USD.10,000,000.00, fechado el 28 de febrero de 2000, el cual consta de foja 16 a 22 del expediente de la Superintendencia de Bancos.

Adicional al Contrato de Cesión de Depósito a Plazo Fijo Interbancario, suscrito entre el Banco Nacional de Panamá y la Caja de Ahorros, por la suma de USD.10,000,000.00, fechado el 31 de julio de 2001, tal como se verifica en las fojas 23 y 24 del expediente de la Superintendencia de Bancos.

Los aludidos Contratos contienen cláusulas en las que se constituyen Prenda Mercantil sobre títulos valores, con la finalidad de garantizar depósitos a plazo fijo interbancarios hasta por la suma de 43,300,000.00 dólares a favor del Banco Nacional de Panamá.

Para una mejor visual del contenido de la Cláusula Décima Séptima, así como del derecho del BNP, procedemos a su transcripción:

"DECIMA SEPTIMA: (Pago anticipado de los depósitos).

El Banco podrá exigir de inmediato y sin previo aviso, la cuantía depositada en BANCO DISA, en los siguientes casos:

- a. Si a juicio de EL BANCO, la situación financiera de BANCO DISA amerita exigir su pago.
- b. Si los bienes de BANCO DISA son perseguidos judicial y extrajudicialmente por suma o sumas que atenten contra la capacidad financiera de BANCO DISA, S.A. que sean litigios fuera del curso normal del negocio bancario y que dichos procesos no sean solventados dentro de un plazo máximo de 30 días calendarios.
- c. Si al vencimiento del plazo para el pago de un determinado desembolso, por capital y/o intereses, BANCO DISA incurre en mora.
- d. Si BANCO DISA incumple con cualesquiera de las obligaciones contraídas en este Contrato." (Cf. f. 14 - 15)

El contenido de la Cláusula transcrita refleja que el Banco Nacional de Panamá estaba plenamente facultado para proceder a ejercer su derecho de cobrar por anticipado los depósitos efectuados en Banco DISA, con fundamento en los literales a y b.

El literal a, porque desde el dos (2) de abril de 2001 la Superintendencia de Bancos, previa inspección integral de Banco DISA, S.A. y sus subsidiarias, así como los resultados obtenidos, determinó la necesidad y conveniencia de designar a una Empresa Asesora, como medida conservatoria, al tenor del artículo 76 del Decreto Ley N°9 de 1998.

El literal b, porque hay evidencia que la sociedad CURACAO IMPORT EXPORT, INC., interpuso acción cautelar de secuestro en contra de Banco DISA, S.A. hasta por la suma de Once Millones de Balboas (B/.11,000,000.00), lo que en palabras de la Superintendente de Bancos "ha provocado riesgos financieros, operacionales y de reputación que llevaron a determinar a esta Superintendencia que el capital del Banco ha sufrido menoscabo y no puede proseguir sus operaciones sin que corran peligro los intereses de los depositantes y demás acreedores del Banco." (Cfr. Resolución N°70-2001 de 1° de noviembre de 2001, concretamente en la foja 1 del expediente de la Superintendencia de Bancos)

Como consecuencia del derecho del Banco Nacional de Panamá de cobrar por anticipado los depósitos (Cláusula Décima Séptima), **surgió el derecho del Banco Nacional Panamá de utilizar el Método Especial de Enajenación contenido en la Cláusula Décima Tercera, por mandato expreso de la Cláusula Décima Octava de los Contratos de Prenda Mercantil** (Contratos de Depósitos a Plazos Fijos Interbancarios con Garantía Prendaria) celebrados entre el Banco Nacional de Panamá y Banco DISA S.A., que a la letra dicen:

"DÉCIMA OCTAVA: (Notificación al depositario de la prenda)

En caso de producirse algunas de las posiciones previstas en la cláusula anterior, bastará que EL BANCO notifique por escrito a la entidad financiera, depositaria de los Bonos Pignorados, para que ésta de inmediato aplique el método especial de enajenación previsto en la cláusula décimo tercera y décimo cuarta del presente contrato." (Las negrillas son

de la Procuraduría de la Administración) (Cf. f. 15 del expediente de la Superintendencia de Bancos)

- o - o -

“DÉCIMA TERCERA: (Método especial de enajenación)

