

**REPÚBLICA DE PANAMÁ**



**MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA DE LA  
ADMINISTRACIÓN**

**Vista Número 071**

**Panamá, 31 de enero de 2012**

**Proceso contencioso  
administrativo de  
nulidad**

**Concepto**

**Se alega la Excepción de  
petición de modo indebido.**

El licenciado **Manuel Antonio Guillén**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución FID 006-2009 de 24 de julio de 2009, emitida por la **Superintendencia de Bancos**.

**Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia:**

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la Ley en el proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

**I. Antecedentes.**

Mediante memorial de 9 de julio de 2009, la firma forense Morgan & Morgan, actuando en representación de MMG Fiduciary & Trust, Corp., solicitó a la Superintendencia de Bancos autorización para protocolizar e inscribir en el Registro Público una modificación a su pacto social, incluyendo el cambio de su razón social por el de MMG Trust, S.A. (Cfr. fojas 1 a 4 del expediente administrativo).

En atención a dicha petición, la directora jurídica de la entidad demandada, por medio de la nota SBP-DJ-N-3537-09

de 24 de julio de 2009, comunicó a la mencionada sociedad la autorización dada por la Superintendencia para la protocolización notarial y la inscripción en el Registro Público del acta de la reunión extraordinaria celebrada por los accionistas, en la cual se adoptó una nueva modificación al pacto social, que comprende el cambio de su razón social (Cfr. fojas 17 a 26 del expediente administrativo).

Como consecuencia de lo indicado, la Superintendencia de Bancos emitió la resolución FID-006-2009 de 24 de julio de 2009, acusada de ilegal, por medio de la cual autorizó a MMG Fiduciary & Trust, Corp., para que procediera al cambio de su razón social por la de MMG Trust, S.A. (Cfr. foja 16 del expediente Administrativo).

Producto de esa decisión, el licenciado Manuel Antonio Guillén, actuando en su propio nombre y representación, ha interpuesto ante esa Sala una demanda contencioso administrativa de nulidad en contra de la ya citada resolución FID-006-2009 de 24 de julio de 2009 (Cfr. fojas 24 a 34 del expediente judicial).

## **II. Disposiciones que se aducen infringidas y los conceptos de las supuestas infracciones.**

La parte actora aduce que la resolución cuya declaratoria de nulidad se demanda ha infringido las siguientes disposiciones:

**A.** El artículo 13 del decreto ejecutivo 16 de 3 de octubre de 1984, según el cual toda reforma al pacto constitutivo de las empresas fiduciarias requerirá de la

aprobación previa de la Comisión bancaria Nacional, ahora la Superintendencia de Bancos (Cfr. fojas 29 a 31 del expediente judicial).

**B.** El artículo 10 de la ley 32 de 1927 que, entre otras cosas, establece que en el caso que se hayan emitido acciones, las reformas del pacto social serán suscritas por los tenedores o mandatarios de todas las acciones suscritas que tengan derecho a votar, para lo cual se deberá agregar al documento de reforma un certificado expedido por el secretario de la sociedad para corroborar que los que suscriban dicha reforma constituyan la totalidad de los accionistas; igualmente serán suscritas por el presidente o uno de los vice-presidentes y el secretario o uno de los secretarios asistentes, quienes firmarán y agregarán al documento de reformas un certificado en que conste que ellos han sido autorizados por medio de una resolución que debe ser adoptada en la fecha fijada en la citación por los dueños o los mandatarios de dichas acciones (Cfr. fojas 31 y 32 del expediente judicial).

### **III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.**

El actor manifiesta que la resolución FID-006-2009 de 24 de julio de 2009, que constituye el acto administrativo demandado, es de fecha posterior a la adopción de la modificación al pacto constitutivo de MMG Fiduciary & Trust, Corp., puesto que la reunión extraordinaria de la junta de accionistas en la que se aprobó este nuevo cambio al contrato constitutivo de la empresa fue celebrada el 22 de abril de

2009 y se protocolizó mediante la escritura pública 12353 de 3 de julio de 2009; razón por la que, según su criterio, tal modificación resulta ser ilegal, debido a que la entidad demandada, previo a la protocolización de dicha acta, no había dictado una resolución motivada de aprobación, de allí que el sello y firma del superintendente no tiene ningún valor jurídico.

Añade el recurrente, que la Superintendencia de Bancos mal podía exigir el cumplimiento de los requisitos previstos en nuestro ordenamiento jurídico, si el acto acusado de ilegal es de fecha posterior a la adopción de la reforma del pacto social por parte de la sociedad fiduciaria MMG Fiduciary & Trust, Corp. (Cfr. fojas 29 a 32 del expediente judicial).

