

LA FUNDACIÓN CIVIL COMO ORGANIZACIÓN JURÍDICA

José Antonio de Chazal P.

I.- INTRODUCCIÓN

Las fundaciones surgen históricamente en el Derecho Romano, aunque de forma muy embrionaria, como sugiere D'Ors: "El antecedente de esta institución se encuentra en dos raíces diferentes, una en el derecho sepulcral donde se generalizó la costumbre de construir amplios recintos funerarios, que se reservaban a determinados descendientes y libertos, para evitar herederos extraños, haciéndolos fiduciarios perpetuos de los terrenos adjuntos con prohibición de enajenarlos. Estas fundaciones sepulcrales sin embargo, no eran concebidas como personas jurídicas, ya que el Derecho Romano no operó sobre la base de conceptos abstractos. La segunda manifestación la constituían las fundaciones benéficas (*piae causae*), aparecidas con posterioridad, que tenían un fin asistencial sin relación con el sepulcro. Se trataba de la adscripción de bienes a una familia o a un municipio garantizando la continuidad de los decuriones del municipio o el propio municipio, que tenía personalidad jurídica e igual que el *populus romanus*."¹

Al principio, en Roma, un ciudadano podía encargar a un heredero el cumplimiento de un fin y para ello destinaba un patrimonio. Generalmente, el donante determinaba el régimen administrativo de la fundación. Ese ente ideal constituía un *corpus* que en realidad era ajeno, tanto a quienes administraban el patrimonio como a los constituidos en beneficiarios del mismo.²

¹ D'ORS Alvaro, cita de jurisprudencia española y autores varios.

² LOUZAN DE SOLIMANO Nelly, Curso de historia e instituciones del Derecho Romano, Editorial Belgrano, Buenos Aires, 1993, p. 150

Sostienen los autores que el Derecho Romano “no perfiló bien la figura de las fundaciones *-universitates rerum-* quedando esta misión encomendada al Derecho Canónico; pero es cierto que algunos establecimientos *piae causae* eran ya reconocidos en Roma, singularmente los de beneficencia e instrucción.”³

El cristianismo favoreció las fundaciones a favor de la Iglesia, y la doctrina canónica potenció extraordinariamente el desarrollo de las mismas, dado el hecho que se asignó como objetivo de la actividad humana la caridad en sí misma, propugnando el reconocimiento de la personalidad a la *ecclesia*, a la *universitas*, al *corpus* y a todo tipo de instituciones benéficas y asistenciales. Aunque no se elabora una categoría dogmática de persona se le atribuye efectos jurídicos y económicos.⁴ Bonfante sostiene que “las fundaciones son un resultado genuino del cristianismo, una emanación de la caridad, que tuvieron por objeto fines de beneficencia y de piedad.”⁵ Por esa razón los canonistas y moralistas durante la Edad Media teorizaron sobre ellas; además que en este período histórico pudo alcanzar un desarrollo sorprendente frente a otras instituciones jurídicas, por la inexistencia misma y/o la virtual debilidad del Estado,⁶ como ente, extendiéndose no sólo a fines benéficos y de instrucción, sino también a la incipiente actividad académica de las primeras universidades.

Una nota interesante por su valor en el contexto histórico, cita que “las universidades en su origen eran verdaderas corporaciones de profesores y de alumnos, según los países; y en los tiempos modernos tienden sin cesar a convertirse en fundaciones.”⁷ Naturalmente que la referencia que se hace

³ PUIG PEÑA Federico, Tratado de Derecho Civil Español, T. I., vol. II, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 265.

⁴ O CALLAGHAN M. y PEDREIRA A., Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial, Vol. I, Editorial CERA S.A., Madrid, 1993, p. 441.

⁵ BONFANTE Pedro, Instituciones de Derecho Romano, Madrid, 1951, p. 69

⁶ El término de Estado Nacional, en el concepto sistematizado moderno, fue instituido por Maquiavelo, ante la necesidad de lograr una entidad supraindividual que se ocupe de atender la organización de la comunidad, repartida en múltiples reinos y principados de la Edad Media, y fortalecer el poder político frente al poder omnimodo de la Iglesia.