En el caso de que BANCO DISA incurra en mora en el pago del capital o intereses de uno o de todos los depósitos constituidos por EL BANCO, o en el caso de que BANCO DISA incurra en mora en el pago de uno o de todos los intereses pagaderos a EL BANCO, según cláusula segunda de este Contrato, la entidad financiera depositaria de los Bonos, queda autorizada irrevocablemente por BANCO DISA, para que venda en el mercado abierto de valores, todos los Bonos pignorados que sean necesarios para pagar a EL BANCO el 100% del capital y de los intereses adeudados por BANCO DISA, los cuales serán vendidos por un valor que no sea menor al valor que posean los Bonos en las cotizaciones de la Bolsa de Valores de Panamá. Esta venta también tendrá lugar si BANCO DISA incumple o cumple imperfectamente, cualesquiera de las obligaciones contraídas en el presente Contrato.” (Cfr. f. 13 - 14 del expediente de la Superintendencia de Bancos)

Consideramos oportuno reiterar que la Cláusula Décima Séptima de los Contratos de Prenda es la que contiene las causas que permitieron al Banco Nacional de Panamá el cobro anticipado de los depósitos (ya explicada) y es la Cláusula Décima Octava la que dispone que de darse alguna de las causales de la cláusula anterior, se procederá a utilizar el Método Especial de Enajenación previsto en la Cláusula Décima Tercera el cual fue aplicado por el Banco Nacional de Panamá.

Lo anterior tiene su fundamento en el artículo 176 del Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999, que a la letra dice:

"Artículo 176: Prenda.

Los valores representados mediante anotaciones en cuenta podrán ser objeto de prenda especial según las disposiciones del presente artículo.

El contrato de prenda deberá constar por escrito. Los valores representados por medio de anotaciones en cuenta deberán estar identificados en el contrato de prenda o deberán ser determinables según parámetros contenidos en éste. Bastará la identificación que se haga por cada categoría o clase, por cantidad, por medio de fórmula o procedimiento matemático o por cualquier otro método que permita la identificación objetiva de los derechos o los bienes que son objeto de la prenda.

La prenda podrá garantizar obligaciones tanto presentes como futuras, y podrá ser constituida sobre derechos o bienes existentes en el momento de su constitución o que sean adquiridos con posterioridad a ello.

La prenda quedará perfeccionada y será oponible a terceros desde el momento en que el acreedor prendario adquiera poder de dirección sobre los valores representados mediante anotaciones en cuenta, y el emisor o el representante de éste haga la anotación correspondiente en el registro. La prenda tendrá fecha cierta desde su perfeccionamiento, sin requerir autenticación notarial.

El acreedor prendario podrá disponer de los derechos o bienes dados en prenda, según se haya acordado en el contrato de prenda. Si no existe acuerdo entre las partes el acreedor prendario podrá disponer de los derechos o bienes dados en prenda en el mercado sin requerir avalúo." (Lo resaltado es nuestro)

Es importante aclarar que **la obligación principal** en los Contratos Prendarios eran **los depósitos bancarios** efectuados por el Banco Nacional de Panamá en Banco DISA, S.A. y que **la**

prenda cubría (y actualmente aún cubren) las obligaciones principales.

Si el Banco Nacional de Panamá hubiera interpuesto alguna medida cautelar de las que se señalan en el artículo 105 del Decreto Ley N°9 de 1998, no hubiera podido utilizar la Garantía Prendaria necesaria para cobrar por anticipado los depósitos efectuados en Banco DISA, S.A. ni hubiera podido emplear el Método Especial de Enajenación de dichas garantías contenido en la Cláusula Contractual. En consecuencia, hubiera tenido que formar parte de la masa de acreedores y someterse al proceso de liquidación o a un proceso ejecutivo para hacer efectivo su crédito, al tenor del artículo 128 del Decreto Ley N°9 de 1998.

La entidad financiera depositaria y custodia de las garantías prendarias denominada Central Latinoamericana de Valores, S.A. (LATIN CLEAR), mediante oficio fechado 21 de noviembre de 2001 le notificó al Banco Nacional de Panamá su potestad para disponer de la garantía prendaria, por ser persona jurídica legitimada y dado el Poder de Dirección que el Banco Nacional de Panamá tenía sobre la prenda, en virtud de las condiciones pactadas, entre ellas, el método especial de enajenación convenido con Banco DISA, S.A. (Cfr. foja 134 del expediente de la Superintendencia de Bancos), ello con fundamento en los artículos 160, 161 y 162 del Decreto Ley N°1 de 1999, que en su texto expresan:

"Artículo 160: Persona legitimada.

Se consideran personas legitimadas las siguientes:

(1) **El tenedor registrado que aparezca en el registro, cuando se trate de instrucciones relacionadas con un valor representado mediante anotación en cuenta.**

(2) El tenedor indirecto que aparezca en la cuenta de custodia, cuando se trate de instrucciones relacionadas con derechos bursátiles sobre activos financieros.

