
La Asociación y la Fundación en el Defectuoso Anteproyecto de Reforma al Código Civil

Mario Castillo Freyre*

*Profesor por la Pontificia Universidad Católica del Perú
Socio del Estudio Castillo Freyre*

Introducción

En realidad muchas veces me he preguntado a mí mismo, el por qué sigo escribiendo sobre estos temas. Y es que cuando desde 1994 me empecé a oponer, primero privada y luego públicamente, a la idea de una reforma integral del Código Civil, lo que hice fue navegar contra corriente. Pero, más que navegar en contra de la corriente académica, vengo navegando en contra de una corriente académica, que, desde hace muchos años, pretende convertirse en la verdad oficial del Derecho Peruano, como si en el Perú todos los profesores de Derecho pensáramos igual o como si todos tuviéramos la obligación de respetar pensamientos particulares, que siempre han pretendido ser esa verdad oficial.

Pero felizmente en el Perú el pensamiento jurídico es muy rico, y esta riqueza, estoy convencido, es fundamentalmente ajena a los intentos oficiales de reforma de nuestra legislación civil.

Este año se cumplen 11 años desde que empecé a sostener la inconveniencia de modificar el Código de 1984 de manera integral; y si hay algo de lo que no me podrá acusar nadie, es de haber sido inconsecuente, pues desde el primer día he sostenido lo mismo y, además, lamento haber vaticinado el devenir del proceso de reforma.

Muchas veces mis alumnos o los auditorios de Derecho que me han escuchado hablar sobre este tema, habrán podido pensar que he sido demasiado radical, hasta que he sido injusto en lo que respecta a la idea de no reformar de manera integral el Código de 1984. Tal vez, incluso hayan pensado que exageraba.

Sin embargo, esos pensamientos sólo podrían provenir de personas que no conocían a fondo los

entretelones de esta reforma y que no la habían seguido de cerca, como yo sí la he seguido.

Y hasta hace algunos meses, yo no tenía otra forma de convencer a mis lectores que la fe que les podían generar mis palabras.

Pero eso felizmente ha cambiado, en la medida de que en el mes de abril de este año fue publicada en la página web del Ministerio de Justicia, la primera parte del Anteproyecto de Ley de Enmiendas al Código Civil. Esta primera parte comprende el Título Preliminar y los Libros de Personas, Acto Jurídico, Derechos Reales, Responsabilidad Extracontractual y Derecho Internacional Privado.

Con esta publicación, la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto (en adelante, la Comisión) debía demostrar a la opinión pública en general y al medio jurídico en particular, que había hecho un buen trabajo, un trabajo cuyos méritos justificaran las 85 sesiones que tuvo.

Además, dicho trabajo debía atestiguar consecuencia con los anuncios hechos por los integrantes de esa Comisión, en el sentido de que sólo se iba a modificar aquello que resultara urgente y necesario. La línea citada no constituye un invento mío, sino que fue manifestada públicamente por varios de ellos y además ha sido ratificada en la Exposición de Motivos del citado Anteproyecto, por el propio Presidente de la Comisión.

Pero en realidad el Anteproyecto no recoge ni lo urgente, ni lo necesario, sino más bien un conjunto de reformas que no guardan coherencia teórica entre sí, además de regular diversos temas en que resulta superfluo hacerlo y contener un conjunto de



La Asociación y la Fundación en el Defectuoso...

disposiciones, que distorsionan diversos aspectos fundamentales de las áreas cuya regulación –en teoría– se intenta mejorar.

Me apena que éste haya sido el resultado de la labor de la Comisión. Me apena que no me haya equivocado en mis sombríos vaticinios sobre su trabajo. Pero otro no podía ser el resultado, cuando lo que motivó en realidad el proceso de reforma del Código Civil, no fue la imperiosa necesidad de lograr un perfeccionamiento de la normatividad legal, sino las tentaciones académicas de muchos profesores de Derecho, que buscan permanentemente traducir en ley todo aquello que consideran como mejor doctrina.

Además, el proceso de reforma del Código Civil siempre estuvo herido de muerte, pero hoy lo está mucho más, en la medida de que el medio jurídico nacional se encuentra profundamente dividido a este respecto y, resulta claro que las figuras más representativas del Derecho Civil Peruano no están acompañando el proceso de reforma.

Lamento mucho que esto sea así, fundamentalmente porque existe una obstinación de llevar adelante un proceso, que se está cayendo por su propio peso.

Y el lastre está representado por la calidad de las propuestas publicadas; y el que éstas no resisten un riguroso análisis jurídico por parte de académicos y profesionales independientes, es decir ajenos al proceso de reforma y ajenos, obviamente a la Comisión.

Nadie, absolutamente nadie representativo del mundo académico y profesional peruano, ha elogiado el Anteproyecto publicado por la Comisión.

Ahora bien, tal vez sea yo el que más lamente esta situación, habida cuenta de que, siendo consecuente con mi línea de pensar y de actuar, debo proseguir mi labor con respecto a la defensa del Derecho Civil y de nuestro ordenamiento jurídico y, en tal virtud, no tengo la ventaja de poder quedarme callado.

Todas mis afirmaciones y comentarios se refieren, única y exclusivamente, a ideas, a planteamientos, al texto del Anteproyecto de Ley, publicado en la página web del Ministerio de Justicia.

No se piense que con mis críticas pretendo un absoluto inmovilismo legal, en lo que respecta al Código Civil. Lo que busco es estabilidad jurídica y que, si algún día se modificara el Código, dicha modificación realmente sólo abarque aquello que resulte urgente y necesario y,

además, que dicha modificación sirva para que el nuevo texto sea sustancialmente mejor y, sobre todo, más útil que aquel que se encuentra en vigencia.

No podemos dar luz verde a un proceso de reforma en el que las normas que se proponen son, incluso, más defectuosas que las vigentes.

Creo que estoy realizando una especie de Servicio Cívico Obligatorio, dada mi condición de abogado en ejercicio y de profesor universitario. Guardar silencio sobre este particular implicaría no ofrecer resistencia a un despropósito legislativo.

Lima, agosto del 2005

LIBRO I Derecho de las Personas

SECCIÓN SEGUNDA Personas Jurídicas

TÍTULO II Asociación

• Sí puede

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p><i>Artículo 95. - La Asociación se disuelve por liquidación, según lo acordado por su respectiva Junta de Acreedores de conformidad con la ley de la materia. En caso de pérdidas acumuladas, deducidas las reservas superiores al tercio del capital social pagado, el Consejo Directivo debe solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de la asociación, conforme a la ley de la materia y bajo responsabilidad ante los acreedores por los daños y perjuicios que resultaren por la omisión.</i></p>	<p>Artículo 95. - Disolución. Procedimiento concursal</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La asociación se disuelve por acuerdo de la Asamblea General de Asociados. También se disuelve por acuerdo de la Junta de Acreedores de conformidad con la ley de la materia. 2. En caso de pérdidas superiores a las dos terceras partes del patrimonio, el Consejo Directivo debe solicitar el inicio del procedimiento concursal ordinario de la asociación, conforme a la ley de la materia y bajo responsabilidad ante los acreedores por los daños que resultaren por la omisión.

Al leer el actual artículo 95 del Código Civil de 1984 se podría pensar que en el mismo se ha omitido a la Asamblea General de Asociados. No obstante, cabe advertir que esa omisión no puede calificarse de ninguna manera como un pecado mortal.

Es sabido por todos, al punto que la omisión en el texto vigente no ha llevado a nadie a sostener lo contrario, que el órgano máximo de la Asociación puede disolverla, bajo el principio según el cual quien crea una persona jurídica tiene también potestad para extinguirla.

Por lo dicho, puedo afirmar –sin temor a equivocarme– que el inciso 1 propuesto se restringe a aclarar algo que no necesitaba ser aclarado.

Alargando los trámites

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<i>Artículo 98. - Disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto resultante es entregado a las personas designadas en el estatuto, con exclusión de los asociados. De no ser posible, la Sala Civil de la Corte Superior respectiva ordena su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación.</i>	<i>Artículo 98. - Destino del patrimonio</i> 1. <i>Disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto que resulte es entregado a las personas designadas en el estatuto o, en su defecto, por la Asamblea General, con exclusión de los asociados. De no ser posible, el Juez en lo Civil respectivo ordena su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación.</i> 2. <i>La resolución no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.</i>

Al contrastar el texto del artículo 98 en actual vigencia con el texto del artículo que se pretende instaurar, se observa que en la primera parte del inciso 1 propuesto sólo se ha agregado la frase *o, en su defecto, por la Asamblea General.*

Si bien apenas han sido agregadas unas cuantas palabras, lo cierto es que las consecuencias de su admisión no son inocuas.

