

La persona jurídica sin fin de lucro: ¿Entidades meramente altruistas o filantrópicas?

(Primera Parte)

Beatriz Boza Dibós

Abogado y ex-miembro del Comité Directivo de *Thémis*

En la sociedad moderna, caracterizada por el espíritu de ganancia y maximización de beneficios, ¿cómo se explica la subsistencia y actual auge de organizaciones que precisamente niegan el afán de lucro? ¿Qué papel desempeñan la asociación, la fundación y el comité en una economía social de mercado? ¿Tienen, acaso, cabida en un sistema económico de esta naturaleza? ¿Responden a las necesidades de los que las conforman o cumplen un rol social? En última instancia, ¿estamos ante entidades exclusivamente altruistas y filantrópicas? Haciendo eco al llamado del profesor Luna Victoria¹ nos embarcamos en la tarea de profundizar acerca del rol que desempeñan las organizaciones sin fines de lucro.

No obstante su creciente presencia en los diversos sectores de la actividad económica del país —educación, cultura, salud, agro, artesanía, industria, asesoría legal, auxilio a los necesitados, religión y política²— las entidades sin fines de lucro no han merecido mayor atención por parte de la doctrina nacional. El desarrollo de estas instituciones plantea consideraciones de tipo jurídico, económico, político y social de singular importancia, en especial un reto al ordenamiento legal vigente.

El propósito de este artículo consiste en desarrollar un marco teórico que pueda informar la legislación de la materia y servir de base al legislador. En tal virtud analizaremos la noción de "fin no lucrativo", cuáles son sus características y alcances, cómo garantizar su cumplimiento y en qué medida sirve como elemento diferenciador respecto de las demás formas organizativas, evaluaremos la necesidad de la inscripción,

las actividades que estas entidades puedan llevar a cabo (objeto social) y las implicancias del régimen fiscal.

1. El fin no lucrativo

El común denominador entre la asociación, la fundación y el Comité es la ausencia del espíritu de ganancia, propio de las sociedades comerciales. En efecto, el art. 80 del C.C.³, dispone "la asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo". A su turno, el art. 99 del mismo cuerpo legal define a la fundación como aquella "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". Por último, la primera parte del art. 111 se refiere al comité como "la organización de personas naturales o jurídicas, o de ambas, dedicada a la recaudación pública de aportes destinadas a una finalidad altruista". El fin no lucrativo es, pues, lo que caracteriza a estas figuras jurídicas.

a) Fin y objeto social

¿Qué entiende el legislador al hablar de "fin no lucrativo"? Aquí ingresamos a terrenos pantanosos, ya que reina cierto grado de confusión al respecto. En efecto, se suele utilizar —erróneamente, por cierto— "fin" y "objeto" como sinónimos, cuando lo propio es distinguirlos.

El fin es el propósito que se persigue mediante o a través de algo, mientras que el objeto, y en particular, el objeto social es la actividad que desarrolla la persona jurídica. Así pues, el campo de acción de una persona jurídica puede estar referido a la educación, salud, minería o compraventa de mercancías en general, éste es su objeto social, pero no dice nada acerca del propósito que persiguen sus miembros. El fin para el cual se constituye la persona jurídica es lucrativo, si los ac-

1. Luna Victoria, César: "El Régimen Patrimonial de las Asociaciones Civiles", *Thémis* Nº 5, 1986, p. 49 y s.

2. Basta pensar en el caso de la Cruz Roja Peruana, Asociación Peruana de Lucha contra el Cáncer, Fundación por los Niños del Perú, Asoc. Sol Armonía, Fundación Acuario, Sociedad Filarmónica, Asoc. Jurídica *Thémis*, Instituto Libertad y Democracia (ILD), Instituto de Estudios Peruanos (IEP).

3. Toda cita legal sin referencia específica corresponde al articulado del Código Civil Peruano de 1984.

cionistas pretenden obtener ganancias, o no lucrativo, en cuyo caso no habrá distribución de utilidades. El fin de lucro se dá, pues, en la relación persona jurídica-miembros, y no en cuanto al objeto que ésta desarrolla.

