

26 de noviembre de 2002

Viabilidad Jurídica

El Licdo. Luis Palacios en representación del **Contralor General de la República**, ha solicitado a la Sala de lo Contencioso Administrativo se pronuncie sobre la viabilidad jurídica del proyecto de Contrato denominado Protocolo N°2, Acuerdo de Asistencia Técnica entre la Fundación INFOPLAZAS y el **Ministerio de Salud**, el cual se celebra de acuerdo al Convenio Marco de Cooperación efectuado con la **Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología e Innovación (SENACYT)**

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, Contencioso Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia.-

Comparecemos respetuosos, ante el Despacho que Usted preside, con la intención de verter nuestro concepto, en relación a la petición de viabilidad jurídica propuesta por el señor Contralor General de la República, a través de su apoderado legal, tal como se indica en el margen superior.

I. El acto administrativo cuya viabilidad jurídica se solicita:

El Licenciado Luis Palacios, en representación del señor Contralor General de la República, solicita de Vuestra Sala un pronunciamiento en torno a la viabilidad jurídica del proyecto de Contrato denominado Protocolo N°2, Acuerdo de Asistencia Técnica entre la fundación INFOPLAZAS y el Ministerio de Salud, el cual se celebra de acuerdo al Convenio Marco de Cooperación efectuado con la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología e Innovación (SENACYT), que se observa de fojas 1 a 6 del expediente.

II. Antecedentes.

El día 14 de marzo de 2002, el Ministro de Salud y el Presidente y Representante Legal de la Fundación INFOPLAZAS, Gonzalo Córdoba, celebraron el "Protocolo N°2, Acuerdo de Asistencia Técnica entre la Fundación INFOPLAZAS y el Ministerio de Salud, de conformidad al Convenio Marco de Cooperación efectuado con la Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SENACYT)." (Cf. f. 1 a 6)

Este Acuerdo surgió a consecuencia del Convenio Marco de Cooperación y Protocolo N°1 suscrito entre el Ministerio de Salud y la Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SENACYT), firmado el 14 de marzo de 2002; con la finalidad que, la fundación de interés privado sin fines de lucro denominada INFOPLAZAS supervise y coordine el establecimiento de Infoplazas en locales, centros de enseñanza y demás establecimientos del Ministerio de Salud a nivel nacional.

Posteriormente, el señor Contralor General de la República mediante la Nota Núm.1642-Leg. fechada 12 de abril de 2002, devolvió al Secretario Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, Dr. Gonzalo Córdoba, el Proyecto de Acuerdo al Convenio Marco de Cooperación, suscrito entre esa entidad y la Fundación INFOPLAZAS, sin el correspondiente refrendo; pues, a su juicio, el Secretario Nacional de SENACYT no tiene facultad para crear una Fundación de interés privado (INFOPLAZAS), al tenor de lo establecido en la Ley 13 de 15 de abril de 1997. (Cf. f. 33)

El Secretario Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, remitió al Contralor General de la República su opinión respecto a la negativa de Refrendo del Protocolo N°2,

mediante la Nota N°SENACYT-1196-8 fechada 24 de abril de 2002, sustentando que el numeral 4, del artículo 10 de la Ley 13 de 1997, lo faculta para crear los instrumentos necesarios para garantizar la correcta ejecución de los convenios internacionales firmados por nuestro país. (Cf. f. 34 a 37)

El día 20 de mayo de 2002, a través de su apoderado judicial, el Contralor General de la República solicitó a la Sala de lo Contencioso Administrativo, se pronuncie sobre la viabilidad jurídica del proyecto de Contrato denominado Protocolo N°2, Acuerdo de Asistencia Técnica entre la fundación INFOPLAZAS y el **Ministerio de Salud**, el cual se celebra de acuerdo al Convenio Marco de Cooperación efectuado con la **Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación** (SENACYT). El Contralor General de la República fundamenta su pretensión en que la Ley 13 de 15 de abril de 1997, no contiene norma alguna que faculte al Director de la Secretaría de Ciencia, Tecnología e Innovación a crear fundaciones de interés privado, para la ejecución del Plan Estratégico de la Ciencia, Tecnología e Innovación, aprobado por el Consejo de Gabinete.