De admitirse este cambio, que en mi opinión nos alerta nuevamente sobre la escasa reflexión que subyace a cada enmienda, ocurriría que por mayoría simple, y ya no por la mayoría calificada necesaria para modificar los estatutos, se podría decidir sobre el destino del patrimonio de la asociación.

En la segunda parte del mismo inciso 1 propuesto, se ha realizado otra modificación. La Comisión ha considerado conveniente que ya no sea la Sala Civil de la Corte Superior la encargada de resolver sobre el destino del patrimonio, en defecto de los estatutos; prefiriendo en su lugar otorgarle la competencia al Juez en lo Civil respectivo.

El cambio de competencia me parece un error, en especial tras leer el inciso 2 propuesto, que establece que la resolución no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior, lo que en los hechos significa que, en definitiva, la que decide es la Corte Superior. Así las cosas, por qué no darle a la Corte Superior la competencia de manera directa, por qué alargar y complicar las cosas aumentando, además, la carga procesal. Si la razón es

tratar de que se cumpla el principio de la instancia plural, cabría una reflexión adicional: no es necesaria la pluralidad de instancia allí donde no hay litigio, donde no hay dos partes que dejan en manos de un tercero la resolución de su conflicto.

Por último, este artículo invita a reflexionar sobre quién puede apelar la decisión del Juez en lo Civil respectivo. ¿Apela la Asociación o el asociado o cualquiera de los dos? Más allá de la reflexión, reitero lo señalado: al final da lo mismo, pues quien decide –se le llame consulta o no– es la Corte Superior.

Título III
Fundación

Cambiando urgentemente la redacción

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<i>Artículo 99. - La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social.</i>	<i>Artículo 99. - Definición</i> <i>La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de bienes singulares o de un patrimonio para la realización de una finalidad de carácter religioso, asistencial, cultural u otra de naturaleza altruista.</i>

Tras comparar la norma vigente y la propuesta es fácil identificar –una vez más– una de las tentaciones académicas que sustentan al Anteproyecto, esto es, la tentación de modificar, aunque en esencia se diga exactamente lo mismo.

Esta enmienda no dice nada distinto a lo dispuesto en el artículo actual; simplemente se ha realizado un cambio en la redacción, cambio que no tiene justificación alguna pues el texto vigente no es confuso.

La Comisión se ha limitado a variar la frase *afectación de uno o más bienes* por la frase *afectación de bienes singulares o de un patrimonio*: lo que no varía el sentido de la norma constituyendo, por ende, una modificación inútil que –como tal– carece de *urgencia y necesidad*.

Esas mismas características son atribuibles al segundo de los cambios propuestos. La Comisión ha preferido utilizar la expresión *u otra de naturaleza altruista*, en lugar de la expresión vigente *u otros de interés social*. Ante esta pretendida enmienda (que en realidad no llega a ser tal), sólo me queda preguntar si



La Asociación y la Fundación en el Defectuoso...

en tanto naturaleza altruista significa *en beneficio de terceros* y más específicamente de la sociedad, por qué cambiar, cuál es el objetivo (si es que hubiere alguno) de la modificación. La respuesta creo yo es simple: la tentación académica volvió a vencer.

Bajo sanción de nulidad

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 101. - El acto constitutivo de la fundación debe expresar necesariamente su finalidad y el bien o bienes que se afectan. El fundador puede también indicar el nombre y domicilio de la fundación, así como designar al administrador o a los administradores y señalar normas para su régimen económico, funcionamiento y extinción, así como el destino final del patrimonio.</p> <p>Puede nombrarse como administradores de la fundación a personas jurídicas o a quien o quienes desempeñen funciones específicas en ellas. En el primer caso, debe designarse a la persona natural que la represente.</p> <p>El registrador de personas jurídicas debe enviar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones el título de constitución que careciere de alguno de los requisitos señalados en el primer párrafo del presente artículo.</p> <p>El Consejo procederá en un plazo no mayor de diez días, con arreglo al artículo 104, incisos 1 a 3, según el caso.</p>	<p>Artículo 101. - Acto constitutivo</p> <p>1. El acto constitutivo de la fundación deberá señalar de manera precisa su finalidad, el patrimonio o los bienes singulares que se afectan y contener la designación de las personas que integrarán los órganos de la fundación o la manera de nombrarlas, bajo sanción de nulidad. Sólo el fundador o la Junta de Fundadores podrán cambiar la finalidad de la fundación.</p> <p>2. El acto constitutivo deberá contener también, bajo sanción de nulidad, el estatuto de la fundación en el cual se indicará:</p> <p>a) La denominación de la fundación y su domicilio. A falta de indicación la denominación e corresponderá al nombre del fundador y su domicilio será el lugar de otorgamiento del acto fundacional.</p> <p>b) La duración de la fundación. A falta de indicación será indefinida.</p> <p>c) La Junta de Administración y otros órganos de la fundación, sus atribuciones, régimen de funcionamiento y la manera de designarlos en lo sucesivo. A falta de indicación regirá lo dispuesto en los artículos 101 -A y 104.4.</p> <p>d) Los requisitos para la modificación del estatuto. A falta de indicación, los requisitos serán determinados por la Comisión Nacional de Fundaciones.</p> <p>e) El o los beneficiarios del haber neto resultante en caso de disolución. A falta de indicación se aplica lo dispuesto en el artículo 110.</p> <p>f) Los demás actos y condiciones que se establezcan.</p> <p>3. De ser nulo el acto de constitución de la fundación mediante disposición testamentaria, se destinarán los bienes a otra fundación de una finalidad análoga del lugar del domicilio del testador.</p>

Gracias al Anteproyecto, una norma que actualmente es bastante larga podría, si por alguna extraña razón fuese aprobada, ser aún más larga, lo que no implica que vaya a ser mejor.

Si hay algo que destaca en la norma propuesta es el afán por utilizar inútilmente la frase *bajo sanción de nulidad*.

Veamos.

En el inciso 1 se sanciona con *nulidad* al acto constitutivo que no señale de manera precisa su finalidad, el patrimonio que se afecta y la designación de las personas que integrarán los órganos de la fundación o la manera de nombrarlas.

En esta parte de la norma se puede apreciar que la Comisión no ha tenido en mente el principio de conservación del acto jurídico, pues si así fuera no se pondrían tantas trabas para su constitución. No entiendo el por qué de esta nulidad cuando no se hubiesen nombrado a las personas que integrarán los órganos o la manera de nombrarlas. Si la finalidad de la fundación es siempre altruista, las normas deberían estar orientadas a que la misma se constituya.

De seguir el criterio de la Comisión, una fundación que haya sido constituida vía testamentaria y en la que se hubiesen designado como miembros de los órganos a personas que rechazaron el cargo o que ya no se encuentran con vida, dicha fundación no existirá nunca pues el acto constitutivo sería nulo pese a que podría haberse optado por recurrir ante el juez para consultar sobre la voluntad del fundador y, así, salvar la nulidad.

En mi opinión, la respuesta que da el Anteproyecto en el inciso 3 también es insatisfactoria, pues ante la nulidad del acto constitutivo por disposición testamentaria, el patrimonio se destina a otra fundación. ¿Por qué acrecentar el patrimonio de otra fundación ya existente cuando hay modos de salvar el acto constitutivo, es decir, de no frustrar la voluntad del fundador?

Por otro lado, en lo que concierne a la potestad que sólo poseen el fundador o la Junta de Fundadores para modificar la finalidad perseguida por la fundación, considero que la Comisión, otra vez, ha sido muy radical. Puede haber un fin que ya no esté en vigencia, pero si ello ocurriese debería permitirse que la fundación modifique su objeto social para que su actividad altruista no se vea reprimida.

Así, por ejemplo, podría haber una fundación constituida en 1920 –cuyo fin fundacional hubiese

sido el de proporcionar carruajes y caballos para el traslado de enfermos dentro de zonas urbanas. No obstante, a pesar de que el fundador hubiere fallecido y no haya Junta de Fundadores, debería permitirse que la misma fundación modifique su finalidad, de donde se sigue que la restricción del inciso 1 constituiría un obstáculo más.

