



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 12 de mayo de 2006

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Interpuesto por el Licenciado Rodrigo Esquivel, en representación de Fernando Gracia, a título personal y en representación de la **Fundación Mar del Sur**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución 692-2004-DAG del 9 de septiembre de 2004, dictada por el **Contralor General de la República.**

**Contestación
de la demanda.**

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

Acudo a usted con fundamento en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 2000, con la finalidad de contestar la demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Contestación de los hechos de la demanda:

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. foja 10 del expediente judicial).

Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. foja 11 del expediente judicial).

Tercero: No es cierto como se expresa; por tanto, se niega.

Cuarto: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 6 y 7 del expediente judicial).

Quinto: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 19 a 26 reverso del expediente judicial).

Sexto: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 27 a 29 reverso del expediente judicial).

Séptimo: Se acepta lo que consta de fojas 30 y 31 del expediente judicial.

Octavo: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 32 a 35 reverso del expediente judicial).

Noveno: No consta; por tanto, se niega.

Décimo: Es cierto; por tanto, se acepta.

Décimo Primero: No consta; por tanto, se niega. (Artículo 833 del Código Judicial).

Décimo Segundo: No consta; por tanto, se niega. (Artículo 833 del Código Judicial).

Décimo Tercero: No es cierto como se expresa; por tanto, se niega.

Décimo Cuarto: No consta; por tanto se niega.

Décimo Quinto: No es cierto como se expresa; por tanto, se niega.

Décimo Sexto: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 1 y 2 del expediente judicial).

Décimo Séptimo: Es cierto, por tanto, se acepta. (Cfr. fojas 57 a 62 del expediente judicial).

Décimo Octavo: No es cierto como se expresa; por tanto, se niega. (Cfr. foja 63 del expediente judicial).

Décimo Noveno: Es cierto; por tanto, se acepta.

Vigésimo: Se acepta lo que consta en las fojas 64 a 70 del expediente judicial.

Vigésimo Primero: No es un hecho; por tanto, se niega (artículo 833 del Código Judicial).

Vigésimo Segundo: No es un hecho; por tanto se niega.

Vigésimo Tercero: No es un hecho; por tanto se niega. (Artículo 25 de la Ley 33 de 1946).

Vigésimo Cuarto: No es un hecho; por tanto se niega.

Vigésimo Quinto: No es un hecho; por tanto se niega.

Vigésimo Sexto: No es cierto; por tanto se niega. (Cfr. foja 156 del expediente judicial).

II. Disposiciones jurídicas que se aducen violadas y los conceptos de las supuestas violaciones.

A. Se aduce la violación del artículo 1 de la Ley 32 de 1984, que describe la naturaleza de la Contraloría General de la República, su misión y sus funciones.

El apoderado judicial de los demandantes manifiesta que la norma invocada fue violada de manera directa, por comisión, pues el Contralor General de la República no tiene competencia para ordenar la entrega de información u ordenar áuditos a asociaciones o fundaciones de interés privado que no han sido constituidas por el Estado y que no han recibido ni manejado fondos ni bienes del Estado panameño.

B. Se considera infringido el artículo 68 del Código Civil, que establece que la capacidad civil de las fundaciones se regulará por las reglas de su institución aprobadas por el Poder Ejecutivo.

La parte actora sostiene que la norma invocada fue violada de manera directa, por comisión, toda vez que la

Fundación Mar del Sur fue creada bajo el amparo de los preceptos legales que rigen a las personas jurídicas del régimen privado; por consiguiente, durante su vigencia actuó de acuerdo con las reglas aprobadas en el Resuelto 351-PS-180 del 30 de julio de 1998 que le reconoció personería jurídica y aprobó el estatuto de dicha entidad.

Agrega que el Contralor General de la República violó el artículo 68 del Código Civil, porque ordenó entregar o suministrar toda la documentación referente al manejo financiero de Fundación Mar del Sur, el detalle y ubicación de los bienes adquiridos, la procedencia de los recursos financieros manejados por la fundación, el detalle del personal directivo y operativo y el detalle de los recursos donados por el Gobierno de la República China (Taiwán), desconociendo su capacidad civil; máxime cuando la fundación no ha manejado fondos ni bienes públicos del Estado panameño.

