

## ELEMENTOS DEL DERECHO DE FUNDACIONES

**Carlos German Pantoja Murillo\***

*Un hombre sólo tiene derecho a mirar a otro hacia abajo, cuando ha de ayudarlo a levantarse*

Gabriel García Márquez

(Recibido 10/05/19 • Aceptado 21/11/19)

---

\* Abogado por la Universidad de Brasilia. Egresado del programa de Licenciatura en Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional y de los programas de Gerencia Pública y de Gobernabilidad y Desarrollo Institucional del Instituto Nacional de Administración Pública de España y de la Universidad de Alcalá de Henares. Ocupó cargos diplomáticos y consulares en Brasil y en México. Desde 1994 se desempeña como asesor parlamentario en la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

**Resumen:** El derecho de fundaciones contiene un conjunto de elementos que constituyen un perfil particular como expresión institucionalizada de la filantropía, que lo distingue de las demás personas jurídicas. La particularidad de configurarse, a partir de los parámetros de la ley, según la voluntad del fundador; de vincular un patrimonio a la finalidad social; de poder desarrollar una actividad económica siempre que se destine a esa finalidad, de encontrarse exenta de impuestos en general y de contar con especiales mecanismos de transformación la convierten en un tema poco tratado en nuestro medio académico.

**Palabras Clave:** Fundaciones, voluntad del fundador, patrimonio vinculado al fin, ausencia de ánimo de lucro, transformación.

**Abstract:** The law of foundations contains a set of elements that constitute a particular profile as an institutionalized expression of philanthropy, which distinguishes it from other legal entities. The particularity of being established based on the legal parameters, according to the founder's will, linking assets to a social purpose; being able to develop an economic activity provided that it is directed to that purpose, being tax exempt in general, and having special transformation mechanisms has been a subject not extensively treated in our academic milieu.

**Key Words:** Foundations, founder's will, purpose-linked assets, absence of profit-making intention, transformation.

## **Índice:**

### INTRODUCCIÓN.

1. LA VOLUNTAD DEL FUNDADOR.
  - 1.1. El bienestar social y su proyección como interés público.
  - 1.2. El destinatario genérico.
  - 1.3. El llamado carácter “non profit” de las fundaciones o ausencia de ánimo de lucro.
2. EL PATRIMONIO Y SU AUTONOMÍA.
  - 2.1. La afectación a un fin público de la dotación fundacional.
  - 2.2. Fundación y ejercicio de actividad económica.
3. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO.
  - 3.1. La potestad de auto-organización.
  - 3.2. La tutela pública de la fundación.
    - 3.2.1. La escritura constitutiva.
    - 3.2.2. Los directivos de la fundación.
  - 3.3. Regulaciones registrales.
  - 3.5. Los representantes públicos.
4. LAS EXONERACIONES.
5. LA TRANSFORMACIÓN FUNDACIONAL.
  - 5.1. Modificación estatutaria.
  - 5.2. Fusión.
  - 5.3. Disolución
  - 5.4. Extinción.

5.4.1. Por causas establecidas en los Estatutos.

5.4.2. Por disposiciones legales.

5.5. La reversión de los bienes fundacionales a la extinción de la fundación.

## BIBLIOGRAFÍA

## INTRODUCCIÓN.

La historia de nuestra legislación en materia de fundaciones es muy corta. En nuestro Código Civil, desde el siglo diecinueve, la figura estuvo ausente. Es hasta hace poco más de cuarenta años que, por medio de la ley N° 5219 de 25 de junio de 1973, denominada “Estatus Especial para Fundaciones Extranjeras Establecidas en el País”, se realizó un primer intento de generar una legislación autónoma en materia de fundaciones. Consta de cinco breves artículos y se limitó a disponer en el 1° que: “Las fundaciones privadas o públicas que se establezcan en el país con fines culturales, científicos, de bienestar social o en favor de programas para el desarrollo económico, sin propósitos de lucro, disfrutarán del status especial” refiriéndose al trato fiscal que se estableció en la ley, quedando, por disposición del artículo 2°, a cargo de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Hacienda lo relativo a la determinación del carácter no lucrativo de esas fundaciones.

En su artículo tercero dispuso que:

*“El Ministerio de Relaciones Exteriores tendrá a su cargo todo lo relativo a la autorización y regulación de las fundaciones sean éstas públicas o privadas.*

*El Ministerio de Hacienda otorgará las exenciones a las fundaciones que el Ministerio de Relaciones Exteriores recomiende. No podrá otorgarse exoneración de tipo personal a costarricenses o extranjeros con residencia permanente en el país. Las exoneraciones se concederán únicamente para artículos, equipos y enseres directamente relacionados con la labor que las fundaciones realicen.”*

Finalmente se estipuló en el artículo siguiente que:

*“No podrá el Ministerio de Relaciones Exteriores negar la recomendación de que habla el artículo anterior, si las fundaciones cumplen con las características señaladas en el artículo 1°.”<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Véase al respecto el texto de la indicada ley. Existe una breve mención en el libro Brenes Córdoba, Alberto. Tratado de las personas. (Reimpresión) Milcopias, San José, 1974. p. 58-59.

Su proponente, el diputado Fernández Morales, manifestó que su interés era:

*“sobre todo atraer a las fundaciones alemanas, estas obedecen a orientaciones netamente de los principales partidos políticos. Por eso se establecen en América Latina, de acuerdo con el programa alemán, para impulsar el desarrollo de estos países.”*

Agregando a continuación que:

*“lo que sucede es que nosotros no tenemos una legislación para promover incentivos para la atracción de estas fundaciones<sup>2</sup>”*

Queda pues evidenciada la modesta pretensión de esta iniciativa, que no buscaba más que atraer a fundaciones extranjeras, otorgándoles un régimen de incentivos o exoneraciones.

En un plazo muy breve, tan solo dos meses y medio después, fue publicada el 11 de setiembre de 1973, una nueva ley de Fundaciones bajo el número 5338. Dicho pergamino legal consta de 19 artículos, con los que se llena el vacío histórico de la falta de regulación de la institución fundacional. Respecto a la iniciativa de ley expresó el Diputado Solano Chacón, proponente de la iniciativa de ley, que:

*“En nuestro sistema jurídico no se encuentra, de modo genérico, la figura de la fundación, sin embargo, han existido en nuestro medio varias de ellas, que tienen sin duda gran importancia desde el punto de vista social, Fundación Barroeta, Asilo de Ancianos de Heredia, etc. Que son muy pocas, y han necesitado en cada caso autorización legislativa expresa...”<sup>3</sup>*

---

<sup>2</sup> Acta de la Comisión de Asuntos Sociales No. 48 de 22 de junio de 1972.

<sup>3</sup> Exposición de Motivos del expediente 5361. La Institución Barroeta fue creada a partir de la cláusula V del testamento del señor Rafael Barroeta y Vaca, otorgado en la ciudad de Alajuela el tres de marzo de 1880, con un patrimonio “de poco más de cien mil pesos”. Estipulaba el Código Civil en su art. 1515 que la existencia de las personas jurídicas proviene de la ley o de convenio conforme a la ley, excepto el Estado, que es persona perpetua de pleno derecho. De allí surgió el problema del reconocimiento de esta fundación. La jurisprudencia de Casación había mantenido que los particulares carecían de aptitud jurídica para crear personas jurídicas de ese tipo mientras no existiera una ley que así lo autorizara. La solución la dio

El relativo éxito de esta ley llevó a que en 2015 se cumplieran cuarenta y dos años de ser la norma que rige nuestro derecho fundacional.

Comienza este cuerpo legal concibiendo en su artículo primero a la fundación como “*un ente privado de utilidad pública*” cuya existencia se dirige a “*realizar o ayudar a realizar*”, un elenco de actividades, indicadas en áreas variadas bajo la técnica de “*números apertus*”, de donde entendemos que puede acometer proyectos en conjunto con otras instituciones, lo que tiene importancia en virtud de la exigencia del inciso b) del artículo 18º de la misma ley, de: “*Haber estado activas desde su constitución*” en actividades de bienestar social,<sup>4</sup> mediante el destino de un patrimonio a la ejecución de, al menos, un proyecto anual.

Resulta curioso que a diferencia de otras personas jurídicas, nuestra legislación permita que el plazo social de las Fundaciones pueda ser perpetuo. (artículo 4º in fine) En especial por cuanto su vinculación al fin, en algunos casos, debería representar una limitante temporal. Logrado el fin, nos encontraremos frente a lo que debería ser una causal de disolución.

---

el presidente de la República don Cleto González Víquez, quien mediante acuerdo ejecutivo de fecha 27 de setiembre de 1907 emitió el Reglamento de la Institución Barroeta. En el art. 1 de dicho acuerdo dice que la Institución Barroeta es: “...una persona civil, susceptible de derechos y obligaciones”, sin entrar a considerar la reserva de ley que el mismo Código Civil establecía y sin resolver el problema de una manera general, sino casuística. Por su parte, la Fundación Hogar de Ancianos Alfredo y Delia González Flores fue creada por el Lic. Alfredo González Flores, ex Presidente de la República, y su esposa, la señora Delia Morales Gutiérrez, mediante escritura pública de fecha 1 de noviembre de 1946, que consta en su testamento. Posteriormente, ante las carencias normativas de tipo legal, señaladas, fue necesario que la Asamblea Legislativa emitiera una ley (No. 3132 de 23 de julio de 1963) para ratificar la personalidad jurídica de dicha fundación. Véase al respecto el acucioso trabajo de Abarca Hernández, Oriester ***Análisis jurídico de las Fundaciones como mecanismo de administración financiera en la Universidad de Costa Rica***. Tesis para optar al grado de Maestro en Derecho Económico. Universidad Estatal a Distancia, UNED, 2004. pp.37-39.

<sup>4</sup> Dicho artículo establece que para ser sujeto de donación, subvención, transferencia de bienes muebles o inmuebles o cualquier aporte económico del Estado o sus instituciones, será requisito que la fundación haya estado activa desde su constitución, para lo cual se establece como parámetro “*La ejecución de, al menos, un proyecto por año*”. La interpretación de este requisito en concordancia con lo estipulado en el artículo 1º, permite que este proyecto sea realizado en conjunto con otras instituciones, amparado en la hipótesis de “*ayudar a realizar*”.

Otro tema digno de comentario es el relativo a la administración de la Fundación. La ley asigna esta función a una Junta Administrativa, (artículo 11º) dando al fundador la posibilidad de designar una o tres personas como directores y de establecer la forma para su substitución. La escogencia tiene importantes consecuencias pues en ambos casos la Junta será integrada también por un miembro designado por el Poder Ejecutivo y otro por la Municipalidad del cantón donde tenga su domicilio la Fundación. Ello implica que los representantes públicos serán mayoría en caso de que el fundador solo designe un director o que las personas electas por el fundador sean mayoría en el caso de que este ejercite el derecho de nombrar tres integrantes. Como el cargo de miembro de la Junta Administrativa es gratuito, en última instancia es muy frecuente que los designados por el sector público no acudan a las reuniones, cuando esas designaciones efectivamente se producen.

Por medio de un transitorio, se permitió que las fundaciones existentes a la promulgación de la ley se acogieran a modificaciones en su administración o subsanaran las deficiencias con intervención judicial, incluso ordenando esta autoridad la inscripción en el registro de Personas, pudiendo acogerse a ese procedimiento las instituciones que tuvieran naturaleza propia de fundaciones pero que se encontraban inscritas bajo otra modalidad, entendiéndose tipo, de persona jurídica. Con ello tenemos que desde el comienzo mismo de nuestra normativa fundacional se han acogido las transformaciones de personas jurídicas mutando hacia figuras de distinta clase, más acordes con la realidad, como el también citado caso de las fundaciones que regentaban universidades privadas.<sup>5</sup>

Podemos encontrar distintas figuras fundaciones, algunas muy próximas del germen de esta clase de personas jurídicas. Dentro de este grupo encontramos aquellas fundaciones constituidas por personas físicas, sea bajo las modalidades *inter vivos* o *mortis* causa, mientras que otras se encuentran alejadas de aquel tipo de fundaciones originarias. Ese segundo grupo lo integran las fundaciones constituidas por personas jurídicas.

Cuando observamos el conjunto de las fundaciones constituidas por personas jurídicas encontramos otra dualidad. Por un lado tenemos a las fundaciones cuyo fundador es una persona jurídica privada, por ejemplo

---

<sup>5</sup> Vid. Nota 34.

las grandes corporaciones, bancos, aseguradoras, en general empresas de gran porte. Sin duda se trata de las que atraen la mayor atención en la actualidad. Sus grandes presupuestos les permiten proponer proyectos de notable envergadura y proyección, que han dado lugar a una nueva forma de marketing corporativo. La otra cara de la moneda lo ofrecen las fundaciones que han sido constituidas por una persona jurídica pública. En nuestro medio destacan sobre todo las que han sido creadas en estrecho ligamen con las universidades estatales. La capacidad de crearlas les ha sido reconocida en algunas legislaciones de manera amplia y general, mientras que en nuestro medio se ha interpretado que es por la vía de ley especial que expresamente habilite la creación o que directamente determine su nacimiento, como surge a la vida jurídica.

Se trata de un fenómeno digno de resaltar por su singularidad que no ha pasado desapercibido a la doctrina que ha señalado la paradoja de que personas de derecho público que, por definición, sirven a la satisfacción de intereses generales, recurran a un instrumento que tradicionalmente ha servido para que los particulares colaboren con los poderes públicos para alcanzar fines de interés general.<sup>6</sup>

## 1. LA VOLUNTAD DEL FUNDADOR.

En la mayoría de las legislaciones se admite que las fundaciones se constituyan por parte de personas físicas o jurídicas,<sup>7</sup> sea mediante actos inter vivos o mortis causa (por medio de testamento).<sup>8</sup>

Sobre este tema, indica el autor Durán Rivacoba que:

*“Poco tienen que ver las grandes fundaciones creadas inter vivos, ordinariamente por otra persona jurídica, que busca el*

---

<sup>6</sup> Cfr. Priego Fernández, Verónica de, **En torno a la legislación sobre fundaciones**. Disponible en <https://ciencia.urjc.es/bitstream/handle/10115/5856/EN%20TORNO%20A%20LA%20LEGISLACION%20SOBRE%20FUNDACIONES.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Consultado el 5 de mayo de 2015.

<sup>7</sup> Dice la Ley de Fundaciones Nº 5338 de 28 de agosto de 1973, en su artículo 2: “*El fundador puede ser una persona física o jurídica, nacional o extranjera*”. En adelante la cita de artículos, salvo indicación en contrario, pertenece a la misma ley.

