

Mazzinghi, Gabriel M.

Las fundaciones

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Mazzinghi, G. M. (2012). Las fundaciones [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/fundaciones-gabriel-mazzinghi.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

LAS FUNDACIONES

GABRIEL M. MAZZINGHI

I. Un primer acierto metodológico

Ante todo, debemos destacar un primer acierto del Proyecto, consistente en incorporar el tratamiento de las fundaciones, al articulado del nuevo código, junto con las restantes personas jurídicas.

Con ello, se supera la actual situación, conforme a la cual prácticamente todo lo referido a las fundaciones –salvo la genérica alusión que hace el art. 33, al clasificar las personas jurídicas– se encuentra regulado por una ley suplementaria (la 19.836) agregada al Código Civil.

El hecho de que el régimen de las fundaciones se encuentre previsto en el código, representa un acierto.

II. Pocos cambios

El Proyecto se refiere al régimen jurídico de las fundaciones, en la sección primera del Capítulo 3 del Título II, dedicándole unos treinta artículos, que van del 193 al 224, ambos incluidos.

Comparado el régimen que se pretende establecer, con el actualmente vigente, que aparece regulado por la ley 19.836 (sancionada hace cuarenta años), lo primero que hay que decir es que se encuentran pocas modificaciones, que no revisten, por lo demás, demasiada importancia.

Ello puede obedecer a dos circunstancias: a) o el régimen actualmente vigente en materia de fundaciones funciona de buena manera, no resultando necesario introducir mayores cambios, o b) o los redactores, preocupados por otros aspectos que han juzgado más trascendentes del nuevo código, no le han dedicado mayor atención a este tema, y han optado por mantener el sistema vigente.

Excede el horizonte de este trabajo, determinar si hubiera sido posible o deseable un cambio más profundo en el tema, que permitiera un mejor funcionamiento de las fundaciones, tal como de hecho ocurre en otros países, en los que estas entidades canalizan una gran cantidad de iniciativas de todo tipo, resultando una suerte de importante “motor” de la actividad cultural, científica, artística, solidaria, deportiva, médica, etc.

Lo cierto es que de una comparación entre el régimen vigente y el propuesto por los redactores del nuevo código, las diferencias son mínimas.

Lo veremos detalladamente.

III. Algunos cambios meramente terminológicos

En algunos artículos, aparecen algunos cambios terminológicos que resultan poco trascendentes y que no suponen una modificación sustancial de la naturaleza de las fundaciones, ni de su funcionamiento.

Pongamos algunos ejemplos: En el art. 194 del Proyecto, se alude a la viabilidad del pedido de autorización, en función de los antecedentes de los fundadores o de los **“servidores de la voluntad fundacional”**, expresión que reemplaza a la de los **“funcionarios contratados por la entidad”** a los que aludía el art. 2 de la ley 19.836.–

Al final de estos mismos artículos, la locución **“aptitud potencial”** para cumplir los objetivos fundacionales **“previstos”**, reemplaza en el proyecto, a la locución **“capacidad potencial”** para cumplir con los objetivos **“perseguidos”**.

Al referirse el Proyecto al estatuto dice (art. 195, inciso i) que se deberá consignar los siguientes datos del o de los fundadores: el nombre, edad, estado civil, etc. de las **personas “humanas”**, reemplazando la expresión **“personas físicas”** que utiliza hasta el momento la ley 19836, en su art. 3, inc. a-1.–

Nos parece más correcta o preferible la actual denominación, que tiene su tradición en nuestro derecho civil.–

La misma locución aparece en el art. 201 del Proyecto que establece que el Consejo de Administración estará integrado **“por tres personas humanas”**, mientras que la misma norma de la ley 19.836 se refería simplemente a tres personas.–

Esto guarda coherencia con la utilización de la terminología “personas humanas” en otras partes del Código, sobre todo en el Libro I, Título I que trata sobre “La Persona Humana” (arts. 19, 22, 23, 31, 51, 52, 58, 93, etc.