Para ilustrar lo expuesto tomemos el caso de un grupo de ciudadanos dedicados a tareas académicas que deciden promover la cultura de los jóvenes, para cuyo caso constituyen un centro educativo que bautizan con el nombre "La Nueva Generación". La entidad lleva a cabo quehaceres educativos, éste es un objeto social. La finalidad que persiguen sus fundadores pueden ser puramente altruista (por ejemplo, el fomento de la educación cristiana) o lucrativa como en el caso de las academias universitarias.

b) Fin no lucrativo

La ausencia del espíritu de ganancia sancionada por el Código Civil implica una prohibición, cual es: no repartir la utilidad que hubiese entre los miembros de la asociación, fundación y comité. El profesor Hansmann en su acucioso estudio⁴ enseña que el fin no lucrativo no se agota allí no más sino que prohíbe cualquier distribución de ganancia, superhabit o incremento patrimonial a los miembros, administradores, gerentes, directores o individuos que ejerzan control sobre la asociación, fundación o comité respectivamente. Todo superhabit debe destinarse en su integridad a financiar los servicios para los cuales se constituyó la organización. Esto no significa que, por ejemplo, una asociación esté prohibida de generar utilidades o que la fundación deba funcionar a pérdida. Lo único que se proscribe es la distribución de utilidades a los miembros o funcionarios que administran la institución. Tal sería el caso si, por ejemplo, la remuneración de los administradores fuese excesiva, y no guardase relación con el trabajo realizado; la organización concediese préstamos a sus miembros o funcionarios pactando una tasa de interés muy por debajo de la usual; o celebrase contratos muy ventajosos con firmas controladas por los miembros o funcionarios.

Nuestra legislación no contiene expresamente una norma de esta naturaleza. Cabría argumentar, empero, que el funcionario que se procura algún tipo de beneficio se está enriqueciendo indebidamente; que, asimismo, estaría incumpliendo el mandato encomendado, por lo que se haría acreedor de las sanciones prescritas por el artículo 1794 (caso en que el mandatario utilice en su beneficio o destine a otro fin el dinero o los bienes que debía emplear para el cumplimiento del mandato), etc. Más adelante⁵ retomaremos este punto. Por ahora, basta dejar en claro que la prohibición de adqui-

rir utilidades *debe* entenderse referida también a los funcionarios y administradores de la organización.

c) Prohibición de distribuir el patrimonio en caso de disolución

La prohibición de distribuir utilidades, elemento tipificador del fin no lucrativo, se extiende más allá de la "vida" de la organización. En efecto, el haber neto resultante de la disolución de una de estas personas jurídicas debe aplicarse en su integridad a actividades análogas. El legislador es bien claro al respecto (y los registradores haciendo gala de juricidad se han encargado de hacer cumplir esta disposición): los miembros no pueden ni deben obtener beneficios económicos con ocasión de la disolución. Así lo dispone el art. 98 para las asociaciones, el inciso 6 del art. 104 y art. 109 en el caso de las fundaciones, y el art. 122 hace lo propio respecto del comité. De esta manera, el legislador otorga mayor eficacia al propósito no lucrativo propio de estas entidades, evitando que alguien constituya una asociación, recaude fondos exonerados de tributación y luego de acumular cierta riqueza liquide la asociación para adjudicarse el haber neto, burlando así la prohibición de distribuir utilidades y tornando innecesaria la forma asociativa.

Ahora bien, tal como hemos explicado anteriormente, no sólo los miembros sino también los directores, administradores, funcionarios y personas que ejerzan algún tipo de control sobre la organización deben estar prohibidos de adquirir el remanente a que hubiera lugar.

En esta línea de pensamiento, al proscribirse cualquier adquisición por parte de los miembros y/o funcionarios debe determinarse quien se beneficiará con los bienes resultantes de la disolución. El legislador debe decidir qué grado de discreción le reconoce a los administradores de una asociación, fundación o comité. Dicho en otros términos, si les impone o no restricciones).

Una alternativa sería dejar la decisión en manos de los administradores, quienes determinarían quien o qué entidad resultaría beneficiada. Otra solución sería disponer que el remanente deba destinarse a actividades análogas.

