

EL CONCEPTO FUNDACIONAL ANALIZADO A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO CONTEMPORÁNEO IBEROAMERICANO

*Oriester Abarca Hernández**

RESUMEN

Se comparan diversas legislaciones iberoamericanas con el objetivo de resaltar los elementos comunes, así como las principales diferencias en el tratamiento del instituto jurídico de la “fundación”.

Palabras clave: Fundación, derecho civil

ABSTRACT

Several Latin American legislations are compared with the purpose of highlighting their common elements, as well as the main differences in the management of their foundation’s juridical concept.

Key words: Foundation, Civil Law

* Universidad de Costa Rica - Sede del Pacífico.
oabarca@srp.ucr.ac.cr

Introducción

El presente artículo analiza algunos aspectos esenciales para la comprensión de la categoría fundacional en el Derecho iberoamericano. Se parte de una comparación de la legislación de varios países sobre la materia. Como se verá, las normas no son uniformes, aunque se pueden encontrar similitudes en relación con algunos extremos y, claro está, existe un núcleo común, herencia del Derecho justiniano y del Derecho Canónico medieval, que da identidad al instituto jurídico.

Naturaleza jurídica

Una primera forma de definir la fundación es por *vía negativa*, al estilo tomista. La fundación en el derecho actual no es una corporación, es decir, no es una persona jurídica que surja a la vida por la reunión de varias personas físicas o jurídicas que se organizan como entidad. La corporación, en cambio, tiene su razón de ser en la agrupación de personas que son sus afiliados.

Al respecto expone Manavella (1997: 144):

“En la personas jurídicas de tipo asociativo predomina el elemento *subjetivo*, ya que los sujetos agrupados constituyen el elemento primordial; tal como sucede en las sociedades –civiles o comerciales- y en las asociaciones propiamente dichas, en donde la voluntad de los socios o asociados se manifiesta no sólo al momento de su constitución, sino también durante su desarrollo. En cambio, en las personas jurídicas de tipo fundacional –fundaciones- prevalece el *elemento objetivo* –patrimonial-, ya que los fundadores, una vez manifestada su voluntad de afectar un patrimonio a un fin altruista, se desprenden de su administración. En este sentido, las fundaciones constituyen un tipo específico de persona jurídica donde el elemento patrimonial constituye el centro conceptual.”

En todos los ordenamientos se reconoce que la fundación es una entidad *sin fines de lucro*, aunque también se acepta que pueda realizar actividades comerciales exclusivamente para apoyar sus cometidos, como actividad instrumental y no sustantiva.

El hecho de que la fundación sea una entidad de naturaleza *privada* pero con limitación en cuanto a sus fines (que deben ser necesariamente de utilidad pública e invariables) hace que se localice en una zona gris entre el Derecho Público y el Privado, o específicamente, entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil (Manavella, 1997: 149).

En la legislación española, según el art. 1.1 de la *Ley 30/1994*, las fundaciones son

“... organizaciones constituidas sin ánimo de lucro, que por voluntad de sus creadores tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”.

Esta definición supera la tradicional concepción de las fundaciones como patrimonios destinados al logro de fines de interés general, pues coloca el énfasis en la organización, que es lo que el ordenamiento jurídico personifica.

Expresa Piñar Mañas (1997: 237):

“... como ya había sido puesto de relieve por la doctrina europea, especialmente la alemana, las fundaciones no son patrimonios destinados a fines de interés general, sino *organizaciones creadas para destinar patrimonios a la realización de esos fines de interés general.*” (subrayado del original)

En Perú donde al igual que en España se ha dado un notable desarrollo jurídico de la figura, el Código Civil en su art. 99 define a la fundación de la siguiente manera:

“Artículo 99. La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de

uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social.”

De este modo se asume la fundación como

“... una organización de personas que administra el patrimonio afectado por el fundador y no una masa de bienes a la cual se le confiere personalidad jurídica.” (Hormazábal y Vega Mere, 1997: 421)

No obstante, para no inducir a error y para no justificar los yerros que en la práctica cotidiana se observan en Costa Rica, debe tenerse en cuenta lo siguiente: el sustrato en las fundaciones es el patrimonio que se afecta de manera permanente o duradera a un fin; para administrarlo se crea una organización; además, una vez constituida la fundación, el fundador no puede intervenir ni modificar por sí mismo sus fines y reglas, dadas por él en el acto de constitución. Como corolario, tampoco pueden los administradores de la fundación modificar o cambiar los fines y reglas establecidas por el fundador. Dado lo anterior, es claro que la fundación carece de socios, patronos, asambleístas, afiliados, o –menos aún– dueños, que puedan pretender derivar un derecho a determinar los fines de la fundación ya constituida o a pretender la titularidad de manera directa o representativa de los bienes y derechos propiedad de la fundación¹. En la fundación la organización sólo es y puede ser de administradores pues a ella se le reconoce personalidad jurídica de base no asociativa.

