

Comisión N° 2: Personas Jurídicas Privadas

Título: Hacia un modelo funcional y operativo en materia de Fundaciones

Autor: Luis Alberto Valente

(Prof. Titular de Derecho Civil I en la Universidad Nacional de La Plata y de la Universidad Católica de La Plata)

Ponencia

1.- En materia de Fundaciones, el art.223 incisos a y b del Código Civil y Comercial permite vislumbrar a *la eficiencia* como factor directriz o determinante de la actividad del ente, y bajo tal entendimiento autoriza al órgano de contralor a actuar en consecuencia.

2.- Bajo esa égida, es correcto sostener que junto al concepto clásico de Fundación procede uno más instrumental, y también otro operativo (funcional), en dónde se la concibe como *organización*, y que gira alrededor de una actividad (que requiere disponibilidad de fondos) y donde la viabilidad económica gire en función de un plan económico realista.

3.- Al determinar que la autoridad de aplicación puede fijar un nuevo objeto si el establecido por el fundador *ha desaparecido*, procurando respetar en la mayor medida posible la voluntad de éste, erróneamente, un desafortunado entendimiento puede conducir a la desnaturalización del primitivo objeto de la entidad. Aún cuando la voluntad de aquel puede pensársela como extraña al manejo y gestión del ente. No es lo mismo proceder al *aggiornamento* que a un cambio sustancial en el objeto pergeñado por aquel.

4.- Es que la re-adequación del objeto a las nuevas vicisitudes si bien exige la contemporización dinámica del factor subjetivo, no puede conducir a la idea de que aquella voluntad deba ser desnaturalizada y destruida en función de un excesivo entendimiento de la independencia funcional del ente. Cuando dice “procurar” debe leerse “*facilitar* “ la voluntad de aquel. El art. 223 del Código Civil y Comercial debe ser interpretado a la luz de la voluntad de fundador plasmada en los estatutos. De manera que el cambio de objeto, la fusión o la coordinación de actividades sólo procede si el fundador lo ha admitido.

5.- Debe observarse y cuestionarse la última parte del art. 223 letra a) que permite a la autoridad de contralor modificar los estatutos. Examinando los instrumentos constitutivos de la Fundación, se debería vislumbrar si el fundador pudo haber tolerado (o no) tamaña mutación.

HACIA UN MODELO INSTRUMENTAL Y OPERATIVO

EN MATERIA DE FUNDACIONES

Por Luis Alberto Valente

1.- Introducción

Las Fundaciones aparecen reguladas en el Libro Primero, -Parte General-, Título II, Capítulo 3 -arts. 193 y s. del Código Civil y Comercial. Lo hace a través de 7 Secciones.

Entre los Fundamentos del entonces Anteproyecto del Código Civil y Comercial se determinó que el legislador que elaboró el actual ordenamiento se basó (en sustancia) en la vieja ley 19.836 que -como es sabido- regulaba la materia.

En esa línea define a las Fundaciones, estableciendo que son personas jurídicas que se constituyen con una finalidad de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posible sus fines (art.193 Cód. Civil y Comercial).

Se ha sostenido que son personas jurídicas que nacen de la voluntad unilateral de una persona (física o jurídica) llamada fundador, quien por medio de un acto de dotación dispone de todo o parte de sus bienes destinándolos a cumplir con una finalidad de bien común, dictando un estatuto que regirá su vida a futuro.¹

Sin perjuicio de futuros razonamientos un aspecto vertebral en la vida de las fundaciones es mantener el espíritu de la misma, plasmado en la voluntad de la persona fundadora o del grupo de individuos que igualmente destinan su patrimonio a la finalidad de bien común.

2.- El negocio fundacional

La fundación, como se sabe, nace de una voluntad unilateral del fundador que se puede manifestar a través de un acto entre vivos, o bien, *mortis causa*.

Se trata de un negocio unilateral a título gratuito por el cual el fundador destina la totalidad o parte de sus bienes a través de una donación o legado y que pasan a integrar el patrimonio de la entidad. Se trata de un acto de dotación.

