

Ministerio Público/Procuraduría de la Administración

C-No.258

Panamá, 26 de agosto de 2002.

Señor
Jaime Fernández
Presidente
Cruz Roja Panameña
E.S.D.

Señor Presidente de la Cruz Roja Panameña:

Mediante nota No. CRP/PN043.02 de 5 de agosto del presente, nos solicita nuevamente nuestra opinión sobre el conflicto de leyes existente entre la Ley 11 de 1979 y la Ley 6 de 1997, relativas al cobro de cuentas pendientes de pago por consumo de energía eléctrica que debe la institución que usted dirige a la empresa ELEKTRA NORESTE, S.A.

Tal y como nos indica en la actual consulta, este despacho ha reiterado en dictámenes anteriores que la Ley 11 de 1979 '*Por la cual se exonera a la Cruz Roja Nacional del pago de teléfonos, gas, luz y agua*', permanece vigente. A continuación citamos las conclusiones que corresponden primeramente a lo contenido en la nota **C-111 de 25 de mayo de 2000**:

"La Cruz Roja Panameña es una Corporación creada por ley especial y no de una simple asociación o sociedad reconocida por el Poder Ejecutivo, cuya misión, naturaleza y funciones han sido señaladas expresamente por la Ley, y los reglamentos aprobados por el Órgano Ejecutivo.

De igual manera, y para reforzar, podemos indicar que estando la Cruz Roja Panameña ubicada dentro de uno de los renglones del Presupuesto del Ministerio de la Juventud, la Mujer, la Niñez y la Familia, es parte de ese Presupuesto, y que proviene directamente de la transferencia del Gobierno Central; en ese sentido, podemos concluir que si la Cruz Roja está ubicada por Ley N°61 de 1999 en el Presupuesto del Ministerio de la Juventud, la Mujer y la Niñez y la Familia, la misma esta adscrita dentro del Ministerio antes señalado.

De conformidad con el artículo 3 de la Ley 40 de 1917, "...la organización y atribuciones de la de la Cruz Roja Nacional, serán determinadas por el Reglamento que acuerde dicha Comisión, en sesión especial convocada al efecto y que sea aprobada por el poder Ejecutivo. También ésta redactará y aprobará, en la misma

forma, el Reglamento Orgánico General de la Institución, que la someterá igualmente a la sanción del Poder Ejecutivo para su validez y ejecución.”

Lo anterior, nos lleva a la conclusión que el Órgano Ejecutivo representado por la máxima autoridad que gobierna el Estado panameño, o sea el Presidente de la República, es a quién le corresponderá de acuerdo al artículo 179 numeral 14, con la participación del Ministro del Ramo, “Reglamentar las Leyes que lo requieran para su mejor, cumplimiento sin apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu.’

Por todo lo antes expuesto, este Despacho es de opinión que de conformidad con el Decreto N°1451 de 1 de agosto de 1968, artículo 8, corresponderá a la Asamblea General como la más alta autoridad de la Cruz Roja Nacional modificar los Estatutos de acuerdo a las disposiciones previstas a este efecto, es decir, la Ley N°40 de 1917 párrafo final; la cual señala que luego de redactada y aprobada por este Órgano Superior, (Asamblea General) **su sanción corresponderá al Poder Ejecutivo** (Presidente de la República con la participación del Ministro del Ramo o sea, Ministra de la Juventud, la Mujer, la Niñez y la Familia. Cfr. Artículo 179, numeral 14 de la Constitución Política.).”

Seguidamente, este despacho ahondó sobre el tema en el dictamen jurídico **C-289 de 24 de noviembre de 2000**. Veamos:

“1. La Cruz Roja Panameña, es una institución humanitaria neutral, imparcial e independiente; su acción se da a nivel de todo el territorio nacional.

2. La Cruz Roja Panameña, al igual que las demás del resto del mundo, fundamentan su acción en el contenido específico que le han conferido los Estados Partes en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales.

3. Ésta, constituye un movimiento de socorro voluntario y de carácter desinteresado.

4. Que las obligaciones del Estado panameño, con relación al Movimiento de la Cruz Roja, derivaron de los Convenios Internacionales que Panamá ha ratificado.

5. Nuestro país se ha comprometido a coadyuvar en el desarrollo de la Cruz Roja y la difusión del Derecho Internacional Humanitario.

6. La Ley N°11 de 21 de junio de 1979, exonera de manera expresa del pago de los servicios de teléfonos, gas, luz y agua.