El negocio fundacional

De acuerdo con Etcheverry (1995: 72) el negocio fundacional debe comprender la organización de los siguientes factores:

“a) la materialización de la idea o voluntad del fundador; b) la determinación del patrimonio, que puede estar compuesto por bienes de distinto tipo, y su traspaso a la nueva persona a crearse; c) el establecimiento del objeto concreto de esa persona jurídica; d) la vertebración del ente, dotándolo de una organización que permita operarlo con eficiencia.”

Para Manavella el negocio fundacional es aquel mediante el cual el fundador, persona física o jurídica, en escritura pública o testamento, declara su voluntad unilateral, no recepticia e irrevocable de proceder a afectar un patrimonio a un fin altruista o de interés social de un modo permanente y estable.

Son tres los elementos constitutivos *sustantivos*² de la fundación: *la dotación*-conjunto de los bienes que comprende la afectación-, *el fin altruista*-fin desinteresado y de interés público- y *la organización*-que permite administrar y representar esos bienes-. (Manavella, 1997: 149) En igual sentido, Valera Agundez (1969: 91) considera que son tres los elementos que integran la figura fundacional: el *fin*, el *patrimonio* y la *organización*.

Naturaleza de los fines fundacionales

Históricamente, la fundación nace como un patrimonio destinado a la realización de un fin social, de interés común o utilidad general, por lo que no es la regla que los ordenamientos jurídicos permitan las fundaciones de interés particular.

En Iberoamérica los únicos ordenamientos que permiten que se constituyan fundaciones de interés particular son Brasil y Ecuador, aunque también en Costa Rica ha existido el criterio registral de permitir que fundaciones constituidas para el logro de objetivos específicos o

inmediatos -que Manavella (1997: 547) llama *ad hoc*-, sean inscritas.

El que los fines de la fundación sean de bien común surge de la definición misma que los diferentes ordenamientos dan del concepto de fundación. Así por ejemplo en Paraguay el art. 124 del *Código Civil* establece:

“La fundación se constituye por la voluntad de una o más personas que destinan a perpetuidad determinados bienes para la creación de una entidad con fines de bien común.”

En México el art. 50 de la *Ley de Instituciones de Asistencia Privada del Distrito Federal* define a las fundaciones como “...las personas morales que se constituyan mediante afectación de bienes de propiedad privada destinados a la realización de actos de asistencia.” Por su parte los artículos 157 y 188 del Código Civil portugués definen a las fundaciones como “*peçoas colectivas de interesse social*”. En sentido similar se expresan el artículo 1 de la Ley de Fundaciones de Argentina (Ley Nacional No. 19836 del año 1972), los arts. 19 y 20 del Código Civil de Venezuela y el art. 562 del Código Civil de Chile.

En España el control sobre la naturaleza de los fines es tal que incluso se exige que se cuente con un informe previo del Protectorado que determine que los fines propuestos son de interés general, de lo contrario no se admite la inscripción de la fundación en el respectivo Registro. Se entiende que el fin es de interés general cuando no constituye delito y no es particular. Tal requisito se deriva del art. 34 inciso 1 de la Constitución Política española de 1978 que establece que se reconoce el derecho de fundación para “*fines de interés general*” y del art. 2 inciso 2 de la Ley 30/1994, el cual indica que la finalidad fundacional “... debe beneficiar a colectividades genéricas de personas”.

Inter Sedes

Señalan Esguerra y Molina Grau (1997: 119) en relación con las fundaciones:

“Es esencial a éstas que el fin que se proponen tenga carácter de bien social en sentido estricto. En las corporaciones puede que ello ocurra, pero también es jurídicamente factible que el beneficio social, extraeconómico pueda contraerse a los asociados, o a un gremio o grupo social en particular.”

Por otra parte, existe unanimidad en los ordenamientos en que el fin debe ser no lucrativo, pero se acepta que las fundaciones puedan realizar actividades comerciales por conexidad, es decir, para el cumplimiento de los objetivos propuestos.

Los fines no sólo deben ser de bien común o utilidad pública sino que deben ser lícitos, determinados o determinables y posibles, pues de lo contrario sobreviene la extinción de la fundación, como es el caso en Paraguay o en Guatemala. Específicamente expresa el art. 131 del Código Civil paraguayo:

“Artículo 131: Si los fines de la fundación se volvieren imposibles o su cumplimiento afectare el interés público, o su patrimonio resultare insuficiente, el Poder Ejecutivo podrá dar a la fundación otra finalidad o decretar su extinción.”