<sup>8</sup> Estipula el artículo 3: “*Las fundaciones se constituirán por escritura pública o por testamento*”.

*empleo beneficiado de fondos propios para el desarrollo de un conjunto de actividades en cierta medida relacionadas con el interés general o el mecenazgo: fomento de la cultura y de las artes, del deporte, de la participación social y ciudadana, de la mejora del medio ambiente, de la ciencia y de la investigación, etc., con aquellos casos en que un patrimonio individual se destina mortis causa, comúnmente a la promoción de actividades no lucrativas y de carácter social, las más de las veces en correspondencia con un mapa muy definido de posibles destinatarios”<sup>9</sup>*

La voluntad del fundador (o fundadores) tiene el protagonismo, visto que la fundación no es una “estructura abierta”, dependiente de la voluntad de los administradores, sino exclusivamente tributaria de los designios de su fundador. Así, la constitución de la fundación debe interpretarse conforme a su voluntad, si bien no debe interpretarse que carece de límites, pues está circunscrita a las exigencias que, en su conjunto, ha dispuesto el ordenamiento jurídico para autorizar su existencia, entre las que figura una determinada estructura básica, unas ciertas finalidades, formalidades para su constitución, entre las que se cuenta la dotación de un patrimonio, de manera tal que “*hay un minimum exigible al pretendido fundador*”<sup>10</sup>.

Particularmente debe destacarse la limitación a cambiar las disposiciones constitutivas de la fundación “*una vez que ésta haya nacido a la vida jurídica*”.<sup>11</sup> Ello, a contrario sensu, indica la gran liberalidad con que cuenta el fundador en la definición de las disposiciones constitutivas.

---

<sup>9</sup> De hecho, en la doctrina se ha producido un creciente interés sobre la voluntad del fundador con lo muestran las obras de Espín Cánovas, Diego. ***El respeto a la voluntad del fundador en la Ley 50/2002 de Fundaciones***, In Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación, No. 33, 2003, pp. 324-365; Piñar Mañas José Luis y Real Pérez Alicia. ***Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador***, Marcial Pons, España, 2000; y Durán Rivacoba, Ramón. ***La voluntad del fundador***. In A.A.VV. ***Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal***. Fundación Ma. Cristina Masaveu Peterson, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, España. 2011. pp. 249-314.

<sup>10</sup> Lasarte, Carlos. Dotación patrimonial e irreversibilidad de los bienes fundacionales. Boletín de la Facultad de Derecho (UNED), Madrid, 2a. época, núm. 4, verano-otoño de 1993. p.97.

<sup>11</sup> Artículo 3 in fine.

De hecho, nuestra legislación le permite incluso: “*dictar las disposiciones reglamentarias para regir la actividad de la fundación*”<sup>12</sup>

Destaca PIÑAR MAÑAS<sup>13</sup> que:

*“en las Fundaciones el elemento voluntario, la libre disposición del fundador, es esencial para definir el contenido mismo del “derecho” de Fundación. La función social de la propiedad no implica un derecho para el propietario, sino una carga (un deber). No es un derecho subjetivo sino una carga que se traduce en un beneficio para la sociedad. Y no es éste, evidentemente, el esquema de ejercicio del derecho de fundación, cuyo pilar es la voluntariedad. Por otra parte, una vez constituida la Fundación, deja de formar parte del patrimonio del fundador. La Fundación no es de “su propiedad”, por lo que ya no es “su propiedad” la que cumple una función social, sino la Fundación misma.*

*En conclusión, pues, la Fundación no es propiamente expresión de la función social de la propiedad, sino expresión de la posibilidad que existe de hacer que la propiedad se destine a una función social”.*

De manera similar, Durán Rivacoba piensa que:

*“la esencia de las fundaciones consiste, a grandes rasgos, en la voluntad de una persona, o de un grupo de individuos, que destinan fondos para cumplir un determinado fin general. Tal asignación de bienes o derechos no sólo comporta su cualidad de patrimonio separado, sino que llega incluso a personalizarlo, por la conjunción de unos órganos gestores independientes...y la existencia de un interés benéfico en el propósito buscado mediante su creación”.*<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> “Si no lo hiciere, deberá efectuarlo la Junta Directiva dentro de los sesenta días siguientes a su instalación”. Artículo 12.

<sup>13</sup> Vid. Piñar Mañas José Luis. **El derecho de fundación como derecho fundamental**. In Rev. Derecho privado y Constitución. Nº 9 1996, pp.172.

<sup>14</sup> Durán Rivacoba, Ramón. **La voluntad del fundador**. In A.A.VV. **Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal**. Fundación Ma. Cristina Masaveu Peterson, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, España. 2011. pp.263.

Debemos pues destacar los tres grandes elementos que conforman la fundación y que son, en primer lugar, el deseo de los fundadores, que determina el tamaño, la dimensión del patrimonio que constituirá el conjunto de bienes que se van a destinar. Esta es una manifestación unilateral del tipo que la doctrina llama no recepticia, o sea que no tiene que contar con la recepción de otra persona para que el negocio sea eficaz. En segundo lugar es también este elemento volitivo el que señala cuales son los fines de bienestar social, como dice la ley, o de interés general, como preferimos llamarlos, que orientarán la acción de la entidad. Todavía, su impronta se desplaza hasta la selección de la mayoría de los administradores, si así lo quiere,<sup>15</sup> y a la selección de las reglas por las que ha de administrarse, en la búsqueda de los fines por él fijados.<sup>16</sup>

La fundación, que nace de una liberalidad, de un acto de disposición del fundador sobre sus bienes. Tanto la manifestación de voluntad, como la organización, han de cumplir los requisitos que establezcan las leyes, pero dentro de los límites que ella fija,<sup>17</sup> se impone la autonomía de la voluntad del fundador como eje sobre el cual giran los otros elementos. O como dice Durán Rivacoba, “supone una expresión de la autonomía de la voluntad que origina la propia persona jurídica, sin perjuicio de las actividades tuitivas públicas”.<sup>18</sup>

### **1.1. El bienestar social y su proyección como interés público.**

Los fines que persigue la fundación han de ser determinados, pues en caso contrario no sería posible que se oriente a lograrlos una vez

---

<sup>15</sup> Me refiero a la posibilidad de seleccionar tres de los cinco integrantes de la Junta Administradora según el artículo 11, párrafo segundo que dice: “El fundador designará una o tres personas como directores y también deberá, en el propio documento de constitución, establecer la forma en que serán sustituidos estos miembros”.

<sup>16</sup> Dice el Artículo 12, “El fundador podrá dictar las disposiciones reglamentarias para regir la actividad de la fundación. Si no lo hiciere, deberá efectuarlo la Junta Administrativa dentro de los sesenta días siguientes a su instalación”.

<sup>17</sup> Como la licitud de los fines, la desvinculación de la voluntad del fundador, a partir de la personificación de la fundación, o la recta administración, confiadas a los representantes municipales, del Poder Ejecutivo o a la fiscalización de la Contraloría General de la República.

<sup>18</sup> Durán Rivacoba, Ramón. La voluntad del fundador. In A.A.VV. Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal. Fundación Ma. Cristina Masaveu Peterson, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, España. 2011. pp.267.

constituida Por ello: *“los fines fundacionales constituyen una de las menciones imprescindibles de los estatutos de cualquier fundación, que por regla están subordinados a la tutela de los poderes públicos”*<sup>19</sup>.

Nuestra ley de Fundaciones se pronuncia de manera indicativa señalado como posibles fines *“actividades educativas, benéficas, artísticas o literarias, científicas y en general todas aquellas que signifiquen bienestar social”*. (art.1, in fine) Esta selección abierta del legislador ha favorecido, la constitución de fundaciones en consonancia con las nuevas necesidades de la sociedad civil. Siendo las Fundaciones, personas jurídicas coadyuvantes del Estado en la realización de fines de interés público, uno de sus principios inspiradores y que permite calificar la actuación de las fundaciones es la subsidiariedad, respecto de las actuaciones del Estado.

Nieto Alonso percibe las ideas de *neutralidad y fungibilidad* de los fines fundacionales y la consideración de las fundaciones como técnica jurídica utilizable para fines absolutamente heterogéneos.<sup>20</sup> Esta postura podría aceptarse siempre que tengamos presente que, como límites de este derecho de crear una fundación, aparecen el interés público y lo dispuesto en la ley y más en general, por los principios que inspiran el régimen constitucional .

Lo que hace de interés público estas actividades es la suma de las valoraciones individuales. Como dice Escola, es:

*“el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría y que se encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos apareciendo con su contenido concreto y determinable, actual eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los*

---

<sup>19</sup> Lasarte, Carlos. **Dotación patrimonial e irreversibilidad de los bienes fundacionales**. Boletín de la Facultad de Derecho (UNED), Madrid, 2a. época, núm. 4, verano-otoño de 1993. p.99.

<sup>21</sup> Nieto Alonso, Antonia. **Las fundaciones, neutralidad de sus fines**. In Revista Galega de Administración Pública, Nº 28, Santiago de Compostela, España, mayo-agosto 2001, pp. 329.

*intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”.*<sup>21</sup>

Esta noción resulta coincidente con lo dicho en nuestra Ley General de Administración Pública, que en su artículo 113, establece:

*“1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente **el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.***

*2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.*

*3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia.”*

Como se trata de un concepto jurídico indeterminado corresponderá a la administración pública la determinación de su contenido concreto frente al caso circunstanciado. Tenemos entonces que será la explicitación de los fines lo que permitirá constatar la congruencia de estos con el interés público frente al caso en concreto.

Justamente por eso, los fines perseguidos por el fundador han de ser determinados. Su enunciación debe ser congruente con los fines constitucionales que constituyen el marco de referencia para fijar los criterios que permitirán asignar el juicio de valor que distinguirá cuando estamos ante un interés público y cuando no. En los estatutos, se recogen estos fines seleccionados y se someten al control de los poderes públicos desde la inscripción. Resulta evidente que las actividades de bienestar social son de interés público. Se trata de dos conceptos de tan amplio contenido que prácticamente se subsumen el uno en el otro.

---

<sup>21</sup> Escola Héctor. *El interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*; Buenos Aires, DEPALMA, 1989. pp.249-250. Cit. por Navarro, Román. *Derecho a la Salud*. San José, Juricentro, 2010. Pp.71. Sobre este tema véase el interesante artículo de Priego Fernández, Verónica de, *Interés general e indeterminación de los beneficiarios de las fundaciones*. In. Revista de Derecho Público, España, 2003, pp.736-ss.

Los fines han de ser lícitos por principio y, en particular, legales. Es decir, que las fundaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales y, por tanto, pueden ser suspendidas de sus actividades o ser extinguidas, pero siempre debe hacerse el trámite ante la autoridad judicial, que resolverá mediante sentencia.

En la Ley General de Administración Pública se recoge, en el artículo 113, una definición que dice: “...*el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando puedan estar en conflicto*”.

A pesar del vínculo que pueda sugerir la defensa del interés público por el ordenamiento, particularmente por el administrativo, a la que algún autor calificó de “*específica función realizadora cotidiana de los intereses públicos*”,<sup>22</sup> la defensa del interés público no es exclusiva de las instituciones públicas.

Este papel de las fundaciones ha sido perfilado por la Sala Constitucional, que ha dicho:

*“el artículo 1 de la Ley de Fundaciones le ha reconocido a estas entidades personalidad jurídica propia, como entes privados de utilidad pública. El término “utilidad pública” se refiere a todo aquellos que interese, afecte o beneficie a la comunidad o al común de los ciudadanos. Sin embargo, esta cualidad no implica que las fundaciones necesariamente actúen en ejercicio de funciones o potestades públicas. En el caso concreto de las fundaciones que administran casas de atención a la persona adulta mayor, ejecutan ciertamente una labor de solidaridad social de enorme importancia para la comunidad – de ahí su utilidad pública- empero, tal actividad la realizan con facultades propias de los sujetos privados, sin ejercer ninguna*

---

<sup>22</sup> De la Morena y de la Morena, Luis. ***Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas***. En Revista de Administración Pública, Nos, 100-102, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983. pp.848.

*potestad de imperio ni ninguna atribución que el ordenamiento jurídico establezca como propia o exclusiva del Estado*<sup>23</sup>

En un interesante artículo, Luis de la Morena<sup>24</sup> profundiza en el tema y diferencia de los intereses públicos en originarios, los cuales quedan sustraídos a la evolución política del Estado, de los intereses públicos derivados, los cuales quedan indisolublemente ligados a ella, por lo que, en función de la misma, se podrán o no dar (reserva privatística inicial); darse antes o darse después (desde el liberalismo al intervencionismo en sus diversos grados); darse en unos Estados y en otros no (pluralidad de regímenes políticos y de sistemas económicos), y seguir una línea de .evolución ascendente o regresiva.<sup>25</sup>

El ámbito de actuación de las fundaciones se ha ampliado, abarcando cualquier tipo de fin que sea de interés social, incluso con carácter preventivo, es decir, antes de que surja la necesidad de actuación.

## **1.2. El destinatario genérico.**

Las fundaciones no pueden tener como destinatarios de su acción social a un colectivo definido de sujetos o a personas individualizadas, ya que entraría en contradicción con el fin de interés general que persigue, el cual, por definición, debe estar abierto a toda la colectividad que puede ser potencialmente beneficiaria de su acción concreta.<sup>26</sup>

Justamente por ese apego al interés general es que queda la figura fundacional inhibida de constituirse como “*fundaciones familiares*”, (las constituidas en beneficio de una determinada línea de parentesco) o fundaciones que se dirijan a colectivos concretos identificables nominalmente. Tenemos pues, conforme al ejemplo de Lasarte, que la alfabetización o la curación del cáncer son evidentemente fines de interés público; pero si sólo pueden ser beneficiarios de la fundación los

---

<sup>23</sup> **SALA CONSTITUCIONAL de la Corte Suprema de Justicia.** Res: 2003-02032 de las 15:49 horas del 12 de marzo del 2003.

<sup>24</sup> Ibidem, pág. 854.

<sup>25</sup> Pérez Escolar, Marta. ***La actividad económica de las fundaciones.*** Tensiones legislativas e interés general. Thomson-Civitas, Pamplona, España, 2008. pp. 23.