A su juicio, era el Órgano Ejecutivo, por conducto del Consejo de Gabinete o por una autorización expedida por la Presidenta de la República, con la participación de la Ministra de la Presidencia, que debió crearse la fundación INFOPLAZAS.

Continua expresando que, la Fundación de interés privado INFOPLAZA surge con sustento en la Ley 25 de 12 de junio de 1995; sin embargo, no se le puede enmarcar dentro del concepto establecido en su artículo 1, pues, éste no comprende a las entidades políticas creadas por la

Constitución o por la Ley, ni a las corporaciones y fundaciones de interés público creadas o reconocidas por Ley especial.

Todos los organismos mencionados requieren de una norma jurídica que autorice la creación de una fundación de esta clase. Este presupuesto es aplicable a la Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, ya que no existe una disposición expresa que la autorice para crear fundaciones de interés privado.

Concepto de la Procuraduría de la Administración

Este Despacho comparte el criterio externado por el Contralor General de la República, toda vez que los elementos de prueba aportados con el libelo de demanda evidencian que el Secretario Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, que en adelante denominaremos SENACYT, carece de la facultad jurídica para constituir Fundaciones Privadas sin fines de lucro.

La lectura del expediente judicial nos demuestra que SENACYT, constituyó una Fundación Privada sin fines de lucro denominada "Fundación INFOPLAZAS", con sujeción a lo establecido en la Ley N°25 de 12 de junio de 1995, el día 23 de julio de 1999; cuyo acto fue debidamente protocolizado a través de la Escritura Pública N°4,578 de 23 de julio de 1999, legible de fojas 20 a 32.

Es importante destacar que, previa a la constitución de la Fundación INFOPLAZAS, el SENACYT remitió al Ministro de Economía y Finanzas la Nota N°107-SB-99 de 11 de junio de 1999, en la cual le solicitaba el concepto favorable del Consejo Económico Nacional (CENA), para la creación de una Fundación Privada sin fines de lucro denominada "Fundación

Infoplazas", y el traspaso a ésta, en calidad de Institución Administradora, de los fondos del Programa destinados al proyecto Infoplazas. (Cf. f. 38 y 39)

La referida petición fue acogida por esta entidad ministerial; de suerte que, se procedió al trámite administrativo correspondiente mediante Nota CENA/273 de 22 de junio de 1999, la cual le comunicaba al entonces Ministro de la Presidencia lo que en su parte medular se escribe:

"...por votación unánime, emitió concepto favorable a la solicitud de autorización para que se traspase a la asociación sin fines de lucro denominada 'FUNDACIÓN INFOPLAZAS', una vez esté debidamente constituida y que será manejada por la Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Inversión (sic) (SENACYT), de los fondos del Programa... El monto a traspasar es de B/.1,040,000.00..."
(Cf. f. 40)

Lo expuesto, nos conduce a aseverar que el CENA aprobó el traspaso de fondos por un monto de B/.1,040.000.00, a la SENACYT para los fines establecidos en el Convenio de Préstamo N°1108/OC-PN, suscrito entre el Estado panameño y el Banco Interamericano de Desarrollo (Cf. f. 7 a 16), una vez se creara la Fundación Privada sin fines de lucro denominada INFOPLAZAS.