Más allá de la coherencia apuntada, no terminamos de compartir la innecesaria y forzada introducción de esta referencia a las personas humanas, pues bastaría con llamarlas “personas” (y el Proyecto lo hace en más de una ocasión), o con referirse a ellas como “personas físicas”, por oposición a las personas jurídicas.–

En otro orden de cosas, al referirse al patrimonio inicial de las fundaciones, dice el Proyecto que deberá estar expresado en **“moneda nacional”**, siendo que la ley actual requiere que esté expresado en **“moneda argentina”**.

En la sección 4ta. (art. 214) y en la 7ma., a partir del art. 221, el Proyecto se refiere en varias oportunidades al **“contralor”** y a la **autoridad de contralor**, reemplazando con estas expresiones las de **“control”** y **“autoridad de control”** que utilizaba la ley 19.836.

Se trata de otro cambio insustancial.

Al referirse a las mayorías necesarias para la reforma del estatuto, se establece actualmente el criterio de la mayoría absoluta de los integrantes del Consejo de Administración, **“salvo”** disposición en contrario del estatuto.

El Proyecto dispone lo mismo, **“excepto”** disposición en contrario del estatuto.–

Y así, hay muchos otros ejemplos de estas modificaciones realmente intrascendentes, que nos llevan a pensar en una reforma del Código llevada a cabo por lingüistas, más que por juristas; pues no advertimos que las nuevas expresiones sean más precisas o adecuadas que las que ya utilizaba la ley 19.836, ni que supongan un cambio en el régimen que regula la actividad de las fundaciones.

IV. Algunos cambios de cierta importancia

Solo en algunos aspectos, no centrales, se ha postulado una reforma que está referida al régimen y funcionamiento de las fundaciones.

Veamos:

1. Constitución por instrumento público

La actual ley, prevé la creación o constitución de la fundación, y el dictado de los estatutos "... **por instrumento público o privado**, con las firmas certificadas por Escribano público...".

Esta posibilidad desaparece en el Proyecto del Código, que requiere forzosamente en su art. 195, que tal acto sea otorgado **en instrumento público**, lo que constituye una nueva exigencia que dificulta, en parte, o frena, el impulso fundador que le da vida a la institución.

Consideramos que esta exigencia es un desacierto del Proyecto, ya que todo lo que sea aumentar las exigencias formales y los gastos a cargo del fundador, constituye una forma de desestimular algo que se relaciona con el bien común, como es una fundación.—

Por lo demás, el acto fundacional volcado en un instrumento privado y con firma certificada, que permite el sistema actual, parece reunir las razonables exigencias legales, al tener que verse forzosamente complementado por la ulterior autorización del Estado para funcionar y la aprobación formal de los estatutos.

2. El plan trienal

El art. 9 de la ley 19.836 actualmente vigente, establece que con la solicitud de la personería jurídica, que suele ir acompañada del pedido de aprobación de los estatutos, **se deberá acompañar un plan** que la entidad naciente proyecte llevar a cabo durante el primer trienio, que explicitará las actividades a realizar y las bases presupuestarias que permitirán su realización.

El plan trienal de acción aparece en el Proyecto, tanto en el art. 195 inc. k), que alude a él como una exigencia que deberá contener el estatuto, como en el art. 199 que repite —innecesariamente— el mismo concepto; de manera que en este sentido, y más allá de la reiteración apuntada, nada cambia.

Pero esta exigencia, que en la ley actual está limitada al tramo inicial de vida de la entidad, **en el Proyecto se proyecta acaso a toda la vida de la institución**, pues en la parte final del mentado art. 199, se establece que cumplido el plazo inicial (tres años), "...se debe proponer el (plan) inherente al trienio subsiguiente, con similares características.

De manera que lo que no era nuevo para el primer trienio, **aparece ahora exigido para el trienio posterior** y —según la lectura que se haga de la ley, que no es clara en este sentido—, **para todos los trienios posteriores.**—

Subsiste la duda de si el Proyecto ha querido extender a seis años —en lugar de tres— el conocimiento y control del Estado, acerca de la actividad de la fundación, o si ha querido que los sucesivos planes y proyectos que habrán de renovarse durante toda la vida de la entidad, deban ser conocidos y aprobados por el Estado.