En el inciso 2 la Comisión ha decidido sancionar con nulidad el acto constitutivo que no contenga el estatuto de la fundación, señalando además los datos que dicho estatuto debe indicar. Lo curioso –por decirlo de alguna manera– es que si leemos cada uno de esos datos, vemos que en uno y otro caso la ley salva su omisión.

Siguiendo la lógica intrínseca de esta norma, se podría llegar al absurdo de considerar válido aquel acto constitutivo que contenga el estatuto de la fundación en blanco, es decir, sin que en él se indique absolutamente nada, pues a falta de indicación se sigue lo dispuesto en los propios literales del inciso 2. En cambio, será nulo el acto constitutivo que no contenga dicho estatuto, a pesar de que en estricto se estaría –en los hechos– ante una situación similar a la del estatuto en blanco y, en consecuencia, no debería haber inconveniente en aplicar de manera supletoria los mismos literales.

En los hechos, por tanto, a dos supuestos similares la Comisión ha considerado conveniente otorgar consecuencias jurídicas diametralmente distintas. A un supuesto le otorga validez, al otro lo condena con la nulidad.

Dicho esto, queda ahora la tarea de revisar los seis literales que componen el inciso 2, propuesto.

En el literal a) la Comisión ha establecido que ante la falta de denominación, corresponderá asignar a la fundación el nombre del fundador. En lo personal no necesariamente me parece la idea más adecuada, pues podría darse el caso de que quien fuera fundador se caracterizara por su modestia. Además, es evidente que si el fundador hubiera querido dar su nombre a la fundación, lo hubiera hecho. Creo que lo más conveniente sería permitir que sea la fundación misma la que *se bautice*; es decir, no veo motivo alguno para no diferir la denominación a un momento posterior, para que sea efectuada por el órgano de gobierno de la fundación. El nombre, al fin y al cabo, no deja de ser accesorio.

El siguiente literal –el b)– señala que cuando no se indique la duración de la persona jurídica, tal duración se considerará indefinida, lo cual resulta lógico pues la mayoría de fundaciones se caracterizan por su vocación de permanencia.

El literal c) se centra en la Junta de Administración y los otros órganos de la fundación. Este precepto se remite, ante el silencio del estatuto, a los artículos 101-A y 104.4, propuestos.

Sobre este tema considero necesario remitirme a lo expresado con ocasión de mis comentarios al inciso 1 propuesto, pues como se recordara allí, se exigía, bajo sanción de nulidad, que se señalara a quienes integrarían los órganos de la fundación o la manera de nombrarlos. Entonces, me pregunto, si no señalo quiénes son esas personas y tampoco la manera de nombrarlas, el acto constitutivo es nulo o se aplica el literal c) del inciso 2 – y, en consecuencia, no hay nulidad–. La segunda de las opciones me parece la más acertada, por respetar el principio de conservación del acto jurídico, así como la voluntad del fundador, evitando, a su vez, que la finalidad altruista que se persigue se vea frustrada.

En el literal d) se otorga facultad a la Comisión Nacional de Fundaciones para establecer los requisitos para la modificación del estatuto cuando en él no se ha indicado nada al respecto. Lo interesante de este literal es que se menciona por primera vez a la Comisión Nacional de Fundaciones que, en realidad, es simplemente el nombre con el que la Comisión ha querido, sin justificación alguna, rebautizar al antiguo Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.

Gracias a este *rebautizo* será necesario también realizar modificaciones, varias de ellas a la Ley Orgánica del Sector Justicia. Así, por ejemplo, será necesario modificar su artículo 28 en el que actualmente se establece que «El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, es un órgano de competencia nacional encargado de elaborar y proponer las normas que se requieran para el mejor funcionamiento, control y vigilancia de las fundaciones así como supervisar el cumplimiento de la legislación y estatutos que las rigen y de llevar el Registro Nacional de las mismas. El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones cuenta con una Secretaría Técnica que le brinda apoyo técnico y administrativo».

Tal parece que las enmiendas *urgentes y necesarias* no sólo no revisten tales características, sino



La Asociación y la Fundación en el Defectuoso...

que además arrastran consigo todo lo que encuentran a su paso.

En el literal e), vemos nuevamente una remisión, esta vez al artículo 110, en el que se reitera, sin que ello sea necesario, que el o los beneficiarios del haber neto resultante se encuentren indicados en el acto constitutivo o en el estatuto. Es recién en la segunda parte del artículo en donde se dice algo distinto a lo ya establecido en el artículo 101, precepto en el que se concede la decisión al Juez en lo Civil. La Comisión bien pudo haber ahorrado espacio y señalarlo todo en una sola norma.

En el último de los literales, esto es, el literal f), se dispone que el estatuto también deberá contener los demás actos y condiciones que se establezcan. Como resulta obvio, este literal está de más. Si se supone que es la propia ley la que va a señalar las condiciones y requisitos necesarios, cuál es la necesidad de agregar un literal que diga lo que ya sabemos, esto es, que si se establecen requisitos fuera de este artículo, ellos también deben cumplirse.

“Tal parece que las enmiendas urgentes y necesarias no sólo no revisten tales características, sino que además arrastran consigo todo lo que encuentran a su paso.”

Pero lo anterior no es lo único que resulta curioso, sino también el énfasis que pone la Comisión en esa *sanción de nulidad*, a pesar de que en los artículos VIII y IX del Título Preliminar, propuesto, la misma Comisión concede al legislador la posibilidad de convertir un acto nulo en uno válido, aunque la nulidad sea consecuencia de la naturaleza fraudulenta del acto o de constituir una violación al orden público y a las buenas costumbres.

• Todo un Reglamento

A partir de este artículo se hace más que evidente, otra vez, el afán reglamentarista que caracteriza al Anteproyecto. Nuevamente se manifiesta el deseo de la Comisión de querer abarcarlo todo, de querer decirlo todo, lo que, en mi opinión, es un afán cuyas consecuencias suelen ser más perjudiciales que beneficiosas.

El inciso 1 destaca, dentro de este esquema, por su inutilidad por más de una razón. En principio, estoy convencido de que hubiera bastado con señalar que la Junta de Administración es un órgano de la fundación; decir que el número de integrantes será siempre impar me

parece innecesario. Creo que decidir el número y la forma de votación (como, por ejemplo, que el Presidente tenga voto dirimente), debería ser una facultad de la propia fundación.

Por otro lado resulta absurdo que, tras disponer que el número deberá ser siempre impar, se indique también que el mínimo es 3. ¿Qué otro número impar podría ser?, ¿1?: es evidente que no, porque si fuera un solo miembro ya no estaríamos en presencia de una Junta.

Por último, la segunda parte del inciso 1 propuesto, es innecesaria, porque en el numeral 79-A ya se indicó expresamente que el presidente de la Junta de Administración es el representante legal de la fundación.

Por otra parte, el inciso 2 propuesto, se caracteriza por su gran extensión, la misma que no me extraña dentro del Anteproyecto.

El literal a) se limita a decir que es a la Junta a la que corresponde administrar y dirigir la fundación. Parece que la Comisión ha juzgado como *urgente y necesario* señalar aquello expresamente para que nadie

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 101-A.- Junta de Administración</p> <p>1. En toda fundación deberá existir una Junta de Administración. El número de sus integrantes será siempre impar con un número mínimo de tres. El presidente de la Junta de Administración es el representante legal de la fundación.</p> <p>2. Corresponde a la Junta de Administración:</p> <p>a) Dirigir y administrar la fundación.</p> <p>b) Cumplir y hacer cumplir la voluntad del fundador, el estatuto y las resoluciones de la Comisión Nacional de Fundaciones.</p> <p>c) Conservar y de ser el caso acrecentar el patrimonio de la fundación.</p> <p>d) Realizar los actos y celebrar toda clase de contratos que sean necesarios para el cumplimiento de la finalidad de la fundación.</p> <p>e) Aplicar los recursos y rentas a la finalidad de la fundación.</p> <p>f) Aprobar los estados financieros y el informe de gestión de la fundación y presentarlos a la Comisión Nacional de Fundaciones, para su conocimiento, dentro de los primeros cuatro meses del año.</p> <p>g) Reglamentar su funcionamiento interno, cuando no se haya indicado en el estatuto.</p> <p>h) Decidir la creación de la Gerencia u otros órganos, su composición y la forma de designar a sus integrantes, así como nombrar apoderados señalando sus facultades.</p> <p>i) Las demás que señalen la ley y el estatuto.</p>

se confunda y crea que el órgano de la fundación denominado como Junta de *Administración*, no tiene a su cargo la *administración* de la misma.