⁷ SAVIGNY, cita de CLARO SOLAR Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo V, Ed. Temis, Santiago de Chile, 1992, p. 464

es, sin duda alguna, relativa a las universidades privadas,⁸ ya que las públicas tuvieron y tienen una estructura autónoma distinta, sujeta al Derecho Público, con régimen especial y soporte (o subvención) económico-financiera del Estado.

En conclusión, fundación significa el acto por el cual se trae a la vida o se establece o erige algo, y también significa la institución misma. Si esta institución se manifiesta por un organismo social más o menos perfeccionado o permanente puesto al servicio de ella para la aplicación de los medios a sus fines, y en tal sentido es reconocida por el derecho objetivo con capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, entonces tenemos la presencia de la fundación en calidad de persona jurídica. Von Thur la define como aquella organización que, teniendo por objeto la consecución de un fin definitivamente establecido, goza de capacidad jurídica. Gierke dice que las fundaciones tienen un alma: la voluntad del fundador (o de los fundadores), y un cuerpo, que es el organismo por el cual una o varias personas se ponen al servicio de aquella voluntad específica, de modo tal que cuerpo y alma integran la personalidad total cuando el derecho objetivo les da categoría de personas.⁹

II.- LA FUNDACIÓN COMO ORGANIZACIÓN JURÍDICA

En términos amplios, "la fundación es la organización dotada de personalidad jurídica y constituida por una persona (fundador) para cumplir de forma permanente un fin determinado de interés general, establecido por el fundador, con ayuda de un patrimonio destinado a ello."¹⁰

⁸ Una experiencia muy interesante y demostrativa es el caso de la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra -UPSA, que inició sus actividades como fundación sin fines de lucro (la Fundación Santa Cruz de la Sierra), con un fondo patrimonial aportado por el ente fundador la Cámara de Industria y Comercio de Santa Cruz, de alrededor de treinta mil dólares americanos y con las donaciones de algunos empresarios en especie (libros, mobiliario, etc.), fueron el punto de partida de la entidad, la cual, al cabo de algunos años, en 1999, posee un patrimonio (valor en libros) muy significativo.

⁹ PUJG PEÑA Federico, Tratado de Derecho Civil Español, T. I, Vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 265

¹⁰ CLARO SOLAR Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo V, Ed. Temis, Santiago de Chile, 1992, p. 438.

La fundación, como organización, realiza fines altruistas mediante la afectación patrimonial no lucrativa, con capacidad derivada de su calidad de *sujeto de derecho*. Carranza cita conceptualmente que la fundación es una organización para la realización de determinados fines, *reconocida* como sujeto de derecho y que no consiste en una unión de personas.¹¹ Otros, como Carbonnier, prefieren subrayar el rasgo de la *perpetuidad* que caracteriza a la dotación patrimonial de la fundación, como una aplicación concreta de las relaciones entre el tiempo y el derecho,¹² ya que la cuestión de la personalidad jurídica referida al tiempo implica el reconocimiento del ordenamiento a una entidad que permanece frente a la temporalidad de la existencia del ser humano.¹³

En una visión muy peculiar, Peter Drucker sostiene que, en general, la organización sin fines de lucro existe para generar un cambio en los individuos y la sociedad. Ella no se limita a prestar un servicio comunitario: quiere que el usuario final no sea un consumidor, sino un participante activo, que haga algo. Se vale de un servicio social para provocar un cambio en el ser humano.¹⁴ En esta idea se apoya para establecer el grado de importancia que tienen en la comunidad, y la distinción evidente que surge con las organizaciones estatales, cuya misión y naturaleza difiere, así como el régimen jurídico-normativo, de las fundaciones y asociaciones no lucrativas.

