

Panamá, 2 de diciembre de 2004.

Licenciado

RODRIGO ESQUIVEL K.

Subdirector General de la Caja de Seguro Social

E. S. D.

Señor Subdirector General:

Me refiero a nota SDG-N-1064-04, fechada 27 de octubre de 2004, en la que se consulta a este despacho lo siguiente:

“Es aplicable el Decreto Ejecutivo No.135 de 18 de octubre de 2001, “Por el cual se regulan las donaciones que reciban las Fundaciones de Interés Público que constituya el Estado”, a una Fundación de interés privado que reciba donaciones de un gobierno extranjero y que parte de estas donaciones, sean destinadas a favor de la Caja de Seguro Social.”

Para efectos de analizar lo consultado, se hace necesario examinar el citado Decreto Ejecutivo No.135 de 18 de octubre de 2001, así como el artículo 64 del Código Civil, que establece las diferentes categorías de personas jurídicas y la conceptualización de las mismas.

Veamos, pues, el contenido del citado Decreto Ejecutivo No.135 que regula las donaciones que reciban las fundaciones de interés público que constituye el Estado, cuyo tenor literal sostiene:

“MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
DECRETO EJECUTIVO No.135
(de 18 de octubre de 2001)

Por el cual se regulan las donaciones que reciban las fundaciones de interés público que constituyen el Estado.

LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA
En uso de sus facultades constitucionales y legales,

CONSIDERANDO

Que las entidades públicas y privadas, tanto nacionales como extranjeras, han manifestado su disposición de donar recursos monetarios al Estado, siempre y

cuando éstos sean destinados únicamente a los fines específicos que el donante y el Estado acuerden.

Que por razón de su afectación a los fines así acordados, los recursos objeto de dichas donaciones no pueden ingresar a la caja común del Tesoro Nacional, ya que, en virtud de lo que disponen los artículos 693 y 1117 del Código Fiscal, los fondos de la caja común no pueden ser (sic) destinados a fines específicos.

Que para garantizar al donante el cumplimiento de la obligación de destinar los fondos objeto de su donación a los fines acordados en cada caso, el Estado recibirá dichos fondos por conductos (sic) de fundaciones de interés público controladas por éste.

Que la transferencia de los fondos objetos de la donación a las referidas fundaciones no supone que tales fondos pierdan su carácter público.

Que es necesario que todos los funcionarios, especialmente los que integren los órganos de cada fundación, tomen nota de que los recursos monetarios de éstas son caudales públicos.

DECRETA

PRIMERO: 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 darle a dichos recursos el destino específico que en cada caso, acuerden el donante y el Estado. (Resalta y subraya este Despacho).

SEGUNDO: El manejo y la 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.

TERCERO: El Órgano Ejecutivo y la Contraloría General de la República comunicarán a cada fundación los fines y destinos específicos que deben darse a los fondos que están (sic) reciban de los respectivos donantes.

CUARTO: Las fundaciones a que se refiere ese (sic) decreto no podrán realizar actividad alguna distinta de la recibir (sic), mantener y erogar los fondos objetos de la donación, con sujeción a las normas mencionadas en el artículo segundo.

QUINTO: Este decreto empezará a regir a partir de su publicación en la Gaceta Oficial.

Dado en la ciudad de Panamá, a los 18 días del mes de octubre de 2001.

COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

(original firmado)
MIREYA MOSCOSO
Presidenta de la República

(original firmado)
NORBERTO DELGADO DURÁN
Ministro de Economía y Finanzas”.

Se desprende del texto copiado, la intención del Órgano Ejecutivo de regular los recursos que a título de donación se transfieran o ingresen al patrimonio de las fundaciones de interés público que constituya el Estado a fin que sean utilizados para fines específicos. Tales recursos quedan sujetos a las normas aplicables a los fondos del Tesoro Nacional como procede con todos los fondos estatales; es decir, que limita sus operaciones de acuerdo al artículo cuarto del instrumento in comento a saber: recibir, mantener y erogar los fondos objeto de la donación sin mencionar otras operaciones comerciales.