Esto último implicaría, a nuestro criterio, una nueva traba y dificultad en el desarrollo de la vida fundacional, que debiera evitarse.

El Estado, en general, no es un buen compañero de ruta en el logro de los fines institucionales, y su control e injerencia deben ser los imprescindibles, para evitar que haya una desviación de la finalidad (siempre altruista y generosa) que persigue la fundación.

Pero convertir al Estado en una suerte de "socio necesario y permanente" de la fundación, durante toda la vida de la entidad, no nos parece un acierto.

Cuando menor sea el control estatal, cuanto más libre sea el desenvolvimiento de la actividad fundacional en procura de sus fines, cuanto menos burocrático y reglamentado sea el discurrir de la vida de la fundación, mejor.

Se trata de dar con un equilibrio entre el (necesario) control estatal (que debe ser más bien jurídico), y la actividad fluida y espontánea de una institución, que ha nacido —no hay que olvidarlo— para servir a la sociedad.

Por eso, nos parece en principio objetable el control que dispone el Proyecto en este punto.

Pensamos que con este acompañamiento permanente del Estado controlador, se le estaría dando a este último, una herramienta para torcer la voluntad fundacional, en la medida en que ella pudiera no corresponderse con la voluntad o el designio del propio Estado, sobre todo con relación a eventuales fundaciones que tuvieran una finalidad de propagar ideas vinculadas con el pensamiento político, la investigación histórica, la cultura, en general, o la promoción de determinadas ideas.

Metas todas estas, que se inscriben en el bien común de la sociedad, y suponen su enriquecimiento para el cuerpo social, aun cuando pudieran no resultar afines a los intereses de los que ocasionalmente ejercen esa tarea de control.

3. Limitación de la responsabilidad de los fundadores y administradores

El art. 200 del Proyecto establece la responsabilidad solidaria de los fundadores y administradores, por las obligaciones contraídas antes de la autorización para funcionar.

Ahora bien, esta norma proyectada, que no es clara en su redacción ni en su alcance, supone algunas diferencias importantes respecto de la ley 19.836 actualmente vigente (art. 8); conforme a esta norma, los fundadores y administradores de la fundación son **solidaria e ilimitadamente** responsables por las obligaciones contraídas por ellos antes del otorgamiento de la autorización para funcionar.

El Proyecto mantiene la responsabilidad solidaria, pero **le quita el carácter de ilimitada** que establece la ley actual; y de algún modo lo ratifica, al decir en la parte final del art. 200: “Los bienes personales de cada uno de ellos, no pueden ser afectados al pago de las deudas de la fundación durante la etapa de la gestación, sino después de haber sido satisfechos sus acreedores individuales.”

El principio no es del todo claro, pues queda en pie la pregunta de si, una vez satisfechos los eventuales acreedores individuales, la responsabilidad de los fundadores o administradores además de ser solidaria entre ellos (cada uno responde por el total de las deudas de la incipiente fundación) es ilimitada, y abarca los bienes personales de aquellos, o se restringe a los bienes aportados para dar vida a la fundación.-

Sería deseable que en todo caso, estos aspectos quedaran perfectamente aclarados en la ley, para evitar futuros problemas.

4. El comité ejecutivo. Rendición de cuentas y retribución

El art. 14 de la ley actual, permite que el Consejo de Administración delegue sus facultades de gobierno y administración a favor de un comité ejecutivo integrado por miembros del Consejo de Administración, o por terceras personas.

El art. 205 del Proyecto mantiene esta idea, pero le agrega dos elementos que tienen alguna relevancia: por un lado, establece **la obligación de rendir cuentas** –el Comité, al Consejo– y por el otro, admite expresamente la posibilidad de que el Estatuto prevea una forma de **retribución pecuniaria**, a favor de los miembros del Comité Ejecutivo.