También, se considerarán personas legitimadas los herederos, albaceas, tutores, curadores y representantes de las personas a que se refieren los numerales 1 y 2 de este artículo, en caso de muerte o de incapacidad de éstas, según fuere el caso." (Las negrillas son de la Procuraduría de la Administración)

- o - o -

"Artículo 161. Las instrucciones que se den con respecto a un valor representado mediante anotación en cuenta o derecho bursátiles sobre un activo financiero, según el caso, serán consideradas válidas en cualquiera de los siguientes casos:

1. ...
2. ...
3. Cuando provengan de una persona que haya adquirido poder de dirección con respecto a dicho valor o dicho activo financiero según los párrafos 1 (b) y 2 (b) del artículo 162." (Lo subrayado es nuestro)

- o - o -

"Artículo 162: Poder de dirección.

Se considera que una persona ha adquirido o ejerce poder de dirección en los siguientes casos:

- (1) Con respecto a un valor representado mediante anotación en cuenta, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

Si dicha persona está anotada como tenedor registrado de dicho valor en el registro.

Si el empleador o un representante de éste acuerda cumplir con instrucciones de dicha persona, en relación con el traspaso, la disposición o el gravamen de dicho valor sin el consentimiento del tenedor registrado.

Con respecto a un derecho bursátil sobre un activo financiero, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- (a) Si dicha persona adquiere la calidad de persona legitimada,
- (b) Si el intermediario acuerda cumplir con instrucciones de dicha persona relativas al traspaso, la disposición o el gravamen de dicho derecho bursátil sobre dicho activo financiero sin el consentimiento del tenedor indirecto.

Si el tenedor indirecto otorga derechos bursátiles sobre activos financieros al intermediario con quien mantiene dichos activos financieros, se entenderá que el intermediario ejerce poder de dirección sobre éstos.

Una persona que cumpla con los requisitos establecidos en los párrafos 1(b) y 2(b) de este artículo ejercerá poder de dirección sobre los valores y los derechos bursátiles sobre los activos financieros respectivos..."

Es importante acotar que en la cláusula Décimo Cuarta de los Contratos de Prenda Mercantil, suscritos entre el Banco Nacional de Panamá y Banco DISA, S.A., se pactó que al enajenarse los títulos valores pignorados, Central Latinoamericana de Valores, S.A., (Latin Clear) como la entidad financiera depositaria de los mismos entregaría el **producto total de la venta** al Banco Nacional de Panamá para que éste los aplicara al **saldo total** (capital más intereses) de las obligaciones de Banco DISA, S.A.

Y, en la cláusula Décimo Quinta de los Contratos de Prenda Mercantil citados, se estipuló que: "Banco DISA renuncia a cualquier reclamo judicial o extrajudicial por el pago a EL BANCO y por la venta pactada en los dos artículos anteriores."

Lo expuesto guarda relación con lo dispuesto en el artículo 159 del Decreto Ley 9 de 1998, que dice:

"Artículo 159: Limitación de responsabilidad de intermediarios.

El intermediario que transfiera un activo financiero siguiendo instrucciones válidas no será responsable ante la persona que tenga derecho a reivindicar dicho activo financiero, salvo en caso de haberlo transferido luego de ser debidamente notificado de una orden judicial compeliéndolo a no traspasar el mencionado activo financiero, habiendo tenido oportunidad razonable de acatar dicha orden, o de haberlo transferido actuando como cómplice del actor del traspaso indebido."

Todo lo anterior corrobora que en ningún momento el Banco Nacional infringió el artículo 105 del Decreto Ley N°9 de 1998.

La Superintendencia de Bancos también fundamentó su actuación en el **artículo 128 del Decreto Ley N°9 de 1998**; motivo por el cual es invocado por la entidad demandante como infringido. El artículo 128 indica:

"Artículo 128: CRÉDITOS GARANTIZADOS CON PRENDA O HIPOTECA.

Salvo las sumas adeudadas al Fisco en concepto de impuesto de inmueble, los créditos garantizados con prenda o hipoteca gozarán de preferencia sobre cualesquiera otros créditos respecto de los bienes gravados, hasta donde

alcance su valor. Los acreedores podrán presentar dichos créditos en la liquidación o exigirlos por separado mediante el proceso ejecutivo correspondiente."

En opinión de la Superintendencia de Bancos, la conducta del Banco Nacional de Panamá resulta criticable al ejecutar la prenda durante el período de intervención; criterio éste del cual diferimos por las razones que exponemos a continuación.