Sin embargo, estimamos que, en estricto derecho, la Ley N°13 de 15 de abril de 1997, no estipula en ninguno de sus apartes la facultad del SENACYT para crear fundaciones privadas sin fines de lucro; toda vez que, el artículo 15 del Capítulo II denominado "Estructura y Funciones", señala expresamente cuáles son sus atribuciones. Éste dice así:

Artículo 15. El Secretario Nacional es la autoridad principal de la SENACYT y tiene las atribuciones siguientes:

1. Velar por el fiel cumplimiento de los objetivos y funciones de la SENACYT;
2. Dirigir y controlar la buena marcha de la Secretaría Nacional y evaluar las dependencias que las integran;
3. Representar al Presidente de la República ante cualquier instancia nacional o extranjera, referente a las actividades de ciencia, tecnología e innovación;
4. Elaborar el presupuesto de la SENACYT, para su aprobación e inclusión en el Presupuesto General del Estado y velar porque las actividades de ciencia, tecnología e innovación sean debidamente consideradas en cada ejercicio final;
5. Presentar anualmente un informe a la Asamblea Legislativa, sobre el estado de la ciencia, la tecnología y la innovación en el país;
6. Designar las personas que integrarán las comisiones nacionales sectoriales y coordinar su trabajo;
7. Coordinar la articulación del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación;
8. Cumplir cualquier otra función que le señalen la Constitución Política y la Ley."

Si analizamos lo expresado, se observa que dentro de las atribuciones del SENACYT no se encuentra la de crear este tipo de fundaciones, por ende, es incongruente que adquiera de hecho una competencia que no le corresponde; pues, atendiendo al principio de legalidad, es necesario que la Constitución o la Ley le indiquen sus funciones legales.

Cabe recordar que, el artículo 18 de nuestra Carta Magna, estatuye que: "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas

causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas."

El texto ut supra, nos conduce a aseverar que, el Secretario Nacional de la SENACYT debe ceñirse a los parámetros legales establecidos en el artículo 15 de la Ley N°13 de 1997, cuando ejecuta las tareas asignadas; a contrario sensu, incurre en extralimitación de funciones.

En otro orden de ideas, el artículo 1 de la Ley N°25 de 12 de junio de 1995, estipula lo siguiente:

"Artículo 1: Podrán crear una fundación de interés privado de conformidad con las formalidades prescritas en la presente Ley, **una o más personas naturales o jurídicas**, por sí o por medio de terceros..." (El resaltado es nuestro)

Si aplicamos la norma arriba citada al caso sub júdice, evidenciamos que el Secretario Nacional Encargado del SENACYT no podía constituir la Fundación INFOPLAZAS; puesto que, la figura de servidor público no se encuentra enmarcada dentro del concepto persona natural o jurídica a que se refiere la Ley 25 de 1995.

La lectura de los artículos 8 y 14 de la Ley 13 de 1997, demuestra que el Secretario Nacional de la SENACYT está calificado como un servidor público, adscrito al despacho de la Presidencia de la República. Éstos, disponen en su parte medular lo siguiente:

"Artículo 8: Se crea la Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SENACYT), como un Órgano descentralizado, **adscrito al despacho de la Presidencia de la República**". (El resaltado y subraya es nuestra)

- o - o -

"Artículo 14: La Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, será dirigida por el **Secretario Nacional de Ciencia Tecnología e Innovación,**

funcionario de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente de la República..." (El resaltado y subraya es nuestra)

Continuando con este mismo orden de ideas, al revisar la Escritura Pública que protocoliza los Estatutos de la Fundación INFOPLAZAS, visible a foja 22, apreciamos que la iniciativa de crear la aludida fundación fue del Secretario Nacional Encargado del SENACYT. Ésta, indica en su parte medular lo siguiente:

"A los 23 días del mes de junio de 1999, quien suscribe, JULIO ESCOBAR V., varón, panameño, mayor de edad, con cédula de identidad personal No.8-211-2305, **Secretaria (sic) Nacional Encargado de Ciencia, Tecnología e Innovación, por este medio manifiesto mi voluntad de constituir una Fundación Privada sin fines de lucro** denominada FUNDACIÓN INFOPLAZAS, con sujeción a lo dispuesto en la Ley 25 de 12 de junio de 1995..." (El resaltado es nuestro)