Una norma similar existe en el Derecho guatemalteco, donde el art. 21 del Código Civil dispone:

“... si el fin de la fundación no fuere realizable o si resultaren insuficientes los bienes para la finalidad propuesta, o se hiciera oneroso su mantenimiento, probadas estas circunstancias ante el juez de Primera Instancia competente, será incorporado el patrimonio de la fundación a otra institución que persiga fines análogos, salvo lo que a este respecto hubiere dispuesto el fundador.”

La dotación

De máxima relevancia debe considerarse en el negocio fundacional la

particular naturaleza del acto de constitución, que es simultáneo al de dotación (no puede diferirse la realización del aporte patrimonial). Por lo dicho, no debería considerarse la posibilidad de constituir fundaciones con dotaciones simbólicas, pues de esa manera se desnaturaliza la figura y en muchos casos lo que se busca es el reconocimiento de la personalidad jurídica para fines diferentes a los que debe representar la fundación (por ejemplo, acogerse a un régimen de exoneración fiscal, poseer una persona jurídica que realice funciones de administración pública encubierta trabajando exclusivamente con recursos y activos del Estado, organizar una empresa comercial –y por tanto con fines de lucro– con apariencia de entidad no lucrativa, etc.).

Una fundación no puede nacer a la vida jurídica sin un patrimonio, a diferencia de lo que ocurre con una asociación. A las organizaciones de tipo corporativo no les resulta esencial la titularidad del derecho de dominio para constituirse, lo cual no significa que no sea necesario para cumplir sus fines. Afirman Esguerra y Molina Grau (1997: 118):

“En tanto que en el seno de la corporación se encuentra la voluntad de los asociados, esa voluntad goza de los atributos jurídicos adecuados para disponer en cualquier momento, posterior a su nacimiento, lo conveniente para la dotación de los bienes o recursos necesarios.

El sustrato de la fundación, en cambio, es la realización efectiva de un fin. Es de su esencia que desde el origen mismo se produzca una destinación de bienes para el cumplimiento de aquél y que, por virtud de tal destinación, esos bienes se incorporen directamente a su patrimonio.”

La legislación de varios países, entre ellos la argentina (art. 2 de la Ley 19836 de 15 de setiembre de 1972) establece

como requisito *sine qua non* para inscribir la fundación (es decir, para su existencia jurídica), “... *que el patrimonio posibilite razonablemente el cumplimiento de los fines propuestos.*”

Una tesis contraria sostiene González Esquivel (1965: 7), siguiendo a Stintzing, en el sentido de que el patrimonio es un medio de desarrollo de la actividad del ente pero no un requisito constitutivo de su existencia como persona jurídica. Es decir, según González Esquivel debe distinguirse el acto de creación de la persona de la disposición patrimonial, pudiendo diferirse lo segundo; no excluye, en consecuencia “... *la posibilidad de que, una fundación sin patrimonio obtenga a posteriori los medios para su funcionamiento*” (1965: 8).

La posición de Stintzing y de González Esquivel no puede ser admitida sin el riesgo de modificar la naturaleza jurídica del ente fundacional. Más acertada es la posición de Francesco Messineo cuando afirma que en las fundaciones “*El proceso de personificación sirve, precisamente, para dar un sujeto al patrimonio que carece de él ...*” (citado por González Esquivel, 1965: 3). Es decir, en ellas no puede existir persona jurídica sin patrimonio.

Debido a lo anterior en algunos países se exige una cantidad mínima como patrimonio inicial. Así, en Perú el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones lleva un estricto control, pues aunque el Código Civil no determina una cantidad mínima, dicho órgano estatal estima que el patrimonio inicial debe ser apropiado y suficiente para el cumplimiento de los fines de la fundación.

En Brasil, de acuerdo con la Resolución No. 68 de 13 de noviembre de 1979, emitida por la Procuraduría General de Justicia del Estado de Río de Janeiro, se exige que la dotación inicial de las fundaciones sea “*suficiente*” y representada por

“*bienes libres*” (art. 26). Si no se hubiere cumplido este requisito, el valor de los bienes debe ser completado dentro del plazo de dos años bajo pena de la extinción de la fundación (art. 32) en caso de incumplimiento.

En España la dotación puede consistir en bienes y derechos de cualquier clase susceptibles de valoración económica (art. 10 de la Ley 30/1994), pero debe ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales; se puede aportar de manera sucesiva con tal que el desembolso inicial, realizado en el mismo negocio jurídico fundacional, sea de al menos un 25% del total y el resto se haga efectivo en un plazo no superior a cinco años contado desde la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución. Se aceptan como dotación el compromiso de aportaciones de terceros siempre que se garanticen. La suficiencia de la dotación es constatada por el *Proteccionado*³ antes de que se autorice la inscripción de la fundación en el Registro respectivo (estatal o autonómico, según corresponda). La suficiencia de la dotación es un requisito indispensable, tanto así que el *Proteccionado* puede impedir la inscripción.