En definitiva, modernamente se subraya en la fundación el hecho concreto de la existencia de una estructura o aparato organizativo que se "corporiza jurídicamente en persona ideal."¹⁵ Spota, dice que por fundación debemos

¹¹ CARRANZA A. Jorge, Las fundaciones en el Derecho Privado, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 9

¹² CARBONNIER Jean, Derecho Civil, Tomo I, vol. I, Bosch, Barcelona, 1960, p. 335

¹³ Un concepto importante que debe incorporarse al análisis es el referido a las normas jurídicas y su tendencia ordenadora de la conducta humana, traducida en acciones y actividades externas, que trascienden y se manifiestan. "El objeto del Derecho es conseguir el orden social y por lo tanto tiene que regular las relaciones entre los hombres y no su conciencia íntima." (VINOGRADOFF Paul, Introducción al Derecho, Fondo de Cultura Económica, Chile, 1994, p. 43) Las organizaciones tienden precisamente a adecuarse, en la medida de su estructura jurídica, a los condicionamientos establecidos por las normas jurídicas, lo que evidencia fehacientemente el hecho de que no sólo las personas individuales, sino también las colectivas, están reguladas y normadas por el Derecho. El caso típico de las fundaciones está, también, presente en esa dirección, considerando los requisitos fundamentales ya señalados de afectación patrimonial a un propósito no lucrativo y de utilidad social o pública.

¹⁴ véase: DRUCKER Peter, Dirección de instituciones sin fines de lucro, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1992, p. 11- 57

¹⁵ CARRANZA A. Jorge, ob. cit., p. 10

entender aquella organización de medios para alcanzar un fin, conforme a la voluntad del fundador y que el Derecho objetivo eleva a la condición de sujeto jurídico.¹⁶

III.- NATURALEZA JURÍDICA DE LAS FUNDACIONES

Para precisar la naturaleza jurídica de la fundación, se hace necesario puntualizar sus líneas de separación con el resto de las personas jurídicas. Ya Savigny apuntó las diferencias y la distinción más clásica fue ampliamente desarrollada por Gierke que pone énfasis en la especial caracterización, basada en el patrimonio consagrado a un fin, que es precisamente el centro vital de su accionar, que produce consecuencias singulares, entre ellas, que la voluntad que gobierna las fundaciones está fuera de las mismas porque su administración está basada esencialmente en la voluntad del fundador.

La naturaleza jurídica determina la identidad propia de las fundaciones en el ámbito del Derecho. No son entidades constituidas por personas, sino por elementos de orden patrimonial. La esencia de toda fundación es su estructura patrimonial dedicada a una actividad concreta, socialmente útil que no reviste lucro ni atribuye derechos diferenciales por razón de aporte a quienes integraron su patrimonio.

Para aclarar más este punto, en las sociedades comerciales, por ejemplo, los derechos de los socios están en función del monto de sus aportes o del capital de la misma. En las fundaciones no ocurre esa figura y, por el contrario, el interés social-comunitario es el que prevalece por encima del de los donantes o aportantes.

Específicamente, es preciso resaltar que por la naturaleza de la cooperación humana, los individuos que se asocian, forman o dan nacimiento a una entidad colectiva para realizar un fin de utilidad personal, con ánimo de lucro

¹⁶ ver: SPOTA Alberto G., Tratado de Derecho Civil, T. I., Parte General, Vol. 34, Depalma, Buenos Aires, p. 795.- También en Carranza A. Jorge, ob. cit., p. 10

(sociedades comerciales) o sin él (asociaciones intelectuales, artísticas, culturales o científicas), tienen un interés especial que los agrupa dado que ellos mismos son los beneficiarios. En la fundación, a diferencia de esas organizaciones, se persigue la realización de fines de interés o beneficencia pública que pueden ser completamente ajenos al o los fundadores y/o a los administradores: los beneficiarios son terceras personas que no participan necesariamente en su constitución ni en su administración.¹⁷

En muchas legislaciones se considera a las fundaciones como “establecimientos de utilidad pública,” precisamente porque en ese concepto se basan para determinar su naturaleza jurídica y para identificarlas en el contexto general de las personas jurídicas colectivas. Borda, señala que las fundaciones son creadas con un fin altruista y dotadas de un patrimonio para su funcionamiento,¹⁸ con lo que caracteriza el propósito original de tales entidades que no sólo debe ser el origen sino el motivo permanente de su accionar, para calificar la identidad no lucrativa, o sea, desarrollar sus actividades al margen de aquella especulación¹⁹ propia de la iniciativa empresarial.

