

Panamá, 2 de noviembre de 2001.

Su Excelencia

Fernando Gracia García

Ministro de Salud

E. S. D.

Señor Ministro:

De conformidad con nuestras funciones Constitucionales y Legales y en especial como Asesora Jurídica de los servidores públicos administrativos acuso recibo de su Nota FMS-043-2001 de 9 de octubre de 2001, a través de la cual tuvo a bien consultarnos respecto a "los actos de fiscalización que efectúa la Contraloría General de la República sobre Asociaciones y Fundaciones sin fines de lucro.

Concretamente se hacen las siguientes interrogantes:

"1. ¿Qué competencia y funciones tiene la Contraloría General de la República y cuál es el límite de su función fiscalizadora con respecto a una fundación de interés privado sin fines de lucrativos, que realizará una contratación para la construcción de una obra hospitalaria, *con fondos donados directamente a ella, por parte de una entidad internacional*, y que una vez construida, la obra será donada a la Nación, para uso y administración del Ministerio de Salud?

2. ¿Qué sistema y mecanismos de contabilidad, así como de auditoría y fiscalización de sus registros contables, debe llevar una fundación sin fines de lucro, con respecto a la construcción de una obra hospitalaria, con fondos donados directamente a ella por de una entidad internacional y que, una vez construida, la obra será donada a la Nación, para uso y administración del Ministerio de Salud?

¿Qué procedimiento debe llevar una fundación sin fines de lucro, para realizar una contratación para la construcción de una obra hospitalaria, con fondos donados directamente a ella por de una entidad internacional que no estableció ninguna condición al respecto, y que, una vez construida, la obra será donada a la Nación, para uso y administración del Ministerio de Salud?

Dictamen de la Procuraduría de la Administración

Antes de responder las interrogantes antes descritas consideramos oportuno, en un primer momento, analizar el punto uno de las Fundaciones o Asociaciones sin fines de lucro, sus elementos y naturaleza para ilustrar el criterio legal de este Despacho.

Es sabido que las Fundaciones o Asociaciones han venido cambiando su rol tradicional por uno más solidario, es decir benéfico, proyectado hacia el bien común de la sociedad. Es en ese sentido, que el Poder Público ha cedido, paulatinamente, considerables espacios de acción solidaria en significativas áreas de la comunidad.

Esta tendencia del Estado está presente en la asistencia de la salud, educación, deportes, familia, entre otros, para el alivio de los problemas básicos de las poblaciones. Pues se trata de que el Estado,

no puede enfrentar sólo las funciones que tradicionalmente se le consideraban propias. ¹

Las Asociaciones o Fundaciones sin fines de lucro han cambiado sus estructuras jurídicas y se ha revestido de un carácter altruista de interés general. El rol que desempeñan actualmente es de colaborar o cooperar directamente con la sociedad. La misma dinámica de trabajo de las fundaciones, ha permitido ampliar su radio de acción y de responsabilidad frente a la sociedad, precisamente por haberse acentuado su nivel de participación social.

Ahora bien, ello no significa, que la importancia que revisten las Fundaciones sobrepasen los límites del poder público en los vitales planos para los cuales se constituyen. ²

De acuerdo al ordenamiento legal vigente las personas jurídicas sin fines de lucro están reguladas en el Código Civil (Art.64). Esta norma regula a las Asociaciones, y Fundaciones, que si bien carecen de un fin lucrativo, es decir de un beneficio en favor de los socios, se encuentran aptas para realizar actividades económicas siempre que éstas se den con estricto cumplimiento al objetivo social para la cual fue constituida.

El Código Civil es el instrumento legal que por excelencia ha regulado todo lo atinente a las personas jurídicas sin fines de lucro (asociación, fundación , etc.). A continuación pasaremos a desarrollar brevemente lo que dispone el artículo 64 del Código Civil sobre las personas jurídicas sin fines de lucro. Veamos:

“Artículo 64. Son personas jurídica:

1. Las entidades políticas creadas por la
Constitución o la Ley;

...

¹ CAHIÁN, Adolfo. Derecho de las Fundaciones, Ediciones La Rocca, Argentina, 1996, p.37 y siguientes.

² Op cit. P.36

3. Las corporaciones y fundaciones de interés público creadas o reconocidas por ley especial;
4. Las asociaciones de interés público reconocidas por el Poder Ejecutivo;
5. Las asociaciones de interés privado sin fines lucrativos que sean reconocidas por el Poder Ejecutivo.
6. Las asociaciones civiles o comerciales a las que la ley le concede personalidad propia independientemente de cada uno de sus asociados.”