Hansmann concluye que ambas alternativas tienen sus virtudes: tomando en cuenta la intención de quienes financiaron la actividad de la organización, los bienes deberían destinarse a una actividad análoga. Sin embargo, agrega Hansmann, considerando que la disolución de una institución de esta naturaleza generalmente se debe a su inoperancia e ineficacia social sería contraproducente mantener esos bienes afectados de esa manera. Si bien ambas alternativas tienen sus ventajas, el mencionado autor se inclina por la solución más liberal⁶.

6. Este punto lo hemos extraído de Hansmann, Henry: "Reforming Nonprofit Corporation Law", University of

4. Hansmann, Henry: "The Role of Nonprofit Enterprise", The Yale Law Journal, vol. 89 N° 5, abril 1980, p. 838 en adelante citado "Role". El concepto del "NONDISTRIBUTION CONSTRAINT" desarrollado por Hansmann ha sido adoptado por la doctrina norteamericana.

5. Ver punto 3c.

Nuestro legislador por el contrario ha sancionado la solución más restrictiva. La disolución de una asociación puede deberse, también a la mala gestión de sus administradores. Dada la perspicacia que nos caracteriza y la dificultad de fiscalizar el cabal cumplimiento del fin no lucrativo compartimos la posición adoptada por nuestro codificador.

d) Pago de intereses

Debemos preguntarnos ahora si la prohibición de distribuir utilidades proscribiera, también, todo pago como contraprestación por el uso del capital. De primera impresión la respuesta parece ser en sentido negativo: ¿por qué habría de prohibirse el pago de intereses por el uso de capital? Debería permitirse tal como se permite el pago de una remuneración por el trabajo realizado o el pago del precio por los insumos adquiridos. El tema se torna menos evidente tratándose de préstamos hechos por personas que de una u otra forma ejercen control sobre la organización. En este caso el ordenamiento legal debe asegurar que los intereses pagados no excedan lo justo y necesario ⁷.

De lo expuesto podemos concluir que el fin no lucrativo, elemento tipificador de la asociación, fundación y comité, prohíbe distraer el patrimonio de la organización para fines ajenos a la misma, en particular, cualquier tipo de distribución de ganancias a los miembros, administradores, funcionarios o individuos que ejerzan algún tipo de control sobre la organización.

2. Rol que desempeñan las personas jurídicas sin fin de lucro

Ya Luna Victoria al analizar el régimen patrimonial de las asociaciones civiles nos alertó acerca del nuevo rol que cumplen estas instituciones en nuestra sociedad. "Parecería ser —acota— que el ordenamiento legal las continúa considerando como entidades exclusivamente altruistas o filantrópicas, ignorando su nuevo rol" ⁸.

¿Cuál es este nuevo rol al que alude Luna Victoria? Retomando la pregunta inicial, ¿qué papel desempeñan estas organizaciones en el marco de una economía social de mercado? ¿El afán de lucro no debería, acaso, sofocar el auge de estas entidades? ¿Qué incentivo tienen estas formas organizativas? El tema no es sencillo y rebasa los alcances de un enfoque tradicional. Debemos apartarnos momentáneamente de la teoría clásica civilista para adoptar un enfoque funcional que nos ayude a dar respuesta a estas interrogantes.

Pennsylvania Law Review, vol. 129 N° 3, enero 1981, p. 574 y s., en adelante citado "Reforming".

7. Así Hansmann, "Reforming", p. 563 y ss. Según el autor la dificultad radica en determinar la tasa de interés razonable en cada caso.