Con base en el citado Decreto Ejecutivo No.135, se garantiza la fiscalización de la Contraloría con respecto a las donaciones que reciban la Fundaciones de interés público que constituya el Estado.

En cuanto a la forma en que se reconocen las personas jurídicas en nuestro país, el artículo 64 del Código Civil, las enumera y describe de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 64. Son personas jurídicas:

1. Las entidades políticas creadas por la Constitución o la Ley;
2. Las iglesias, congregaciones, comunidades o asociaciones religiosas;
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; y
6. Las asociaciones civiles o comerciales a las que la ley concede personalidad propia independiente de la 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 de interés público. Por ejemplo el numeral 3) establece como personas jurídicas a “Las corporaciones y fundaciones de interés público creadas o reconocidas por ley especial.”

En cuanto a la naturaleza de las personas jurídicas, consideramos de interés citar los comentarios del tratadista español Manuel Albaladejo, respecto a las diferencias entre las Asociaciones y las Fundaciones.

“Asociaciones y fundaciones. -Según la estructura interna de la organización de que se trate, la persona jurídica puede ser:

- 1°. De tipo asociación, cuando está constituida por una pluralidad de personas (miembros) agrupadas. Rigiéndose normalmente la vida del grupo según la voluntad general de sus componentes y tendiéndose a satisfacer corrientemente un interés común a los mismos, o bien un interés supraindividual. Por ejemplo, una sociedad anónima, un círculo de recreo, una asociación religiosa o científica, etc.
- 2°. De tipo fundación, cuando el ente no está constituido por una unión de personas, sino por una organización de bienes creada por una persona (que en adelante queda fuera de aquél)-fundador- para perseguir el fin que, dentro de los que la ley admite, éste le marque, según las directrices que le fije.”

Respecto a la clasificación que nos ofrece el Código Civil en su artículo 64, el Primer Tribunal Superior de Justicia, mediante la sentencia de 14 de abril de 1994 señaló lo siguiente:

“...La clasificación genérica de personas jurídicas incluye a las personas jurídicas de derecho público, las personas jurídicas de derecho privado y las personas mixtas.

Cada uno de estos tipos de personas jurídicas tiene elementos específicos que permiten su identificación, de acuerdo al concepto del autorizado autor ARTURO VALENCIA ZEA, a saber:

- “1°) La persona jurídica de derecho público: a) es creada mediante acto estatal (Constitución Nacional, leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, etc.); b) es costeada con fondos oficiales; c) es administrada y gobernada mediante órganos públicos o estatales.
- 2°) La persona jurídica de derecho privado: a) es establecida mediante la iniciativa de los particulares (negocio jurídico); b) es costeada con fondos de los particulares; c) es administrada por órganos particulares diferentes de los públicos u oficiales.
- 3°) Como puede observarse, son tres las notas que caracterizan en forma completa a una persona de derecho público y a una de derecho privado: el establecimiento o creación, el patrimonio y los órganos”.

La Ley hace la distinción entre Asociación sin fines lucrativos y Fundación de interés público, verbigracia, en cuanto a la capacidad civil de las personas jurídicas, el artículo 68 establece que las Fundaciones se regularán por las reglas de su constitución, aprobadas por el Poder Ejecutivo. Señala, además, que cuando el fundador no hubiere indicado las reglas que deben gobernar la fundación o aún dándolas sean de imposible aplicación, las mismas serán establecidas por el Poder Ejecutivo. En tanto que, la capacidad civil de las asociaciones sin fines de lucro, se regulará de acuerdo a lo establecido en los Estatutos, los cuales deben ser aprobados previamente por el Poder Ejecutivo.