Bajo esa comprensión, con la consideración jurídica de la denominada voluntad del fundador se alude a un elemento sustancial focalizado en la razón de ser del ente, radicado en aquel factor subjetivo junto a la dotación misma del patrimonio y el propósito relativo al bien común.

Más allá de que una vez creada el fundador es un extraño en relación a la entidad reconocida como persona jurídica², no obstante, la fundación exhibe una esencia subjetivista

1 Covi, Luis Daniel: *Fundaciones. Régimen jurídico y actuación empresarial*, Abeledo Perrot, 2008, p. 56. Recuerda la complejidad de la figura bajo análisis, y a su vez, destaca que por carecer de miembros tienen un necesario control estatal, garantizando que la voluntad del fundador se cumpla tratando de incentivar y alentar su obra.

2 Bien apunta Tobías que una vez obtenida la autorización para funcionar, el fundador se convierte en un extraño con relación a la entidad, aunque puede intervenir en su conducción. A su vez, por el art. 212 del Cód., salvo las donaciones que se hagan a la fundación, todo contrato que los fundadores o herederos celebren con aquella, debe ser sometido a la autoridad de contralor y lo mismo ocurre con todas las

de insoslayable rigor. De allí, seguramente, puede hablarse de un componente anímico que, en mayor o menor medida, promueve a la persona emprendedora y lo hace, motivado por aquellos fines a los que el Derecho concede efectos jurídicos.

Bajo esa égida, serán los administradores los que habrán de manifestar la voluntad inicial del fundador, esto es, la expresada o estratificada en el acto fundacional, que por cierto puede ser diferente a la actual de la persona instituyente.³

Sin embargo, en Código Civil y Comercial (art. 223 a y b) un sesgo operativo permite vislumbrar a la *eficiencia* por sobre la naturaleza volitiva que exhibe la esencia fundacional.

De ser así, el problema radicará en graduar convenientemente los aspectos involucrados sin dejar de mensurar acabadamente que la fundación consiste en la dotación voluntaria de bienes y su fin es consagrarlos eficientemente al bien común.

En los desarrollos posteriores nos centraremos en éste aspecto.

3.- Las vicisitudes del negocio fundacional

Se ha denominado *vicisitudes del negocio fundacional* a aquellas que pueda sufrir el devenir jurídico de aquel. Ello engloba varias fases diferentes que van desde la simple modificación hasta la extinción y sin perjuicio de la consideración del destino de los bienes sobrantes tras las operaciones liquidadoras respectivas.⁴

De por sí, aquellos cambios o mutaciones pueden ser propios de la evolución cronológica que imponen una adecuación de las entidades, y a su vez, de las transformaciones que pueda merecer en virtud de devenir histórico que pueden incidir sobre el objeto de la entidad.

Sin embargo la cabal consideración de la problemática no puede resultar indiferente a la posibilidad de que trastoquen y hagan irreconocible la voluntad del otorgante del negocio fundacional.

El necesario *aggiornamento* de la persona jurídica puede hacer necesario su modificación. Sin embargo la consideración de ésta cuestión exige la consideración de evaluar hasta qué punto ello es posible considerando la originaria voluntad del fundador.

Si bien es cierto que la re adecuación del objeto a las nuevas vicisitudes exige la contemporización dinámica del factor subjetivo al punto de pensar en una autonomía de la actuación del ente, tampoco es menos cierto que aquella voluntad no deba ser desnaturalizada y destruida en función de un excesivo entendimiento de la independencia funcional del ente.

El punto central pasa por vislumbrar hasta qué punto la autoridad de contralor puede producir mutaciones a lo originariamente dispuesto por el o los fundadores.