8. Luna Victoria, p. 50 trabajo que revela, una vez más, la calidad académica de su autor.

El profesor Hansmann, uno de los principales eruditos en la materia, replantea la problemática ofreciendo una teoría totalmente distinta pero, a la vez, coherente y persuasiva, acerca del rol de las organizaciones sin fines de lucro. En vez de abordar el tema en los términos tradicionales a que estamos acostumbrados, es decir, preguntarse qué es la asociación, cuál es su naturaleza jurídica, etc., Hansmann parte de la existencia de organizaciones tales como la Cruz Roja, La Asociación Peruana contra el Cáncer, Fundación por los Niños del Perú, Asociación Sol Armonía y Fundación Acuario, y del hecho que los individuos voluntariamente contribuyen a su funcionamiento para preguntarse: ¿qué estructura organizativa preferirían los donantes de la Cruz Roja si tuviesen que elegir? ¿A qué tipo de persona jurídica encomendarían su contribución? De este modo Hansmann centra su atención en la forma cómo estas entidades financian sus actividades, en las razones por las cuales los "contribuyentes" confían en ellas y en el porqué de la prohibición de distribuir utilidades. Más que una solución distinta Hansmann ofrece un enfoque metodológico diferente. A veces el "quid" del asunto radica en saber replantear el problema...

a) Clasificación

A efectos de facilitar la exposición, Hansmann, clasifica las organizaciones sin fines de lucro de acuerdo a la forma en que son financiadas y controladas ⁹. Así distingue entre aquellas entidades que reciben la mayor parte de sus ingresos a título de donación (las bautiza como *organizaciones donativas*), tales como la Cruz Roja, y aquellas que perciben sus ingresos como contraprestación por los servicios prestados (las denomina *organizaciones comerciales*), entre las que destacan los hospitales. Donantes y pacientes tienen algo en común: financian la actividad de la organización. En tal virtud el autor los engloba bajo la categoría de "patrocinadores" entendiendo por tales a aquellas personas que financian la actividad de la institución.

Esta terminología, que a primera vista puede parecer alienada y ajena al Derecho, refleja ciertas bondades. Amén de servir como instrumento analítico, desecha el ambivalente concepto de "membrecía". En efecto, la idea de miembro generalmente implica participación en el control de la organización, y en algunos casos, participación en las utilidades. En otras circunstancias, el mismo término simplemente se refiere al "cliente", como en el caso de las tarjetas de crédito. Dada la generalidad y ambivalencia del término, el concepto de patrocinio resulta más apropiado para nuestro estudio.

Por otro lado, tomando en cuenta quien tiene el control de la organización será *mutual* si los patrocinadores controlan la entidad (p. ej. clubs) o *empresarial* cuando los patrocinadores no ejerzan ningún tipo de control formal sobre la institución (por ejemplo

9. Hansmann, "Role", p. 840 y s.

museos, hospitales), cuyo consejo directivo es autónomo e independiente de los patrocinadores ¹⁰.

Antes de entrar de lleno al tema que nos ocupa es menester dedicar unas palabras a las personas que se benefician por el quehacer y funcionamiento de la organización. Nos referimos a los *beneficiarios*, algunas veces llamados usuarios. Al respecto cabe señalar que los términos acreedor de una entidad y beneficiario no deben confundirse con las categorías de ricos y pobres. Muchos acreedores son clientes, empleados o empresas pequeñas. El término beneficiario por el contrario, puede incluir a los visitantes a una galería de arte, universidad o sinfónica. Si bien el término "beneficiarios" tiene connotaciones favorables, no debe confundirse con la de "pobres" ¹¹.

Sirvanos lo expuesto para destacar las dos características más importantes de toda organización: el patrocinio, motor y fuente de financiamiento, y el control. De este modo Hansmann lo único que hace es crear nuevas categorías para realidades ya conocidas.

b) Teorías altruistas

Con este bagaje terminológico como marco referencial podemos embarcarnos en la difícil tarea de entender el porqué de las organizaciones sin fines de lucro. Una primera salida es destacar el elemento altruista, el hecho que "ciertas actividades no generan ganancia", o "que nadie puede lucrar de la miseria o salud de otros", o simplemente consideraciones de índole ideológico.

Para comenzar, cabe señalar que toda empresa tiene que cubrir gastos. Parafraseando al profesor Hansmann¹², la diferencia entre la Cruz Roja y una sociedad anónima no está tanto en el precio del bien que ofrecen sino en el hecho de quién paga (léase financia) su actividad. Dicho en otros términos, la cuestión no radica en determinar si las personas necesitadas pueden pagar los servicios que presta la Cruz Roja sino más bien, dado que algunas personas contribuyen a esta causa, qué tipo de organización van a patrocinar.