Lo anterior, es prueba fehaciente de que el Secretario Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, Encargado, servidor público adscrito al despacho del Ministerio de la Presidencia, constituyó la Fundación Privada sin fines de lucro denominada INFOPLAZAS, a la cual se deben aplicar todas las disposiciones estatuidas en la Ley N°25 de 12 de junio de 1995 "Por la cual se regulan las fundaciones de interés privado"; por consiguiente, a nuestro juicio, esta Fundación no se ajusta a derecho, máxime si el Secretario Nacional de la SENACYT se encontraba inhabilitado para crear una Fundación con carácter privado, dado que la Ley N°13 de 1997, no le dio esa atribución legal.

En consecuencia, opinamos que, si bien, el Ministerio de Economía y Finanzas (CENA) dio su aprobación para traspasar los fondos del programa infoplazas a la Secretaría Nacional

de Ciencia, Tecnología e Innovación, por la suma total de B/.1,040.000.00, una vez creada debidamente la Fundación Privada sin fines de lucro, denominada "Fundación Infoplazas" (confr. Foja 40); esto no indica que dicha acción se ajustó a derecho, pues, para la constitución de la Fundación INFOPLAZAS el Órgano Ejecutivo (Presidenta de la República), debió emitir el instrumento jurídico que creara dicha fundación de interés privado.

Si el Secretario Nacional necesitaba crear una Fundación Privada, debió tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 64, numeral 5, del Código Civil, no así lo establecido en la Ley 25 de 1995, la cual se encuentra reservada exclusivamente para personas naturales o jurídicas (no servidores públicos) que deseen crear fundaciones de interés privado, sin la intervención del Organo Ejecutivo. El artículo 64, numeral 5, del Código Civil es del tenor siguiente:

"Artículo 64. Son personas jurídicas:

...

5. Las asociaciones de interés privado sin fines lucrativos que sean reconocidas por el Poder Ejecutivo; y.."

Para concluir, debemos hacer la salvedad que, el Contrato de Préstamo suscrito entre el Estado panameño y el Banco Interamericano de Desarrollo celebrado el día 25 de septiembre de 1998, no se desvirtúa con la situación que nos ocupa; porque, su contenido no hace referencia a la Fundación Privada sin fines de lucro INFOPLAZAS, a contrario sensu, el mismo ha sido redactado en forma amplia, cuando expresa que "el Prestatario" (la República de Panamá) es el encargado de

la ejecución del Proyecto y será el que utilizará los recursos del financiamiento del Banco. (Cf. f. 9)

De manera que, existe la posibilidad de iniciar los correctivos necesarios para enmendar el error incurrido por SENACYT, con la finalidad que pueda continuar ejecutando los Planes implementados por el Órgano Ejecutivo. Por las consideraciones expuestas, este Despacho solicita respetuosamente a los Señores Magistrados que integran la Honorable Sala Tercera, declaren No Viable Jurídicamente el Protocolo N°2, Acuerdo de Asistencia Técnica, suscrito entre la Fundación INFOPLAZAS y el Ministerio de Salud; puesto que, la Ley N°13 de 1997, no le reconoce al Secretario Nacional de la SENACYT la facultad de crear Fundaciones Privadas sin fines de lucro, sin la autorización del Organo Ejecutivo.

Pruebas: Aceptamos, solamente, los documentos originales y copias debidamente autenticadas conforme a las normas del Código Judicial.

Derecho: Aceptamos el invocado, por la parte demandante.

Señor Magistrado Presidente,

**Licda. Linette Landau
Procuradora de la Administración
(Suplente)**

LL/11/mcs

Licda. Martha García H.
Secretaria General, a.i.

OBSERVACIÓN: HAY IMPEDIMENTO DE LA SRA. PROCURADORA. LOURDES.

Materia:

Fundación Privada sin fines de lucro creada por un servidor público