El siguiente literal –el b)– destaca por mencionar a la Comisión Nacional de Fundaciones, la cual, repito, no es otra cosa que el actual Consejo de Supervigilancia de Fundaciones rebautizado por puro gusto.

Pienso que el literal c) pudo haberse redactado de una manera distinta. No creo necesario que se deba señalar que la Junta debe acrecentar el patrimonio de la fundación. En mi opinión bastaba con decir que debía conservarlo.

Ello, pues hay patrimonios sujetos a determinados valores que pueden disminuir inevitablemente sin culpa de la Administración. La disminución y el aumento de un patrimonio es natural, de allí que la idea central es siempre la conservación.

En lo que respecta al literal d), pienso que éste sólo puede ser producto de un momento de distracción. No encuentro otra manera de justificar que en dicho precepto se haya señalado que le corresponde a la Junta de Administración celebrar toda clase de contratos.

La Junta no celebra los contratos, esa es tarea del presidente de la Junta. Ello es lógico, pues la Junta, como órgano, no *realiza* o celebra contratos. Lo que sí puede hacer, y de hecho lo hace, es aprobar los actos o contratos que no formen parte de la administración ordinaria. Los que sí forman parte de la administración ordinaria de la Fundación no requieren aprobación por parte de la Junta, ya que son celebrados por su representante legal, esto es, por el presidente de la Junta de Administración.

Resulta curioso que en el siguiente literal –el e)–, se haya preferido utilizar el término *aplicar*, cuando la expresión más adecuada y precisa era la de *destinar*. Al margen de esto, el literal e) se presenta, al igual que la gran mayoría de las enmiendas que forman parte del Anteproyecto, como innecesario.

Decimos esto, pues resulta evidente que, en tanto la fundación tiene una finalidad, todas sus actividades deben estar orientadas a cumplirla y, por consiguiente, el fundador, la Junta de Fundadores y la Junta de Administración deben destinar el patrimonio a esa finalidad.

Nuevamente y para seguir haciendo gala de constancia, se ha tenido a bien normar todo aquello que se sobreentiende.

De los últimos tres literales no creo que haya nada que decir, excepto que son en extremo reglamentaristas. Yo no estoy de acuerdo con que un Código Civil, ni el nuestro ni ningún otro, deba descender a este nivel.

Trabando la Junta

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 101 -B.- Junta de Fundadores</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>En las fundaciones constituidas por escritura pública puede existir una Junta de Fundadores. Si existiera un solo fundador, éste podrá asumir las atribuciones establecidas en el presente artículo. Si el fundador es una persona jurídica, ésta deberá designar como representante a una persona natural.</i> 2. <i>La calidad de fundador y las atribuciones de la Junta de Fundadores son intransmisibles, pero delegables.</i> 3. <i>Si el fundador forma parte de la Junta de Fundadores no puede ser apoderado ni integrar otro órgano de la fundación ni asumir la Gerencia, si la hubiere.</i> 4. <i>Son atribuciones de la Junta de Fundadores:</i> <ol style="list-style-type: none"> a) <i>Controlar los actos de la Junta de Administración.</i> b) <i>Solicitar a la Junta de Administración la remoción del Gerente o los integrantes de otros órganos si los hubiere.</i> c) <i>Disponer que con cargo a la fundación se realicen las auditorías necesarias informando de tal decisión a la Comisión Nacional de Fundaciones.</i> d) <i>En defecto de disposición est tutaría, designar a los nuevos administradores.</i>

Creo conveniente señalar, en primer término, que la Junta de Fundadores ya había sido mencionada en artículos anteriores; sin embargo, no se ha aclarado hasta ahora –y tampoco lo hace el artículo 101-B– cuál es su jerarquía con respecto de la Junta de Administración.

En el inciso 1, propuesto, se dispone que la existencia de una Junta de Fundadores no es obligatoria. Sólo existirá si ello se indica en el acto constitutivo.

Algo que llama la atención es que, al imponer como requisito la escritura pública, se niegue la posibilidad de que una fundación constituida por vía testamentaria cuente con una Junta de Fundadores. No entiendo por qué se rechaza la posibilidad de que el fundador que constituye la fundación por esa vía disponga allí mismo, de acuerdo a su voluntad, que la Junta de Fundadores esté compuesta, por ejemplo, por sus descendientes.



La Asociación y la Fundación en el Defectuoso...

Además de esa decisión injustificada, este inciso destaca por reiterar aquello que no está en debate, aquello que absolutamente todos conocen: Que si el fundador es una persona jurídica, deberá designar como representante a una persona natural. Dudo que haya siquiera un estudiante de Derecho que no sepa que una persona jurídica, por su propia naturaleza, nunca actúa por sí misma, pues no puede hacerlo; siempre requiere de personas naturales que actúen en su nombre.

El inciso 2 propuesto, rechaza, por su parte, que la calidad de fundador y las atribuciones de la Junta de Fundadores sean transmisibles. En principio, entonces, por esta disposición se establece que aquello no podrá ser cedido ni por acto de cesión *mortis causa* ni por acto de cesión *inter vivos*. Con esto se está afirmando que la calidad de fundador y las atribuciones de la Junta de Fundadores son *intuitu personae*.

Sin embargo, en el mismo inciso se sostiene que aquello que se supone es *intuitu personae* es delegable. Ahora bien, aunque las atribuciones de la Junta puedan ser delegadas, ¿cómo es posible delegar la calidad de fundador? ¿Acaso el fundador que delega su condición deja de ser fundador por el tiempo que dure aquella delegación y quien ha sido delegado se convierte en fundador?

En mi opinión lo que la norma está posibilitando –además del absurdo de decir que algo que no se puede hacer sí se puede hacer–, es que la calidad de fundador y las atribuciones de la Junta de Fundadores sean transmisibles temporalmente. Al fin y al cabo la delegación es una forma de cesión, en tanto por esa vía y gracias a esta norma, se pueden lograr los mismos efectos prácticos en uno y otro caso.

Por su parte, el inciso 3 propuesto, se encarga de negar la posibilidad de que el fundador que forma parte de la Junta de Fundadores pueda ser apoderado o pueda integrar otro órgano de gobierno o pueda asumir la gerencia de la fundación. Pero, ¿por qué esa restricción? ¿Acaso el fundador no es el más interesado en sacar adelante la fundación que él mismo constituyó, afectando su patrimonio? Mal haría la ley en poner este tipo de limitaciones cuando es el fundador el más interesado en la buena marcha de la fundación, en que se cumpla con la finalidad altruista que él mismo escogió.

El inciso 4 propuesto, se encarga de señalar las atribuciones de la Junta de Fundadores, mas no aclara la posición que tiene aquella respecto de la Junta de Administración. No esclarece la norma propuesta si la Junta de Fundadores se encuentra o no en una posición

jerárquica superior, ya que se limita a mencionar sus funciones.

En el literal a) se le otorga la facultad de controlar los actos de la Junta de Administración, mas no se especifica si ese control implica vigilar que se cumplan dichos actos o si, incluso, podría regularlos y enmendarlos. Lo más coherente sería asumir que se trata de lo primero.

El literal b) concede la facultad de solicitar la remoción del Gerente o los integrantes de otros órganos; empero, no se dice si la Junta de Administración se encuentra obligada a aceptar y cumplir con dicha solicitud. Debido al empleo del término *solicitud*, me inclino a pensar que no se trata de una potestad de la Junta de Fundadores y, por ende, podría generarse un conflicto con la Junta de Administración si ésta rechaza la solicitud.

Sobre el literal c) no hay nada que decir, pues prácticamente deriva de lo dispuesto en el literal a), ya que constituye un mecanismo de control respecto de los actos de la Junta de Administración.

Ante una omisión en el estatuto, el literal d) le brinda la facultad de designar a los nuevos administradores, lo que no significa que tenga el poder para removerlos. Así, se entiende que podrá designar a los nuevos administradores cuando los anteriores hayan concluido con su período, hayan renunciado, o cuando la Junta de Administración haya aceptado la solicitud de remoción de la Junta de Fundadores.