El hecho que determinado servicio sea de vital importancia no implica que necesariamente deba ser proveído por una institución no lucrativa. Los medicamentos y productos farmacéuticos son producidos por

10. Bitker, Boris y Rahdert, Georg: "The Exemption of Non-profit Organizations from Federal Income Taxation", The Yale Law Journal, vol. 85 N° 3, enero 1976, p. 305 y s. proponen una clasificación parecida al distinguir entre aquellas organizaciones de beneficio mutuo (clubs, cámaras de comercio, sindicatos) y aquellas que prestan un servicio a la sociedad en general (universidades, instituciones de caridad, etc.).

11. Asi Mason, Kenneth: "Exempting Nonprofit Corporations from Involuntary Bankruptcy: Misplaced Compassion", Yale Law School, dic. 1983, manuscrito no publicado.

12. Hansmann, "Role", p. 879 y s.

laboratorios comerciales. Así también el quehacer agropecuario, fuente primordial de alimentos, intenta procurar una ganancia para los productores.

Podría sostenerse que los fundadores de una organización no lucrativa adoptan esta estructura por oponerse en términos ideológicos al sistema capitalista, y con ello a su máximo exponente, la sociedad anónima. Si su oposición es de rechazo a la explotación del trabajo por parte del capital, una salida, tal vez más coherente sería constituir una Sociedad Anónima y repartir las utilidades entre los trabajadores a título de bonificación. Si, por el contrario, la oposición radica en la idea misma de llevar a cabo una Sociedad Anónima, el argumento guardaría consistencia. Habría que preguntarse, entonces, si ésta es la motivación de todas aquellas personas que conforman un club, que llevan a cabo la gestión de la Cruz Roja, que tienen a su cargo los museos, que se dedican a labores de alfabetización, a organizar comedores populares o a socorrer a los necesitados. Difícilmente, lograríamos al consenso.

c) Teoría Fiscal

Se ha sugerido, que los beneficios e incentivos tributarios inducen a la formación de organizaciones no lucrativas. Dada la crisis económica que afecta al país y la sofocante carga fiscal que pesa sobre la iniciativa privada, resulta plausible que algunos pequeños empresarios intenten garantizarse un ingreso mensual permanente a título de salario de una asociación —gozando además de beneficios tributarios— en vez de correr el riesgo de perder "el zorro y el moro" en caso se constituya como entidad mercantil. Este raciocinio puede explicar el desarrollo de ciertas asociaciones, especialmente aquellos constituídos durante los últimos años. Sin embargo, no explica el porqué de los clubs ni ofrece una respuesta sólida acerca de las demás entidades a que hemos hecho referencia con anterioridad.

d) Las organizaciones no lucrativas como entidades fiduciarias

De ahí que Hansmann descarte este enfoque (ver a las organizaciones sin fines de lucro como resagos históricos o investidas de calidades éticas o filantrópicas). En su opinión, responden a una serie de necesidades sociales que pueden ser descritas en términos económicos¹³: la Cruz Roja, la Fundación para la Lucha contra el Cáncer, la Asociación Sol Armonía o Fe y Alegría, son instituciones fiduciarias, es decir, surgen como protección a los patrocinadores.

(1) *Teoría Económica*.- Basándose en las enseñanzas de la teoría económica el mencionado autor explica que la sociedad de mercado requiere libre competencia, de tal manera que los consumidores puedan comparar calidad y precio antes de concluir una transacción, así como la posibilidad de determinar con posteriori-

13. Hansmann, "Role", p. 896 y ss.

dad si el vendedor cumplió satisfactoriamente con los términos pactados o demandar el incumplimiento.

Hansmann descubre, que en determinadas circunstancias, los consumidores no están en aptitud de evaluar las bondades del bien adquirido; viéndose privados de la posibilidad de obtener la transacción más ventajosa. En estas circunstancias, cualquier Sociedad Anónima, se vería tentada a inflar los precios reduciendo la calidad de sus productos para lograr un mayor margen de ganancia, perjudicando en esa medida los intereses del consumidor. Si, por el contrario, contratan con una entidad no lucrativa, tienen por lo menos una garantía: la estructura organizativa de la institución que prohíbe cualquier distribución de utilidades. El estatuto de la Cruz Roja garantiza el destino que se le darán a los fondos recaudados. Lo mismo ocurre en el caso de Sol Armonía, Thémis o de los fondos que recauda Belmont en la Teletón. Desde esta perspectiva la prohibición de distribuir utilidades adquiere su total sentido y aporta nuevas luces acerca de su razón de ser ¹⁴.