<sup>26</sup> Caballeira Rivera, María Teresa. ***Fundaciones y Administración Pública.*** Editorial Atelier, Barcelona, 2009, pp. 53.

parientes de los administradores o de los fundadores que sean analfabetos o cancerosos, no cabe duda de que la generalidad del altruismo de los fundadores debería de ponerse en duda.<sup>27</sup>

Los futuros beneficiarios de las prestaciones de la fundación han de ser entonces, por el contrario, necesariamente indeterminados. Lo dicho no implica que no se destine a la atención de un grupo en particular, pero debe hacerlo en tanto que colectividad que comparte una condición, un objetivo o una circunstancia, pero sin individualizar los destinatarios, sea de forma expresa o vedando el acceso por la vía de definirlos de manera tan específica que no alcance a una categoría, sino a unas personas en particular, (Verbigracia, los enfermos de una dolencia extraña que vivan en determinada calle) pues ello excluiría la incorporación posterior de personas que, a pesar de compartir las razones que justificaron la integración de la colectividad, deberían quedarse al margen por tratarse de un grupo ya cerrado.

### **1.3. El llamado carácter “non profit”<sup>28</sup> de las fundaciones o ausencia de ánimo de lucro.**

La búsqueda de un interés general, como objetivo de la acción desplegada por la fundación, le imprime un carácter prioritario a la satisfacción de dicho interés, en perjuicio de la legítima preponderancia que tienen los intereses particulares en otro tipo de organizaciones. Por lo tanto, no siendo el ánimo de lucro el impulso que mueve a la fundación, estamos en presencia de una “*empresa altruista*”, por oposición a la “*empresa mercantil*”, lo que condiciona su acción social. Esta justificación está detrás de los beneficios fiscales que diversas legislaciones dispensan, a estas personas jurídicas.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Cfr. Lasarte, Carlos. ***Dotación patrimonial e irreversibilidad de los bienes fundacionales***. Boletín de la Facultad de Derecho (UNED), Madrid, 2a. época, núm. 4, verano-otoño de 1993. p.97.

<sup>28</sup> Esta expresión tiene su origen en el Common law y se utiliza en nuestro ámbito jurídico para designar aquellas organizaciones cuyas ganancias económicas no son repartidas entre los sujetos particulares sino que se destinan a la satisfacción de los fines del ente. Se trata pues de organizaciones no especulativas, que no buscan el lucro.

<sup>29</sup> Caballeira Rivera, María Teresa. ***Fundaciones y Administración Pública***. Editorial Atelier, Barcelona, 2009, pp. 52.

La finalidad seleccionada, cuya intencionalidad pretenda materializar un “*interés público*” no desnaturaliza el carácter privado del ente, y conlleva a visualizar dos escenarios de actuación. Por un lado, el marco de la actividad de la fundación, deberá estar orientada a la consecución de determinados objetivos impersonales, sea que nos encontramos frente a una gestión cuyos resultados no interesan exclusivamente a personas o grupos de personas concretas y determinadas, lo que no implica ni mucho menos que se trate de colectividades determinables. Se trata de una despersonalización apriorística, aunque en una etapa posterior puedan individualizarse. En segundo lugar, dichos objetivos han de ser socialmente relevantes en el momento de la creación de la fundación. “*Tales fines de interés general han sido además tradicionalmente considerados de carácter altruista por estar ligados con la también tradicional función beneficio social de la fundación*”.<sup>30</sup>

El punto de partida de la idea de la ausencia de ánimo de lucro se encuentra en la gratuidad de la actividad asistencial prestada por las fundaciones decimonónicas, benéficas en sentido estricto. Semejantes planteamientos están en la actualidad totalmente superados. La ausencia de ánimo de lucro que se encuentra en la esencia del concepto de fundación ha dejado de confundirse con la gratuidad de las prestaciones para pasar a una vinculación estrecha con el fin perseguido a través de la realización de tales prestaciones. Se entiende en nuestros días que la satisfacción de fines de interés general, entraña el que la fundación no pueda orientar su actividad hacia la obtención de beneficios que repercutan en el lucro de personas concretas y determinadas, pues: “*como es obvio, el interés general se convierte en particular cuando se traduce en una repartición de ganancias entre sujetos igualmente particulares*.”<sup>31</sup>

Sin embargo, el carácter *non profit* de las fundaciones no se antepone a la posibilidad de obtener ganancias en sentido económico, pudiendo realizar actividades mercantiles o industriales, proporcionando bienes o servicios a terceros mediante la contraprestación, e inclusive,

---

<sup>30</sup> Véase Lacruz Bermejo J.L. y otros, ***Elementos de Derecho Civil I***, Volumen II, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, pp.314 y 317.

<sup>31</sup> Pérez Escolar, Marta. ***La actividad económica de las fundaciones***. Tensiones legislativas e interés general. pp. 34.

tener la titularidad de un emprendimiento económico o participar, como propietario accionista, de otras de carácter mercantil. La condición es que las ganancias reviertan en el patrimonio de la fundación para favorecer el logro de sus fines de interés general, lo que conlleva la prohibición del reparto de dichas ganancias entre particulares fundadores, ligados a ésta o personas representantes de intereses ajenos a la fundación.<sup>32</sup>

Conviene recordar, nos señala Antonia Nieto<sup>33</sup> que puede ocurrir que personas morales ya existentes se transformen pura y simplemente en Fundaciones y que aquellas personas morales fuesen “*lucrativas*”. Algunos ejemplos nos los proporciona Sauvel, en el caso francés, citando: “*L’Institut Pasteur*” (1887), que después de haber tomado la forma comercial se transforma en Fundación. El Institut Pasteur pertenece a las denominadas operational Foundations, cuyos recursos son destinados a las actividades de la propia Fundación. También, “*L’École Libre des Sciences Politiques*” (1872), que después de haber sido durante largo tiempo Sociedad Anónima cede todo su haber a la Fondation Nationale (1945).

Las fundaciones se caracterizan así, en la precisa señalización de Marta Pérez Escolar, “*por la ausencia de ánimo de lucro en sentido subjetivo pero lo admiten en sentido objetivo, lo cual constituye un denominador común en los modernamente llamados entes non profit*”.<sup>34</sup> De hecho, esta carencia de animus lucrandi pasa a ser entendida de manera limitada, permitiendo que la actividad económica obtenidos por la fundación sea destinado a la realización de fines de interés general que la guían y al incremento de la dotación patrimonial o a las reservas de la entidad, siempre vinculando su existencia y su destino al fin fundacional.

Incluso se ha dicho que: “*lo que hace en ocasiones que el ejercicio de una determinada actividad empresarial sea compatible con el interés general no es tanto el futuro destino de sus rendimientos a la*

---

<sup>32</sup> Caballeira Rivera, María Teresa. **Fundaciones y Administración Pública**. pp. 53.

<sup>33</sup> Nieto Alonso, Antonia. Las fundaciones, neutralidad de sus fines. In Revista Galega de Administración Pública, Nº 28, Santiago de Compostela, España, mayo-agosto 2001, pp.322 donde cita a Sauvel, Tony. **Les Fondations. Leurs origines, leur évolution**, Revue Francaise du Droit Public, 1954, p. 341.

<sup>34</sup> Pérez Escolar, Marta. **La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general**. pp. 35.

*satisfacción de un fin de estas características, sino el propio carácter atractivo para el público de la prestación que esté destinada a satisfacer; la misma posibilidad, en definitiva, de acceder a ella, que en determinados casos no existiría de dejarse en manos de una iniciativa privada a la que le puede resultar poco rentable”;*<sup>35</sup> lo que constituye lo que los economistas llaman el costo infinito, el precio de la privación del servicio por falta de prestador.

Este debate sobre fundación y actividad lucrativa ha conducido al análisis de la figura de la Fundación-Empresa donde la actividad lucrativa se despliega para generar ganancias con las cuales costear los fines de interés general.

El país prototipo de la figura de la Fundación-Empresa es Alemania, donde está ampliamente reconocida esta figura: *Unternehmensstiftung*, donde la precursora y más conocida es la Fundación ZEISS: *Carl Zeiss Stiftung*, establecida por Ernest Abbe en Jena (1896), considerada como el modelo más riguroso y el más felizmente operante de Fundación-Empresa, entiende el ejercicio de la Empresa por medio de un sujeto distinto al de la Fundación. Rescigno, citado por Nieto, señala que sobre este punto la doctrina alemana está positivamente influenciada por la práctica americana: en el sentido que sean netamente distintos los órganos de la Empresa y los de la Fundación.<sup>36</sup>

Diversos autores señalan la necesidad de que la fundación, para potenciar su eficacia, adopte una actitud empresarial, un aspecto menos burocrático, tanto en la gestión de su patrimonio como en la realización

---

<sup>35</sup> Vid. Del Campo Arbuolo J. A. y Sáenz de Miera A. ***Problemática actual de las fundaciones como instituciones sociales y jurídicas***. In Anales de la Real academia de Jurisprudencia y Legislación, No. 10, Madrid, 1981 pp. 96 y 97.

<sup>36</sup> El objetivo de esta Fundación es el buen funcionamiento de talleres de óptica y vidrio, contando con la cooperación del fundador, y manteniendo estos establecimientos industriales bajo un título de propiedad impersonal, seguridad económica de un gran número de gentes y garantizar el respeto de los derechos personales y económicos de los trabajadores. Una vez cumplidos este tipo de objetivos, dentro de los talleres, con los fondos disponibles se atenderá a cuestiones de fuera de los talleres, fomentando el interés general y el bien público de la población trabajadora de Jeria y su vecindario inmediato, así como los estudios de ciencias naturales y matemáticas. Cfr. Nieto Alonso, Antonia. ***Las fundaciones, neutralidad de sus fines***. op. cit. pp.328.

de sus prestaciones. De tal manera que se pueda admitir la posibilidad de que la fundación actúe, de forma dinámica, en el mercado, con el propósito de obtener fondos suficientes para el adecuado cumplimiento del fin fundacional, adaptándose así a las variables circunstancias económicas, debiendo aceptarse esta posibilidad siempre que las ventajas económicas se adscriban, directa y efectivamente, al fin fundacional. Se ve a la fundación como titular exclusiva e inmediata de la empresa y se puede afirmar que la fundación como sujeto jurídico puede intervenir, de diversas maneras, en el tráfico económico.

La nueva coyuntura deviene de la relevancia de determinar la admisibilidad de que unas instituciones que han sido calificadas tradicionalmente de *no lucrativas* actúen eficazmente en el orden económico. Ello hace necesario un replanteamiento de la Fundación, máxime cuando se trata de un tema tan delicado como lo es el de la Fundación-Empresa, de enormes repercusiones civiles y mercantiles, sin perjuicio de la trascendencia en el orden laboral, que hace necesaria la puesta al día de la legislación, si bien podría considerarse cubierta por la libertad de empresa protegida por la Constitución en el ámbito de la función social de la propiedad.

Esto deberá estar matizado con una interpretación que tenga en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas y una interpretación teleológica: atendiendo al espíritu y finalidad de las disposiciones.

## **2. El patrimonio y su autonomía.**

El patrimonio de la fundación es, al mismo tiempo, un presupuesto de su existencia y un requisito de su subsistencia.<sup>37</sup> Se trata del conjunto de relaciones jurídicas, valorables en dinero, que confieren un ámbito particular de autonomía y de responsabilidad. Tal y como sucede con toda persona jurídica, es tonto la base económica que le permite alcanzar sus fines, como el sustrato de garantía y responsabilidad ante terceros. El régimen patrimonial de la fundación es un reflejo de la ideología, liberal

---

<sup>37</sup> En este sentido, véase a Vattier Fuenzalida, Carlos. ***El régimen del patrimonio fundacional***. In Revista Galega de Administración Pública, Nº 28, Santiago de Compostela, España, mayo-agosto 2001, pp.285-304.

o intervencionista, que se impone en el marco normativo. Casi siempre, se trata de una legislación de compromiso que incorpora elementos que no necesariamente reflejan una visión unitaria.

Puede ser analizado desde varias perspectivas. Atendiendo a su composición, esto es, a los bienes derechos y obligaciones que lo integran. También a su control, ex ante o ex post, incluso expresado en el nombramiento de representantes públicos en la Junta Directiva, en el control de la Contraloría General de la República o en la exigencia de tutelaje judicial para ciertos actos. Otra dimensión tiene que ver con la gestión, donde destaca la impronta de los actos de disposición o de adquisición, siendo que, en nuestro medio como en muchos otros, se le permite desarrollar actividades lucrativas a condición que esas utilidades acrezcan el patrimonio o, en materia de sucesiones, la condición a beneficio de inventario, para que pueda aceptar herencias o legados.

Como resultado de esta liberalidad, los bienes y derechos de la fundación se pueden enajenar y gravar, a título oneroso, según lo prescriban los estatutos, con la obligación de reinvertir el precio obtenido, en medios para la consecución de los fines sociales, sea en la adquisición de otros bienes que se subrogan a los enajenados, a mejorar los demás bienes de la fundación o a incrementar las reservas, siempre bajo la consideración de que los administradores lo son de cosa ajena, por lo que les alcanza la responsabilidad de velar por su preservación con la misma responsabilidad de un buen padre de familia, según la conocida formula romana tan repetida en nuestro ordenamiento.

El patrimonio de la fundación debe ser adecuado y suficiente para el cumplimiento de los fines de la entidad. Esta dotación patrimonial se conceptúa como una liberalidad indirecta que una vez perfeccionada resulta irrevocable.<sup>38</sup>

Acertadamente sostiene María Teresa Caballeira<sup>39</sup> que:

*“La exigencia de un mínimo dotacional no es un requisito nacido de la veleidat del legislador estatal, sino una exigencia*

---

<sup>38</sup> Lorenzo Cruz, pp. 485. Resulta polémico el carácter irreversible de la dotación patrimonial, aspecto sobre el cual existe una gran división en la doctrina.

<sup>39</sup> Caballeira Rivera, María Teresa. Fundaciones y Administración Pública. pp.56.

*impuesta por el interés general al que da cuerpo material y viabilidad”, sentenciando finalmente que “La dotación fundacional son las muletas en las que se apoya la fundación para alcanzar los fines sociales que se propone”.*

Con el propósito de cumplir con esta dotación el artículo 64 del nuevo Código Civil Brasileño de 2002 dispuso que constituida la fundación (entiéndase después de registrada en la notaría) el instituidor tiene la obligación de transferir la propiedad u otros derechos referentes a los bienes dotados para la entidad. Incumplida la obligación, los bienes serán registrados a nombre de la fundación, por solicitud del Ministerio Público o de la administración nombrada. Se concede una mayor protección a la fundación, que tiene existencia como persona jurídica después del registro. Es expresa la exigencia de constitución de la fundación.<sup>40</sup>

Cabe resaltar la poca importancia que la ley actual le da a un elemento fundamental de la fundación. En efecto, observamos el carácter esencial del patrimonio sobre la creación, funcionamiento, extinción o transformación de las fundaciones, sin embargo en toda la ley se menciona el patrimonio solamente en tres oportunidades (artículos 1º, 7º y 8º) y se refiere a él de manera indirecta en el artículo 15.