Se ha debatido doctrinalmente si la naturaleza jurídica y el derecho de constitución de una fundación constituyen una expresión del derecho de personalidad o una manifestación del derecho de propiedad. Los juristas, en su mayoría, consideran a la fundación como aquella persona jurídica colectiva constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores, a un fin de interés general, no lucrativo y de características peculiares.

Este último concepto obedece al hecho que toda fundación, aunque su naturaleza corresponde al Derecho Privado, sus fines y objetivos trascienden

¹⁷ Para abundar más: véase CLARO SOLAR Luis, ob. cit., p. 461- 464.

¹⁸ BORDA Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Parte General, Perrot, Buenos Aires, 1984, p.600.

¹⁹ el término idiomático “especulación” se utiliza en el concepto que Von Mises identifica claramente cuando expresa que el empresario, como todo hombre que actúa es siempre un especulador. Pondera circunstancias futuras, y por ello, invariablemente inciertas. El éxito o fracaso de sus operaciones depende de la justeza con que haya discernido tales inciertos eventos.

y se convierten en interés público, lo que determina una especial y *sui generis* incorporación al ámbito del Derecho Público.

Bajo las distintas manifestaciones doctrinales, en la discusión acerca del verdadero sustrato de las fundaciones, von Ihering sostiene que la base de estas entidades está conformada por los destinatarios, es decir por las personas beneficiadas con ella. Von Gierke cree que es la voluntad del fundador la que determina el sujeto de derecho, voluntad que pervive y continúa aún después de la muerte del fundador. Para otros, las fundaciones son simplemente patrimonios afectados a un fin general, y finalmente, Savigny plantea que la personalidad jurídica de la fundación reside en la finalidad a que ella se dedica.²⁰

3.1. El interés público de las fundaciones

El carácter público del fin perseguido por las fundaciones denota el interés colectivo de las mismas. Este consiste en que la actividad debe redundar en favor de beneficiarios personalmente indeterminados. El interés público "conduce hacia un destinatario colectivo, esto es, identificado con la sociedad. No olvidemos que la fundación encierra una liberalidad social y la expresión jurídica adecuada de ese destino social está, paradójicamente, en la indeterminación del destinatario individual. Interés público es el que puede afectar y ser compartible por cualquiera. En esto consiste la despersonalización del beneficio que concede la fundación. Se ofrece no por determinación individualizada *a priori*, sino a quien se encuentre en una cierta circunstancia que puede ser asumida por cualquiera."²¹

Se dice que la finalidad socialmente útil no debe verse alterada por el hecho de que la entidad de que se trate obtenga rentas para su mantenimiento. Esto ha dado lugar a una serie de suspicacias por

²⁰ PACHECO Máximo, ob. cit., p. 112

²¹ O Callaghan y Pedreira A., ob. cit., p.439

parte de los órganos de control, y también por los recaudadores de impuestos, que confunden cómo se obtienen los recursos con el destino que se les da para el cumplimiento de los fines de la fundación. “Una cosa es el modo en que una fundación obtiene los recursos y otra es el modo en que esa fundación los aplica a los fines específicos para los cuales fue creada.”²²

En síntesis, debe quedar claro que “el patrimonio de la fundación puede originarse de cualquier negocio o transacción jurídica lícita, de modo que puede llevar a cabo actividades mercantiles en forma no habitual o ejercer derechos provenientes de acciones o títulos valores que formen parte de su patrimonio, siempre que el resultado o producto económico de tales actividades sea destinado exclusivamente para los fines de interés de la fundación.”²³

3.2. Control y supervisión de las fundaciones

Muchas legislaciones, contemplan órganos públicos competentes encargados de precautelar el destino patrimonial de las fundaciones. En la legislación nacional las fundaciones están sometidas a la *vigilancia* del Ministerio Público, institución que representa a la sociedad y al Estado, y tiene por finalidad constitucional promover la acción de la justicia, defender la legalidad, los intereses del Estado y la sociedad, conforme a lo establecido por las leyes.