(2) "Imperfección del mercado"¹⁵. - Las circunstancias que dan lugar a esta "imperfección del mercado" son diversas. Por un lado la naturaleza misma del producto (p. ej. complejidad de los servicios personales, naturaleza pública del bien, etc.), por otro, las circunstancias propias de la transacción (p. ej. divorcio entre el patrocinador y el beneficiario de los servicios).

Permítasenos graficar lo expuesto comparando la actividad de la Cruz Roja con aquella realizada por firmas comerciales. De uno u otro modo ambas venden un servicio: la Sociedad Anónima transporta y distribuye medicamentos a cambio de un precio; la Cruz Roja procura socorro a los necesitados con fondos de terceros. La diferencia radica en la falta de conexión entre quien patrocina los servicios de la Cruz Roja y los beneficiarios de los mismos. Mientras que en el caso de la Sociedad Anónima un contrato relaciona a las partes y protege sus intereses, el donante de la Cruz Roja se limita a confiar en la estructura organizativa de ésta: ella garantiza las expectativas del donante que contribuyó en la colecta.

El caso de los bienes públicos presenta iguales alcances. Quien contribuye para la protección de la fau-

na y la naturaleza ignora si su patrocinio está siendo destinado a ese fin. La virtud de la forma no lucrativa radica en asegurarle al contribuyente esta conexión.

El caso de las representaciones artísticas (teatro, ballet, música, etc.) los patrocinadores subvencionan el precio de los boletos permitiendo que un mayor número de personas tenga acceso al espectáculo.

A su turno, la estructura no lucrativa también garantiza la adecuada prestación de aquellos servicios que dada su complejidad y especialidad (p. ej. salud) escapan al común entender del ciudadano promedio. Es el caso de los hospitales, guarderías, etc.

(3) *Diferencias con la Sociedad Anónima*. - La prohibición de distribuir utilidades se yergue así como medida de protección a los patrocinadores. Mientras que la estructura corporativa de la Sociedad Anónima está destinada a proteger los intereses de los accionistas frente a quienes ejercen de manera directa el control de la sociedad (directores, administradores, grupo mayoritarios, etc.), la estructura de las instituciones sin fines de lucro tiene por objeto proteger los intereses de los patrocinadores frente a quienes ejercen el control.

Hansmann¹⁶ concluye, de esta manera, enfatizando el papel fiduciario que desempeñan las organizaciones no lucrativas. Ante la incapacidad del mercado de ofrecer mecanismos contractuales suficientes para garantizar el cumplimiento del encargo (destinar los fondos recaudados al fin propuesto) la prohibición de distraer el haber de la institución suple el vacío. De ahí que el Derecho deba velar por garantizar el fiel cumplimiento de esta prohibición.

El camino ha sido algo arduo y tedioso para arribar a una conclusión que, mal que bien, nos suena familiar: la asociación, fundación o comité manejan fondos ajenos, sirven de intermediarios entre los patrocinadores y los beneficiarios, simplemente: son "gente de confianza". La bondad de la tesis propuesta por Hansmann radica en proporcionar un marco teórico que explica el rol de estas entidades y fundamenta los principios que deben inspirar la legislación que las regula.

14. Esta es la tesis propugnada por Hansmann en diversas publicaciones, particularmente en "Role", "Reforming" y "Economic Theories of Nonprofit Organizations", The Nonprofit Sector. A research Handbook edited by Walter Powell, Yale Press, New Haven, 1987. La idea central se encuentra desarrollada en "Role", p. 843 y ss., 896 y ss. y "Reforming", p. 504.

15. Hansmann, "Role", p. 846 a 871.

16. Hansmann, "Reforming", p. 508 y s.