Según el jurista panameño Gilberto Boutin, las fundaciones de interés privado constituyen "una persona jurídica que tiene por objeto la adquisición de un patrimonio para ser administrado y conservado en función de la voluntad del Fundador. Este instrumento legal nace mediante un acto unilateral de libre disposición que cobra forma jurídica de una donación y opera como un fideicomiso, designando el Fundador determinados beneficiarios en el cual puede ser el Fundador, uno de ellos". Agrega, que el ente fundacional "nace con la incorporación de un patrimonio atribuido a éste que origina la existencia de una persona jurídica, cuya función se limita a actos de mera conservación a favor de los beneficiarios designados en la fundación, o bien, la Fundación puede existir con la variante de que es un instrumento jurídico dotado de un patrimonio basado en una causa de mera liberalidad que tiene como objeto la garantía y conservación de los bienes designados en dicho instrumento."¹

Al respecto, ha dicho la Corte Suprema, que ²en Panamá, las fundaciones de interés privado están reguladas por la Ley 25 de 12 de junio de 1995, reglamentada por el Decreto Ejecutivo No.417 de 8 de agosto de 1995. Como aspectos o elementos sobresalientes de esta reglamentación se destaca, en primer lugar, el modo de constitución de la fundación, que según el artículo 4, puede hacerse mediante documento privado suscrito por el Fundador, cuya firma debe autenticarse por Notario, o directamente ante el Notario del lugar de su constitución, debiéndose en ambos casos cumplir las formalidades que establece la Ley 25 de 1995.

La Ley 25 de 1995 también establece la necesidad de crear un patrimonio de la fundación, destinado exclusivamente a los objetivos o fines previstos en el acta fundacional, el cual podrá ser aumentado por el creador de la fundación (fundador) o por cualquier persona. Al efecto dispone su artículo 10, que una vez que la fundación ha adquirido personalidad jurídica, el fundador o los terceros deberán formalizar a favor de aquella, la transferencia de los bienes que se hubieren obligado a donar y según el artículo 13 (último párrafo), tales transferencias son irrevocables, salvo que en el acto de transferencia se establezca lo contrario.

Con relación a los fines de las fundaciones de interés privado no están taxativamente previstos en la Ley. Puede afirmarse, sin embargo, que éstas persiguen, esencialmente, la administración y protección de un patrimonio que ha de ser distribuido entre quienes figuren como beneficiarios. Cabe anotar, que según el artículo 3 de la Ley citada, las fundaciones no podrán perseguir fines de lucro, salvo ciertas actividades mercantiles no habituales y el ejercicio de los derechos provenientes de los títulos representativos del capital de las sociedades mercantiles que integren el patrimonio de la fundación, siempre

¹ BOUTIN, Gilberto. La Fundación de Interés Privado en el Derecho Panameño y Comparado, Edit. Mizrahi & Pujol, 2da. Edición, 2000, Panamá. págs. 17 y 21.

² SENTENCIA de 13 de Mayo de 2004..
Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala: Tercera de lo Contencioso Administrativo
Ponente: Winston Spadafora Franco
Fecha: 13 de mayo de 2004
Materia: Acción contenciosa administrativa
Viabilidad jurídica

que el producto económico de tales actividades sea dedicado exclusivamente a los fines de la fundación.

En cuanto al régimen legal, el artículo 2 de la Ley 25 de 1995 establece que las Fundaciones se regirán por el acta fundacional y sus reglamentos, así como por dicha Ley y demás disposiciones legales y reglamentarias, sin que le sea aplicable el Título II del Libro I del Código Civil. Además, destaca el hecho que según el artículo 32 de la Ley 25 ibídem, "Las fundaciones constituidas de conformidad con la presente Ley, así como los bienes que integran su patrimonio, podrán trasladarse o someterse a las leyes y jurisdicción de otro país, según disponga el acta fundacional o sus reglamentos".

De los hechos expuestos se infiere, que las fundaciones de interés privado y las fundaciones de interés público están reguladas por instrumentos legales distintos, y su finalidad y objetivos son obviamente de distintas naturaleza. El Dr. Boutin distingue a estas últimas de las fundaciones de interés privado señalando que mientras las primeras tienen un carácter colectivo de interés político y gremial, la segunda tiene un interés de carácter privado y garante de un patrimonio. Agrega, que las primeras tienen por objeto la protección, reorganización y planeamiento tributario familiar interno e internacional, así como individual o corporativo, en tanto que las fundaciones públicas gobernadas por el Código Civil (artículos 64 y siguientes) y complementada por reglas administrativas del Ministerio de Gobierno y Justicia, son de carácter político, ideológico y religioso, que no constituyen un complemento a los servicios de administración y protección de fortuna.³

La pregunta formulada en su Consulta se centra en dilucidar si es aplicable el ut supra citado Decreto Ejecutivo No.135 de 2001, a una fundación de interés privado que recibe donaciones de gobiernos extranjeros y que parte de estas donaciones la quiere destinar a la Caja de Seguro Social, cuya naturaleza es de institución descentralizada pública.