Este Despacho observa que, contrario a lo afirmado por el demandante, en el informe de conducta presentado por la Superintendencia de Bancos se indica que la resolución FID-006-2009 de 24 de julio de 2009 que, entre otras modificaciones introducidas a su pacto social, autorizó a MMG Fiduciary & Trust, Corp., a cambiar su razón social por la de MMG Trust, S.A., cumplió con los elementos señalados en el numeral 90 del artículo 200 de la ley 38 de 2000. Igualmente señala, que previo a la autorización se verificó el cumplimiento de los requisitos formales del acta de reunión extraordinaria de accionistas, en cuanto a que la misma hubiese sido suscrita por el presidente y secretario de la sociedad, que estuviesen presentes en la reunión la totalidad

de los accionistas y, que dicha acta hubiera sido inscrita en el Registro Público, lo cual tuvo lugar el 31 de julio de 2009, fecha en que la modificación de dicho pacto social surgió a la vida jurídica siendo oponible a terceros (Cfr. fojas 56 a 61 del expediente judicial).

Frente a la tesis sustentada por el actor, esta Procuraduría observa que el acto administrativo impugnado encuentra sustento en normas vigentes en nuestro ordenamiento positivo, a saber, la ley 1 de 1984 (artículo 36), reglamentada por el decreto ejecutivo 16 de 1984 (artículo 3), que plenamente facultan a la Superintendencia de Bancos antigua Comisión Bancaria Nacional, para regular y supervisar el adecuado funcionamiento del negocio fiduciario en la República de Panamá.

En este sentido, las constancias documentales que forman parte del proceso demuestran que al momento de expedir la resolución FID-006-2009 de 24 de julio de 2009, la entidad reguladora cumplió con los parámetros normativos contenidos en el artículo 13 del decreto ejecutivo 16 de 1984, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 13. Toda reforma al pacto constitutivo de las empresas fiduciarias requerirá de la aprobación previa de la Comisión.”

También es importante anotar en relación con el asunto bajo examen, que lo actuado por la Superintendencia de Bancos tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 44 de la ley 32 de 1927, el cual establece que los acuerdos tomados en cualquier junta de accionistas en la que estén todos presentes, ya sea

personalmente o por mandatario, serán válidos; y tal como se desprende del acta de la reunión celebrada el 22 de abril de 2009, la modificación al pacto social de MMG Trust, S.A., fue aprobada unánimemente por la totalidad de los poseedores de las acciones emitidas y en circulación de la sociedad (Cfr. foja 22 del expediente administrativo).

Visto lo anterior, consideramos pertinente señalar para efectos de la posición de este Despacho, que la entidad demandada se fundamentó en el memorando SBP-DSB-dsf-M-5111-2009 de 17 de julio de 2009, emitido por el Departamento de Supervisión Fiduciaria, el cual no presentó objeción alguna para que el superintendente autorizara la solicitud de cambio de razón social (Cfr. foja 5 del expediente administrativo).

Igualmente, consta en autos el memorando SBP-DJ-M-5094-09 DE 23 de julio de 2009, en el que la Dirección Jurídica de la institución reitera el criterio de autorizar el cambio de razón social solicitada por la firma forense Morgan & Morgan en representación de la sociedad fiduciaria MMG Fiduciary & Trust, Corp. (Cfr. fojas 14 y 15 del expediente administrativo).

Lo antes expresado, nos permite concluir que no le asiste la razón a la parte actora, ya que la fecha de inscripción de la escritura pública 12353 de 3 de julio de 2009, que contiene el acta de la junta de accionista en la cual se aprobó la modificación del pacto social de MMG Trust, S.A., es posterior a la resolución atacada de ilegal, hecho

que aparece debidamente acreditado a foja 26 del expediente administrativo.

En virtud de las consideraciones antes expuestas, esta Procuraduría es de opinión que, al emitir la resolución FID-006-2009 de 24 de julio de 2009, que constituye el acto acusado, la entidad reguladora fundamentó su actuación en lo dispuesto por el artículo 34 de la ley 38 de 2000, que contiene el principio de legalidad, el cual supone que el funcionario público debe ceñirse a lo señalado en la ley para actuar ante una situación administrativa planteada; lo que exige que sus actuaciones deban estar precedidos de una base normativa que las sustente.