El artículo transcrito se encarga de denominar las diferentes personas jurídicas que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, incluyendo entre ellas a las Asociaciones y Fundaciones.

Se aprecia en la citada normativa que los numerales 3) 4), 5) hacen referencia a diferentes tipos de “Asociaciones y Fundaciones”: El numeral 4) dice de “Las asociaciones de interés público reconocidas por el Poder Ejecutivo”; el numeral 5) de “Las asociaciones de interés privado sin fines lucrativos que sean reconocidos por el Poder Ejecutivo” y el numeral 6) menciona a “las asociaciones civiles o comerciales a las que la Ley concede personalidad propia independiente de la de cada uno de sus asociados” (estas son las que inscriben en el Registro Público y desde ese momento surgen efectos legales).

En cuanto a la naturaleza de las personas jurídicas denominadas asociaciones sin fines de lucro, se dice que “... son aquellas que no buscan lucro apreciable en dinero para repartirse entre los asociados, sino que su fin será sólo la defensa de los derechos (educación, salud, asistencia social etc.) o el perfeccionamiento moral o intelectual de los respectivos miembros.

Para dar nacimiento jurídico a las asociaciones civiles, deben cumplir algunos elementos esenciales a saber:

- a. Existencia de los miembros fundadores
- b. Solicitud de reconocimiento por el Poder Ejecutivo para las personas jurídicas sin fines de lucro, a través de abogado, con el Acta de Constitución, Acta de aprobación de los Estatutos, los Estatutos, los Estatutos aprobados y la lista de los miembros fundadores. En estos casos, el reconocimiento lo hace el Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Gobierno y Justicia, tal y como lo señala la Ley 33 de 8 de noviembre de 1984, en su artículo 14, que citamos a continuación:

“**Artículo 14.** El reconocimiento formal de las asociaciones y entes señalados por los numerales 2), 4), y 5) del Artículo 64 del Código Civil se hará por conducto de Resuelto expedido por el Ministerio de Gobierno y Justicia”.

- c) Una vez expedida la resolución que reconoce la asociación, la misma debe ser protocolizada ante Notario Público e inscrita en el Registro Público. En ciertos casos, es necesario que se publique en la Gaceta Oficial para que a partir de ese momento, se cuente la existencia legal de la persona jurídica. (Artículo 75 del Código Civil.)

Retomando el punto que nos ocupa, luego del análisis doctrinario y legal; las funciones fiscalizadoras de la Contraloría General de la República se da en los siguientes términos:

“**Artículo 2.** La acción de la Contraloría General se ejerce sobre todas las personas y organismos que tengan a su cargo la custodia o el manejo de fondos o bienes del Estado, de los Municipios, Juntas Comunales, empresa estatales, entidades autónomas y semi-

autónomas, en el país o en el extranjero. También se ejerce esta acción sobre aquellas personas u organismos en la que tenga participación económica el Estado o las entidades públicas y sobre las personas que reciban subsidio o ayuda económica de dichas entidades y sobre aquéllas que realicen colectas públicas, para fines públicos, pero tal acción será proporcional al grado de participación de dicho entes públicos (resaltado nuestro)

Se colige del texto superior, que si una persona u organismo ya sea una asociación o fundación sin fines de lucro, en la que el Estado tenga participación económica o cualquier entidad estatal, o reciba subsidio o ayuda económica por parte de éste, para fines públicos la Contraloría General de la República, deben ejercer su labor de fiscalización sobre aquellos actos en los que se involucren fondos públicos asignado a cualquiera de estos organismos (Asociaciones o Fundaciones).

En ese sentido, si el Estado o cualquier entidad pública ha gestionado recursos económicos que luego serán destinados o invertidos en proyectos de salud o educación etc., para beneficio de la población en general estos deben ser fiscalizados por la Contraloría General de la República. De hecho, es importante, aclarar esto, porque así, se parte de un principio de transparencia, habida cuenta que cuando se trata de fondos públicos aún cuando sea a través de donaciones que se hagan a fundaciones o asociaciones estos se tienen que sujetar al control y fiscalización de aquélla, a fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos para lo cual se designó.