Ambas cosas nos parecen acertadas.

La primera, porque hace a la transparencia de la gestión del Comité ejecutivo, y la segunda, porque hace a la eficacia de la gestión, que supone muchas veces un alto grado de dedicación, que parece razonable que sea retribuido económicamente.-

A propósito de la retribución de las tareas, es dable mencionar que el art. 206 del Proyecto reproduce el principio del art. 20 de la ley actual, conforme al cual los miembros del Consejo de Administración no pueden ser retribuidos por el ejercicio de su cargo; ahora bien, entendemos que cuando los miembros del Consejo desempeñan, además, funciones como integrantes del Comité ejecutivo, pueden ser retribuidos en este último carácter, a pesar de la restricción que pesa sobre ellos en cuanto integrantes del Consejo.-

El Proyecto no dice específicamente ni una cosa ni otra, y sería deseable que lo aclarara.-

5. *Relación entre la fundación y el fundador o sus herederos*

Se mantiene al respecto (art. 212 del Proyecto), la necesidad de que todo contrato entre la fundación y los fundadores o sus herederos, deba ser sometido a la aprobación de la autoridad de contralor, y la sanción de ineficacia de pleno derecho para los contratos que no hubieran tenido esa aprobación.

Pero en el Proyecto, la norma se extiende a toda **resolución del Consejo de Administración** que directa o indirectamente origine en favor del fundador o de sus herederos un beneficio que no estuviere previsto en el estatuto.

Creemos que es un acierto del Proyecto, que refuerza la idea originalmente generosa y altruista que motiva o es causa de la misma fundación, al evitar, o por lo menos, filtrar, la posibilidad de que quien le ha dado vida, o sus herederos, se vean favorecidos por su accionar.-

6. *Recursos contra resoluciones administrativas*

El último artículo del Proyecto (224) se refiere a los recursos judiciales contra las resoluciones del organismo de control que denieguen o retiren la personería jurídica, y los admite con un criterio considerablemente restrictivo a los casos de ilegitimidad y arbitrariedad, tal como ocurre hoy con el art. 37 de la ley 19.836.-

Pero respecto a las resoluciones relacionadas con las decisiones de la autoridad de contralor, estas se restringen en el Proyecto a las que se dictaren según el inc. b) del art. 223, vale decir a las referidas a la fusión o coordinación de actividades de dos o más fundaciones.

Este cambio deja fuera de la “apelabilidad” –ciertamente deseable– a las resoluciones contempladas en el art. 223 inciso a) del Proyecto, que contempla la fijación de un nuevo objeto de la fundación por parte de la autoridad de contralor.

En la ley actual (art. 37), esto **también resulta apelable**, y es muy razonable que sea así, ya que constituye una circunstancia de extrema gravedad para la fundación, que su objeto resulte cambiado, en virtud de darse a juicio de la autoridad administrativa, alguna de las circunstancias previstas por el art. 223 del Proyecto.

Nos parece **una grave omisión de parte del Proyecto**, que cierra las puertas a la discusión de este grave problema, en el ámbito jurisdiccional o judicial.

Tampoco resultan apelables las medidas del órgano de contralor previstas en el art. 222 del Proyecto, que permiten al ente administrativo “suspender en casos de urgencia, el cumplimiento de las deliberaciones o resoluciones contrarias a las leyes o los estatutos...” (inciso b) o “solicitar a las autoridades la suspensión o remoción de los administradores que hubieren violado los deberes a su cargo, y la designación de administradores provisorios...” (inciso c del mismo art. 222)

A nuestro criterio, las facultades del organismo de control deben estar por un lado, acotadas en la ley, pudiendo ser apeladas por ante el Poder Judicial, pues ello asegura el resguardo de los intereses de los particulares –y las fundaciones lo son– frente al Estado.

Estos son, pues, algunos de los comentarios que nos merece, en un primer análisis, el articulado del Proyecto del Código Civil y Comercial, con relación al funcionamiento de las fundaciones.