En algunos ordenamientos (entre ellos, los de Guatemala y de Paraguay), la insuficiencia del patrimonio para alcanzar los fines propuestos tiene el efecto de extinguir la fundación⁴.

En Centroamérica, como en la mayoría de países del mundo, no se requiere de un monto mínimo de aportación para constituir la fundación. Costa Rica no se aparta de esa regla, pues la legislación nacional se limita a exigir una aportación sin requerir proporcionalidad respecto de los fines; al respecto resultan pertinentes las palabras de Manavella (1997: 155) sobre el tema:

“... la ley permite incrementar patrimonios iniciales, pero se burla el sentido de la norma cuando se fija uno simbólico y se busca que sean otros, a veces los mismos beneficiarios, quienes en última instancia asuman los gastos de funcionamiento del ente.

De allí que seamos partidarios de una reforma legal que permita valorar, si desde el inicio mismo de la fundación, los objetivos buscados por los constituyentes son verdaderamente fines sociales y si realmente los mueve un interés altruista.”

Una parte de la doctrina ha dado en llamar *fundaciones funcionales* a aquellas que no consisten en la dotación económica de un fin sino en la realización de una función. Valero Agundez (1969: 113) señala que en tales fundaciones

“... la dotación patrimonial para un fin retrocede ante la preponderancia asumida por la peculiar función a realizar por ellas en virtud del encargo del fundador, siendo incluso a veces, la realización de esta función lo que, por su parte, produce los medios necesarios para promover el fin fundacional, pero manteniéndose, en todo caso, la realización de aquella función, como el elemento primordial de la fundación, no subordinado ni orientado a ninguna otra función.”

No significa que la fundación de carácter funcional no tenga un patrimonio, sino que ella cumple una función, generalmente de desarrollo de la actividad económica pública, que representa un fin de interés público, pero que no se promueve por vía dotacional. Así, se da el caso de fundaciones organizadas como empresas públicas cuyo fin es el desarrollo de una actividad económica, de interés público, con los medios patrimoniales que le han sido asignados (Valero Agundez. 1969: 253).

No debe, sin embargo, confundirse a la *fundación funcional* (no dotacional) con la *fundación con patrimonio simbólico*. Este último tipo de fundación *no* debe existir

pues representa la desnaturalización del concepto originario de fundación y la convierte en un “*casarón vacío*” para justificar determinadas actividades, al utilizar la personalidad jurídica que aporta la fundación. Son en realidad una aberración jurídica. Se quiebra de esa manera, según Valero Agundez (1969: 91):

“... una tradición histórica ininterrumpida y universal, en la que la fundación ha venido siendo continuamente el instrumento jurídico para promover ciertos fines, mediante la aplicación de los medios económicos necesarios para ello.”

Sujetos que pueden constituir una fundación

En pocos ordenamientos es permitido que el Estado o las instituciones estatales descentralizadas constituyan fundaciones (Brasil, Venezuela, España, Portugal, etc.), pero en todos se acepta que cualquier persona, física o jurídica de Derecho Privado, pueda constituir las.

Régimen de autorizaciones y control sobre fundaciones

No existe en los diferentes ordenamientos jurídicos reglas uniformes sobre el control de las fundaciones en cuanto a mecanismos y órganos internos y externos de control y fiscalización. La generalidad es que no existan órganos internos de control y que sí exista algún tipo de control por parte del Estado, aunque se dan excepciones, como es el caso de Ecuador, República Dominicana, Paraguay o Panamá, donde no existen normas de control ni normas de autorización expresas para que la Administración pueda fiscalizar y vigilar la actividad de las fundaciones.

En Costa Rica, aunque las funciones de control y vigilancia están reguladas, los controles internos son ineficaces y los externos débiles y continuamente cuestionados.

Se presentan a continuación algunos ejemplos de legislación comparada:

a) Chile

En Chile el control de las fundaciones está encargado al Ministerio de Justicia, órgano al que debe remitirse anualmente la Memoria y el Balance institucionales. A ese Ministerio se le debe informar también, mediante acta notarial, de toda reforma estatutaria, procedimiento que es lento pues se consulta a diversas autoridades locales y regionales.

Los aspectos relevantes del régimen de control en Chile se encuentran en el art. 36 del Reglamento sobre concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones (aprobado por Decreto Supremo No. 110 de 20 de marzo de 1979), el cual dispone que el Ministerio de Justicia, en ejercicio de su facultad de supervigilancia, puede requerir a las fundaciones y corporaciones para que presenten a su consideración las actas de las Asambleas, las cuentas y las memorias aprobadas, libros de contabilidad, de inventarios y de remuneraciones y toda clase de informes que se refieran a sus actividades, inclusive aquellos documentos relativos a la oportunidad y forma en que ha sido elegido el Directorio, fijándoles un plazo para el cumplimiento. La no presentación oportuna y en forma completa de estos antecedentes habilitará al Ministerio para exigir la entrega inmediata de los documentos requeridos, bastando al efecto una orden escrita del Subsecretario de Justicia. Al conocer esos informes el Ministerio puede ordenar a

la fundación que subsane las infracciones que se hubieran producido a los Estatutos, estableciendo los procedimientos para ello. El incumplimiento de tales órdenes se constituye en causal para cancelar la personalidad jurídica de la fundación.