En la primera mención se limita a indicar la necesidad de que exista un “patrimonio” destinado a “actividades educativas, benéficas, artísticas o literarias, científicas, y en general aquellas que signifiquen bienestar social”. No existe referencia a su cuantía, su naturaleza en especie o en efectivo etc.

En el artículo 7º, donde se autorizan operaciones comerciales “*para aumentar su patrimonio*” se vinculan estos ingresos que se obtengan “*a la realización de sus propios objetivos*”. Se trata de una autorización legal para que la fundación ejerza actividad comercial con ánimo de lucro, pues no otra cosa significa que se pueda aumentar el patrimonio. La restricción es sencillamente que estas utilidades se destinen a incrementar el patrimonio existente.

---

<sup>40</sup> Saad Diniz, Gustavo. **Regras de direito fundacional do Código Civil de 2002**. In Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005. p.154.

Lo anterior no deja de representar un riesgo para el cumplimiento de las finalidades a las cuales se destinó el patrimonio inicial. Es perfectamente posible que estas operaciones comerciales impliquen arriesgar el patrimonio existente y que el mismo se vea disminuido o hasta extinto por un mal negocio, por un infortunio o hasta por mala fe. Como no existen precauciones legales para evitar, al menos, que todo el patrimonio se comprometa, la institución queda en peligro frente a la eventualidad propia de la actividad comercial.

Resulta entonces, de especial relevancia, el regular de manera más amplia, tanto la participación de la fundación en actividades lucrativas, como la responsabilidad de los administradores por la gestión ruinosa o dañina de la entidad.

Más específico se nos muestra el artículo 8º que sí admite expresamente la donación de bienes para constituir el patrimonio de una fundación y que establece que estos bienes serán *“patrimonio propio de ésta, y solo podrán ser destinados al cumplimiento de los fines para los que fue constituida.”* Vale recordar que en otros lugares se toma la previsión de vincular este tipo de legados de bienes a la existencia de fondos suficientes para cumplir con los fines de la fundación, de manera que los bienes dejados al cuidado de la fundación no constituyan una carga financiera imposible de soportar. Por ejemplo en caso de que se trate de obras de arte, deben acompañarse de fondos para su cuidado y exposición. Entre nosotros, simplemente se les considera patrimonio propio. Cabe preguntarse si esa condición de patrimonio propio no representa un obstáculo para que se vendan, se conviertan en efectivo y se destinen a los fines de la Fundación. En principio cabría interpretar que siempre que no exista prohibición expresa del fundador, resulta legalmente posible vender los bienes para destinarlos a los fines fundacionales, pues al ser estos bienes patrimonio propio de la Fundación por mandato de ley y tener esta institución una serie de fines a cuya consecución debe dedicar sus esfuerzos, particularmente su patrimonio, nada impediría que se transformasen los activos en dinerario siempre vinculado al fin.

Finalmente el artículo 15º obliga a la presentación de un informe contable anual de las Fundaciones ante la Contraloría General de la

República, quién las fiscalizará por todos los medios que desee y cuando lo juzgue pertinente.<sup>41</sup>

Sin embargo, debe reconocerse que vienen surgiendo nuevos modelos de fundación a las que una parte de la doctrina llama “*fundaciones gerenciales*”<sup>42</sup> que se caracterizan por no tener la pretensión de mantenerse con las rentas asignadas producto de la dotación fundacional, sino que aspiran a captar fondos de terceros, que le permitan alcanzar los fines de la organización, por lo que el monto del patrimonio con el que se creó no resulta tan relevante, visto que su subsistencia dependerá de la captación de fondos que, a través de donaciones, convenios o subvenciones, pueda atraer a sus arcas para el desarrollo normal de sus actividades.

En nuestro medio, este modelo muestra, como variante que utiliza la figura fundacional para la venta de servicios profesionales, de los cuales revierte a favor de la fundación un mínimo porcentaje, siendo que la mayor parte de las consultorías o contratos de prestación de servicios se destina al pago de los profesionales contratados por la fundación, generalmente integrantes de los órganos de la misma.

## **2.1. La afectación a un fin público de la dotación fundacional.**

La materia fundacional, coherente con una larga tradición jurídica, resulta unánime a la hora de identificar la esencia o el sustrato del instituto fundacional con la presencia de un patrimonio afectado a un fin no lucrativo. Así, desde antiguo, Claro Solar definía la fundación como “*una persona jurídica que tiene por objeto realizar un fin lícito de interés general por medio de bienes determinados afectados permanentemente a su consecución.*”<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Además de parecer excesivo, impreciso y a todas luces desmesurado, esta competencia ilimitada se da por igual para aquellas fundaciones que tienen donaciones o exoneraciones y aquellas que no las tienen.

<sup>42</sup> Ibid. Loc. Cit.

<sup>43</sup> Claro Solar, Luis: Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen II “De las Personas”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979. T. III, p. 567. Cit. por Varas Braun, Juan Andrés. La suficiencia patrimonial en las Fundaciones Civiles. In Revista de Derecho, Vol. XIII, Chile, diciembre 2002, pp. 91.

La conceptualización de las fundaciones como organizaciones constituidas que por la voluntad de su fundador tiene afectado su patrimonio a la realización de “actividades educativas, benéficas, artísticas o literarias, científicas, y en general todas aquellas que signifiquen bienestar social” (art. 1 in fine LF), y que nos coloca frente al concepto de afectación que, como dijera Sala Arguet:<sup>44</sup> “suscita inmediatamente la asociación de ideas con el régimen *demanial*”.

Sin embargo, no se expresa en la legislación latinoamericana una preocupación por la medida cuantitativa de ese patrimonio, ni menos por la necesidad de poner en coherencia los medios con los fines, esto es, la envergadura patrimonial de la fundación con los fines de interés general cuya satisfacción persigue, pues no se vincula, como es usual en los códigos civiles europeos, la subsistencia de la fundación a la existencia de bienes que le otorguen la posibilidad de cumplir razonablemente sus fines.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Sala Arquer, José Manuel. ***El nuevo derecho público de las fundaciones privadas***. In A.A.VV. ***Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal***. Fundación Ma. Cristina Masaveu Peterson, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, España. 2011, pp. 94.

<sup>45</sup> El mismo Varas Braun en su artículo citado nos muestra a través de un profuso recorrido por la legislación europea como se regula y exige la suficiencia patrimonial de la fundación. La consideración del patrimonio como elemento esencial de la figura fundacional constituye un rasgo común a las diversas legislaciones, que en su inmensa mayoría lo exigen también como requisito del reconocimiento o concesión de la personalidad. Por otra parte, puede apreciarse cómo, por vías técnicas distintas, la gran mayoría de esos ordenamientos contempla mecanismos que permiten verificar algún grado de suficiencia de ese patrimonio inicial en relación con los fines que la nueva entidad se propone. Con la única excepción de Alemania, donde la materia resulta discutible, todos los ordenamientos jurídicos europeos entienden que la base patrimonial es requisito esencial y *condictio sine qua non* de la existencia de una fundación. El artículo 188 del Código Civil portugués establece una exigencia directa en este sentido, por la vía de la inclusión de un concepto jurídico indeterminado como es el de suficiencia, e impera a la autoridad administrativa la negación del reconocimiento cuando los bienes sean insuficientes para la persecución del fin, y no haya tampoco expectativas fundadas de supresión de la falencia. La ley española de fundaciones (1994) apunta en la misma dirección, esto es, a imperar la superación de un criterio abstracto de suficiencia como condición del reconocimiento administrativo. El artículo 10 de la Ley 30/1994 estatuye que “la dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales.” Puesto que lo

Como corolario, nos dice este autor que:

*“En tales circunstancias, la Administración Pública se halla despojada de cualquier mecanismo legislativo o doctrinal que le permita atajar la constitución de fundaciones con un patrimonio extremadamente menguado, irrisorio o puramente simbólico. Estas fundaciones, que debieran ser –conceptualmente– dadoras o proveedoras de recursos, se encuentran, por el contrario, abocadas a una tarea de mendicancia de recursos de entidades privadas o –peor aún– del propio Estado, o condenadas a una existencia famélica en la que el cumplimiento del fin fundacional se ve seriamente comprometido. Ello, cuando no se deriva en una encubierta*

---

suficiente se predica de aquello que es “bastante para lo que se necesita” el propósito legislativo no resulta oscuro: el requisito de suficiencia constituye un mínimo de viabilidad. En síntesis, el legislador español ha intentado evitar la constitución de fundaciones inoperantes por falta de medios. En Italia el artículo 28 del Codice Civile prescribe que, cuando el patrimonio de una fundación de interés general devenga insuficiente, la Administración, antes de declarar extinta la fundación, puede provocar su transformación, intentando alejarse lo menos posible de la voluntad del fundador. Por todo ello, “cuando los recursos del ente se juzgan insuficientes para perseguir con estabilidad y autonomía los fines propuestos, el Consejo de Estado ha rechazado la concesión del reconocimiento de la personalidad jurídica. En el caso de Suiza, no existe una norma expresa que impere algún mínimo dotacional, y por tanto no existe subordinación de la constitución de una fundación a la exigencia de un capital mínimo. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina concuerdan en que el monto del patrimonio debe hallarse en proporción con el fin que se pretende alcanzar, intentando evitar “los casos en que un fundador con mucho idealismo y poco capital inicial establece una fundación y ante la imposibilidad subsecuente de aumentar ese capital, y perdido el interés por su creación, ella descansa como simple “fichero muerto” en los archivos del Protectorado. En Holanda con el artículo 301 del Código Civil, que prescribe que la fundación puede ser disuelta judicialmente, a instancia de un interesado o del ministerio público, si el patrimonio resulta definitivamente insuficiente para realizar el objeto fundacional, y la posibilidad de adquirirlo en un tiempo previsible mediante contribuciones o de otro modo resulta inverosímil. Esta decisión puede adoptarla también el Tribunal, de oficio, cuando se le solicita la modificación estatutaria, al tiempo que deniega la solicitud. El recorrido por las legislaciones europeas continúa por Bélgica, Luxemburgo, el Principado de Liechtenstein, Francia, Dinamarca y Austria, con lo que se sustenta sólidamente el argumento. Vid. Op. Cit. In totum.

*utilización de la figura fundacional, y de las ventajas de diversa índole que lleva aparejada, para fines alejados del interés general. En cualquier caso, el patrimonio fundacional inicial (la llamada dotación en Derecho Comparado) deviene más en el precio de compra de la personalidad jurídica que en la auténtica base fáctica de la figura fundacional. Ello, además, produce una erosión sostenida y persistente del prestigio social de que debiera gozar el instituto fundacional.”*

## **2.2. Fundación y ejercicio de actividad económica.**

Desde el punto de vista histórico, ha quedado superada la concepción de la fundación como ente estrictamente benéfico con un patrimonio estático. Con acierto se ha señalado que la *“gestión económica de este tipo de fundaciones era ruinosa lo cual conducía a la imposibilidad de alcanzar los fines fundacionales por falta de recursos económicos”*<sup>46</sup>.

Desde el punto de vista legislativo, el amparo a este tipo de actividades es claro, visto el contenido del artículo 7 de la ley 5338, la cual estipula:

*“Artículo 7º— Las fundaciones no tienen finalidades comerciales. Sin embargo podrán realizar operaciones de esa índole para aumentar su patrimonio, pero los ingresos que obtengan deben destinarlos exclusivamente a la realización de sus propios objetivos.”*

Partiendo del texto, resulta evidente que la legislación no discrimina a las fundaciones en el ejercicio de actividades comerciales. La objeción que impone a este ejercicio es que el fruto de tal emprendimiento mantenga la vinculación que todo el restante patrimonio de la persona jurídica tiene, cual es el cumplimiento de los fines fundacionales, o como los llama la ley “de sus propios objetivos”, expresión que no siendo la más afortunada, nos remite al estatuto fundacional para la determinación de esos objetivos concretos.

Se reconoce de esta manera que las necesidades económicas de la fundación no tienen que ser atendidas exclusivamente con el patrimonio

---

<sup>46</sup> Alonso Madrid, José María. ***Las fundaciones: funcionamiento y control de actividad.*** Universidad de Valladolid, España, (2012), p. 26.

asignado por el fundador, se trate de una dotación inicial o del compromiso de aportes sucesivos espaciados en el tiempo, sino que la ley potencia el patrimonio fundacional, permitiéndole operaciones comerciales de manera irrestricta, pues no cabe distinguir donde la ley no distingue. La salvedad impuesta alcanza exclusivamente al destino de esos ingresos, pues, como se dijo, quedan vinculados. Puede considerarse la hipótesis respecto de la posibilidad de reinvertir los ingresos obtenidos por una actividad comercial o si estos deben separarse a efecto de ser destinados al cumplimiento de los fines fundacionales. Apegados a la literalidad de la ley, parece que a primera vista que la autorización no tiene restricción llevada en cuenta la utilización del plural, pues se consienten “operaciones” para aumentar el patrimonio, de donde podemos concluir que las fundaciones tienen, dentro del límite ya apuntado, autorización para desarrollar actividad económica, sean estas operaciones ocasionales o sucesivas.

La misma orientación está presente en el moderno derecho comparado, por ejemplo en España, que cuenta con reciente normativa, dispone en la Ley de Fundaciones 50/2002, de 26 de diciembre, en su artículo 24, en lo pertinente, lo siguiente:

*“1º Que las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales, o sean complementarios o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia. 2º Podrán participar en sociedades mercantiles en las que no responda personalmente de las deudas sociales”.*

El hecho de reconocer la capacidad de las fundaciones para el ejercicio de una determinada actividad comercial puede generar ciertas dificultades prácticas ya reconocidas en la legislación española cuando señala el “sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia”. Recordemos que el ejercicio de una actividad comercial por una fundación puede dar lugar a una ruptura de la igualdad respecto a profesionales o firmas concurrentes dentro de una misma actividad y tomando en cuenta que pueden mediar, en el caso concreto, beneficios de subvenciones públicas o de exoneraciones fiscales y así consolidar una discriminación odiosa.

Nuestra ley no hace mención del tema pero debe interpretarse, en concordancia con el marco legal vigente en materia de competencia,

que la igualdad de condiciones es una condición sine qua non para el ejercicio de actividades comerciales.