El contenido del Decreto Ejecutivo No.135 de 18 de octubre de 2001, no deja margen a dudas, su finalidad se dirige a resguardar y asegurar el destino específico de los recursos donados a las fundaciones de interés público, según acuerden el donante y la fundación constituida por el Estado. Mientras que en el caso consultado, se trata de una fundación de interés privado que recibe donaciones de gobierno extranjero, y que parte de estas donaciones quiere destinarlas a la Caja de Seguro Social, sobre lo cual consideramos que el destino que le dé ésta a los recursos de que dispone no es competencia del Estado, es su derecho y está en libertad de disponer sobre tales bienes de la forma que desee.

Como hemos visto en el estudio de la problemática presentada, las fundaciones de interés privado son administradas por órganos particulares diferentes de los públicos u oficiales, ya que este tipo de fundación es establecida mediante iniciativa de particulares y con fondos también particulares. En este sentido, sostiene el artículo 2 de la Ley 25 de 12 de junio de 1995, que: **"... las fundaciones de interés privado se regirán por el acta fundacional y sus reglamentos, así como por las disposiciones de esta ley y demás disposiciones legales o reglamentarias que les sean aplicables. A estas fundaciones no se les aplicarán los preceptos del Título II del Libro I del Código Civil."** Es obvio, entonces, que el Decreto Ejecutivo No.135 de 2001, no es aplicable a una fundación de interés privado, dado que su carácter es netamente particular. No

³ Op. Cit. pág. 19.

obstante, el tratamiento que se dé a los recursos que ésta transfiera a un ente estatal es otra cosa.

Es evidente que una fundación de interés privado no puede ser regida por reglas elaboradas para fundaciones de interés público, puesto que su finalidad y objetivos son distintos. Es por eso, que en efecto se justifica su derecho y potestad de disponer de los bienes y recursos de la forma que tenga a bien, siempre que no afecte o contraríe el ordenamiento jurídico.

Lo que debe tenerse claro es el hecho que, las fundaciones de interés privado se rigen por sus estatutos y no por normas de orden público como bien se encuentra establecido en la Ley, lo que sin duda, le permite imponer ciertas condiciones al donatario en relación con los recursos a donar, pero una vez, estos recursos ingresan a una institución pública pasan a formar parte de los caudales públicos de dicha institución, sujetos por tanto a rendición de cuentas y a fiscalización de la Contraloría General de la República como es usual con todos los bienes y fondos manejados por instituciones públicas.

La Caja de Seguro Social, ciertamente es una institución autónoma en lo administrativo, en lo funcional, en lo económico y en lo financiero, pero esto no exime que los fondos que maneje productos de donaciones deban ser controlados y fiscalizados por la Contraloría General de la República como ente fiscalizador de las finanzas públicas a nivel de todo el territorio de la República.

En consecuencia concluimos señalando que toda fundación de interés privado se rige por las normas que señala la ley y que al transferir parte de sus recursos a título de donación a determinada institución pública deberá observar las disposiciones que las regulen, pero así también las normas fiscales relativas a la materia con la finalidad de asegurar el buen uso de los recursos o bienes dados en donación y en salvaguarda de los beneficios sociales que puedan derivarse del acto para bienestar de los sectores que se vean favorecidos.

Lo que no puede obviarse sobre tales recursos son los controles y fiscalizaciones de rigor de la Contraloría General de la República, como garante del buen manejo de las finanzas públicas. Esto es así, ya que al recibir una institución pública, bienes o dineros en concepto de donación, por parte de una fundación de interés privado; tales bienes o dineros pasan a formar parte del erario público, y por tanto, quedan sujetos al régimen jurídico que la Ley establece para los bienes y fondos públicos, sin ninguna restricción o excepción al efecto.

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/16/hf.