7. El Estado panameño, está obligado a cumplir en todo, el contenido y el espíritu de la Ley N°11 de 1979; en virtud que la misma se encuentra plenamente vigente.

8. En el ámbito de aplicación de la presente ley, Panamá está comprometida de igual forma, a la exoneración de estos mismos servicios para con la Cruz Roja Internacional cuando, por necesidad, preste servicios en el territorio nacional.

9. La Ley N°6 de 1997, por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la prestación del Servicio Público de Electricidad, en ningún momento deroga expresa o tácitamente, la vigencia de la Ley N°11 de 1979.

10. La Cruz Roja Panameña no está obligada al pago de los servicios de teléfono, gas, luz y agua, por mandato expreso de la ley.”

Como quiera que el conflicto legal persiste, no nos queda más que recomendarle eleve solicitud al Órgano Ejecutivo para que mediante la expedición de la norma correspondiente, regule dicha problemática de la Cruz Roja Panameña en cuanto al pago de los servicios de teléfono, gas, luz y agua, actualmente cobrados por un ente privado.

A manera de sustentar lo antes sugerido, transcribimos algunos extractos del estudio efectuado por Paula Antezana Rimassa, Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica.

La Licda. Antezana Rimassa se desempeña como Directora del Centro para la Participación Organizada de la Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano. Entre otras funciones, le ha correspondido coordinar el Programa 'El Derecho y la Sociedad Civil' desde 1993. Ha escrito y editado varios artículos y documentos sobre el tema del marco jurídico que regula a las OSFL en Centroamérica.¹

“Desde Belice hasta Panamá se manifiesta enfáticamente la necesidad de contar con una legislación acorde con los nuevos tiempos, que posibilite la organización y la participación de la sociedad civil en vez de reprimirla, que establezca mecanismos de control razonables y adecuados, a la vez que se respeta la independencia e integridad de las organizaciones sin fines de lucro.

Debe hacerse la salvedad del caso de Belice que se distingue del resto de los países centroamericanos por tener una tradición jurídica muy distinta, basada en el sistema anglosajón del "Common Law". En ese país, la escasa legislación relevante para las OSFL se encuentra en la Ley de Compañías, que regula a las sociedades mercantiles

¹ Tomado de la pagina web <http://www.arias.or.cr/> Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano.

Se utiliza el término "organizaciones sin fines de lucro" (OSFL) para abarcar una serie de entes muy diversos entre sí, cuyo único aspecto en común, desde el punto de vista jurídico, es que no persiguen un fin lucrativo, en contraposición a las sociedades mercantiles, cuyo principal objetivo es el lucro de sus socios.

En los ordenamientos jurídicos de los países de Centroamérica, los institutos a que se hace referencia bajo el concepto genérico de OSFL, principalmente son las asociaciones y fundaciones.

En los diferentes diagnósticos se da énfasis a las organizaciones cuya naturaleza y funcionamiento entran en esa área gris que rebasa la tradicional y limitada división entre Derecho Público y Derecho Privado.

No puede negarse el carácter privado de estos entes, puesto que ello impediría comprender adecuadamente su nacimiento y funcionamiento; pero **tampoco puede obviarse que realizan una función que impacta a la sociedad en general y contribuye al bien común, y que en virtud de ello debe hacerse acreedora de una serie de regulaciones en absoluta proporción con los estímulos que reciba por parte del Estado.**

En la mayoría de los países se afirma que la legislación relevante para las OSFL es, por lo general, parca, está dispersa y muchas veces contiene serias contradicciones entre sí.

Las disposiciones legales relativas a la constitución y funcionamiento de las OSFL están contempladas en los Códigos Civiles de los países centroamericanos, con excepción de Belice que se basa en el régimen del "Common Law", como ya se indicó.

Además, Costa Rica cuenta con una Ley de Asociaciones que data del año 1939 y una Ley de Fundaciones de 1973; por su parte, Nicaragua cuenta con la Ley de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro de 1992 y El Salvador con la Ley de Asociaciones y Fundaciones Sin Fines de Lucro que data de 1996.

La legislación reconoce, por lo general, a las asociaciones y fundaciones como las típicas personas sin fines de lucro, habida cuenta que otras expresiones organizativas, tales como, los partidos políticos, los sindicatos, las cooperativas cuentan con su propio régimen jurídico.