Para el caso italiano, apunta BELLAVIA que:

*“la orientación mayoritariamente representada en la doctrina y la jurisprudencia destaca la “admisibilidad” del ejercicio de actividades de negocios, a veces sólo la admite como actividad instrumental, respecto a la actividad diversa principal, y otras veces de manera exclusiva o principal. De acuerdo con la línea de interpretación que hoy tiende a prevalecer, de hecho, es cierto que las figuras del primer libro no se han previsto y disciplinado en la perspectiva del ejercicio de una actividad comercial, pero la naturaleza ideal del propósito no excluye la posibilidad de ejercer actividades la empresa, si se cumple una finalidad de utilidad pública, considerada también la tendencia a la neutralización gradual de las formas jurídicas respecto a la actividad desarrollada y la ausencia de datos normativos que imponga la exclusividad en favor de las empresas comerciales del ejercicio de “empresa colectiva”<sup>47</sup>*

### **3. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO.**

En el negocio jurídico fundacional resulta esencial la voluntad del instituidor, pues es esta voluntad, del individuo o grupo que toman la decisión, la que selecciona el fin o fines a los cuales destinará un patrimonio particularizado, que consistirá en bienes o derechos que, al separarse de su titular, recuérdese siempre que por decisión de él, de su peculio, se personaliza bajo la regencia de una administración, cuyo propósito es alcanzar aquella finalidad, con la participación de representantes del aparato público, verbigracia uno del Poder Ejecutivo, otro del Municipio donde se localiza el domicilio del ente, además de la función tuitiva de la Contraloría General de la República.

Dentro de este panorama general, que recapitula mucho de lo dicho hasta ahora, tenemos que nuestra legislación reconoce este papel central

---

<sup>47</sup> Vid. Bellavia, Giacomo Enrico. **Fondazioni e Fondazioni di Partecipazione**. Università degli studi di Catania, Facoltà di Giurisprudenza. Tesi di dottorato. S.f. p. 58-59.

a la voluntad fundadora cuando ésta define la organización, facultad que le está reservada en el artículo de la LF y cuando le permite decidir sobre el destino final de los bienes luego de la desaparición de la fundación.

Como señala Durán Rivacoba,<sup>48</sup> el dato clave “*parte del propósito de quien impulsa la creación del nuevo ente fundacional. El componente anímico promueve la persona, la dota de bienes y fija su destino*”. A partir de allí nos encontramos delante de decisiones de naturaleza operativa que resultan indispensables para que podamos hablar de una organización. Es imprescindible una estructura jerárquica de toma de decisiones y una estructura operativa de ejecución de tareas, con claras implicaciones económicas, tributarias, laborales, administrativas y jurídicas.

### 3.1. La potestad de auto-organización

La Ley de Fundaciones configura, un régimen de reconocimiento a las mismas a través de un *proceso* que se inicia al quedar perfeccionado el *negocio jurídico fundacional*, que incluye la dotación y finaliza con la inscripción de la Fundación en el Registro. El nacimiento de una Fundación como persona jurídica es el resultado, insisto, de ese proceso articulado, y no de uno o varios actos aislados. De esta manera, la autonomía de la voluntad del fundador, dentro de los márgenes fijados por la ley, le permite la determinación del objeto y fin de la entidad, la asignación de medios, entiéndase del patrimonio, de los directores, al punto de poder seleccionar a la mayoría, el plazo social y otras disposiciones especiales que le confieran una fisonomía individual y única o que la inserten en un ámbito concurrido del quehacer fundacional. Sin embargo, el fundador no podrá cambiar ninguna disposición constitutiva, una vez que ésta haya nacido a la vida jurídica, y solo adquiere personalidad una vez concluida su inscripción.<sup>49</sup>

En particular, destaca en el medio nacional la ausencia de más fundaciones bancarias, tan activas en otras latitudes,<sup>50</sup> con colecciones

---

<sup>48</sup> Véase Durán Rivacoba, Ramón. **La voluntad del fundador**. p.264.

<sup>49</sup> LF, Arts. 3 y 5.

<sup>50</sup> Véase para el caso italiano a Motroni, Matteo. **Ruolo e Funzione delle Fondzioni Bancarie nel settore “Arte, Atiivtà e bene culturali”**. In Rivista Amministrazione in Cammino, Rivista elettronica de diritto público, di diritto dell´economía e di scienza dell´amministrazione.

de arte importantes o hasta con redes de instituciones educativas de secundaria privadas, como la fundación Bradesco en Brasil.

Respecto de las Fundaciones preexistentes, la ley dispuso, en un transitorio, que podían acogerse al artículo 16 y el juez fijaría la forma en que se administrará y ordenará la inscripción en el Registro de Personas mediante la protocolización de la parte conducente de la resolución firme.

### **3.2. La tutela pública de la fundación.**

Se trata de una figura que nos evoca la idea de “protección” que tiene la Administración Pública para garantizar el cumplimiento de los fines generales a los que ya hicimos mención. *“Aplicado a la fundación, se concibe como aquella actividad que realiza la Administración pública a través de un órgano especializado con el fin de garantizar la voluntad del fundador; conservar el patrimonio o la capacidad de obtenerlo y la satisfacción de fines de interés general.”*<sup>51</sup>

Se trata de una acción administrativa anclada a los fines de interés general y necesaria en la medida que su existencia asegura el cumplimiento de los fines fundacionales.<sup>52</sup>

#### **3.2.1. La escritura constitutiva**

Dispone nuestro ordenamiento positivo que: *“las fundaciones se constituirán por escritura pública o por testamento”*<sup>53</sup> *El contenido del documento de constitución consignará el nombre, el domicilio, patrimonio, objeto y plazo (que podrá ser perpetuo). También deberá indicar la forma en la cual ha de ser administrada”*<sup>54</sup> *Por la indicación del objeto debemos entender la obligación de consignar los fines: “con el objeto de realizar o ayudar a realizar...actividades educativas, benéficas, artísticas o literarias, científicas y en general todas aquellas que signifiquen bienestar social”*<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> Rebés y Solé, pp.113.

<sup>52</sup> Caballeira Rivera, María Teresa. **Fundaciones y Administración Pública**. pp. 57.

<sup>53</sup> Artículo 3.

<sup>54</sup> Artículo 4.

<sup>55</sup> Artículo 1.

### **3.2.2. Los directivos de la fundación.**

El órgano de gobierno de la fundación es denominado de distinta forma por las legislaciones nacionales. Así, entre otros, se le ha llamado Junta Rectora, Órgano Rector, Patronato, Gerencia, Junta Directiva o Junta Administrativa. Esta última nomenclatura fue la escogida por el legislador costarricense. En efecto, nuestra LF en su artículo 11° se decantó por esta denominación para el órgano que asume la responsabilidad del gobierno de la entidad.

En el derecho comparado encontramos casos en los que la normativa aborda con mayor permisividad la materia de la denominación, posibilitando la utilización de vocablos alternativos. Por ejemplo, el artículo 10.1 de la ley 12/1994 de 17 de junio que regula las fundaciones en el País Vasco español dice: “En toda fundación sujeta a esta Ley existirá un órgano de gobierno que podrá adoptar la denominación de patronato u otra similar”. Resulta evidente que la similitud a la que alude esta disposición no es de carácter fonético, sino que en este caso el legislador permitió el empleo de cualquier expresión adecuada para los órganos de este tipo.<sup>56</sup>

En lo que respecta a la composición del órgano de gobierno, pueden distinguirse, al menos, tres formas de organizarse en razón de la composición del mismo. Tenemos la conformación imperativa del órgano colegiado, integrado por un mínimo de tres personas físicas o jurídicas. Una segunda alternativa prevé la posibilidad de que el fundador establezca otra composición, de manera que el órgano podría estar integrado por dos o incluso por una persona.<sup>57</sup>

Una tercera alternativa, de carácter más híbrida, se decanta por el cuerpo colegiado, en el caso costarricense por un mínimo de tres,

---

<sup>56</sup> Seisdedos Muiño, Ana. La regulación del órgano de gobierno en la ley de fundaciones del País Vasco: Algunas peculiaridades. In *Revista Derecho Privado y Constitución*, No. 9, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España mayo-agosto 1996. pp. 277.

<sup>57</sup> La Ley vasca supra citada (art. 10.3) estipula además que cuando el fundador sea persona física, éste podrá reservarse vitaliciamente el ejercicio de todas las funciones asignadas al órgano de gobierno.

cuando el fundador decida nombrar únicamente a un directivo, el que serpa acompañado por los dos directivos nombrados por los poderes públicos. Uno por el Poder Ejecutivo y otro por el Concejo Municipal del domicilio de la fundación. De esta manera, el artículo 11, 2º párrafo de la LF dice que: “*El fundador designará una o tres personas como directores y también deberá, en el propio documento de constitución, establecer la forma en que serán sustituidos estos miembros*”.

Algunos autores señalan que la imposición de la colegialidad no obedece a una razón lógica, porque esta fórmula puede resultar innecesaria o excesivamente gravosa, cuando se trata de fundaciones pequeñas, de fines sencillos y patrimonio escaso. Tras esa imposición late, probablemente, una cierta desconfianza del legislador frente a los órganos unipersonales.<sup>58</sup>

Normalmente los deseos del fundador, sobre este y otros temas relevantes, se expresan en la escritura pública de constitución de la fundación, pero no es extravagante el caso en que la escritura de constitución ha sido dictada por el propio fundador, en particular en las fundaciones instituidas mortis causa, donde el fundador designa a las personas que deberán otorgarla y donde atribuye a esas personas la facultad de decidir libremente la composición de la Junta Directiva, o se limita en el acto fundacional a establecer su voluntad de crear una fundación y a disponer de la dotación patrimonial. En esta hipótesis, el redactor de los estatutos por encargo tendrá la facultad de diseñar el órgano de gobierno, integrado por tres o cinco miembros.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> En este sentido véase a De Prada González. Algunas observaciones en torno al Proyecto de ley de fundaciones, citado por Seis dedos Muíño, Ana. ***La regulación del órgano de gobierno en la ley de fundaciones del País Vasco: Algunas peculiaridades.*** In Revista Derecho Privado y Constitución, No. 9, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España mayo-agosto 1996. pp. 280.

<sup>59</sup> Cabe mencionar que cuando el fundador o su interpuesto abduquen de la facultad de nombrar tres miembros, se someten, en nuestro medio, a una eventual mayoría de los representantes públicos, lo que podría representar un importante obstáculo para el normal funcionamiento de la fundación, tanto por las frecuentes ausencias, que afectan el quorum para sesionar, como por el sometimiento a los dictados de una mayoría de origen público, no necesariamente vinculados a la visión que inspiró al fundador.

En España, previo a la Ley de 24 de noviembre de 1994, ya derogada, no se limitaba la libertad del fundador para establecer órganos unipersonales o colegiados y atribuirse vitaliciamente el ejercicio del cargo.

Otro elemento que merece ser considerado es el relativo al carácter gratuito del ejercicio del cargo directivo. Dispone el artículo 11, párrafo 4| de la LF que: “*El cargo de miembro de la Junta Directiva será gratuito*”.

<sup>60</sup>Entendemos que dicha disposición no es obstáculo para que la fundación reembolse los gastos debidamente justificados, originados en su gestión, en que incurran los directivos. Interpretar lo contrario implicaría no solamente un enriquecimiento injusto por parte de la fundación, sino que fomentaría una indeseable contención en la generación la de actividad necesaria para alcanzar los fines fundacionales. Otra explicación de la exigencia de la gratuidad acude a normas tributarias, que disponen para que las fundaciones y sus beneficiarios puedan disfrutar de ciertas exenciones, bonificaciones o incentivos fiscales, los cargos de dirección deben ser gratuitos. Parece en este caso más atendible la exigencia, visto que resulta repugnante la idea de que esos beneficios fiscales puedan asignarse, con sacrificio de toda la colectividad, para que, eventualmente, unos directivos disfruten de ellos. Se teme pues que los directivos, prevaliéndose de sus cargos, lo utilicen para lucrarse indebidamente.<sup>61</sup>

### 3.3. Regulaciones registrales.

Ciertamente, las ventajas de exigir una inscripción registral constitutiva son más relevantes que los inconvenientes. Por de pronto, gana la seguridad del tráfico y la seguridad de los terceros que contraten con la Fundación; y,

---

<sup>60</sup> La ley vasca establece en el artículo 18 el carácter supletorio de esa gratuidad, únicamente “*a falta de disposición expresa del fundador*”. El requisito de la gratuidad del cargo aparece ya recogido en España desde el siglo XIX, en normas que regulaban los distintos tipos de fundaciones, por citar uno como ejemplo, el artículo 11.8. de la ley general de beneficencia de 1849. “*Todos los cargos de la dirección de Beneficencia encomendadas a las Juntas general, provinciales y municipales, excepto sus secretarías, serán gratuitos*”. Cfr. Seisdedos Muiño, Ana. **La regulación del órgano de gobierno en la ley de fundaciones del País Vasco: Algunas peculiaridades**. In Revista Derecho Privado y Constitución, No. 9, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España mayo-agosto 1996. pp. 284.

<sup>61</sup> Seisdedos Muiño, Ana. La regulación del órgano de gobierno en la ley de fundaciones del País Vasco: Algunas peculiaridades. pp. 287.

sin duda, éstos son intereses que deben ser protegidos en atención tanto a la imparable expansión de las Fundaciones, como a la posibilidad de que éstas actúen en el tráfico mercantil.

Como reverso de la moneda, ordenar que la inscripción sea constitutiva de la personalidad jurídica puede dar origen a diversas cuestiones de controvertida solución

La primacía de la esencia subjetivista de la fundación, de origen eminentemente privada, pierde vigencia en los ordenamientos intervencionistas, que “*buscan un mejor acomodo en estructuras jurídicas externas al instituto*”.<sup>62</sup> Mientras el objetivo sea regular estas formas, para dotarlas de un *mínimum* que permita una apreciación uniforme de ciertos requisitos, la ley respetará la naturaleza *ius privatista* del instituto que debe ser gobernado a partir de su núcleo “*ex voluntate*”, pues de lo contrario se corre el riesgo de desenfocar la institución, desnaturalizándola.

En Costa Rica, en el ámbito de las Fundaciones, la inscripción en un Registro no ha sido hasta época bien reciente requisito esencial para su reconocimiento como tales, pues según se sabe, con anterioridad a la promulgación de la LF el reconocimiento de esta figura se producía por mandato de ley. Pero a diferencia de otras naciones, entre nosotros nunca se desarrolló el llamado “*reconocimiento por libre constitución*”, que era aplicado tradicionalmente en España.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Véase Durán Rivacoba, Ramón. ***La voluntad del fundador***. p.264.