Con relación al principio de legalidad, el autor colombiano Antonio Arciniegas en su obra Estudios sobre Jurisprudencia Administrativa, señala lo siguiente:

“...todas las actuaciones de la administración están subordinadas a la ley, de modo que aquella solo puede hacer lo que ésta le permite con las finalidades y en la oportunidad previstas y ciñéndose a las prescripciones, formas y procedimientos determinados por la misma.” (ARCINIEGA A., Antonio José. Estudios sobre Jurisprudencia Administrativa. Tomo I. Editorial TEMIS, Bogotá, 1982. Pág. 10)”

Debido a las consideraciones que preceden, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la resolución FID-006-2009 de 24 de julio de 2009, emitida por la Superintendencia de Bancos.

**IV. Pruebas:** Se aceptan las presentadas.

**V. Derecho:** No se acepta el invocado.

**Excepción de petición de modo indebido.**

Esta Procuraduría estima oportuno destacar que, luego de analizar el contenido de la resolución atacada por ilegal y el escrito de la demanda, resulta claro que el acto impugnado no tiene carácter general, impersonal u objetivo; sino que por el contrario se trata de un acto individual, personal y subjetivo cuya impugnación debe darse mediante una acción de plena jurisdicción y no de nulidad (Cfr. fojas 24 a 34 del expediente judicial).

Este Despacho coincide con los argumentos vertidos por el magistrado sustanciador mediante la resolución 12 de marzo de 2010, misma que en un principio no admitió la demanda administrativa de nulidad que ocupa nuestra atención, puesto que, tal como podemos observar, los efectos del acto administrativo impugnado solo afecta los derechos subjetivos de la sociedad fiduciaria MMG Trust, S.A., más no así los del licenciado Manuel Antonio Guillén, actual demandante, quien, a nuestro juicio, carece de un interés legítimo en el trámite adelantado por la Superintendencia de Bancos a efecto de aprobar la modificación del pacto y razón social de la mencionada empresa (Cfr. fojas 36 y 37 del expediente judicial).

En este sentido, la ley 135 de 1943, modificada por la ley 33 de 1946 establece expresamente las diferencias entre las demandas de plena jurisdicción y de nulidad, tanto en los

requisitos exigidos para su admisión, como en las consecuencias o efectos que las mismas producen. A grandes rasgos, la primera de éstas, la acción de plena jurisdicción, se interpone contra actos de carácter individual que afectan situaciones jurídicas particulares y concretas. Con esta acción también se persigue que la decisión del tribunal repare derechos subjetivos lesionados. En cuanto a la acción de nulidad, éste se interpone contra actos de efectos generales para preservar el orden jurídico positivo y las decisiones del tribunal se encaminan a proteger y conservar el imperio de la legalidad; objetivo sustancialmente distinto del perseguido por la acción de plena jurisdicción.

Esa Sala en el auto de 22 de febrero de 2006, se pronunció con relación a la diferencia entre las demandas de plena jurisdicción y de nulidad, indicando lo siguiente:

“...Dentro del este contexto es preciso destacar que, en principio la acción pública o de nulidad se refiere al interés público o social de la conservación del orden público y en la privada o de plena jurisdicción, hace relación al particular sujeto del derecho lesionado, como es el presente caso. Asimismo, por sus consecuencias, estas acciones se diferencian, en que la nulidad declarada en acción objetiva o pública, por la naturaleza impersonal del acto acusado, produce efectos ‘erga omnes’, como se ha dicho, liquida jurídicamente el acto. Mientras que la nulidad que surge en la de plena jurisdicción o privada, no sólo destruye el acto demandado, sino que ordena el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado. He aquí la diferencia.

Cabe precisar, que si bien ambas demandas persiguen la declaratoria de

nulidad del acto administrativo impugnado, las mismas presentan diferentes características en cuanto a la finalidad que persiguen, las pretensiones, el actor, la intervención de terceros, las facultades del juzgador, la prescripción, la suspensión provisional, el carácter del acto impugnado, la naturaleza y efectos de la sentencia." (Lo subrayado es nuestro).

Por lo antes expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a ese Tribunal que al pronunciarse sobre el fondo de este asunto, declare PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PETICIÓN DE MODO INDEBIDO promovida por este Despacho y, en consecuencia, desestime la demanda contencioso administrativa de nulidad propuesta por el licenciado Manuel Antonio Guillén, actuando en su propio nombre y representación, para que se declare nula, por ilegal la resolución FID-006-2009 de 24 de julio de 2009, emitida por la Superintendencia de Bancos.

**Del Honorable Magistrado Presidente,**

Oscar Ceville  
**Procurador de la Administración**

Nelson Rojas Avila  
**Secretario General**