Semánticamente, se entiende por *vigilancia* el cuidado atento y la acción de velar a cargo de alguien. En este caso, el Ministerio Público debe velar por que se cumplan los fines y objetivos de la fundación, que el destino patrimonial sea el adecuado y que, en ningún caso y

²² FRIZ Isabel, Tratamiento impositivo de las fundaciones en Argentina, Universidad de Buenos Aires, I Encuentro de las Fundaciones del MERCOSUR, Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul, Brasil, marzo, 1997, p. 95

²³ RAGAZZI Guillermo Enrique, Las Entidades civiles no gubernamentales y el foro consultivo económico-social del MERCOSUR, PUCRS, Brasil, marzo, 1997, pág. 34

bajo ninguna circunstancia, se altere la naturaleza no lucrativa y el servicio de interés social, cultural, educativo o público de la institución.

La fundación nace jurídicamente, de un acto de Derecho Privado consistente en la voluntad de disposición de bienes que realiza el fundador o fundadores, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera.²⁴ Por ello, el interés público expresado en un órgano de Derecho Público, es justificado al precautelar aquellos elementos de gestión patrimonial necesarios para el cumplimiento de dichos fines.

Y esto no es lo único, ya que las fundaciones, por su esencia de servicio e interés social, están exentas de algunas cargas impositivas: a) al *patrimonio*, por ser éste el sentido de su existencia y la garantía de su accionar; b) a las *utilidades*, debido precisamente, a su condición no lucrativa y a la inexistencia de derechos expectáticos de eventuales miembros aportantes.

En materia tributaria el tratamiento especial que se aplica a las fundaciones tiene su razón de ser en el interés público y en la función altruista o de servicio comunitario. La realidad demuestra que las fundaciones prestan un servicio importante en labores que contribuyen a la acción del Estado, sin costo para éste y, en la mayoría de los casos, con mayor eficiencia y con mayor impacto para beneficio de los ciudadanos.

La percepción actual y muy común es que las fundaciones tienen el poder mágico para captar recursos, como si fuera una nueva versión de la *piedra filosofal*. Se cree -erróneamente por cierto- que basta crear una fundación para tener abiertas las puertas a las donaciones y a la cooperación internacional, al margen de ciertos "beneficios" en

²⁴ O CALLAGHAN M. y PEDREIRA A., ob. cit., p. 439

el orden tributario. La realidad evidencia que esto es distinto, precisamente porque el patrimonio destinado, vía una liberalidad (acto entre vivos o *mortis causa*), tiene un propósito de naturaleza pública, donde dicho patrimonio está afectado con carácter de perpetuidad o duración indefinida al cumplimiento de los fines y objetivos previstos estatutariamente.

No se puede obtener beneficios particulares de la fundación, ya que los mecanismos administrativos y de orden legal no lo permiten. Conforme se ha dicho antes, las exenciones impositivas están referidas al patrimonio y a las utilidades. Si no se invierte patrimonialmente y si se evidencia superávit de gestión distribuido de alguna forma entre los aportantes y/o donantes, el Ministerio Público, además de la Renta, tienen la misión de actuar. El Código Penal Boliviano tipifica y sanciona tales conductas antijurídicas: sociedades o asociaciones ficticias, evasión de impuestos, estafa y otros.

() José Antonio de Chazal P., abogado, autor de 15 libros de Derecho Empresarial, Laboral, Constitucional y Civil. Fue Presidente de la Confederación de Profesionales de Bolivia, Presidente de la Fundación Libertad, Democracia y Desarrollo y Presidente de la Asociación Nacional de Universidades Privadas de Bolivia.*