<sup>63</sup> Véase al respecto Real Pérez, Alicia. ***Las fundaciones en proceso de formación***. p.194, donde dice: “*La cuestión clave para precisar cuándo se producía el reconocimiento a las Fundaciones se centraba, por tanto, en determinar en qué momento quedaba perfecto el negocio fundacional y cuáles eran los requisitos que debía observar ineludiblemente*”. Luego agrega al respecto que: “*El acto de clasificación, preceptivo para que la Fundación pudiera gozar de los beneficios y privilegios establecidos por la Ley, no dotaba de personalidad a las Fundaciones.*

*La clasificación es un trámite administrativo que adopta la forma de Orden Ministerial, en virtud del cual se califica el fin perseguido por la Fundación creada (benéfico-asistencial, cultural) y se la somete al Protectorado del Ministerio correspondiente (Asuntos Sociales, Educación, Cultura....). Y no dotaba de personalidad a las Fundaciones principalmente porque según el art. 35.1.º del Código civil son personas jurídicas las Fundaciones “reconocidas por la Ley”, es decir, las constituidas de conformidad con lo dispuesto en las normas; sin que exija dicho art. 35 ningún acto administrativo de reconocimiento del ente para que éste adquiera personalidad.*

En la nueva etapa, que se inició con la ley, se formalizó el proceso de inscripción como requisito de existencia. El Reglamento del Registro Público<sup>64</sup> fija los actos de constitución que le corresponde inscribir al Registro de Personas Jurídicas.

Específicamente, para la constitución de fundaciones se deben aportar los siguientes requisitos:

- 1.- Acto de constitución en escritura pública. Sobre el mismo, establece el artículo 4° de la LF que: *“En el documento de constitución se consignará el nombre, domicilio, patrimonio, objeto y plazo de la fundación y la forma en que será administrada. El plazo de las fundaciones podrá ser perpetuo.*

*La publicación se hará por el notario público o por el Juez Civil, según sea el caso”.*

- 2.- Testimonio en papel de seguridad, con boleta de seguridad adjunta, del notario autorizante, presentados en la Oficina de Diario del Registro Público.
- 3.- Publicación del aviso en el Diario Oficial *“La Gaceta”*, con indicación, por razón notarial, de la fecha de la publicación. Al respecto, dispone el artículo 6° de la LF que: *“Como trámite previo para su inscripción en el Registro, se publicará en el Diario Oficial un edicto con un extracto de los términos bajo los cuales se constituye la fundación. Igualmente se publicarán la disolución, fusión y cualesquiera otros actos que cambien su estructura”.*
- 4.- Entero bancario de cancelación de timbres y derechos.

---

Ahora bien, la falta de clasificación condicionaba de forma muy importante la vida de la Fundación, que si no estaba clasificada no podía gozar de los beneficios legalmente establecidos, ni podía realizar con validez y eficacia los actos jurídicos para los que la legislación aplicable exigía autorización del Protectorado”.

<sup>64</sup> Ver arts. del reglamento. En España existe una creciente actividad reglamentaria donde se han dictado los Reglamentos de Fundaciones y del Registro de Fundaciones, (Vid. Los Reales Decretos 1337/2005 de 11 de noviembre y 1611/2007 de 7 de diciembre, que acompañan un verdadero abanico de reglamentos en distintas Comunidades Autónomas, que han llevado a lo que Durán Rivacoba denomina un desorden *“casi antológico”*.

5.- Cancelación de los derechos correspondientes por la emisión de la cédula jurídica.

El resultado de este proceso concluye con el reconocimiento público de la personalidad jurídica de la naciente fundación por mandato expreso de LF que dice en su artículo 5º: *“Las fundaciones adquieren personalidad jurídica a partir de su inscripción en la Sección de Personas del Registro Público”*.<sup>65</sup> En esta orientación podemos reconocer la influencia de la imposición de inscripción en el Registro Público que es un requisito para la adquisición de personalidad jurídica por las sociedades mercantiles. El Código de Comercio exige que las sociedades se constituyan en escritura pública que ha de inscribirse en el Registro Mercantil, por un principio

---

<sup>65</sup> En el mismo sentido se han ido decantando las distintas legislaciones de las Comunidades Autónomas Españolas. Así por ejemplo el art. 8 de la Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las Fundaciones de interés gallego es bien expresivo, pues ordena: *“1. La Fundación se entenderá válidamente constituida como de interés gallego desde el otorgamiento de la carta fundacional en escritura pública, siempre que, una vez reconocida por la Xunta de Galicia, se inscriba en el Registro de Fundaciones de la misma. 2. La personalidad jurídica de las Fundaciones de interés gallego nace desde su inscripción en tal Registro”*. Por su parte, participa más del esquema de reconocimiento por libre constitución el Fuero Nuevo de Navarra, de acuerdo con su tradicional concepción del principio de autonomía privada, acoge el sistema de reconocimiento de personalidad jurídica a las Fundaciones por el sistema de libre constitución, en el párrafo primero de la Ley 44: *“Por actos inter vivos o mortis causa, cualquier persona puede crear en Navarra, sin necesidad de aprobación administrativa, Fundaciones de caridad, fomento o de otro interés social evidente, siempre que el fundador exprese su voluntad de conferir personalidad jurídica a la Fundación, al determinar su fin y asignarle un patrimonio, que podrá consistir en bienes o derechos de cualquier clase”*. (Real Pérez, p. 201)

La legislación de la República Argentina, que data de 1972, representa un término medio pues reconoce el acto constitutivo previo, pero obliga a ciertas formalidades para tener *“autorización para funcionar”*.

Art. 3.- Las fundaciones se constituyen por instrumento público o privado con las firmas certificadas por escribano público. Dicho instrumento debe ser otorgado por los fundadores o apoderado con poder especial, si la institución tiene lugar por acto entre vivos, o persona autorizada por el juez de la sucesión si lo fuere por disposición testamentaria.

El instrumento deberá ser presentado a la autoridad administrativa de control a los efectos de obtener la autorización para funcionar... *“pasando a continuación a definir los requerimientos de información necesarios para tramitar la autorización”*.

de seguridad jurídica y para protección de los terceros que contraten con la sociedad, normativa que data de 1964. Por otra parte, es irregular la sociedad que no se constituye en escritura pública y no se inscribe en el Registro, o que no se inscribe aunque se haya solemnizado en escritura pública.

Una vez que el ordenamiento le concede personificación, es cuando el patrimonio asume el protagonismo al quedar dotado de autonomía.

### 3.4. Los representantes públicos

La LF dispone que:

*“La administración y dirección de las fundaciones estará a cargo de una Junta Directiva.*

*El fundador designará una o tres personas como directores”...”Si el fundador designa solo un director, la Junta Administrativa quedara integrada por tres personas, si designa tres, el número de directores será de cinco. **En ambos casos los dos miembros que completarán la Junta Administrativa serán designados uno por el Poder Ejecutivo y el otro por la municipalidad del cantón en donde tenga su domicilio la fundación”***

En consecuencia, el fundador escoge si eventualmente sus designados constituirán minoría de uno o mayoría de tres en el seno de la Junta Administradora. Además, si esta Junta podrá actuar con regularidad, disponiendo de quorum suficiente o si será víctima de la ausencia de los representantes públicos que, por lo regular, no asisten, para lo cual cuentan con el incentivo de que el cargo es gratuito.<sup>66</sup>

La reformulación del papel de los poderes públicos respecto de las fundaciones es perfectamente plausible ya que el papel de la legislación se transforma según la visión del legislador, rompiendo con imágenes ancladas en otras realidades. Así, sin que se renuncie al control, la tendencia contemporánea se orienta a la ampliación del poder de intervención pública hacia campos como el fomento, el apoyo, la articulación y el asesoramiento de las fundaciones. Ello debería substituir la participación

---

66 Artículo 11, final.

formal e inoperante que existe, donde en la práctica los representantes públicos no tienen ningún papel a lo interno de las fundaciones salvo los casos en que hablamos de alguna fundación con gran poder económico, que constituyen las honrosas excepciones a la regla de una ausencia real y prolongada de esta tutela pública.

Por ello se estimula en la actualidad la presentación de informes en lugar de la pretendida fiscalización in situ que, reiteramos en la práctica no existe.

#### **4. LAS EXONERACIONES.**

Establece nuestra LF en su Artículo 8° que *“Los bienes donados para crear una fundación serán patrimonio propio de ésta, y sólo podrán ser destinados al cumplimiento de los fines para los que fue constituida”*. Sobre tales bienes dispone que: *“estarán exentos del pago de toda clase de impuestos y derechos de inscripción”*. Se trata pues de una exoneración que alcanza la dotación inicial de una fundación que se va a crear y cubre tanto los derechos de inscripción en el registro correspondiente como: *“toda clase de impuestos”*.

Esta previsión genérica le otorga a las fundaciones una situación inicial sumamente ventajosa, pues se le otorga una exoneración que comprenderá impuestos actuales o futuros.

Cabe en este punto considerar la situación particular de los impuestos debidos con anticipación a la donación, pues correspondiendo ellos a ejercicios anteriores, en los que los bienes no eran del titular de la exoneración, nos parece que esa carga continúa pesando por un débito tributario cuyo lanzamiento ya se dio.

El Artículo 9° extiende a los bienes donados a una fundación ya existente, las mismas exenciones establecidas en el artículo anterior.

Por su parte, el Artículo 10 establece a favor de la persona jurídica fundacional la exención del pago de derechos de inscripción y de impuestos nacionales y municipales. Se incluyen entonces renta, traspaso de bienes, ventas, patentes, bienes inmuebles entre otros, con la salvedad de los arancelarios, los cuales solamente los podrá exonerar, en cada caso, el Ministerio de Hacienda, según la clase de bienes que se trate y su destino.

Por medio del artículo 2º, incisos d) y e), de la Ley Reguladora de las Exoneraciones, No. 7293, del 31 de marzo de 1992, se concedieron privilegios sólo a las fundaciones sin actividades lucrativas que se dediquen a la atención de menores en abandono, deambulación o en riesgo social, y que estén debidamente inscritas en el Registro Público (inciso c), así como a las dedicadas a la recolección y tratamiento de basura, la conservación de los recursos naturales y el ambiente y a cualquier otra actividad básica en el control de la higiene ambiental y de la salud pública; por lo que las exoneraciones no previstas en tales incisos quedaron tácitamente derogadas conforme a artículo 1º de la Ley Nº 7293, ibídem).

Según el inciso a) del artículo 17 de la Ley 8114, de 04 de julio de 2001, se derogó la exención en lo referente exclusivamente al pago del impuesto general sobre las ventas. Dicha derogatoria no afecta a ninguna otra exoneración o no sujeción establecida en esta norma.

## **5. LA TRANSFORMACIÓN FUNDACIONAL.**

### **5.1. Modificación estatutaria.**

Tradicionalmente, el Registro Nacional interpretó erróneamente que *“toda variante en los estatutos de las fundaciones debía ser previamente autorizada por el Juez Civil respectivo”*.<sup>67</sup>

Gracias a una sentencia del Tribunal Primero Civil de San José<sup>68</sup> se dio una rectificación de ese criterio, pues dispuso que:

*“los únicos casos en que se requiere la intervención judicial se dan cuando la fundación no puede ser administrada de acuerdo con sus preceptos constitutivos o reglamentarios, para remover los administradores cuando no cumplan, o bien, para que disponga la disolución de la fundación, por haber cumplido los propósitos para los que fue creada o por imposibilidad de ejecutar sus finalidades y resolver sobre los bienes que hubieren. Estos son los únicos casos en que se requiere la intervención judicial”*.

---

<sup>67</sup> Véase al respecto la Circular DR-PJ 012-1998 de 28 de julio de 1998.

<sup>68</sup> Tribunal Primero Civil de San José. Sentencia Nº 496 E-. de las 07:35 horas del seis de mayo de 1998.

Ello originó la modificación de los criterios registrales de forma tal que todas las modificaciones pueden ser realizadas por notario, salvo los que supuestos de los artículos 16 y 17 de la LF, que son los indicados por la sentencia (imposibilidad de administración de acuerdo con los preceptos constitutivos o reglamentarios remoción (artículo 16) o cuando se disponga la disolución por haber cumplidos sus fines o por imposibilidad de hacerlo y resolver sobre el patrimonio remanente (artículo 17).

## **5.2. Fusión.**

De entre el elenco de transformaciones a las que puede verse expuesta una fundación, el caso de la fusión puede considerarse de carácter relativo, en el sentido de que, si bien la fundación absorbida se extingue, lo cierto es que en alguna medida continúa su actividad a través de la fundación con la que se fusiona. De hecho, la ley de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Galicia (art. 24) considera la fusión como transformación de la fundación y no como extinción.

La inclusión de esta causa de transformación puede implicar la desaparición de las fundaciones que se fusionan y el nacimiento de una nueva entidad, en cuyo caso las precedentes se extinguen; o puede resultar, en principio, en una absorción; hipótesis en la cual una o más fundaciones quedan integradas dentro de la estructura de otra fundación precedente y que subsiste a la fusión, mientras que las otras se extinguen.

En nuestro ordenamiento positivo, ninguna de las dos formas de fusión, por integración o por absorción, está prevista expresamente. Ello no significa que no puedan darse, visto el carácter genérico de la mención en el final del párrafo primero y el párrafo segundo del artículo 6º de la LF que dicen: *“Igualmente se publicarán la disolución, fusión y cualesquiera otros actos que cambien su estructura. La publicación se hará por el notario público o por el Juez Civil, según sea el caso.”* Cuando medie resolución judicial, bajo la forma de la disolución, se procederá a autorizar que se produzca la absorción. Eventualmente, justificado en el acápite del párrafo segundo del artículo 17º de la ley *“En caso de acordarse la disolución, el Juez ordenará que los bienes pasen a otra fundación...”*, por lo que podría darse en caso de manera consensuada.

Más difícil de imaginar es el otro caso, donde dos o más fundaciones que encuentran imposible alcanzar su finalidad, podrán acordar la

posibilidad de fusionarse en una nueva entidad, a la que podrían aportar su patrimonio y, eventualmente un nuevo patrimonio que viabilice el materializar las finalidades propuestas. Entendemos que el procedimiento agravado, sea la comparecencia ante el Juez Civil, está circunscrito por la ley para la disolución, razón por la cual la fusión es un acto que puede realizarse ante notario público, previo acuerdo de los órganos de gobierno, las Juntas Administrativas, de realizar la fusión. De no existir previsión en los estatutos, ni prohibición en el acto de constitución por parte del fundador, se trata de una de las posibilidades de transformación autorizadas por el principio de autonomía de la voluntad que rige en esta materia del Derecho Civil y resulta congruente con la ya citada sentencia.