Evidente

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p><i>Artículo 102. - La facultad de revocar no es transmisible. El acto de constitución de la fundación, una vez inscrito, es irrevocable.</i></p>	<p>Artículo 102. - Revocación del acto de constitución</p> <p>1. El acto de constitución de la fundación, una vez inscrito, es irrevocable. El fundador o los fundadores tampoco podrán revocar el acto constitutivo de la fundación si, antes de su inscripción, iniciara sus actividades.</p> <p>2. La facultad de revocar no es transmisible.</p>

El precepto contenido en el artículo 102, propuesto, se centra, de manera imperfecta en la revocación del acto constitutivo.

Así, el inciso 1 se inicia señalando que el acto de constitución de la fundación una vez inscrito es irrevocable. Tal afirmación, que también se encuentra en el texto de la norma vigente, resulta innecesaria.

Como bien se sabe, las personas jurídicas, entre las que se incluye a la fundación, tienen vida para el Derecho a partir de su inscripción en el registro. De esta manera, si una persona jurídica es inscrita, resulta imposible revocar su existencia, simplemente porque ya tiene tal existencia para el ordenamiento jurídico y los mecanismos para disolverla y extinguiirla son distintos a la revocación.

Por otro lado, también en el inciso 1, se indica que si la fundación inició sus actividades a pesar de no haber sido inscrita, el fundador o los fundadores no podrían revocar el acto constitutivo. Frente a esta norma cabría preguntar a partir de qué momento se considera que la fundación ha iniciado sus actividades, pues de eso dependerá la posibilidad de que el fundador (que por algún motivo se haya arrepentido o que por problemas económicos ya no pueda afectar su patrimonio sin verse perjudicado) pueda revocar.

En el inciso 2 se opta por reiterar otra afirmación que, aunque también presente en el Código Civil actual, se caracteriza por sobrar.

En primer lugar, resulta curioso que se señale que la facultad de revocar no es transmisible, cuando por definición se sabe que, en efecto, dicha facultad es *intuitu personae*, de donde se sigue que sólo puede revocar algo aquél que ha hecho algo. En el caso de la fundación resulta entonces evidente que únicamente podrá revocar el acto constitutivo aquel que tenga la calidad de fundador, lo que gracias al artículo 101-B inciso 2, es ahora confuso.

En todo caso lo cierto es que, en tanto el carácter intransmisible de la revocación se encuentra implícito en la definición, en la esencia misma del término *revocación*, no resulta ni *urgente* ni *necesario* indicarlo.

Por último, cabe decir que, en estricto, la facultad de revocar, de ser transmisible, sólo podría serlo antes de que el acto constitutivo fuera inscrito y antes de que la fundación inicie sus actividades, pues ambos supuestos ya se encuentran regulados en el inciso 1.

Inútil

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 103. - El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones es la organización administrativa encargada del control y vigilancia de las fundaciones. Su integración y estructura se determinan en la ley de la materia.	Artículo 103. - Se deroga.

No entiendo por qué la Comisión propone derogar el actual artículo 103. Si bien el cambio del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones por la Comisión Nacional de Fundaciones me parece inútil y, como tal, no es ni *urgente* ni *necesario*, en vista de que la Comisión lo propone, debería haber aprovechado el artículo 103 para definirlo.

Claro que como hasta ahora el cambio parece ser más nominal que otra cosa, hubiera bastado, probablemente, con repetir el texto vigente modificando sólo la denominación. Así, al menos, nos remitirían a una norma sobre la materia que nos permitiría entender y reconocer mejor las características, la estructura y las funciones de ese órgano.

Tropezando con la misma piedra

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 104. - El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones ejerce las siguientes funciones básicas:</p> <ol style="list-style-type: none"> Indicar la denominación y domicilio de la fundación, cuando no consten del acto constitutivo. Designar a los administradores cuando se hubiese omitido su nombramiento por el fundador o sustituirlos a l cesar por cualquier causa en sus actividades, siempre que no se hubiese previsto, para ambos casos, en el acto constitutivo la forma o modo de reemplazarlos. En el caso previsto en el párrafo anterior, están impedidos de ser nombrados como administradores de las fundaciones, los beneficiarios o los representantes de las instituciones beneficiarias. Asimismo, en dicho supuesto, el cargo de administrador es indelegable. Determinar, de oficio y con audiencia de los administradores o a propuesta de éstos, el régimen económico y administrativo, si hubiere sido omitido por el fundador, o modificarlo cuando impidiere el normal funcionamiento o conviere a los fines de la fundación. Tomar conocimiento de los planes y del correspondiente presupuesto anual de las fundaciones, para lo cual éstas elevan copia de los mismos al Consejo al menos treinta días antes de la fecha de iniciación del año económico. Autorizar los actos de disposición y gravamen de los bienes que no sean objeto de las operaciones ordinarias de la fundación y establecer el procedimiento a seguir, en cada caso. Promover la coordinación de las fundaciones de fines análogos cuando los bienes de éstas resulten insuficientes para el cumplimiento del fin fundacional, o cuando tal coordinación determine una acción más eficiente. Vigilar que los bienes y rentas se empleen conforme a la finalidad propuesta. Disponer las auditorías necesarias. 	<p>Artículo 104.- Comisión Nacional de Fundaciones</p> <p>La Comisión Nacional de Fundaciones es el organismo público que ejerce las siguientes funciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> Tomar conocimiento de los planes y del correspondiente presupuesto anual de las fundaciones, para lo cual éstas envían copia a la Comisión al menos treinta días antes de la fecha de inicio del año económico. Promover la coordinación de las fundaciones de fines análogos para el cumplimiento del fin fundacional o cuando tal coordinación determinase una acción más eficiente. Impugnar los acuerdos de los administradores que sean contrarios a ley o al acto constitutivo o demandar la nulidad o anulación de los actos o contratos que celebren, en los casos previstos por la ley. La impugnación se tramita como proceso abreviado; la demanda de nulidad o de anulación como proceso de conocimiento. Designar a los administradores sucesivos cuando el acto constitutivo o el estatuto no establezcan la manera de hacerlo y el fundador o la junta de fundadores no formen parte de la fundación. Intervenir en los procesos en que se impugne la validez del acto constitutivo de la fundación. Llevar un registro administrativo de fundaciones. Las demás previstas en el presente Código.



La Asociación y la Fundación en el Defectuoso...

No estoy de acuerdo con que se regule en el Código Civil lo referente a las funciones de la propuesta Comisión Nacional de Fundaciones o el actual Consejo de Supervigilancia de Fundaciones. En mi opinión ello es propio de un reglamento o de una ley que norme la materia. Es casi como si en el Libro de Familia del Código Civil se dedicaran varios artículos a la regulación del INABIF, cuando lo propio es que exista una ley especial a la que el Código pueda remitirse.

Sin perjuicio de lo anterior, al contrastar ambos artículos (el vigente y el propuesto) se puede apreciar que los doce incisos del texto vigente han sido reducidos a siete. Han sido omitidos los incisos 3, 5, 7, 8 y 11, reduciendo con ello las funciones del actual Consejo de Supervigilancia de Fundaciones (la aún no nata Comisión Nacional de Fundaciones).

El inciso 1 del artículo 104 del Anteproyecto es una repetición del actual inciso 4.

Por su parte, el inciso 2 propuesto repite el texto del vigente inciso 6. No creo que esta norma sea adecuada, pues no es extraño que las fundaciones prefieran mantener su autonomía y que la voluntad del fundador se oriente a no vincularse con otras fundaciones. De este modo, pienso que la coordinación debería promoverse, mas no imponerse. En tal sentido, considero más acertada la redacción actual de la norma, pues brinda mayores límites, al circunscribir la coordinación cuando los bienes de las fundaciones que tienen fines análogos resulten insuficientes. El problema es que en ambos preceptos se indica también que se coordinará cuando ello determine una acción más eficiente, lo cual, por la vaguedad con la que se suelen tomar esas expresiones, podría dar lugar a una aplicación indiscriminada de esta norma, lo que en los hechos no va a ser siempre lo más conveniente.

El inciso 3 propuesto es copia el texto del actual inciso 9. Si hay algo por lo que destaca el inciso 3 es por no concederle a la Comisión Nacional de Fundaciones la facultad y función de impugnar también los actos de la Junta de Fundadores que sean contrarios a la ley o al acto constitutivo, supuesto que podría darse y, por ende, debería preverse.