No obstante, existen algunas particularidades, como en el caso de Nicaragua, cuya Ley de Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro también regula a las personas jurídicas religiosas. También, cabe

mencionar a las sociedades civiles sin fines lucrativos que son figuras reguladas por el Código Civil y que, particularmente en Guatemala, son cada vez más utilizadas para constituir OSFL.

A pesar de que la mayoría de las legislaciones hace la división clásica entre asociaciones y fundaciones con su correspondiente diferenciación, esta diferenciación se pierde, casi completamente, tanto en disposiciones más específicas como en la práctica.

Existen algunas excepciones tales como en Costa Rica, donde se mantienen dos regímenes diferentes para estos dos institutos, y en Guatemala que ahora cuenta con procedimientos de inscripción diferenciados para fundaciones y asociaciones.

En **Panamá** está vigente una **Ley de Fundaciones de Interés Privado** de reciente promulgación (1995), cuyo mismo título parece contradecir el sentido de las fundaciones que son definidas por la doctrina como entidades privadas de utilidad pública.

Esta Ley en la práctica es asimilada a la ley que regula la conformación de fideicomisos y no es considerada como parte integral de la legislación que cubre a las OSFL.

No obstante, de la lectura de su articulado se puede deducir que, con excepción del calificativo de "interés privado", en otros aspectos es coherente con el instituto de la fundación: existencia de una dotación previa (la ley panameña exige la suma mínima de \$10.000.00), el fundador, una vez constituida la entidad se separa de la fundación, mínimas reglas de administración, etc.

Esta ley establece un procedimiento ágil y sencillo para la constitución de estas fundaciones --solo comparable en rapidez al de una sociedad anónima-- las posibilita realizar cualquier tipo de actividad económica y les concede importantes beneficios tributarios.

A pesar de las reticencias contra esta figura, vale la pena que las organizaciones panameñas estudien más su estructura y funcionamiento con el fin de potencializarla o bien, para incorporar algunos de sus elementos en una futura propuesta.

Esta legislación dispersa y obsoleta no ha impedido que en muchos países se conformen OSFL. Sin embargo, los muchos vacíos que quedan descubiertos y el que no sean instrumentos para facilitar la organización de la sociedad civil, hace cuestionarse la conveniencia de continuar regulados por un marco jurídico que ha sido rebasado por las necesidades sociales.

Los incentivos tributarios a las OSFL han sido vistos tradicionalmente como concesiones graciosas o privilegios, en vez de incentivos al trabajo alternativo o coadyuvante de la labor estatal y que, en última instancia, beneficia a la sociedad como un todo.

No puede ignorarse que en el pasado, la excesiva liberalidad con que se otorgaron estos incentivos, en algunos casos aislados pero muy publicitados, provocó una serie de excesos y abusos que desvirtuaron el fin último que perseguían.

Ello, aunado a la reorganización de los sistemas y legislaciones tributarios ha incidido en el establecimiento de una tendencia a reducir, e inclusive eliminar, todo tipo de incentivo tributario.

Tal vez el ejemplo extremo lo constituya Costa Rica, donde las fundaciones y las asociaciones declaradas de interés público cuentan únicamente con la exoneración del impuesto sobre la renta.

Un caso similar lo constituye Honduras, donde se derogaron todas las exoneraciones en 1990, dejando vigente únicamente la exención del impuesto a la renta y estableciendo la posibilidad de que las organizaciones asistencialistas que otorguen servicios gratuitamente puedan contar con exenciones en materia aduanera.

De igual forma, en Guatemala recientemente se promulgó una Ley de Supresión de Exenciones, en virtud de la cual se dejó sin efecto los beneficios fiscales de importación para las OSFL, con excepción de 16 entidades enumeradas por la misma ley.

Con base en estos tres ejemplos, es posible afirmar, en primera instancia, que existe la tendencia a eliminar los incentivos tributarios; y, en segunda instancia, a dejarlos vigentes únicamente para ciertas organizaciones señaladas expresamente por la legislación.

No cabe duda alguna que con este tipo de disposiciones se atenta abiertamente contra el principio de igualdad y se deja abierto el portillo para que se establezcan privilegios odiosos a favor de organizaciones, ya sea creadas por el gobierno, afines a él o cuya actividad sea eminentemente asistencialista, lo que no cubre ni incluye a las actividades dirigidas al desarrollo, a la defensa de los derechos humanos, etc. que son de alto interés social.