La creación de una nueva fundación queda sometida al procedimiento ordinario para la constitución de fundaciones que prevé la ley, y tiene como lógica consecuencia la extinción de las personas jurídicas, en este caso de fusión, que la constituyen.

Hay que señalar que la fusión implica extinción, de ahí que, cuando la ley la contempla, no será necesario un acto de disolución previo al acuerdo de fusión, sino que éste determina la extinción de la fundación absorbida, quedando la fundación sobreviviente, sea nueva o preexistente, en resguardo del patrimonio de las extintas. Así, la fundación absorbente adquiere, en bloque, el patrimonio de la fundación absorbida, esto es, se produce una transmisión universal.

En cuanto al procedimiento de fusión, resultaría conveniente que el reglamento que desarrolla la ley lo regulara, Allí deberían incluirse algunos requisitos para su admisibilidad como que los fines sean análogos, que exista acuerdo de los órganos de gobierno, pronunciamiento de la Contraloría sobre subvenciones o exenciones y que no lo haya prohibido el fundador.

Hay algunos trámites que parecen obligados, como, por ejemplo, el estudio del estado de cuentas de las fundaciones que se fusionan, que permitirá valorar la conveniencia o no de proceder a la fusión. Igualmente, deberá llevarse a cabo un anuncio público de la propuesta de fusión, pues cabe que puedan oponerse a ella terceros acreedores.

Por último, también debe regularse el sistema concreto de protección de los derechos de crédito, de modo que se agilice el procedimiento de

fusión sin merma de la protección que merecen los acreedores. Exigir el consentimiento de los acreedores implica dejar en sus manos la fusión, lo cual no parece que tenga demasiado sentido; de aquí la conveniencia de que se establezca un sistema de protección de los créditos que conjugue la protección que merecen los acreedores con los intereses de la fundación, simplificando el procedimiento de fusión.

### **5.3. Disolución**

En Costa Rica la ley de Fundaciones dispone en su artículo 17º que:

*“Sólo el Juez Civil respectivo, a instancia de la Junta Administrativa, o de la Contraloría General de la República, podrá disponer la disolución de una fundación, cuando haya cumplido los propósitos para los que fue creada o por motivo de imposibilidad absoluta en la ejecución de sus finalidades.*

*En caso de acordarse la disolución, el Juez ordenará que los bienes pasen a otra fundación, o en su defecto a una institución pública similar; si el constituyente de la fundación no les hubiere dado otro destino en ese caso, y firmará los documentos necesarios para hacer los traspasos de bienes”.*

Se trata de la regulación más amplia, dentro de la LF, de cualquiera de los procedimientos de transformación y extinción fundacional. En primer lugar, se elimina la hipótesis de la actuación de oficio. Únicamente están legitimados para instar la disolución la Junta Administrativa y la Contraloría General de la República. Igualmente, son solamente dos los motivos que pueden justificar esta solicitud. A) El cumplimiento de los fines o propósitos para los que fue creada o B) Por imposibilidad absoluta en la ejecución de sus finalidades. Ambos casos resultan de una enunciación clara y contundente de los límites de la función tutorial reservada al Juez Civil.

En caso de que la disolución sea acordada, el destino de los bienes tiene tres posibles destinos. En primer lugar tenemos la facultad dada por la ley para la reversibilidad de patrimonio o la asignación de cualquier otro destino según lo haya dispuesto el fundador. Esta y no otra es la lectura correcta del artículo 17º citado. Un tema que ha ocupado tanto el

interés de la doctrina fue resuelto por nuestro legislador por la vía simple del respeto a la voluntad del fundador. Un problema distinto lo constituye el incremento en el patrimonio que pueda haberse dado como resultado de las ayudas públicas o las exoneraciones.

En segundo lugar establece la ley que, ante la falta de un destino señalado por el fundador, el patrimonio debe ser asignado a otra fundación. Al indicar la norma que “o en su defecto a una institución similar”, tenemos que asumir que, respecto de la primera opción, en caso de asignarlos a otra fundación, esta también debe ser “similar”. Ello significa que, en principio, tenga, dentro de su ámbito de actuación, los mismos o similares fines que la fundación disuelta. Este traslado patrimonial tiene que interpretarse como un mecanismo de apuntalamiento del sector fundacional. La prioridad debe ser, por selección del legislador, el traslado de los bienes a otras fundaciones. En el caso de que la causa sea la imposibilidad de alcanzar los fines fundacionales, estaremos ante una previsión para fortalecer a otra entidad que continúe trabajando por objetivos similares. Distinto es el caso de la fundación disuelta por cumplimiento de sus fines. Allí estaremos ante la discrecionalidad judicial para apreciar cuando otras fundaciones persiguen finalidades semejantes a la alcanzada. En cuanto a la tercera previsión legal, optar por una “institución similar”, solamente sería legítima cuando nos encontremos ante un vacío en las fundaciones en el sector específico de actividad.

#### **5.4. Extinción.**

Entre las causas de extinción de las fundaciones tenemos un amplio elenco de posibilidades, algunas de las cuales están previstas expresamente en la ley, mientras que otras son resultado de circunstancias propias del sentido común y, en todo caso, reconocidas por emanar del principio de la autonomía de la voluntad, que sirve de norte en materia de potestades, entro del derecho civil.

En primer lugar, tenemos el caso de que expire el plazo para el que fueron constituidas. Esta condición es perfectamente posible en nuestra legislación pues, si bien están autorizadas las fundaciones a plazo perpetuo, no es obligatorio que en su constitución se opte por dicho plazo. Ello nos coloca ante la posibilidad de que, efectivamente expire el período de tiempo para el cual se constituyeron.

Otra causal se puede producir cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional o cuando sea imposible la realización del fin fundacional, cuando esté expresamente contemplado como causa de disolución.<sup>69</sup>

También puede darse la extinción como resultado de la fusión.<sup>70</sup>

Otras causales de extinción pueden presentarse al concurrir cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los estatutos. Si bien no está expresamente contemplada podría ser admisible. Su pertinencia tendría que ser valorada en cada caso.

Finalmente, la fundación está sometida al cumplimiento de cualquier otra causa establecida en las leyes. Lo que supone simplemente el sometimiento de la persona jurídica al principio de la aplicación integral del ordenamiento jurídico. Tal podría ser el caso del incumplimiento a ciertas disposiciones tributarias o sancionatorias al desviar la actuación fundacional hacia finalidades delictivas.

De las causas expuestas, las tres primeras son clásicas y no presentan especial problema, fuera de aquel que se pueda plantear en torno a si realmente estamos o no ante alguno de estos supuestos, es decir, si efectivamente es imposible la realización del fin, o si éste se ha realizado íntegramente, si se ha cumplido, o, incluso, si la fundación estaba realmente sometida a plazo; la controversia relativa a estas cuestiones se resolverá ante la jurisdicción competente. La última presenta más bien carácter sancionatorio.

#### **5.4.1. Por causas establecidas en los Estatutos.**

Esta es una vía natural de desaparición de las fundaciones, en estrecha vinculación con el fundamental principio de autonomía de la voluntad. Cuando concorra cualquier causa prevista en el acto constitutivo o en los estatutos, como podría ser la destrucción de un edificio o de una colección, cuyo resguardo fue encomendado a la fundación, la desaparición de una familia, la quiebra de una empresa que financia con aportes periódicos a la entidad o cualquier otra previsión expresamente

---

<sup>69</sup> Ampliamente explicada en el punto 5.3.

<sup>70</sup> Ya aludimos a esta posibilidad en el punto 5.2.

contemplada. Nos encontramos ante la liberalidad que está en el origen de la institución que, razonablemente se puede expresar en este tipo de condiciones extintivas.

Si bien tales causas no se encuentran expresamente contempladas en la ley, podrían ser admisibles, hecha una cuidadosa ponderación de medios y fines.

#### **5.4.2. Por disposiciones legales.**

Como sabemos, a pesar de que algunas personas jurídicas les sea admitido en derecho organizarse con plazo a perpetuidad, estas se pueden extinguir. Así, aún y cuando su desaparición sea incierta, no por ello debemos excluirla.

Tenemos pues que el fin de su existencia puede acaecer por extinción natural, por supresión o por reforma<sup>71</sup>

- a) La extinción natural tiene lugar cuando todos los elementos de hecho, constitutivos de la persona jurídica, llegan a faltar. En el caso de la fundación ésta no cesa, por regla general, a causa de la desaparición de las personas en cuyo beneficio se ha fundado, a no ser que se haya limitado el número de beneficiarios y estos hayan desaparecido. Mientras existe la posibilidad de sujetos que tengan una necesidad determinada, vinculada a un fin, perdura la fundación, aun cuando aquellos no existan en un determinado momento. Más remota es la posibilidad de plantearse el fin de la fundación por voluntad de los interesados ya que éstos no pueden ejercitar ninguna acción positiva sobre la vida y marcha de aquella, que se regula únicamente por las normas que el fundador estableció.
- b) Más frecuente es el caso de la cesación del objeto, sea porque efectivamente se ha conseguido, porque se ha vuelto ilícito o de imposible realización por haber cambiado el orden de las cosas. Cuando se alcanza el fin la persona jurídica fundacional debe cesar ipso iure, pues nació para alcanzar aquella finalidad.

Puede faltar el reconocimiento legal, esto es, el poder soberano

---

<sup>71</sup> Vid. Coviello, Nicolás. Doctrina General de Derecho Civil. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.p.249-251.

que le ha reconocido al ente fundacional la personalidad jurídica puede retirársela, y entonces ocurre este tipo de causa de extinción y que se llama supresión. Para producir este efecto, el acto del poder soberano debe realizarse con las formalidades establecidas en las leyes, cuando éstas consideran la hipótesis de la supresión.

- c) Otra causa de extinción de la personalidad de las fundaciones puede ser la reforma. Claro está que no nos referimos a algún punto de su estatuto orgánico, sino a la que cambia el objeto del ente (transformación) o a la incorporación de un ente en otro, de modo que forme uno solo, o que implique la desaparición de ambos para la formación de uno nuevo ((fusión), lo cual puede ocurrir por diversos motivos. Tal reforma, en tesis de principio no puede ocurrir sin la intervención de la autoridad del Estado y sin el amparo de una ley especial o general.<sup>72</sup>

Nuestra legislación le da en exclusiva la potestad de disponer la disolución de las fundaciones al Juez Civil competente, a instancia de la Junta Administradora o de la Contraloría General de la República. Cabe interpretar que no existe otro sujeto activo autorizado para hacer la

---

<sup>72</sup> Un ejemplo de transformación fue autorizado recientemente por el judicial en cumplimiento de una ley especial. En la sentencia del **TRIBUNAL PRIMERO CIVIL de San José .-Nº 435-P-** de las siete horas cuarenta y cinco minutos del veintiséis de mayo de dos mil diez, tenemos el siguiente caso: "... la presidenta con facultades de apoderada general de la Fundación S P, pide se le autorice la transformación de dicha Fundación en una sociedad mercantil. Para ese efecto, transcribe el transitorio cuarto de la Ley de Simplificación y Eficiencia Tributarias número 8114 y que literalmente establece: "*Los entes dedicados a la prestación privada de servicios de educación universitaria que, a la entrada en vigencia de esta ley, se encuentren organizados bajo la figura jurídica de la fundación, podrán optar por transformarse en algún tipo de sociedad mercantil, la cual asumirá todas las obligaciones y los derechos correspondientes a la fundación que le dio origen.*"(...) Se acude al proceso no contencioso por así disponerlo el Registro Nacional, según circular número PJ-002-07 del 12 de febrero de 2007, dictada en ocasión al citado transitorio. Folio 17. El procedimiento se tramita, se publica el edicto y no hubo oposiciones. La objeción proviene de la juzgadora, quien de oficio asumió que la fundación promovente se convertiría en sociedad anónima. En el escrito inicial solo se hace referencia a una "sociedad mercantil" y podría ser de cualquier modalidad. De oficio, el Juzgado incorpora al procedimiento lo relativo a la necesidad de dos socios, como lo exige el inciso a) del precepto 104 del Código de Comercio. El

solicitud de disolución. Una modalidad de personería *ad causam activa* fijada legalmente por medio de *numerus clausus*.

También resulta restringido el motivo para hacer la solicitud. Esta puede pedirse cuando la Fundación haya cumplido los propósitos para los que fue creada o, por imposibilidad absoluta en la ejecución de sus finalidades. Pongamos especial cuidado en el carácter absoluto del impedimento, pues es exclusivamente en esta hipótesis que puede el Juez decretar la disolución.

### **5.5. La reversión de los bienes fundacionales a la extinción de la fundación.**

La posibilidad de que los bienes que constituyen el patrimonio de la fundación reviertan al fundador (empresa, institución pública) o a su familia (herederos) quedó abierta, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 17 de la LF.

En caso de considerarse procedente el pedido de disolución, el Juez tiene la posibilidad de ordenar que todos los bienes pasen a otra fundación. La previsión normativa resulta insuficiente pues la regla ni siquiera exige una cierta congruencia entre la actividad de la fundación disuelta y la receptora del patrimonio, pudiendo tratarse de una institución destinada a la promoción del arte, cuyos bienes se destinan a otra que tenga por finalidad la investigación científica. Otras normativas más congruentes exigen que se trate de fundaciones que actúen en el mismo ámbito.

El otro destino contemplado en la ley es la asignación de los bienes a una institución pública similar. Entendemos aquí que debe tratarse de una similitud en la finalidad, con destinatarios semejantes de la actuación material.

---

*error es evidente (...) Se confunde, lamentablemente, la transformación con la constitución de una sociedad. Por razones tributarias, el legislador concedió la opción de transformar una fundación que presta servicios universitarios a una sociedad mercantil. El transitorio habla de transformación y no obliga a constituir una sociedad determinada. Solo se pretende abandonar la condición de fundación y migrar a una sociedad, la cual asumirá todos los derechos y deberes de aquella.” En base a esas consideraciones el Tribunal autoriza la transformación.*

Sin embargo, ambas posibilidades encuentran un valladar infranqueable en la ley, cual es la posibilidad de que el fundador les hubiere asignado otro destino en este caso de disolución.

¿Cuál destino? Debemos interpretar que si la ley no distingue, tampoco es válido que lo haga el Juez. Se trata de una prerrogativa que la ley concede al fundador, no a la autoridad judicial. Ante la contundencia de la *dictio legis*, la única opción concebida por el legislador es un derecho de prioridad en la disposición a favor del fundador. Solo en caso de que este no ejercite su derecho a determinar el destino del patrimonio fundacional, pasa ésta competencia a ser ejercida por la autoridad judicial, en carácter subsidiario y supletorio.