C. Se aduce la violación del artículo 69 del Código Civil, que se refiere a las normas que regulan la capacidad civil de las asociaciones de interés privado sin fines de lucro y de las asociaciones civiles y comerciales.

El apoderado judicial de los demandantes manifiesta que la referida disposición legal fue violada de forma directa, por comisión, toda vez que el Contralor General de la República impuso a la Fundación Mar del Sur normas públicas como las de contratación, contabilidad, auditoría y manejo financiero que no le son aplicables, pues la misma

es una fundación de interés privado que se regula por sus estatutos, aprobados por el Órgano Ejecutivo.

D. Se considera infringido el artículo 89 del Código de Comercio, que se refiere a la inviolabilidad de la documentación y la correspondencia de los comerciantes.

La parte actora argumenta que dicha norma legal fue violada de manera directa, por comisión, porque la entidad demandada ordenó la entrega de documentos e información privada de la Fundación Mar del Sur y la auditoría a los fondos donados por el Gobierno de China (Taiwán) que fueron manejados por dicha fundación, cuando la misma se constituyó como una entidad de derecho privado, cuyos documentos tienen el carácter de privados y están protegidos por la garantía consagrada en el artículo 89 del Código de Comercio.

E. Se dice infringido el artículo 34 de la Ley 38 de 2000, que se refiere a los principios de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad, eficacia, debido proceso y legalidad que rigen las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas.

El apoderado judicial de los demandantes manifiesta que el citado artículo fue violado de manera directa, por omisión, toda vez que la Contraloría General no es la autoridad competente para juzgar ni iniciar una investigación en contra de una fundación de interés privado como es la Fundación Mar del Sur, que no ha manejado ni administrado fondos o bienes del Estado, por lo que se viola el principio del debido proceso.

F. Se considera infringido el artículo 48 de la Ley 38 de 2000, que señala los parámetros para el inicio de una actuación material por parte de las entidades públicas, que afecte derechos o intereses legítimos de los particulares.

La parte actora argumenta que esta norma fue violada de manera directa, por omisión, toda vez que la Contraloría General de la República, mediante oficio 1404-2004-DAG/SAG del 9 de agosto de 2004, inició una actuación material que afectó derechos e intereses legítimos de particulares, sin contar con el acto administrativo debidamente motivado que adoptara la decisión de realizar el áudito a los fondos manejados por la Fundación Mar del Sur; por consiguiente, no cumplió con los principios del debido proceso y de legalidad.

G. Se aduce la infracción de los numerales 2 y 4 del artículo 52 de la Ley 38 de 2000, referentes a las causales de nulidad de los actos administrativos.

El apoderado judicial de los demandantes sostiene que los numerales antes mencionados han sido infringidos de manera directa, por comisión, porque la Contraloría General de la República no tenía competencia para ordenar una auditoría a los fondos manejados por la Fundación Mar del Sur, pues se trataba, como se ha venido expresando, de una entidad de interés privado que no ha manejado fondos ni bienes del Estado panameño, lo que causa que el acto impugnado no tenga validez.

III. Descargos de la Procuraduría de la Administración, en representación de los intereses de la institución demandada.

Del análisis de los argumentos expuestos por el demandante y de las normas de derecho que se aducen infringidas, se advierte la existencia de un punto medular sobre el cual descansa la mayor parte de los cargos de ilegalidad expuestos. Este punto consiste en la afirmación de que la Fundación Mar del Sur es una entidad de interés privado que no manejó ni administró bienes o fondos del Estado, por lo que la Contraloría General de la República no era competente para ordenar la entrega de documentos ni la auditoría de los fondos manejados por aquélla. En virtud de esto, la Procuraduría de la Administración inicia su análisis a partir de esa premisa.

La Fundación Panamá Nuevo Canal fue constituida como una entidad sin fines de lucro, tal como consta en el Acta de Fundación fechada 15 de junio de 1998. (Cfr. f. 10 del expediente judicial).