Sobre el inciso 4 propuesto ya me he pronunciado al analizar el artículo 101 inciso 1 del Anteproyecto. Allí

se sanciona con nulidad el acto constitutivo cuando en él no se nombrara a las personas que formarían los órganos de gobierno o no se indicara la forma de designarlas; no obstante, se otorgaba a la Comisión Nacional de Fundaciones supletoriamente la función de designarlas.

El inciso 5 y el inciso 6 propuestos tan sólo transcriben el contenido del inciso 10 y del inciso 12 vigentes, respectivamente.

Por último, el inciso 7 propuesto, sin precedentes, dice lo obvio. ¿Acaso se considera que de otra manera no podríamos darnos cuenta de que cuando el Código dice algo respecto a las funciones de la Comisión Nacional de Fundaciones en algún otro artículo, aquél también le es aplicable?

Con numeritos

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<i>Artículo 105. - Los administradores están obligados a presentar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, para su aprobación, las cuentas y el balance de la fundación, dentro de los cuatro primeros meses del año.</i>	Artículo 105.- Administradores 1. El cargo de administrador es indelegable. 2. Los beneficiarios y sus representantes están impedidos de ser nombrados como administradores de las fundaciones.

Sobre esta norma no hay mucho que comentar. Basta con expresar que la Comisión no dice nada nuevo en ninguno de los incisos que componen el artículo propuesto.

El inciso 1 se limita a establecer lo evidente, esto es, que el cargo de administrador es indelegable, lo que nunca ha estado en duda, pues nadie discute la calidad *intuitu personae* del cargo.

El inciso 2 lo que hace es repetir lo que el Código Civil vigente señala en el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 104. En otras palabras, en este precepto se ha reubicado una norma que rige actualmente, por lo que en estricto no hay modificación esencial alguna.

Más Reglamento

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p><i>Artículo 106. - El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones puede iniciar acción judicial contra los administradores que no cumplan con presentar las cuentas y el balance anuales de la fundación o si éstos fueron desaprobados y en otros casos de incumplimiento de sus deberes. A pedido de parte, el juez de primera instancia puede, por causa justificada, suspender a los administradores. Declarada la responsabilidad, los administradores cesan automáticamente en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar. Los administradores suspendidos son reemplazados de acuerdo a lo dispuesto en el acto constitutivo o, en su defecto, por el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones. La demanda de presentación de cuentas y balances y la de suspensión de los administradores en su cargo, se tramitan como proceso abreviado. La demanda de desaprobación de cuentas o balances y la de responsabilidad por incumplimiento de deberes, como proceso de conocimiento.</i></p>	<p>Artículo 106. - Acciones judiciales contra los administradores</p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. La Comisión Nacional de Fundaciones está legitimada para demandar judicialmente a los administradores la presentación de los estados financieros y los informes de gestión. La demanda se tramita como proceso abreviado y la caducidad se produce al año de vencido el plazo para su presentación.</i> <i>2. También está legitimada para demandar la responsabilidad de los administradores por incumplimiento de sus funciones. La demanda se tramita como proceso de conocimiento y la caducidad se produce a los dos años computa dos a partir de conocido el incumplimiento.</i> <i>3. Declarada la responsabilidad, los administradores cesan automáticamente en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.</i> <i>4. Los administradores cesados son reemplazados de acuerdo a lo dispuesto en el estatuto, por la Junta de Fundadores o por la Comisión Nacional de Fundaciones, según corresponda.</i>

Son varias las apreciaciones que debemos formular sobre las enmiendas que propone la Comisión.

En primer lugar, queremos hacer notar que la primera parte del inciso 1 es una repetición del texto vigente. No obstante, en la segunda se ha realizado un agregado, estableciéndose la vía y el tiempo de caducidad que rigen en los casos en que la Comisión Nacional de Fundaciones demande a los administradores la presentación de los estados financieros y los informes de gestión.

Si hay algo que llama la atención es el plazo tan breve por el que se ha optado, el mismo que, además, es un plazo de caducidad. Resulta difícil de entender cuál ha sido el criterio que ha orientado esta decisión, en especial cuando es por todos conocido que en nuestro

país la mayoría de organismos públicos, ya sea por su falta de recursos o por otros problemas, no se caracterizan por su eficiencia.

Es muy probable que, en la mayoría de casos, la Comisión Nacional de Fundaciones recién se percate de las irregularidades y requiera la presentación de esos estados financieros e informes de gestión algún tiempo después del debido. Por si fuera poco, es a partir de esos documentos que la Comisión Nacional de Fundaciones podría evaluar el adecuado funcionamiento de la fundación y, sin embargo, transcurrido el año ya no podría demandar su presentación, permitiéndose así que malos manejos queden encubiertos.

Otro punto que nos llama la atención es el relativo a que la presentación de los estados financieros y los informes de gestión, constituyen funciones que tienen los administradores, de donde se sigue que la no presentación constituye una omisión, esto es, un incumplimiento de sus funciones.

Así las cosas, al supuesto de hecho regulado en el inciso 1 también le es aplicable lo dispuesto en el inciso 2. La Comisión Nacional de Fundaciones está legitimada para demandar la responsabilidad de los administradores por incumplimiento de sus funciones, incluida la omisión normada en el inciso 1. La vía en esta demanda por responsabilidad es el proceso abreviado y el plazo de caducidad es de dos años, contado a partir de conocido el incumplimiento.

Ahora bien, una pregunta clave frente a estas normas es qué se demanda, o, mejor dicho, cuál sería la pretensión.

En el inciso 1, que no excluye la aplicación del inciso 2, es evidente que la pretensión está dirigida, simplemente, a que los administradores presenten los estados financieros y los informes de gestión. El inciso 2, en cambio, resulta mucho más confuso.

No queda para nada claro qué acepción de la palabra *responsabilidad* se está empleando en este precepto. Si se refiere a la responsabilidad civil como institución, la demanda debe tener como pretensión que el responsable, esto es, el administrador que incumplió sus funciones, repare el daño que ha ocasionado.

Siguiendo este razonamiento cabe preguntar a quién debe reparar el administrador; ¿quién es la víctima, la fundación ante la cual el administrador ha incumplido sus funciones o la Comisión Nacional de Fundaciones, que al encontrarse legitimada para demandar, también debe estarlo para recibir la reparación?



La Asociación y la Fundación en el Defectuoso...

Ambas interrogantes no encuentran respuesta en estas normas.

Otro problema que se deriva de lo anterior es que se señala un plazo distinto al que rige en los supuestos generales de responsabilidad civil. Y el plazo no es de prescripción, sino de caducidad, con lo que podemos asumir que, si estamos frente a un caso de responsabilidad civil, se trataría de un supuesto especial.

De este modo, aparte de la responsabilidad civil de las personas jurídicas, también se estaría regulando un supuesto más específico, el de la responsabilidad civil de los administradores de las fundaciones. El Anteproyecto contempla, desde esta perspectiva, las normas generales de responsabilidad civil, la responsabilidad civil específica de la persona jurídica y una responsabilidad aún más específica, la de los administradores de la fundación.

Sin embargo, la palabra *responsabilidad* puede tomarse también en una acepción distinta, usando su significado lato, de modo que, concordando el inciso 2 y el inciso 3, la demanda de responsabilidad tendría como pretensión que declarada la *responsabilidad*, los administradores cesen automáticamente en el ejercicio de sus funciones.

Esta interpretación pierde fuerza cuando, en el mismo inciso 3 se dispone que la declaración de esa responsabilidad no impide que se ejerza la acción penal a la que hubiere lugar, lo que nos lleva a pensar que la responsabilidad regulada es la responsabilidad civil.

Como podemos apreciar, no son escasos los problemas que se derivan de esta norma, empezando por los problemas de interpretación a los que da lugar. No es descabellado interpretar este artículo, de modo que se entienda al supuesto de hecho regulado como un tipo especial de responsabilidad civil.

Pero ello no es lo más grave, pues esta situación puede generar una consecuencia aún más seria: la responsabilidad solidaria e ilimitada de todos los que formen parte de la fundación, en aplicación de los artículos 78-B y 78-C, propuestos.

Esta *enmienda*, entonces, lejos de *enmendar* algo, se encarga de enredarlo todo, de forma tal que las consecuencias de su aplicación serían por mucho más perjudiciales que beneficiosas.

Sobre el inciso 4 ya nos hemos pronunciado, por lo que simplemente nos remitimos a lo comentado en su oportunidad.