b) España

En España el control, tanto en cuanto función como en cuanto a los órganos de la Administración Pública que lo ejercen, se denomina *Proteccionado*, de acuerdo con la Ley 30/1994 y el Decreto 316/1996. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ejerce el control sobre las fundaciones asistenciales y el Ministerio de Educación y Cultura lo ejerce sobre las fundaciones docentes y culturales.

El control es ejercido desde el momento mismo que se quiere inscribir una fundación pues para ello se requiere que el Protectorado dé su visto bueno en lo referente a la valoración de los fines (que deben ser de interés general) y a la suficiencia de la dotación (en relación con los fines propuestos).

El Protectorado puede ejercer provisionalmente las funciones de órgano de gobierno si por cualquier motivo faltan las personas llamadas a integrarlo.

Se requiere autorización del Protectorado para gravar o enajenar los bienes o derechos que formen parte de la dotación o los que estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales o representen un valor superior al 20% del activo total de la fundación según el último balance anual.

En cuanto al funcionamiento y actividad de las fundaciones, el art. 34 de la Ley 30/1994 establece un mecanismo de intervención temporal en las fundaciones con participación del Protectorado, audiencia al Patronato (junta de administradores) y

decisión última de los Tribunales; tal intervención se da en casos de

“...grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación o desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada.”

c) México

Las actividades de las fundaciones así como su régimen de control están regulados en México por medio de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada del Distrito Federal (LIAP), promulgada el 2 de enero de 1943 (y desde entonces reformada en varias oportunidades). Las leyes de los otros Estados se inspiran en ella.

El control y la vigilancia son ejercidos por un órgano denominado Junta de Asistencia Privada, conformada por nueve vocales: cuatro nombrados por las dependencias del Distrito Federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Secretaría de Educación Pública y la Secretaría de Salud. Los otros cinco miembros se designan por votación entre las instituciones. De acuerdo con el art. 83 de la LIAP se trata de un órgano administrativo desconcentrado por función, jerárquicamente subordinado al Departamento del Distrito Federal.

Según la LIAP la Junta ejerce vigilancia sobre el empleo del patrimonio de la institución; entre otras funciones debe controlar: que los ingresos se empleen con apego a los presupuestos, impedir la competencia ilícita en la venta de artículos que se produzcan como subrogación en lo relativo a la prestación de salud, que las instituciones se deshagan de los bienes que no destinen a su objeto, etc.

La Junta está facultada para nombrar delegados, visitantes, auditores o inspectores temporales o permanentes

para practicar visitas e inspecciones a las instituciones.

La Junta interviene en los juicios sucesorios para determinar el destino de los bienes o la creación de una fundación *mortis causa* (sucesorio testamentario). También ella determina en cuáles juicios debe intervenir por medio de un representante, por ejemplo cuando un patrono (administrador) haya incurrido en un fraude o delito económico en contra de la fundación.

La Junta puede nombrar los administradores cuando en los estatutos no se haya definido la forma de sustitución y puede destituir a algún patrono en ciertos casos, como el que la persona no se considere capacitada para desempeñar el cargo.

En cuanto a autorizaciones y aprobaciones, de acuerdo con la LIAP, corresponde a la Junta autorizar:

- Los presupuestos de ingresos y egresos, al igual que sus modificaciones, así como el de inversiones en activos fijos de las instituciones (arts. 57 y 61)
- A las instituciones para que acepten o repudien un bien asignado (donativo, herencia o legado) y si el donativo, herencia o legado se destina a la asistencia privada, los canaliza a las instituciones (arts. 39 y 40).
- El arrendamiento por parte de las instituciones de bienes inmuebles por más de cinco años, o bien, que reciban ingresos por concepto de rentas por más de dos años (art. 53). La Junta custodia una copia de los contratos de arrendamiento y debe ser notificada en caso de desocupación de los inmuebles (art. 71).

- En relación con bienes inmuebles, las inversiones en la construcción de casas y los contratos de su venta y la cancelación de una hipoteca cuando no se haya vencido el plazo del contrato.
- El pago de una deuda ilíquida o no vencida (art. 53).

La Junta aprueba:

- El informe de labores de las instituciones (art. 91).
- Los planes de auxilio de una institución a otra (art. 79).
- El monto de la fianza, determinada por el patronado, que debe rendir un empleado de la institución que maneja fondos (art. 55).
- Las partidas del presupuesto de egresos de establecimientos de la institución en otros Estados de la República (art. 64).
- Las cuentas incobrables que determinen los patronos (art. 70).