4.- La cuestión en el Código Civil y Comercial

Como se sabe las personas jurídicas pueden transformarse en aquellos supuestos previstos por el legislador (conf. art. 162 del Código)

En el supuesto de Fundaciones el art.216 del Código Civil y Comercial determina que se requiere dos tercios de los integrantes del consejo de administración para modificar el

resoluciones del consejo de administración que directa o indirectamente otorgue al fundador un beneficio que no está previsto en el estatuto. Bien se ha dicho que lo que se quiere evitar es que quien le ha dado vida a la fundación se pueda ver favorecido por su accionar. (ver Tobías, José en Alterini, Jorge -Director-, Alterini Ignacio - Coordinador-: *Código Civil Comentado*, comentario art. 213,T. 1, La Ley, p. 1200)

3 Alterini, J.H y Alterini, I.E en: *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*. T. I, Opinión art. 193, p. 1172.

4 Duran Rivacoba, Ramón: *La voluntad del fundador* EN: *Fundaciones. Problemas actuales y reforma legal*. Aranzadi, p. 295

objeto, fusionarse con entidades similares, o bien disolverse; y ello, salvo disposición contraria del estatuto.

Pero en su parte final determina que la modificación del objeto sólo es procedente cuando el establecido por el fundador ha devenido de cumplimiento imposible.

A su turno, el art.223 del Código referido al cambio de objeto, fusión y coordinación de actividades determina que la autoridad de contralor puede:

- Fijar un nuevo objeto cuando el establecido por él o los fundadores es de cumplimiento imposible.
- Pero a su vez, (puede fijar un nuevo objeto) si (el mismo) *ha desaparecido*, procurando respetar en la mayor medida posible la voluntad de los fundadores.

En éste caso, tiene las atribuciones necesarias para modificar los estatutos de conformidad con ese cambio.

5.- Los modelos de Fundación y el Código Civil y Comercial

De los lineamientos del nuevo Código Civil y Comercial (art.223 letra a) se desprende que la autoridad de contralor puede fijar el nuevo objeto de la fundación no sólo cuando éste ha devenido imposible sino también cuando éste ha desaparecido.

A su vez, puede fusionarlas o coordinar sus actividades no sólo en caso de imposibilidad del objeto sino en el supuesto de desaparición del mismo (letra b, art. cit.)

Esta posibilidad permite vislumbrar que la normativa da por sentado un modelo de fundación operativo, basado en el concepto de organización y sin perjuicio, desde luego, de admitir el modelo clásico de fundación (concebido como dotación de un patrimonio adscrito a un fin).⁵

Ya no es sólo el patrimonio el que precede a la entidad sino que es la necesidad de fondos la que delimita las actividades de la fundación, y a su vez, según sean las actividades será la necesidad de los fondos disponibles. En éste sentido puede pensarse en la necesidad de coordinar las actividades a fin de re adecuarlas (art.223, letra be del Código)

Se trata de justipreciar la actividad sobre la base de planes realistas.

Al mismo tiempo, nada se opone a concebir un modelo de fundación más instrumental en dónde la organización sea instrumento de una persona jurídica (empresa por ejemplo), si la misma persigue una finalidad de bien común (art.193 del Código), y desde luego cumplimente el resto de las condiciones exigibles para cualquier Fundación.

Concebida como organización no se descarta que acaezca la captación y gestión de fondos (*fundraising*) si ello permite una asignación de recursos más eficaz y con destino a finalidades y actividades no lucrativas.

6.- Algunas consideraciones en torno a la problemática

Desde siempre si el objeto se ha tornado de cumplimiento imposible es posible pensar en su re adecuación. Ello con cierto límites.