En cuanto a los incentivos tributarios dirigidos a las personas físicas o jurídicas que otorguen donaciones a las OSFL, todos los países establecen que éstas pueden eximirse de cierto porcentaje del impuesto a la renta.

En algunos países, no obstante, estas exenciones solo son posibles cuando se conceden a ciertas organizaciones inscritas en las dependencias respectivas.

El hecho de que en Centroamérica se carezca casi completamente de la costumbre o cultura de contribuir a las OSFL puede, en parte, explicarse por lo poco importante que ha representado este estímulo tributario.

Además, debe tomarse en cuenta que existen muchos mecanismos de evasión de impuestos que hacen poco atractivo el incentivo tributario que representa donar a una OSFL.

Una conclusión común que se puede encontrar en cada uno de los siete diagnósticos centroamericanos es que el Derecho no ha respondido al desarrollo de las OSFL.

Mientras que las necesidades de participación son cada vez más claras y concretas, mientras el involucramiento del sector sin fines de lucro es cada vez de mayor importancia para lograr el desarrollo y formar una cultura democrática, las legislaciones continúan ofreciendo, por toda respuesta, unas cuantas disposiciones obsoletas, dispersas e inclusive contradictorias entre sí.

El hecho de que en algunos países se empiece a buscar otras formas jurídicas para organizarse (tales como la figura de la sociedad civil e inclusive de la misma sociedad mercantil) es una clara señal de que los institutos de la asociación y de la fundación requieren ser transformados para que puedan ser verdaderos mecanismos de organización ciudadana.

Es desalentador constatar que la discrecionalidad administrativa sigue siendo la nota predominante para resolver los vacíos legales y para interpretar la legislación. La región ha sido golpeada por el autoritarismo y la arbitrariedad, y dejar espacios abiertos para una excesiva discrecionalidad no hace más que perpetuar ese tipo de modelos que tanto daño hicieron a la región.

Los esfuerzos por proponer nuevas legislaciones ya están en camino. Sectores importantes de la sociedad civil de los distintos países centroamericanos han asumido su deber y derecho de

analizar y formular propuestas, abriendo canales de diálogo con el gobierno y con los parlamentos.

Como se afirma en el diagnóstico de **Panamá** "... una legislación incoherente, anticuada y ambigua (...) brinda en bandeja de plata los elementos mínimos necesarios para que cualquier gobierno, con un interés en restringir la actividad de estas organizaciones, pueda utilizar esas circunstancias para la realización de sus objetivos".

Los diagnósticos centroamericanos dan cuenta de los distintos esfuerzos que se vienen realizando para proponer una nueva legislación.

Así, en Belice se cuenta con un texto en borrador de una Ley de Organizaciones No Gubernamentales (ONG), preparado en el seno de la Asociación Nacional de Agencias para el Desarrollo (ANDA), que establece regulaciones e incentivos dirigidos hacia las ONG, definidas como "...las entidades que contribuyen directa o indirectamente al desarrollo humano sostenible, que son independientes, sin fines de lucro, y que no promueven los objetivos de miembros o individuos sino de la sociedad en general o de sectores en desventaja en particular, y que están registradas bajo esta Ley".

Este proyecto pretende llenar el absoluto vacío que existe en la legislación de ese país, poner freno a la discrecionalidad administrativa, establecer beneficios a favor de las ONG e, igualmente, establecer controles y regulaciones para aquellas organizaciones que opten por los incentivos que la ley otorga.

En Guatemala, además de dos iniciativas de ley que se encuentran archivadas en el Congreso de ese país, un grupo de organizaciones no gubernamentales, reunidas bajo el Foro de Coordinaciones de ONG de Guatemala ha elaborado una Propuesta de Ley de Asociaciones y Fundaciones no Lucrativas.

Esta propuesta intenta "... establecer los requisitos y el procedimiento para la constitución, el funcionamiento, el desarrollo, la disolución y la liquidación de las asociaciones y fundaciones no lucrativas, así como sus organizaciones derivadas".

No obstante, el panorama ahora es incierto, por cuanto una reciente reforma al Código Civil que modifica el proceso de constitución de las asociaciones y descentraliza su registro, pareciera que es la respuesta oficial a la necesidad de contar con una legislación más adecuada y moderna.

Si bien la intención de la reforma aprobada es agilizar el proceso de inscripción de las asociaciones, no resuelve los muchos otros vacíos que quedan pendientes en la legislación guatemalteca.