Sin embargo, en un país donde se ha perdido la contención de la actividad judicial, dando lugar a un activismo creador que a veces sustituye la ley, podemos esperar que algún juez respete el mandato legal y otro decida que es él quien debe asignar destino a los bienes, aún en oposición al expreso deseo del fundador. Ello, no obstante, nos parece inaceptable.

Distinto es el caso de los fondos públicos que puedan haber ingresado a la fundación. Si la ley establece la obligación de “*rendir ante la Contraloría General de la República un informe anual sobre el uso y destino de los fondos públicos*”, (artículo 18, 6° párrafo) parece imposible que el juez pueda tomar una decisión sobre la disolución de la fundación sin haber concedido audiencia a la Contraloría y previo examen de dichos informes. Como resultado de esta información, la decisión deberá salvaguardar los fondos públicos que puedan encontrarse en poder de la institución. De esta forma, el reintegro al erario del patrimonio público es *conditio sine qua non* para la disposición del patrimonio restante hacia cualquier otro destino.

## BIBLIOGRAFIA

- Abarca Hernández, Oriester *El concepto fundacional analizado a la luz del derecho comparado contemporáneo iberoamericano*. InterSedes: Revista de las Sedes Regionales, vol. IV, núm. 7, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2003, pp 27-40
- Abarca Hernández, Oriester. *Las Fundaciones Públicas en Costa Rica. Pautas para una propuesta de Legislación*. In Revista Inter Sedes, Vol. III, Universidad de Costa Rica (4-2002) pp.83-91.
- Aguilar García, Julián, *La responsabilidad de los patronos de fundaciones en la legislación estatal con referencia a la normativa autonómica*. In Asamblea, Revista de la Asamblea de Madrid, No. 5, España, 2001, pp.17-29.
- Alonso Madrid, José María. *Las fundaciones: funcionamiento y control de actividad*. Universidad de Valladolid, España, (2012).
- ACRI (a cura di), *Dodicesimo rapporto sulle fondazioni di origine bancaria*, disponible en el sitio [www.acri.it](http://www.acri.it). Consultado el 12 de agosto de 2014.
- Bellavia, Giacomo Enrico. *Fondazioni e Fondazioni di Partecipazione*. Università degli studi di Catania, Facoltà di Giurisprudenza. Tesi di dottorato. S.f.
- Bello Janeiro, Domingo. *A normativa galega sobre fundacions*, In Revista Galega de Administración Pública, Nº 28, Santiago de Compostela, España, mayo-agosto 2001, pp. 305-318.
- Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de las personas*. (Reimpresión) Milcopias, San José, 1974.
- Carrancho Herrero, María Teresa. *La extinción de las fundaciones*. In Derecho Privado y Constitución Nº 8, España, Enero-Abril 1996, pp.15-43.
- Carballeira Rivera, María Teresa. *Las Fundaciones Privadas de la Administración Pública en el Derecho Comparado*. Revista de Administración Pública. Nº 177, Madrid, setiembre-diciembre 2008, pp. 335-376.

- Carballeira Rivera, María Teresa. *Fundaciones y Administración Pública*. Editorial Atelier, Barcelona, 2009.
- CIJUL. 1705 *Disolución de las fundaciones*. Colegio de Abogados- Universidad de Costa Rica, San José, s.f. p. 12. Visitado en <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr> el 12 de agosto de 2012.
- CIJUL. *Fundaciones*. Colegio de Abogados- Universidad de Costa Rica, San José, s.f. p. 23. Visitado en <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr> el 12 de agosto de 2012.
- Coviello, Nicolás. *Doctrina General de Derecho Civil*. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.
- De Ros Cerezo, Rafael Mateu. *Buen gobierno corporativo y fundaciones*. In A.A.VV. *Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal*. Fundación Ma. Cristina Masaveu Peterson, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, España. 2011. pp. 315-340.
- De la Morena y de la Morena, Luis. *Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas*. In Revista de Administración Pública, Nos, 100-102, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983. pp. 847-880.
- Del Campo Arburola J.A y Sáenz de Miera A. *Problemática actual de las fundaciones como instituciones sociales y jurídicas*. In Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, No. 10, Madrid, 1981.
- De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2006.
- Durán Rivacoba, Ramón. *La voluntad del fundador*. In A.A.VV. *Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal*. Fundación Ma. Cristina Masaveu Peterson, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, España. 2011. pp. 249-314.
- Ferrara, Francesco. *Teoría de las Personas Jurídicas*. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2006.
- Ferrer Rivas, Josep. *La modernización del derecho alemán de fundaciones*. Universitat Pompeu Fabra, Working Paper n°: 120, Barcelona, enero de 2003. Disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com)

- García de Enterría, Eduardo. *Constitución, Fundaciones y Sociedad Civil*. In Revista de Administración Pública, Nº 122, Mayo-Agosto 1990. pp. 235-256.
- García-Andrade Gómez, Jorge. *Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución Española*. In Revista de Administración Pública, No. 155, Mayo-Agosto 2001. pp. 107-145.
- Guedj, Valerie. *Essai sur el Regime juridique des Fundations*. These, Université Pantheon-Assas, Paris II, France, 1999.
- Immordino, M. *Le fondazioni teatrali e la loro ancora incerta collocazione tra pubblico e privato*. In Relazione al Convegno Fondazionali e attività amministrativa-Palermo 13 de maggio 2005. Disponible en [www.iweb.it/dirittoamministrativo](http://www.iweb.it/dirittoamministrativo).
- Kemelmajer de Carlucci, Aida. *Breves referencias a las fundaciones en constitucionalismo comparado*. In Revista Latinoamericana de Derecho. Año II, Nº 4, julio-diciembre 2005.
- Kunz, Peter, *La fondazione privata in Austria*. Relatorio con modificaciones, presentado al 20º Convención y asamblea anual de la Asociación Internacional de Juristas de Lengua Italiana, desarrollado en Roma del 27 al 30 de setiembre de 2007.
- Labariega Villanueva, Pedro Alfonso. *La Fundación en el Derecho Privado Mexicano*. Revista de Derecho Privado No. 5. UNAM, México, Mayo-Agosto 2003.
- Lacruz Bermejo J.L. et al. *Elementos de Derecho Civil I*, Volumen II, 4ª ed, Dykinson, Madrid, 2004.
- Lasarte, Carlos. *Dotación patrimonial e irreversibilidad de los bienes fundacionales*. Boletín de la Facultad de Derecho (UNED), Madrid, 2a. época, núm. 4, verano-otoño de 1993.
- Lorenzo Cruz, Alicia. *Algunas consideraciones jurídicas del régimen de la fundación*. In Anuario de la Facultad de Derecho Nº 8, Universidad de Extremadura, España, 1990, pp.459-505.
- Maluquer de Motes Bernet, Carlos J. A propósito de la reversión del patrimonio fundacional a la persona del fundador o a la familia

del fundador. In Revista Galega de Administración Pública, No. 28, Santiago de Compostela, mayo-agosto 2001, pp. 271-284.

Menéndez García Pablo. *Las fundaciones del sector público*. In A.A.VV. Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal. Fundación Ma. Cristina Masaveu Peterson, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, España. 2011. pp. 111-163.

Morillo González, Fernando. *La ausencia de ánimo de lucro y la reversión de los bienes fundacionales a la extinción de la fundación*. In Rev. Derecho Privado y Constitución, No. 20, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, Enero- diciembre 2006, pp. 255-281.

Motroni, Matteo. *Ruolo e Funzione delle Fondzioni Bancarie nel settore "Arte, Atiivtà e bene culturali"*. In Rivista Amministrazione in Cammino, Rivista eletronica de diritto público, di diritto dell´economía e di scienza dell´amministrazione.

Muños de Dios Saez, Luis Fernando. *El destino de las fundaciones extintas según el Tribunal constitucional*. Asamblea, Revista de la Asamblea de Madrid, No. 15, España, 2006 pp.199-215.

Navarro Fallas, Román. *Derecho a la Salud*. San José, Juricentro, 2010.

Nieto Alonso, Antonia. *Las fundaciones, neutralidad de sus fines*. In Revista Galega de Administración Pública, N° 28, Santiago de Compostela, España, mayo-agosto 2001, pp.319-333.

Occhiena, M. *Le fondazioni istituti di ricovero e cura a carattere scientifico*. Disponible en <http://www.giustamm.it>.

Pérez Escolar, Marta. *La actividad económica de las Fundaciones*. Tensiones legislativas e interés general. Thomson-Civitas, Pamplona, España, 2008.

Piñar Mañas José Luis. *El derecho de fundación como derecho fundamental*. In Rev. Derecho privado y Constitución. N° 9, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pp.147-184.

Piñar Mañas, José Luis. *El Tercer Sector, sector público y fundaciones*. In Revista Española del Tercer Sector, No. 1, España, 2005, pp.15-36.

- Priego Fernández, Verónica de, *Entorno a la legislación sobre fundaciones*. Disponible en <https://ciencia.urjc.es/bitstream/handle/10115/5856/EN%20TORNO%20A%20LA%20LEGISLACION%20C3%93N%20SOBRE%20FUNDACIONES.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Consultado el 5 de mayo de 2015.
- Priego Fernández, Verónica de, *Interés general e indeterminación de los beneficiarios de las fundaciones*. In. Revista de Derecho Público, España, 2003, pp.736-763.
- Puig Rovira, J.M. *Sobre el concepto de fundación*. In Revista Catalana de Derecho Público. Nº 21, pp. 33-50.
- Real Pérez, Alicia. *Las fundaciones en proceso de formación*. In Revista Derecho Privado y Constitución, No. 9, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España mayo-agosto 1996. pp.186-273.
- Romero Moreno, José Manuel, *Reflexiones sobre las propuestas conceptuales de la nueva ley de fundaciones*. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, No. 8 y 9, España, 1995, pp. 395-425
- Saad Diniz, Gustavo. *Regras de direito fundacional do Código Civil de 2002*. In Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005. pp.151-167.
- Sala Arquer, José Manuel. *El nuevo derecho público de las fundaciones privadas*. In A.A.VV. Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal. Fundación Ma. Cristina Masaveu Peterson, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, España. 2011. P. 87-110.
- Santos Morón, María José. *Algunas cuestiones sobre la gestión patrimonial de la fundación*. In A.A.VV. Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal. Fundación Ma. Cristina Masaveu Peterson, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, España. 2011. P. 219-247.
- Seisdedos Muiño, Ana. *La regulación del órgano de gobierno en la ley de fundaciones del País Vasco: Algunas peculiaridades*. In Revista Derecho Privado y Constitución, No. 9, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España mayo-agosto 1996. pp. 275-296.

Serrano Chamorro, M<sup>a</sup> Eugenia. *Fundación y Empresa*. Noticias Jurídicas. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho-Mercantil/200512-10551151110513380.html>, Consultado el 13 de junio de 2014.

Sorace, D. *Le fondazioni universitarie* (di diritto speciale) In Relazione al Convegno Fondazionali e attività amministrativa-Palermo 13 de maggio 2005. Disponible en [www.iweb.it/dirittoamministrativo](http://www.iweb.it/dirittoamministrativo).

Torres García, T.F. *Constitución testamentaria de fundaciones en la Ley 13/2002 de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León*. In Revista Jurídica de Castilla y León, N° 2, febrero de 2004, pp.73 -100.

Varas Braun, Juan Andrés. *La suficiencia patrimonial en las Fundaciones Civiles*. In Revista de Derecho, Vol. XIII, Chile, diciembre 2002, pp. 89-100.

Vattier Fuenzalida, Carlos. *El régimen del patrimonio fundacional*. In Revista Galega de Administración Pública, N° 28, Santiago de Compostela, España, mayo-agosto 2001, pp.285-304.

Verdera Server, Rafael. *Régimen jurídico de las fundaciones en el Derecho Civil Valenciano*. Disponible en <http://derechocivilvalenciano.com/estudios/personas-juridicas/item/175-regimen-juridico-de-las-fundaciones-en-el-derecho-civil-valenciano-por-rafael-verdera-server-modificado> Consultado el 7 de agosto de 2014.

Zoppini, Andrea. *Le imprese strumentali delle fondazioni bancarie*. Disponible en [http://www.andreazoppini.it/pdf/2012/Fondazioni\\_bancarie.pdf](http://www.andreazoppini.it/pdf/2012/Fondazioni_bancarie.pdf). Consultado el 7 de agosto de 2014.

Zoppini, Andrea. *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di Diritto Privato*. In Rivista di Diritto Civile, Vol. II, 2005. pp. 365-377.

## **Tesis**

Abarca Hernández, Oriester *Análisis jurídico de las Fundaciones como mecanismo de administración financiera en la Universidad de Costa Rica*. Tesis para optar al grado de Maestro en Derecho Económico. Universidad Estatal a Distancia, UNED, 2004.

González Esquivel, Víctor Manuel. *Fundaciones mortis causa*. San José: tesis para optar al grado de Licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1965.

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.

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.

## **Leyes**

### **Argentina**

Ley de Fundaciones, No. 19.386 de 15 de setiembre de 1972.

### **Brasil**

Código Civil (2002) Ley No. 10.406 del 10 de enero de 2002.

### **Costa Rica**

Código Civil. (Edición al cuidado de Gerardo Parajeles Vindas) Investigaciones Jurídicas. San José, 2011.

Ley de Fundaciones N° 5219 de 25 de junio de 1973.

Ley de Fundaciones N° 5338 de 28 de agosto de 1973.

### **España**

Lei 7/1983 do 22 de xuño, Lei de réxime das fundacións de interese galego.

Ley 30/1994 de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

### **Jurisprudencia.**

SALA CONSTITUCIONAL de la Corte Suprema de Justicia.

Voto 2000-6328 de la, de 16:20 horas del 19 de julio del 2000.

Res: 2003-02032 de las 15:49 horas del 12 de marzo del 2003.

Res: 2003-11250 de las 14:53 horas del 1 de octubre del 2003.

Res: 2004-06802 de las 9:25 horas del 25 de junio del 2004.

Res: 2004-05712 de las 15:55 horas del 26 de mayo del 2004.

### **TRIBUNAL PRIMERO CIVIL de San José.**

Sentencia N° 496 E-. de las 07:35 horas del seis de mayo de 1998.

Sentencia N° 435-P- de las 07:45 horas del veintiséis de mayo de 2010.

### **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. (SECCIÓN TERCERA)**

Resolución N° 17-2001 de las 09:15 horas del 12 de enero de 2001.