Se ha sostenido que fijar un nuevo objeto fundacional puede implicar despojar en extremo la voluntad del instituyente y confundiendo el carácter de “beneficiarios” con desajustados o hipotéticos “derechos” de los destinatarios, y ello, con un patrimonio recibido

5 En el modelo operativo -dice Cajibal Morales- la financiación y la actividad van indisolublemente unidas por que las decisiones que se adoptan en cada uno de éstos aspectos van a condicionar al otro. De aquí lo importante de la planificación económica (Cajibal Morales, Juan Antonio: *La planificación económica de las Fundaciones. El presupuesto*. EN: Pours de la Flor y otros -Directores-: *Gestión y Administración de las Fundaciones*. Tirant; Valencia, 2017, p 144 y s.

gratuitamente, olvidando que la voluntad del fundador es el elemento decisivo en la materia e invistiendo de derechos a quien recibe gratificaciones a costa del instituyente.⁶

De allí que si hablamos de re adecuar lo hacemos pensando en el necesario *aggiornamento* que puede requerir el ajuste de la vida de la entidad a los nuevos requerimientos sociales.

Pero el art. 223 en su letra a) del Código se refiere a la *desaparición* del objeto fundacional.

Lo cual nos introduce a aspectos relativos a la fijación de un nuevo objeto por la autoridad de contralor si el establecido por el fundador ha desaparecido y aún cuando se procure respetar en lo posible la voluntad de aquel. Ello nos permite pensar que parece imponerse un modelo operativo de fundación al que cabe concebirlo más como organización que como patrimonio adscrito al fin.

Si se entiende que la esencia de la fundación radica en la voluntad de sus creadores, ese temperamento cede el paso a la idea de estar ante una organización resultante de afectar bienes al cumplimiento de fines de bien común. La fijación de un nuevo objeto ante su desaparición se hará, pero respetando la voluntad de los fundadores lo cual supone que ésta no sea un impedimento para la decisión de mutar la voluntad de aquel.

El nuevo andamiaje jurídico parece recostarse en la idea de perseguir el funcionamiento eficaz de la organización y en un todo de acuerdo a los condicionantes sociales del momento histórico por los que el ente transita.

Siguiendo las huestes de la ley, la voluntad del fundador puede verse como un factor si bien coadyuvante a lo comprensión esencial de la figura, de relativa relevancia ante la necesidad de las modificaciones que se estimen necesarias, y ello aún más, si la eficacia funcional lo impone.

Se trata de potenciar al máximo el principio de conservación del primitivo negocio fundacional, el que puede incluso ser revertido si la actividad fundacional lo aconseja y a fin de adaptar la organización a las nuevas circunstancias sociales.

Si una solución diferente es la que corresponde ello acaecerá a costa de atemperar la hermenéutica de la norma.

7.- La modificación de los estatutos

Ya la jurisprudencia había advertido que el fundador puede ser considerado un extraño en la gestión y manejo de la fundación y si bien es cierto que ésta está cimentada en la voluntad de éste último, se trata de una voluntad expresada y estratificada en los estatutos y que puede no corresponderse con el querer actual del fundador. (CNCiv., Sala A, Setiembre 4-1990). ED, 140-510.

Sin embargo por el nuevo Código la autoridad de contralor tiene incluso la facultad necesaria para modificar los estatutos de conformidad a ese cambio (art. 223, Cód. citado).

A fin de mantener incólume la idea tradicional del instituto debiera entenderse que las potestades administrativas de modificar los estatutos encuentra un valladar en la prohibición del fundador.

Este último aspecto debiera entenderse enderezando el texto legal y haciendo una hermenéutica teleológica en el sentido de que la operatividad de la categoría de ningún modo puede imponerse a la voluntad del fundador y en lo relativo a la esencia fundacional.

Más aún si por los estatutos aquel le impuso a la fundación un determinado fin. De allí que será conveniente entender que las facultades concedidas a la autoridad de

6 Durán Rivacoba, Ramón: *La voluntad del fundador* En: *Fundaciones. Problemas actuales y reforma legal*, Aranzadi, 2011, p.298

contralor para modificar lo estatutos deberá ser entendida en cuanto no se trate de cláusulas pétreas o que las atribuciones de la autoridad conduzcan a destruir la naturaleza esencial de la fundación.