Además de lo anterior corresponde a la Junta:

- Determinar el sistema de amortizaciones que se debe pagar a una institución cuando ésta ha efectuado un préstamo con garantía hipotecaria (art. 76).
- Promover ante las autoridades competentes el otorgamiento de incentivos fiscales, por lo que gestiona directamente la autorización para emitir recibos deducibles para las instituciones ante la Secretaría de Hacienda (art. 91).

- Determinar los libros de contabilidad y el método contable que la institución debe presentar y mantener a su disposición (art. 67).
- Formular los instructivos y reglamentos para los informes mensuales sobre los balances generales y demás documentos de contabilidad.

Como es notorio, el control es bastante estricto, a pesar de tratarse de instituciones de naturaleza privada.

d) Venezuela

Tanto en Chile, como en España y México, el control sobre fundaciones lo ejerce el Estado por medio del Poder Ejecutivo u órganos dependientes de él, y esta es la norma general en los diferentes ordenamientos; Venezuela reguló de manera diferente la materia, pues de acuerdo con el art. 21 del Código Civil:

“Artículo 21: Las fundaciones quedan sometidas a la supervigilancia del Estado, quien ejercerá por intermedio de los respectivos Jueces de Primera Instancia, ante los cuales rendirán cuenta los administradores.”

La labor de supervigilancia debe corresponder a un órgano especializado y por tratarse de una forma de administración impropia de las funciones jurisdiccionales, la solución venezolana no es la más acertada.

En la práctica el control en manos del Poder Judicial no ha podido ser ejercido adecuadamente. No existe un criterio uniforme en lo relativo a la actividad que el Juez debe realizar para cumplir sus funciones ni la ley define qué se debe entender por supervigilancia. Las soluciones que se han dado en el foro son diversas: unos jueces han asumido que su

función se agota con la aprobación, pura y simple, de los balances; otros consideran que deben ahondar en la situación real de la fundación, investigando los balances, los libros y hasta las actividades desempeñadas o financiadas.

No sólo en las funciones hay divergencia sino también en los medios de realizar el control y en los procedimientos a seguir: para aprobar los balances algunos juzgados designan un contador público a fin de practicar una auditoría (procedimiento repetitivo porque es deber de las fundaciones presentar al juez los estados financieros auditados por auditores externos, que de acuerdo con la ley tienen fe pública); otros juzgados sólo emiten un oficio expresando que están conformes con los estados financieros; otros remiten el procedimiento a la jurisdicción voluntaria, citando para ello a eventuales terceros interesados por medio de edictos publicados por la prensa, para que dentro de tercero día realicen las manifestaciones que consideren pertinentes y una vez cumplido ese plazo dictan una resolución aprobando o no los balances.

El resultado ha sido un control muy deficiente que no es recomendable en lo absoluto.

En otros países, como Guatemala (art. 20 del Código Civil), Bolivia (art. 70 del Código Civil) y Brasil (arts. 1199 a 1204 del Código de Proceso Civil) y Perú (antes de 1955, con el Código Civil de 1936) se ha asignado, en mayor o menor medida, el control al Ministerio Público, solución tampoco adecuada.

e) Brasil

El control en Brasil está a cargo del Ministerio Público Estatal, por medio de un órgano especializado: la Curadoría de Fundaciones. De acuerdo con la

Resolución No. 68 del 13 de noviembre de 1979 de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Río de Janeiro, corresponde a la Curadoría de ese Estado:

- Aprobar el estatuto social (art. 28).
- Garantizar que la dotación de bienes sea suficiente para que el objeto fundacional sea atendido (art. 32).
- Aprobar las cuentas anuales y demás informes financieros (art. 33).
- Fiscalizar el funcionamiento de las fundaciones, pudiendo realizar auditorías, requerir la comparecencia de los administradores para brindar aclaraciones o explicaciones, determinar su remoción, solicitar la nulidad de los actos practicados en detrimento de la fundación o tomar las medidas necesarias –inclusive judiciales– para la salvaguarda del patrimonio, autorizar la enajenación de bienes o la realización de operaciones financieras o actos que superen la administración ordinaria (art. 38).
- Suspender el derecho de los fundadores, según el acto de constitución, de nombrar a los administradores, en caso de que surja un conflicto de intereses entre el fundador y la fundación que creó (art 46).

En caso de irregularidades o de disputa no solucionada por la administración de la fundación que pueda comprometer su objeto, el Ministerio Público está facultado para determinar una administración provisional con un plazo generalmente no mayor a seis meses (art. 39).

f) Perú

Junto con España, Perú es el país iberoamericano que más ha desarrollado la legislación de fundaciones. El control se realiza a través del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones (C.S.F.), órgano del Ministerio de Justicia, pero con una conformación múltiple: un representante del Ministerio de Justicia –quien preside–, un representante de la Corte Suprema de Justicia, elegido entre sus Magistrados Jubilados, un representante de la Fiscalía de la Nación, un representante del Ministerio de Educación, un representante del Ministerio de Salud, un representante del Colegio de Contadores Públicos de Lima y un representante de la Superintendencia de la Administración Tributaria.