Agravando los Errores

CÓDIGO CIVIL DEL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p><i>Artículo 107. - El administrador o los administradores de la fundación, así como sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, no pueden celebrar contratos con la fundación, salvo autorización expresa del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.</i></p> <p><i>La prohibición se hace extensiva a las personas jurídicas de las cuales sean socios tanto el administrador o los administradores de la fundación, como sus parientes en los grados señalados en el párrafo anterior.</i></p>	<p>Artículo 107. - Personas prohibidas para contratar con fundaciones</p> <p>1. Los fundadores o los administradores de la fundación, así como sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, no pueden celebrar contratos con la fundación, salvo autorización expresa de la Comisión Nacional de Fundaciones.</p> <p>2. Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplica a las sociedades de las cuales sean socios tanto los fundadores como los administradores de la fundación.</p>

El artículo propuesto mantiene, en su primer inciso, uno de los errores de los que adolece el precepto actual, esto es, no menciona al cónyuge de los fundadores o de los administradores de la fundación como una persona prohibida para contratar con las fundaciones. Esa omisión, aunque pueda parecer inocua para muchos, no lo es. No olvidemos que el cónyuge no tiene parentesco alguno con el titular, ni por consanguinidad, ni por afinidad. Simplemente es cónyuge; pero con mayor razón debería serle extensiva la prohibición establecida en el artículo bajo examen.

Consideramos que si la función del Anteproyecto de Enmiendas es, justamente, enmendar, debería corregirse este defecto, aun más cuando aquél ha sido y es materia de críticas y comentarios en Derecho de Familia.

Las enmiendas tienen por finalidad resolver problemas; no obstante este problema ha sido ignorado, como puede percibirse desde el proyectado artículo XI del Título Preliminar.

Asimismo, en este inciso, se ha ampliado la restricción extendiéndola no sólo a los administradores y sus parientes, sino también a los fundadores y su familia.

Frente a esta situación consideramos que la pregunta a contestar es si, en efecto, resulta conveniente, *urgente* o *necesario*, realizar esa modificación.

Pensemos, por ejemplo, en una fundación que cuente entre sus fundadores con el abogado que

encabeza uno de los estudios más importantes de Lima. Debido a esta restricción, la fundación no podría valerse de sus servicios, por más de que si lo hiciera no atentaría contra su finalidad o la voluntad fundacional. Además, ¿acaso no son los fundadores, es decir, aquellos que afectaron su patrimonio para constituir la fundación y quienes establecieron su fin altruista, los más interesados en que la fundación marche bien?

En el segundo inciso propuesto, la Comisión ha considerado conveniente reducir la restricción, que actualmente abarca a toda persona jurídica, a las sociedades, es decir, a las personas jurídicas con fines de lucro. No podemos negar que sorprende un poco la mencionada restricción pues, al menos hasta el momento, la tendencia del Anteproyecto ha sido la de ampliar el ámbito de aplicación de las normas.

La Comisión no explica el por qué de este cambio, de modo que suponemos que el criterio que ha tenido en cuenta es simplemente el de la finalidad de lucro que persiguen las sociedades. No obstante, si lo que en estricto se quería evitar era que alguien se aproveche de su posición y realice actos fraudulentos, se enriquezca indebidamente o, en general, contravenga el ordenamiento jurídico, lo cierto es que todas esas posibilidades también pueden concretarse cuando las personas jurídicas no tienen un fin lucrativo.

Por último, cabe cuestionar también, por qué estas restricciones se aplican de manera específica al caso de las fundaciones, por qué la Comisión no las ha extendido a todas las personas jurídicas sin fines de lucro. ¿Cuál es la razón de restringir a unas y no a las otras.

¿Qué hay de nuevo, viejo?

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 108. - El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, respetando en lo posible la voluntad del fundador, puede solicitar al Juez Civil:</p> <ol style="list-style-type: none"> La ampliación de los fines de la fundación a otros análogos, cuando el patrimonio resulta notoriamente excesivo para la finalidad instituida (sic) por el fundador. La modificación de los fines, cuando haya cesado el interés social a que se refiere el artículo 99. <p>La pretensión se tramita como proceso abreviado, con citación del Ministerio Público, considerando como emplazados a los administradores de la fundación.</p>	<p>Artículo 108. - Ampliación y modificación de la finalidad de la fundación</p> <ol style="list-style-type: none"> Cuando los fundadores no formen parte de la fundación, la Comisión Nacional de Fundaciones, respetando en lo posible la voluntad de ellos, puede solicitar al Juez Civil: <ol style="list-style-type: none"> La ampliación de la finalidad de la fundación a otra análoga, cuando el patrimonio resulte notoriamente excesivo para la finalidad instituida por el fundador. La modificación de la finalidad por otra análoga cuando la original no pudiera satisfacerse. La pretensión se dirige contra la fundación y se tramita como proceso abreviado, con citación del Ministerio Público.

En realidad no hay mucho que decir sobre las modificaciones propuestas para el artículo 108 pues, en esencia, la norma sigue diciendo lo mismo. Las variaciones no son significativas, careciendo, al igual que tantas otras enmiendas planteadas, de *urgencia y necesidad*.

En el inciso 1 se ha agregado la expresión *Cuando los fundadores no formen parte de la fundación*. Este agregado tiene una explicación muy sencilla. Como ya hemos advertido, en el artículo 101, inciso 1 del Anteproyecto se señala que sólo el fundador o la Junta de Fundadores podrán cambiar la finalidad, de modo que para no perder coherencia se requería de esta aclaración.

Asimismo, se ha cambiado el nombre del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones por el de Comisión Nacional de Fundaciones, variación que, volvemos a subrayar, es superflua e inútil.

En los literales a) y b) no se han registrado mayores cambios, ya que el sentido de las normas es el mismo.

Por su parte, el inciso 2 simplemente señala que la pretensión se dirige contra la fundación, afirmación de evidencia palmaria. ¿Contra quién más podría ser?

En el limbo

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 109. - El Consejo de Supervigilancia puede solicitar la disolución de la fundación cuya finalidad resulte de imposible cumplimiento. La demanda se tramita como proceso abreviado ante el Juez Civil de la sede de la fundación, emplazando a los administradores. La demanda será publicada por tres veces en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de circulación nacional, mediando cinco días entre cada publicación. La sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.</p>	<p>Artículo 109. - Disolución de la fundación.</p> <ol style="list-style-type: none"> Si la finalidad de la fundación resulta de imposible cumplimiento y no fuera posible su modificación conforme a lo previsto en el párrafo 1, inciso b), del artículo 108, la Junta de Fundadores, la Junta de Administración o, en su defecto, la Comisión Nacional de Fundaciones pueden solicitar al Juez Civil de la sede de la fundación la disolución de ésta y la aprobación de las reglas para proceder a su liquidación. Se considera que la finalidad de la fundación es imposible: <ol style="list-style-type: none"> Cuando sea contraria al orden público o a las buenas costumbres. Por carencia o limitación de recursos o la supresión de las necesidades del conjunto de personas beneficiadas. La demanda se tramita como proceso abreviado. Un extracto de ella y el auto admisorio serán publicados por tres veces en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de circulación nacional. La sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior. En los casos de vencimiento de plazo de la fundación o cumplimiento de su finalidad, la Junta de Fundadores o, en su defecto, la Junta de Administración acordará la disolución y aprobará las reglas para proceder a su liquidación.



La Asociación y la Fundación en el Defectuoso...

El proyectado artículo 109, considerablemente más extenso que el artículo vigente, presenta, en nuestra opinión, serios defectos, algunos de forma, otros de fondo.

El primero de esos defectos es puramente formal. Al redactar el inciso 1 la Comisión parece haber olvidado que los artículos del Anteproyecto no se encuentran divididos en párrafos. Para ser coherente con ella misma, la redacción correcta sería «*inciso 1, literal b*»; ello, independientemente de que la excesiva división en incisos y literales no ayuda a una lectura fluida de la norma; más bien la entorpece.

Al margen de ello, el inciso 1 acarrea inconvenientes graves. En este precepto se ha extendido a la Junta de Fundadores y a la Junta de Administradores la posibilidad de solicitar al Juez Civil la disolución de la fundación cuando su finalidad no fuera posible de cumplir ni tampoco pudiera modificarse.