8.- La voluntad del fundador y el interés de los destinatarios

La jurisprudencia comparada da cuenta de un fallo del Tribunal Supremo por el cual se sostuvo que no puede darse por extinguida la entidad si es posible un nuevo rumbo y aún cuando sea diferente al pergeñado por el Fundador.

Se sostuvo que no puede considerarse extinguida la Fundación si fue incumplida la voluntad de la testadora y por un nuevo rumbo ya que la voluntad del testador ha de interpretarse valorando también el interés de los destinatarios, en cuyo favor el fundador estableció la institución.⁷

En nuestro medio, se ha considerado que la persona jurídica tiene existencia propia y así, es arbitraria el retiro de la autorización de la fundación, si ésta puede subsistir re adecuando su objeto.⁸

En esas tónica, hay una tendencia a presuponer la voluntad del legislador valorando el interés de los destinatarios, pues se considera patológico la extinción del ente, pudiendo re adecuarse la voluntad del fundador.

A su vez, es sabido que ninguna vinculación tiene el fundador con la fundación luego que ésta obtuviera personalidad jurídica la independencia ves completa.

Sin embargo la salvedad está en lo establecido en los estatutos.

En éste sentido el art. 223, letra a -in fine- del Código, enfatiza que el órgano de contralor tiene atribuciones para modificar los estatutos en orden a la posible imposibilidad de cumplimiento o desaparición del objeto.

Una eficaz hermenéutica obliga a enderezar la última parte del art.223, letra a. del Código. Es que puede sostenerse, que no prevista en los estatutos el órgano de contralor se puede sustituir a a la voluntad del fundador quien sobre la base de su libre albedrío ha consagrado parte de su patrimonio a un fin determinado

9.- Fusión o coordinación de actividades

La imposibilidad o la desaparición parcial de objeto de la fundación puede conducir a disponer la fusión o coordinación de actividades de dos o más fundaciones. Tal decisión puede acaecer ante la multiplicidad de fundaciones de objeto análogo y en la medida en que ello sea aconsejable para el mejor desenvolvimiento del ente y sea manifiesto el mayor beneficio público.

Se pone el acento en la actividad del ente y hasta pareciera que la suerte de éste pueda doblarse al interés público. Es que el hecho de perseguir fines de bien común no impide (obviamente) someterse a criterios de eficiencia.

El precepto parece poner énfasis el procurar el modelo operativo o funcional por el cual la viabilidad del ente exige un plan realista basado en una planificación estratégica que haga conducente la actividad de aquel.

7 Fernández Urzainqui, Francisco: *Código Civil español comentado*, comentario art. 39 del Cód. Civil, Aranzadi, 2006, p. 161.

8 CNCiv., sala D, 2001/03/06.- Fundación Virgen del Rosario c/I.G.J, LL. 2001-E, 734

Se trata de pensar en las estrategias para la consecución del bien común y en la medida de que éste lo aconseje. Ya la fundación no es entendida como un patrimonio estático afectado a un fin e irreversiblemente ligado a la dotación sino que puede ser vislumbrado dinámicamente y en la medida en que no desnaturalice su esencia.

10.- Conclusión

En función de lo expuesto podemos extraer algunas conclusiones:

1) El art. 223 del Código Civil y Comercial debe ser interpretado a la luz de la voluntad de fundador plasmada en los estatutos. De manera que el cambio de objeto, la fusión o la coordinación de actividades sólo procede si el fundador lo ha admitido.

2) Se debe respetar la voluntad del fundador si el objeto ha desaparecido. Examinando los instrumentos constitutivos de la Fundación, se debería vislumbrar si éste pudo haber tolerado (o no) tamaña mutación. No es lo mismo proceder al *aggiornamiento* del ente que a un cambio sustancial en el objeto pergeñado por aquel.

3) Es correcto sostener que junto al concepto clásico de Fundación procede uno más instrumental, y también otro operativo (funcional), en dónde se la concibe como *organización*, y que gira alrededor de una actividad (que requiere disponibilidad de fondos) y donde la viabilidad económica gire en función de un plan económico realista.