El Código Civil de 1936 asignaba el control sobre las fundaciones al Ministerio Público, pero luego se determinó la necesidad de crear un órgano especializado. Posteriormente, el Código Civil de 1984 reguló en su art. 104 las atribuciones básicas del C.S.F. y estableció para ese órgano las siguientes facultades de control:

- Determinar, de oficio y con ausencia de los administradores o a propuesta de éstos, el régimen económico y administrativo, si hubiese sido omitido por el fundador, o modificarlo cuando impidiese el normal funcionamiento o conviniere a los fines de la fundación.
- Tomar conocimiento de los planes y del correspondiente presupuesto anual de las fundaciones, para lo cual éstas elevan copia al Consejo al menos treinta días antes de la fecha de iniciación del año económico.
- Autorizar los actos de disposición y gravamen de los bienes que no sean

objeto de las operaciones ordinarias de la fundación y establecer el procedimiento a seguir, en cada caso. El inciso g) del art. 6 del Reglamento del C.S.F. incluye el arrendamiento de bienes de la fundación.

- Promover la coordinación de las fundaciones de fines análogos cuando los bienes de éstas resulten insuficientes para el cumplimiento del fin fundacional, o cuando tal coordinación determinase una acción más eficiente.
- Vigilar que los bienes y rentas se empleen conforme a la finalidad propuesta.
- Disponer de las auditorías necesarias.
- Impugnar judicialmente los acuerdos de los administradores que sean contrarios a la ley o al acto constitutivo o demandar la nulidad o anulación de los actos o contratos que celebren, en los casos previstos por la ley.
- Intervenir como parte en los juicios en que se impugne la validez del acto constitutivo de la fundación.
- Designar al liquidador o a los liquidadores de la fundación a falta de disposición en el acto constitutivo.
- Llevar el Registro Administrativo de Fundaciones.

Existe un margen de discrecionalidad que el C.S.F. aplica a: la determinación de si la dotación es apropiada y suficiente; la suspensión de la inscripción de una fundación que no realiza las actividades que le corresponden; la intermediación en los conflictos que pudieran presentarse

entre la fundación y sus beneficiarios; la absolución de consultas de orden legal relativas a materias relacionadas con las fundaciones; la coordinación que se mantiene con otras instituciones del Estado, etc.

El C.S.F. puede imponer multas (art. 9 del Reglamento del C.S.F.) a las fundaciones que incumplan algunas de sus obligaciones, en los siguientes casos:

- Por no remitir copia de los planes y presupuesto anual de la fundación al C.S.F. treinta días antes de la fecha de iniciación del año económico.
- Por efectuar actos de disposición y gravamen de los bienes que no sean objeto de las operaciones ordinarias de la fundación sin autorización del Consejo.
- Por no presentar al C.S.F. dentro de los primeros cuatro meses del año, para su aprobación, las cuentas y el balance de la fundación.

Conclusiones

1. Si bien la figura de la fundación, como instituto del derecho civil, ha evolucionado a partir de una categoría jurídica común: la creada por el Derecho Justiniano y posteriormente desarrollada por el Derecho Canónico, las diferentes legislaciones iberoamericanas, presentan algunas notorias diferencias entre sí al regular dicha figura.
2. Las legislaciones sobre la materia más desarrolladas son las de España y Perú, especialmente en lo relativo a los controles que ejerce el Estado

para su constitución, funcionamiento y liquidación.

3. Las diferencias principales, entre los diferentes ordenamientos, se dan en puntos tales como naturaleza de los fines fundacionales, el sujeto que puede constituir una fundación, los requisitos de constitución, la suficiencia de la dotación en relación con los fines propuestos.
4. También existen diferencias notables en lo que toca a autorizaciones y controles administrativos sobre las fundaciones en los diferentes países iberoamericanos.

Notas

1. Situación no poco frecuente en el caso de las fundaciones costarricenses, entre ellas son notorias las creadas para administrar universidades privadas.
2. Se resalta la calificación de elementos sustantivos, pues ello significa que si falta alguno, no puede haber, por definición, fundación.
3. Término con el que se identifica en el ordenamiento español la actividad de control de la Administración Pública sobre las fundaciones, así como a los órganos que lo ejercen.
4. Algunos países han establecido mínimos cuantificables como es el caso de Argentina, en que de acuerdo con la jurisdicción se exige una aportación mínima previamente establecida. En Ecuador el mínimo exigido es el monto equivalente a diez salarios mínimos vitales generales (aproximadamente un salario mínimo es de 25 dólares de Estados Unidos, por lo que el aporte mínimo sería de 250 dólares). En el Distrito Federal de México también se solicita una dotación mínima.