Diferimos de ese criterio esgrimido por la Superintendencia de Bancos. En folios precedentes explicamos el derecho del Banco Nacional de Panamá de cobrar de manera anticipada los depósitos efectuados en Banco DISA, S.A., ello con fundamento en los Contratos de Prenda Mercantil suscritos entre el Banco intervenido y la entidad demandante.

La norma reproducida es clara al indicar que los créditos garantizados con **prenda** o hipoteca gozarán de preferencia sobre cualesquiera otros créditos respecto de los bienes gravados, hasta donde alcance su valor.

Al respecto, Juan Saucedo Polo, jurisconsulto en materia de documentos negociables, señala que los documentos negociables son títulos de crédito a la orden o al portador relativos a cierta suma de dinero, y que poco importan las relaciones de los anteriores tenedores del documento entre ellos o el girador u otorgante del mismo, ni las razones que tuvieron al girar, otorgar o endosar el documento, dado que su derecho es autónomo, independiente, y puede exigir su cumplimiento a cualquiera que aparezca obligado, sin que se

le puedan oponer más excepciones que las que constan en el documento mismo.

El crédito del Banco Nacional de Panamá queda excluido de cualquier afectación en la intervención o liquidación del Banco DISA S.A., con fundamento en los artículos 177, 178, 179, 182, 213 del Decreto Ley 1° de 1999 y el artículo 128 del Decreto Ley 9 de 1998, que a la letra dicen:

“Artículo 177: Régimen especial de propiedad.

El objeto del presente Capítulo es el de crear un régimen especial de propiedad y otros derechos patrimoniales sobre activos financieros llevados en cuentas de custodia por intermediarios. Este régimen especial de propiedad será conocido como régimen de tenencia indirecta y los derechos patrimoniales que de él dimanen como derechos bursátiles.

Las disposiciones contenidas en los Capítulos I y II de este Título serán aplicables al régimen de tenencia indirecta en lo que no sean contrarias a las disposiciones del presente Capítulo.”

- o - o -

“Artículo 178: El tenedor indirecto adquiere derechos bursátiles.

Los derechos bursátiles que adquiriera un tenedor indirecto sobre activos financieros a través de cuentas de custodia estarán sujetos a las limitaciones de dominio, a las restricciones y a las demás disposiciones contenidas en el presente Capítulo.”

- o - o -

“Artículo 179: Intermediario mantiene activos financieros en forma fiduciaria.

En la medida en que sea necesario para satisfacer todos los derechos

bursátiles que un intermediario haya reconocido con respecto a un activo financiero en cuentas de custodia, todos los derechos que tenga dicho intermediario en dicho activo financiero estarán sujetos al siguiente régimen:

- (1) Se entenderán adquiridos a título fiduciario por dicho intermediario a nombre y en beneficio de los tenedores indirectos a quienes el intermediario haya reconocido derechos bursátiles sobre dicho activo financiero;
- (2) Se entenderán que no son parte del patrimonio personal del intermediario; y
- (3) **No podrán ser secuestrados, gravados o embargados, ni de otro modo estar sujetos a reclamos o acciones por parte de los acreedores del intermediario, ni formarán parte de la masa de bienes del intermediario en un proceso de quiebra, concurso de acreedores, liquidación, reorganización u otro proceso similar, salvo en el caso contemplado por el artículo 192 de este Decreto-Ley.**

La tenencia fiduciaria a que se refiere este artículo opera por mandato de la ley, sin que se requiera el otorgamiento de un contrato de fideicomiso entre el intermediario y el tenedor indirecto. No serán aplicables a esta tenencia fiduciaria las disposiciones de la Ley 1 de 1984. Los intermediarios no requerirán de licencia fiduciaria y no tendrán más obligaciones que las expresamente contempladas en este Decreto-Ley y en los contratos que celebren sobre la materia.

El derecho bursátil que adquiere un tenedor indirecto con respecto a un activo financiero en virtud de este artículo es un derecho que sobre dicho activo financiero tenga el intermediario, sin que importe en que momento el tenedor indirecto adquirió dicho derecho bursátil ni en que momento el intermediario adquirió dicho título o derecho sobre dicho activo financiero."

"Artículo 182: Creación de derechos bursátiles sobre activos financieros.

Sujeto a lo establecido en el último párrafo de este artículo, una persona adquiere derechos bursátiles desde el momento en que el intermediario realiza alguno de los siguientes actos:

- (1) Acredite un activo financiero a favor de dicha persona mediante anotación en la cuenta de custodia.
- (2) Recibe de dicha persona, o de un tercero, un activo financiero y acepta acreditarlo en la cuenta de custodia de dicha persona.
- (3) Resulta obligado por otra ley o reglamento a acreditar un activo financiero en la cuenta de custodia de dicha persona.