El Presidente interino y Representante Legal de la Fundación Panamá Nuevo Canal, a través de apoderado legal, solicitó el reconocimiento de la personería jurídica, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 64 del Código Civil. (Cfr. fs. 8 y 9 del expediente judicial).

El Ministerio de Gobierno y Justicia, mediante Resuelto 351-PS-180 de 30 de julio de 1998, le otorgó

personería jurídica a la Fundación Panamá Nuevo Canal.
(Cfr. fs. 6 y 7 del expediente judicial)

Posteriormente, mediante la Escritura Pública 3630 del 9 de junio de 2000 se procedió a la inscripción de la misma en el Registro Público de Panamá, conforme consta a ficha C. 16630, documento 125803 de la Sección de Sociedades Comunes del Registro Público, desde el 5 de julio de 2000. (Cfr. fs. 28 vuelta y 85 del expediente judicial).

En la Escritura Pública 6,555 del 8 de noviembre de 2000 consta que fueron reemplazados los miembros de la Junta de Síndicos, tal como quedó inscrito en la ficha C 16630, documento 231286 de la mencionada Sección de Sociedades Comunes, desde el 18 de mayo de 2001. (Cfr. foja 27 a 29 del expediente judicial).

Por medio de la Escritura Pública 4718 del 22 de mayo de 2001 se cambió el nombre de la Fundación Panamá Nuevo Canal a Fundación Mar del Sur. (Cfr. foja 32 a 35 del expediente judicial).

Es preciso resaltar que las fundaciones de interés privado están reguladas por la Ley 25 de 1995, cuyas disposiciones contemplan todos los elementos característicos de este tipo de entidades, entre los cuales destacamos que su personería jurídica se obtiene mediante la inscripción del Acta Fundacional en el Registro Público y no requiere de ninguna otra autorización administrativa para esos efectos, tal como dispone el artículo 9 de la referida Ley.

La doctrina nacional ha señalado que la fundación de interés privado “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. (BOUTIN, Gilberto. **La Fundación de Interés Privado en el Derecho Panameño y Comparado**, Edit. Mizrachi & Pujol, 2da. Edición, 2000, pág. 21) (Lo subrayado es nuestro).

En otras palabras, la figura de la fundación de interés privado ha sido instituida y promovida en nuestro medio jurídico como una forma de proteger activos y administrar patrimonio en beneficio de terceros, lo cual no se compadece con los objetivos filantrópicos y humanitarios para los que fue constituida la Fundación Mar del Sur.

Como se puede apreciar ni los fines ni las formalidades de constitución de la Fundación Mar del Sur coinciden con la naturaleza de una fundación de interés privado, lo cual confirma que se trata de una asociación sin fines de lucro y no de una fundación de aquellas reguladas por la Ley 25 de 1995, como lo afirma de manera equivocada el apoderado judicial de la parte demandante.

Con respecto a la tesis sostenida por la parte actora respecto a que la asociación demandante no manejó fondos o

bienes del Estado panameño, es conveniente analizar el contenido de la Resolución 176 de 13 de junio de 2001 del Ministerio de Salud, que en su tenor expresa:

"...

El Ministro de Salud
en uso de sus facultades legales,

CONSIDERANDO:

Que es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social.

Que mediante Resuelto número trescientos cincuenta y uno- p cinco-ciento ochenta (351-P5-180), con fecha treinta (30) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998), expedida por el Ministerio de Gobierno y Justicia, se reconoce como personería jurídica a la Asociación denominada 'Fundación Panamá Nuevo Canal', la cual se encuentra inscrita en el registro público de Panamá, Departamento Mercantil, en la ficha c-16630, documento 128803.

Que mediante aprobación del Ministerio de Gobierno y Justicia y debidamente inscrita en el Registro Público de Panamá, Departamento Mercantil, ficha c-16630, documento 233196, se reformó el estatuto de la entidad denominada 'Fundación Panamá Nuevo Canal' y se concedió su cambio de nombre a 'Fundación Mar del Sur'.

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 énfasis 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, la cultura, las ciencias y las artes.