Bibliografía

- Abbot Bittencourt, Jonathas. "Brasil. Considerações gerais". En Piñar Mañas, José Luis. *Las fundaciones en Iberoamérica. Régimen jurídico*. Madrid: Editorial McGraw-Hill, 1997.
- Aguilar Arrieta, Ivannia y otros. *Asignación y administración de fondos públicos a través de fundaciones*. San José: Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Escuela de Administración Pública, Universidad de Costa Rica, Tesis para optar al grado de Licenciatura, 1995.
- Aguilar Segura, Ruth y otros. *Análisis de las relaciones entre la Universidad de Costa Rica y las fundaciones*. San José: Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Escuela de Administración Pública, Universidad de Costa Rica, Tesis para optar al grado de Licenciatura, 1997, 322 p.p.
- Asamblea Legislativa. *Expediente Legislativo de la Ley No. 7169*. San José: s.f.
- Asamblea Legislativa. *Expediente Legislativo No. 5361: Proyecto de Ley de Fundaciones*, San José, s.f.
- Colmenares Martínez, Jorge. *Régimen legal de las personas jurídicas sin fines de lucro. Las fundaciones*. Caracas: Editorial Hermanos Vandell, 1995.
- De Araujo Pinho, João Mauricio. "Brasil. As entidades do terceiro setor no direito brasileiro". En Piñar Mañas, José Luis. *Las fundaciones en Iberoamérica. Régimen jurídico*. Madrid: Editorial McGraw-Hill, 1997.
- Debbasch, Charles. *Ciencia Administrativa. Administración Pública*. Francia: Editorial Instituto Nacional de Administración Pública, segunda edición, 1981.
- Dromi, José Roberto. *Derecho administrativo económico*. Buenos Aires: Editorial Astrea, tomo 1, 1983.
- Esguerra Portocarrero, Leonor y Molina Grau, Fernando. "Colombia". En Piñar Mañas, José Luis. *Las fundaciones en Iberoamérica. Régimen jurídico*. Madrid: Editorial McGraw-Hill, 1997.

- Etcheverry, Raúl Aníbal. *Formas jurídicas de la organización de la empresa*. Buenos Aires: Editorial Astrea, primera reimpresión, 1995, 268 p.p.
- Garrido Rovira, Juan y otro. *Fundaciones del Estado en Venezuela*. Caracas: Editorial Torino, 1994.
- González Esquivel, Víctor Manuel. *Fundaciones mortis causa*. San José: tesis para optar al grado de Licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1965.
- Hormazábal Tovar, Inés y Vega Mere, José Francisco. "Perú". En Piñar Mañas, José Luis. *Las fundaciones en Iberoamérica. Régimen jurídico*. Madrid: Editorial McGraw-Hill, 1997.
- Iglesias, Juan. *Derecho romano*. Barcelona: Editorial Ariel S. A., 1999.
- Manavella Cavallero, Carlos. "Costa Rica". En Piñar Mañas, José Luis. *Las fundaciones en Iberoamérica. Régimen jurídico*. Madrid: Editorial McGraw-Hill, 1997.
- Méndez de Montero, Margarita. "Venezuela". En Piñar Mañas, José Luis. *Las fundaciones en Iberoamérica. Régimen jurídico*. Madrid: Editorial McGraw-Hill, 1997.
- Murillo Arias, Mauro. *Ensayos de Derecho Público*. San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1988.
- Murillo Chaves, Jorge. *Las fundaciones como personas jurídicas. "la Institución Barroeta"*. San José: tesis para optar al grado de Licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1969.
- Petit, Eugène. *Tratado elemental de Derecho Romano*. México D. F.: Editorial Epoca S.A., 1999.
- Piñar Mañas, José Luis, comp. *Las fundaciones en Iberoamérica. Régimen jurídico*. Madrid: Editorial McGraw-Hill, 1997.
- Ramírez Fonseca, Arturo. *Hacia una nueva concepción de las fundaciones en el medio costarricense*. San José: tesis para optar al grado de Licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1974.
- Sánchez Ibarra, José Azahel. *Manual de Derecho Romano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Rodas, primera edición, 1994.
- Tafur Galvis, Alvaro. *Las personas jurídicas sin ánimo de lucro*. Bogotá: Editorial Temis. 1990.
- Valero Agundez, Urbano. *La fundación como forma de empresa*. Valladolid: Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, 1969.
- Vargas Meneses, Víctor. "Sistema integrado de fiscalización y control". En *Seminario internacional de Sistema de Control Interno: El presupuesto como instrumento de fiscalización*. San José: 6-17 de agosto, 1990.