Tal cual se encuentra redactado este inciso no queda claro si el orden en que se señala a los legitimados para solicitar la disolución es un orden excluyente o no. A decir verdad, la manera en que ha sido construida esta norma parece indicar que cualquiera de los allí nombrados puede realizar la solicitud, con lo que podría generarse, por ejemplo, un conflicto entre lo que piense la Junta de Fundadores y lo que desee la Junta de Administradores, siendo suficiente con que una de ellas solicite la disolución.

Sin perjuicio de lo anterior, somos de la idea de que la Comisión debió tomar una actitud diferente en este tema y no reiterar la lógica del artículo vigente, que exige siempre que la solicitud sea dirigida al Juez Civil, es decir, que exige que la disolución se decida en el ámbito judicial.

Sin duda, es más lógico sostener que un órgano interno pueda determinar la disolución de la Fundación sin necesidad de solicitar la misma al Juez Civil. Por último, sería más adecuado que quien se encargue de resolver sobre la solicitud y determinar si debe disolverse o no la fundación, sea la Comisión Nacional de Fundaciones.

Creemos que si la norma está pensada para aquellos casos en los que la finalidad de la fundación deviene en imposible y tampoco es factible modificarla, los órganos de la fundación deberían presentar la solicitud ante la Comisión Nacional de Fundaciones.

No hay razón para que se tenga que ir al Juez Civil, quien no necesariamente conocería lo suficiente sobre esta materia (por una simple cuestión de especialidad), y, sobre todo, cuando en principio no hay conflicto. Recordemos que, de disolverse la fundación, el destino del patrimonio restante a la liquidación no será repartido entre sus miembros sino que se aplicará conforme a lo dispuesto en el artículo 110, lo que implica que, en definitiva, seguirá siendo utilizado para fines altruistas.

En lo que concierne al proyectado inciso 2, debemos señalar que el mismo ostenta un error en su premisa inicial. En el inciso se dispone que «Se considera que la finalidad de la fundación es imposible...», mas la redacción correcta debería ser «la finalidad deviene en imposible».

Es aquel el único sentido válido que puede otorgarse al inciso en cuestión y, por ende, es de esa manera que debió formularse. Si la finalidad fuera imposible desde un inicio, desde

la constitución misma de la fundación, no podríamos estar, en estricto, frente a una fundación legítima. Si la finalidad señalada en el acto constitutivo fuera contraria al orden público o a las buenas costumbres, el acto sería nulo y no daría origen a fundación alguna. De este modo, resulta evidente que cuando el tema de la imposibilidad de la finalidad tiene como efecto la disolución, estamos frente a una imposibilidad sobreviniente.

El tercer inciso propuesto provoca mayores reparos. En este inciso se dice que la demanda se tramita como proceso abreviado. Pero, por qué un proceso abreviado. Por qué un proceso contencioso que implica la presencia de dos partes, *demandante* y *demandado*. Quién es el demandante y quién el demandado. Qué, ¿acaso en el inciso 1 no se trataba el tema definiéndolo, no como una demanda, sino como una solicitud? Si, por ejemplo, la Junta de Administradores solicita la disolución, ¿quién debe contestar y contradecir esa solicitud?

“(...) somos de la idea de que la Comisión debió tomar una actitud diferente en este tema y no reiterar la lógica del artículo vigente, que exige siempre que la solicitud sea dirigida al Juez Civil, es decir, que exige que la disolución se decida en el ámbito judicial.”

En fin, tantas interrogantes ante las cuales no hay una respuesta satisfactoria o, mejor dicho, ante las cuales no hay respuesta alguna. Hasta hace unos momentos todo parecía indicar que se trataba de una evaluación respecto de la solicitud, ahora nada es claro.

Además, si bien la vía escogida es la del proceso abreviado, todos sabemos que en los hechos, ese proceso de *abreviado* sólo tiene el nombre. Y es que en la vida real, para que se pronuncie una sentencia firme se requerirán, al menos, dos o tres años en los que una fundación cuya finalidad, se supone, ha devenido en imposible, sigue existiendo.

Nos cuesta entender por qué el Código Civil actual y el Anteproyecto, que –al menos en teoría– tiene por objetivo enmendar aquél, opten por mantener a una fundación en *estado de coma*. El patrimonio de la fundación, durante los años que dure el proceso de disolución y luego de liquidación, se irá evaporando inútilmente pues ya no tendrá como destino la finalidad para la cual se constituyó, ya que ésta devino en imposible, sino tan sólo se generarán gastos legales y de mantenimiento de la persona jurídica.

Pero no sólo se trata de malgastar fondos. No olvidemos que también se genera una carga adicional para los jueces y sobre un tema respecto del cual ellos no son los más indicados para resolver. Quién mejor que la Junta de Fundadores para decir si el objeto social, si la finalidad de la fundación, mantiene su vigencia y, por ende, para solicitar su disolución. Y, siguiendo este esquema, quién mejor que la Comisión Nacional de Fundaciones (hoy Consejo de Supervigilancia de Fundaciones) para determinar si esa solicitud es fundada o infundada.

Pero como si ir al Poder Judicial para resolver una materia que, en principio, no originara ningún conflicto y, en nuestra opinión, debería resolverse por una vía distinta –la administrativa–, no fuera suficiente, en el inciso 4 se establece que la sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.

Se esté o no de acuerdo con la sentencia, el proceso para lograr la disolución se va a hacer más largo y costoso, pues siempre, al final, tendrá que resolver, aunque se le tilde de *consulta*, la Corte Superior.

Definitivamente, si hay una conclusión que podemos inferir de esta norma es que la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto, siguiendo el error del legislador de 1984, no ha hecho un análisis

adecuado de la situación, decidiéndose por la opción más complicada, más costosa y más perjudicial.

El único inciso que se salva en este precepto es el último, pues se limita a señalar algo lógico.

Largo Tiempo

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p><i>Artículo 110. - El haber neto resultante de la liquidación de la fundación se aplica a la finalidad prevista en el acto constitutivo. Si ello no fuera posible, se destina, a propuesta del Consejo, a incrementar el patrimonio de otra u otras fundaciones de finalidad análoga o, en su defecto, a la Beneficencia Pública para obras de similares propósitos a los que tenía la fundación en la localidad donde tuvo su sede.</i></p>	<p><i>Artículo 110. - Destino del patrimonio</i></p> <p><i>1. El haber neto que resulte de la liquidación de la fundación se aplica conforme a lo previsto en el acto constitutivo o en el estatuto. De no ser posible, el Juez en lo Civil de la sede de la fundación ordena su aplicación a fines análogos, previa opinión de la Comisión Nacional de Fundaciones.</i></p> <p><i>2. La resolución no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.</i></p>

El artículo 110 del Anteproyecto sigue la misma línea defectuosa del numeral precedente –el artículo 109 propuesto–, cometiendo, en definitiva, el mismo error.

En la primera parte del inciso 1 se reitera el contenido del literal e), inciso 2 del artículo 101 propuesto. En la segunda se establece que, de no ser posible que el patrimonio resultante de la liquidación –sí, ese patrimonio que se ha visto mermado inútilmente gracias a un proceso judicial largo y sin sentido– se destine conforme al acto constitutivo o al estatuto, otra vez haya que recurrir el Juez Civil.

Empero, no crean que allí termina todo el trámite, pues no sólo hay que dilatar la agonía de esa fundación, cuya finalidad devino en imposible tiempo atrás, sino que, además, para destinar ese patrimonio a fines análogos se exige la opinión de la Comisión Nacional de Fundaciones. Y, por si eso fuera poco, en el inciso 2 se reitera lo absurdo: la resolución no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.

Definitivamente la norma en actual vigencia es más eficiente que esa hipotética *enmienda*. Si la idea que subyace al Anteproyecto es el perfeccionamiento del Código mediante *enmiendas urgentes y necesarias*, ésta se encuentra muy lejos de revestir tales cualidades.



La Asociación y la Fundación en el Defectuoso...

En opinión nuestra, no debería intervenir el Juez, ya que tal cual hemos resaltado en más de una oportunidad, él es la persona menos enterada del asunto. La decisión la podrían tomar los órganos de gobierno de la fundación, eligiendo a qué fundación irá a parar el haber neto resultante de la liquidación. No olvidemos que todas las fundaciones tienen fines altruistas. El control del proceso lo debería tener la Comisión Nacional

de Fundaciones (hoy Consejo de Supervigilancia de Fundaciones).

Gracias a las medidas adoptadas en el Anteproyecto en los artículos 109 y 110, la extinción total de la fundación podría tardar hasta alrededor de seis años 