Que el Ministerio de Salud ha gestionado ante el Gobierno de la República de China (Taiwán), la obtención de recursos no reembolsables destinado a la ejecución de proyectos para el sector salud, con especial énfasis en la promoción de la salud de la población panameña.

Que el Gobierno de la República de China ha accedido a la solicitud del Ministerio de Salud.

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 con la mayor discreción posible, ya que esta cooperación no se ha generalizado a otros países.

Que el Gobierno de la República de China 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.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Aceptar la designación de la 'Fundación Mar del Sur', para que se ejecuten, con el concurso de la Embajada del Gobierno de la República de China, los proyectos para el sector salud conforme a las especificaciones correspondientes, sin perjuicio del cumplimiento de las normas sanitarias vigentes.

ARTÍCULO SEGUNDO: 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, previo el cumplimiento de los trámites de rigor..." (Lo subrayado es nuestro).

Del texto transcrito, se colige con meridiana claridad la existencia de acuerdos gestionados entre el Gobierno de la República de Panamá, a través del Ministerio de Salud, y el Gobierno de la República de China (Taiwán) para la obtención de recursos no reembolsables dirigidos al sector salud en la República de Panamá.

Igualmente se pone de evidencia en la Resolución 176 antes transcrita, que una de las condiciones presentadas por el Gobierno de Taiwán para la asignación de fondos a Panamá, era que la administración de dichos fondos estuvieran a cargo de una organización no gubernamental (ONG).

De acuerdo con la doctrina, O.N.G. es la "denominación que internacionalmente identifica a las instituciones civiles sin fines de lucro y con objetivos de bien común..." (Cahían, Adolfo. **Derecho de las fundaciones**, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1996, pág.36)

Esta definición se ajusta a las características de las asociaciones sin fines de lucro reguladas por nuestro Código Civil, entre las cuales se encuentra la Fundación Mar del Sur.

De acuerdo con lo dispuesto en la referida resolución, el Gobierno de Panamá propuso como administradora de los fondos a la ONG panameña identificada como "Fundación Mar del Sur". Según se afirma en la citada Resolución, tal propuesta fue aceptada por el Gobierno de Taiwán, por lo que la designación de la Fundación Mar del Sur en calidad de organismo ejecutor de los proyectos correspondientes en el sector salud, en conjunto con la Embajada de China (Taiwán), resulta un hecho irrefutable desde todo punto de vista, de allí que es evidente e indubitable que la Fundación Mar del Sur manejó bienes y recursos del Estado panameño destinados a fines propios de la gestión pública.

En otro orden de ideas, también conviene resaltar lo dispuesto en los numerales 2 y 4 del artículo 280 de la Constitución Política de la República que indican lo siguiente:

"Artículo 280: Son funciones de la Contraloría General de la República, además de las que señale la Ley, las siguientes:

1...

2. Fiscalizar y regular, mediante el control previo o posterior, todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con corrección, según lo establecido en la Ley.

La Contraloría determinará los casos en que ejercerá tanto el control previo como el posterior sobre los actos de manejo, al igual que aquéllos en que solo ejercerá este último.

3...

4. Realizar inspecciones e investigaciones tendientes a determinar la corrección o incorrección de las operaciones que afecten patrimonios públicos y, en su caso, presentar denuncias respectivas."

Esas funciones constitucionales son desarrolladas en la Ley 32 de 1984, orgánica de la Contraloría General de la República, específicamente, en los artículos 2, 11, 17 y 55, que a la letra dicen:

"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, ..."

- o - o -

"Artículo 11: Para el cumplimiento de su misión, la Contraloría General ejercerá las siguientes atribuciones:
1...

2. Fiscalizará, regulará y controlará todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que tales actos se realicen con corrección y según lo establecido en las normas jurídicas respectivas.

La Contraloría determinará los casos en que ejercerá tanto el control previo como el posterior sobre los actos de manejo, el igual que aquellos en que sólo ejercerá este último...

3. Examinará, intervendrá y fenecerá las cuentas de los servidores públicos, entidades o personas que administren, manejen o custodien fondos u otros bienes públicos..."