Mediante Resuelto N°. 176 de 13 de junio de 2001, *“por la cual el Ministerio de Salud de la República de Panamá acepta la designación de la Fundación Mar del Sur, como organismo ejecutor de los proyectos para el sector salud, con especial énfasis en la promoción de la salud de la población”*. En su considerando ha sido categórica,

cuando dice que la "Fundación Mar del Sur" está constituida, para fines exclusivamente filantrópicos, o de beneficencia y en especial de asistencia social, dirigidos a apoyar y a financiar actividades y obras con especial indicación en la promoción de la salud de la población panameña, en el saneamiento de la Bahía de Panamá, sin interés comercial ni de lucro; aunque no exclusivamente, pues podrá llevar a cabo actividades para la promoción de la educación, cultura y artes. (Art.3 de los Estatutos)

Tomando como norte el objetivo para la cual fue constituida la fundación en comento, es que el Ministerio de Salud ha gestionado ante el Gobierno de la República de China (Taiwán), la obtención de recursos no reembolsables destinados a la ejecución de proyectos de salud. Eso por un lado y por otro que es voluntad del Gobierno de la República de China, que los dineros sean administrados por una organización no gubernamental (ONG) que le garantice el cumplimiento fiel, expedito y transparente de sus objetivos y por otra parte, que el citado Gobierno, ha aceptado a la fundación denominada "Fundación Mar del Sur", la cual se encuentra debidamente constituida de conformidad con las leyes de la República de Panamá, para que asuma la administración de los fondos de forma tal que los mismos sean exclusivamente destinados a la ejecución de los proyectos para el sector salud, atendiendo a los procedimientos o reglamentos que, para tales efectos las partes convengan.

Con base a la parte resolutive, es que el Resuelto N°.176 de 13 de junio de 2001, en su artículo segundo, dispone autorizar a la "Fundación Mar del Sur" para que, una vez finalizados los proyectos, en el caso de mejoras realizadas, declare y traspase los mismos a título gratuito, a favor del Gobierno Nacional.

El artículo primero del Decreto Ejecutivo N°.135 de 18 de octubre de 2001 *"por la cual se regulan las donaciones que reciban las fundaciones de interés público que constituyen El Estado"*, dispone que para todos los efectos legales, se considerarán públicos los recursos monetarios que, a título de donación, reciban las fundaciones de interés público que constituya el Estado con el

propósito de darles a dichos recursos el destino específico que, en cada caso, acuerden el donante y el Estado. (Lo resaltado es nuestro)

El Decreto Ejecutivo N°.135 de 18 de octubre de 2001 establece que para todos los efectos legales, se considerarán públicos los recursos monetarios que a título de donación, reciban las fundaciones de interés público que constituya el Estado con el propósito de darles a dicho recursos el destino específico que, en cada caso, acuerde el donante y el Estado.

Por lo tanto, de conformidad con el artículo segundo del Decreto mencionado, el manejo y erogación de los recursos transferidos a las fundaciones antes mencionadas quedan sujetos a las normas aplicables a los fondos del Tesoro Nacional en materia de administración y fiscalización, así como a las de contratación pública y, en general a todas las que se refieran a los recursos monetarios estatales, esto responde la segunda interrogante.

En consideración a lo expuesto, los fondos donados por el Organismo Internacional para la ejecución de proyectos para la atención de la salud a la Fundación Mar del Sur son estatales y al estar comprometidos para la construcción de una obra hospitalaria, están sujetos a la fiscalización de la Contraloría de la República de Panamá en virtud del artículo 1, y siguientes en materia de control fiscal de la Ley 32 de 1984.

De igual manera, el artículo tercero, es prístino al señalar que el Órgano Ejecutivo y la Contraloría General de la República comunicarán a cada **fundación los fines y destinos específicos que deba darse a los fondos que éstas reciban de los respectivos donantes**. Para estos efectos la Fundación Mar del Sur, bajo esta condición especial deberá someterse a las indicaciones que establezcan estos dos (2) entes; en cuanto a los fines y destinos de estos recursos por ser públicos.

En consecuencia, las fundaciones a que se refiere el citado Decreto no podrá realizar actividad alguna distinta de la de recibir,

mantener y erogar los fondos objeto de la donación, con sujeción a las normas mencionadas en el artículo segundo. En tal sentido, la "Fundación Mar del Sur" deberá tener presente que para la construcción de una obra hospitalaria, con recursos estatales se regirá por las normas de contratación pública. (V. Arts. 2 , 3 y 4 del Decreto Ejecutivo N°.135 de 2001).

De esta forma damos respuesta a su interrogante, esperando que la misma le sea de utilidad.

Atentamente

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/20/hf.