En El Salvador, con la reciente aprobación de la Ley de Asociaciones y Fundaciones Sin Fines de Lucro muchas organizaciones salvadoreñas han visto frustrado su deseo de contar con una legislación que promueva la organización de la sociedad civil.

En cambio, se cuenta con una ley que si bien pone orden en muchos aspectos, también establece controles excesivos y deja un amplio margen para la discrecionalidad administrativa.

En ese sentido, se han presentado dos demandas de inconstitucionalidad contra más de doce artículos de la Ley que violentan preceptos constitucionales contenidos en la Constitución salvadoreña.

Queda en manos del Poder Judicial de ese país resolver estas demandas y con ello el clamor de las organizaciones de contar con una ley respetuosa de los derechos y las garantías.

En Honduras, la Federación de Organizaciones Privadas de Desarrollo (FOPRIDEH) ha elaborado un Anteproyecto de Ley de Organizaciones para el Desarrollo que se encuentra actualmente en discusión.

Esta propuesta requiere ser analizada por sectores amplios de la sociedad civil organizada hondureña a fin de que cumpla claramente su objetivo de ser una ley moderna que promueva la organización.

En Nicaragua, un grupo importante de organizaciones no gubernamentales elaboraron el Anteproyecto de Ley Especial para Organismos No Gubernamentales de Desarrollo (ONGD), la cual creaba un ordenamiento especial para aquellas OSFL que trabajan especialmente por el desarrollo humano sostenible.

Esta propuesta se encuentra actualmente en estudio, en espera de lograr consensos. De toda suerte, se afirma para el caso de ese país, que es necesario ya sea reformar y reglamentar la Ley de Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro, derogarla y promulgar una nueva ley, o promulgar la Ley especial para ONGD.

En el caso de Costa Rica, un grupo amplio de OSFL ha conformado un comité de estudio y propuestas. Después de un largo proceso de recopilación de legislación y jurisprudencia y de un importante trabajo de incidencia legislativa, se ha llegado a la conclusión de proponer una Ley de Participación Ciudadana, que enmarque el trabajo de las organizaciones civiles en Costa Rica, particularmente de aquellas que persiguen un fin de utilidad pública.

Esta ley, cuyo borrador actualmente se estudia y consulta, pretende crear mecanismos concretos de participación ciudadana, autorregulación y fiscalización de la labor estatal.

La Ley de Participación Ciudadana es un esfuerzo integral y comprehensivo que, no obstante, deja pendiente la necesidad de proponer reformas concretas tanto a la Ley de Fundaciones como a la Ley de Asociaciones y su Reglamento.

Finalmente, en **Panamá** un grupo de organizaciones ha elaborado un borrador de "**Proyecto de Marco Jurídico para las Asociaciones de Derechos Humanos y Desarrollo Integral**".

Similar al caso de Nicaragua y Belice, esta propuesta pretende crear un régimen especial para las asociaciones de derechos humanos y desarrollo integral, en virtud del cual se le otorgan incentivos especiales al lado de requerimientos, también especiales, de rendición de cuentas.

De este rápido recorrido por los borradores de proyectos de ley vigentes en Centroamérica, es posible asegurar que existe un importante movimiento de reflexión y propuesta. Es indudable la necesidad de un marco jurídico congruente con los requerimientos de la región y que promueva la organización de la sociedad civil.

Es muy significativo que existan propuestas serias que parten de los mismos sectores de la sociedad civil organizada, dando cuenta de que se ha asumido una responsabilidad importante de proponer, la cual debe ir "mano a mano" con la creación de espacios de diálogo con el gobierno y otros sectores, tales como el Parlamento y la empresa privada.

Como se afirma en el diagnóstico de Honduras "...las condiciones hoy más que nunca inducen a (un) debate, que más que una 'cacería de brujas' debe concebirse como un diálogo retardado entre las organizaciones de la sociedad civil primero, y luego frente al gobierno, para obtener un marco legislativo concertado y consensuado por los actores involucrados".

Como se observa el tema consultado presenta algunas implicaciones requeridas de análisis y de soluciones legales para hacer frente a la cada vez más vigente actividad de la Sociedad Civil y de sus Organizaciones que como la Cruz Roja, colaboran en acciones sociales de interés público.

Con la pretensión de haber orientado y aclarado su solicitud, me suscribo de usted.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/aai/cch.