- o - o -

"Artículo 17: Toda persona que reciba, maneje, custodie o administre fondos o bienes públicos, está en la

obligación de rendir cuentas a la Contraloría General, en la forma y plazo que ésta, mediante reglamento, determine...

...

Es agente de manejo, para los mismos fines, toda persona que sin ser funcionario público recauda, paga dineros de una entidad pública o, en general administra bienes de ésta."

- o - o -

"Artículo 55: ... Son atribuciones del Contralor General, además de las que le asignan la Constitución y otras disposiciones especiales, las siguientes:

a...

...

f. Ordenar investigaciones encaminadas a determinar si la gestión de manejo de fondos y demás bienes públicos se ha realizado de manera correcta y de acuerdo con las normas establecidas.

..." (El subrayado es nuestro)

De la lectura de las normas legales previamente reproducidas en su parte pertinente, puede concluirse con facilidad, que la Contraloría General de la República está plenamente facultada por mandato constitucional y legal para ordenar una auditoría a los fondos del Estado panameño administrados por la Fundación Mar del Sur, así como para ordenar la rendición de informes a ese agente de manejo, a fin de ejercer los controles necesarios sobre la disposición de esos fondos de carácter público.

Por todas las consideraciones expuestas, esta Procuraduría considera que los artículos 1 de la Ley 32 de 1984; 68 y 69 del Código Civil; 89 del Código de Comercio; y 34, 48 y 52 (numerales 2 y 4) de la Ley 38 de 2000, no

han sido infringidos por la Contraloría General de la República como lo expone la parte demandante.

En cuanto a la solicitud de suspensión provisional de la medida dictada por la Contraloría General, debe indicarse que la parte demandante no ha acreditado el notorio e inminente perjuicio o daño que pudiere ocasionarle la ejecución de la medida ordenada mediante la Resolución 692-2004 impugnada. También es importante señalar, que la parte demandante reconoce que la **Fundación Mar del Sur fue disuelta en el año 2001** mediante la Escritura Pública 4218 del 27 de julio de 2004 de la Notaría Segunda del Circuito Notarial de Panamá, según consta en el Registro Público al documento 650348, ficha C-16630 de la sección Mercantil, desde el 3 de agosto de 2004 (cfr. fojas 85 y 98 del expediente judicial), por lo que la misma carece de legitimación para iniciar procesos judiciales.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la improcedencia de la suspensión provisional de medidas, cuando no se acredite previamente los graves daños que se pretenden evitar. Veamos:

“No obstante, la adopción de esta medida cautelar es procedente, previa la comprobación de los hechos que se alegan como causas del o los graves daños que se pretenden evitar.

De este modo, no basta con enunciar de forma general los posibles perjuicios que pudieran derivarse de la vigencia del acto impugnado, sino que es necesario detallarlos y

aportar pruebas, de ser posible, que los comprueben, y aún comprobado lo anterior, su procedencia está condicionada a la apariencia de buen derecho."(Auto de 1 de julio de 2002, José Saldaña Tovar contra la Caja de Seguro Social, con ponencia del Magistrado Hipólito Gill Suazo).

En atención a lo anterior, solicitamos se desestime la solicitud impetrada por el demandante en cuanto a la suspensión provisional de la orden impugnada.

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la Resolución 692-2004-DAG del 9 de septiembre de 2004, dictada por el Contralor General de la República.

IV. Pruebas:

Se objeta la prueba documental identificada con el número 3, porque se trata de una fotocopia simple que vulnera lo dispuesto en el artículo 833 del Código Judicial.

Se objeta la solicitud especial y urgente contenida en las fojas 103 y 104 del expediente judicial, por inconducente, porque le traslada al Tribunal una gestión que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 784 del Código Judicial, le compete efectuar al apoderado judicial de los demandantes como parte en el proceso. (Cfr. Resolución del 13 de marzo de 2006, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Universidad Latina versus Consejo Técnico de Salud).

Se aduce como prueba de la Administración el expediente administrativo adelantado por la Contraloría General de la República en relación con la Fundación Mar del Sur.

V. Derecho: Se niega el invocado por la parte demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, ad-hoc.

OC/ec/mcs