De darse alguno de los supuestos descritos en los numerales 1, 2 y 3 anteriores, el tenedor indirecto adquiere un derecho bursátil, aun cuando el intermediario no haya adquirido a su vez título o derecho sobre el activo financiero o no tenga en dicho momento activos financieros de la misma clase en cantidades suficientes para satisfacer todos los derechos bursátiles reconocidos por éste en cuentas de custodia a favor de tenedores indirectos con respecto a activos financieros de dicha clase.

Los activos financieros que sean traspasados a un intermediario para ser acreditados en cuentas de custodia deberán ser emitidos a nombre o a la orden del intermediario, o endosados en blanco o mediante endoso especial a favor del intermediario o a su orden, o cedidos al intermediario o anotados en cuenta a favor de éste, en forma tal que el intermediario pueda traspasar, gravar o disponer de dichos activos financieros libremente sin requerir consentimiento ni actos de terceros. Si un intermediario mantiene un activo financiero a favor de otra persona y dicho activo financiero ha sido emitido, anotado, endosado o cedido a favor de dicha persona o a su orden, dicho activo

no estará sujeto al régimen de tenencia indirecta contemplado en este Capítulo.”

- o - o -

“Artículo 213: Ámbito de aplicación.

Para los efectos de este Título, las casas de valores (que no sean bancos), las bolsas de valores, las centrales de valores, las sociedades de inversión y los administradores de sociedades de inversión se conocerán como instituciones registradas, y se procederá de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes para su liquidación, disolución, intervención y reorganización.

La disolución, la liquidación, la reorganización y la intervención de una casa de valores que también sea un banco se regirán por el Decreto-Ley No. 9 de 1998, pero las cuentas de custodia no se considerarán parte de la masa de la liquidación en el artículo 122 de dicha ley y el faltante en las cuentas de custodia por incumplimiento del artículo 185 se pagarán de las masas de la liquidación con preferencia sobre los depósitos y otros créditos mencionados en el numeral 5 del artículo 127 de dicha ley.”

Respecto a la potestad de los acreedores de poder presentar los créditos a los que alude la norma en la liquidación o exigirlos por separado mediante el proceso ejecutivo correspondiente, debemos reiterar que el Banco Nacional de Panamá y Banco DISA, S.A., al suscribir los Contratos de Prenda Mercantil, convinieron en la cláusula Décimo Cuarta un sistema de venta especial debidamente fundamentados en los artículos 976 y 1106 del Código Civil que le dan fuerza de ley a la voluntad de las partes. Las normas aludidas indican:

“Artículo 976. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de

ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.”

- o - o -

“Artículo 1106: Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral ni al orden público.”

Lo normado en nuestra legislación tiene sus raíces en el derecho romano en el que el “cum-traho” (ligarse o vincularse) con otro era la esencia del contrato romano. En el derecho post-romano se llegó al dogma de la autonomía de la voluntad consistente en que la voluntad de las partes tiene fuerza vinculante entre las partes contratantes y **lo convenido era Ley**; sólo se necesitaba prueba del convenio. En el derecho moderno, todo acuerdo de voluntades dirigido a crear una obligación es protegido por la Ley, tal como ocurre en nuestra legislación.

Lo anterior encuentra respaldo por las siguientes normas jurídicas:

1- El artículo 1563 del Código Civil, que establece:

“Artículo 1563: El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder a la enajenación de la prenda en la forma prevenida por el Código Judicial.

Si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio.”

2- El artículo 820 del Código de Comercio, cuyo texto indica:

“Artículo 820: En caso de incumplimiento y si no se hubiese pactado un modo especial de

enajenación, el acreedor o el depositario tendrán el derecho a enajenar los bienes muebles dados en prenda previa notificación por escrito al propietario de los mismos por lo menos treinta (30) días calendarios antes de la fecha en que se ha de realizar la venta y previo el avalúo al cual se refiere el artículo 821."

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados que conforman la Sala Tercera, se sirvan acceder a las pretensiones consignadas en el libelo de la demanda.

Pruebas:

Aducimos como prueba, el expediente contentivo de la actuación surtida ante la Superintendencia de Bancos, el cual ya fue aportado debidamente autenticado por la entidad demandante.

Aceptamos las presentadas por ser originales y copias debidamente autenticadas que cumplen con los requisitos del Código Judicial.

Derecho:

Aceptamos el invocado por el Banco demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General