

La persona jurídica sin fin de lucro: su regulación a la luz del nuevo rol que desempeña

Beatriz Boza Dibos

Abogado y Master en Derecho.

Ex-miembro del Comité Directivo de *Thémis*

Durante largo tiempo tanto legos como letrados identificaron las labores de una organización no lucrativa con aquellas de una obra pía, institución de caridad o de ayuda a los menesterosos —conceptos que revelan la idiosincracia de la época. Pero los tiempos cambian y con ellos las instituciones creadas para satisfacer las necesidades propias de cada sociedad. La persona jurídica, en tanto construcción legal para la consecución de determinados objetivos sociales,¹ no escapa al paso de la historia.

En la primera parte de este ensayo, publicada en el número 11 de esta misma revista bajo el título "La persona jurídica sin fin de lucro: ¿Entidades meramente altruistas o filantrópicas?", llamamos la atención acerca del nuevo rol que esas entidades desempeñan en la sociedad moderna, resaltando su función fiduciaria. En efecto, sostuvimos que la presencia y actual auge de la asociación civil en el Perú podía entenderse como una alternativa destinada a suplir el vacío inherente al quehacer de la sociedad anónima: cual es, la ausencia de mecanismos contractuales efectivos tendientes a garantizar la aplicación de los fondos a la finalidad anunciada. La idoneidad de entidades tales como la Fundación por los Niños del Perú, La Liga Peruana de Lucha contra el Cáncer o la Cruz Roja radica en salvaguardar las expectativas de quienes gratuitamente contribuyen a financiar sus labores. La estructura no lucrativa desempeña, pues, un rol fiduciario. Las que antaño fueran entidades meramente altruistas y filantrópicas se yerguen hoy en día como promotoras del desarrollo, contribuyendo con su gestión en los diversos sectores de la actividad económica del país.²

1. De Belaunde, Javier: "Personas Jurídicas. Materiales de Enseñanza", PUC, Lima 1976, p. V.

2. Cfr. Luna Victoria, César: "El régimen patrimonial de las asociaciones civiles", *Thémis* Nº 5, 1986, p. 49 y ss.

1. PROTECCION DEL FIN NO LUCRATIVO

A fin de asegurar que las organizaciones no lucrativas cumplan su propósito no basta declarar que se prohíbe la distribución de utilidades a miembros, directores o funcionarios. El reto del legislador radica en diseñar los mecanismos necesarios para reforzar y hacer cumplir el propósito que inspira esta prohibición.

Con tal fin, se puede franquear el acceso al Poder Judicial en caso de "malos manejos", esto es, ampliar la titularidad para demandar; o aplicar normas severas a la gestión de los administradores de una asociación. Un tercer mecanismo sería exigir la publicación de los estados financieros; o restringir el monto máximo que pueda gastarse en el proceso de recaudación. Asimismo, sancionar la inscripción en los registros públicos como requisito constitutivo de la persona jurídica, etc. Cada una de estas posibilidades le proporciona al legislador los mecanismos necesarios para reforzar la prohibición de distribuir las ganancias a que hubiere lugar.

a) Titularidad para demandar

Recogiendo el principio constitucional que encomienda la defensa de la legalidad y de los intereses públicos al Ministerio Público, el Código Civil facultó a este Ministerio para solicitar la disolución de la asociación (art. 96) o del comité (art. 120), cuyas actividades contravengan el orden público o las buenas costumbres. Tratándose de una fundación, el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones desempeña esa función (art. 109).³

En términos generales, aquellas condiciones de vida social instituidas en una comunidad jurídica que

3. Sería conveniente reflexionar acerca del rol que cumple el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones para entender porque, pese a su inoperancia, el Codificador del 1984 le atribuye funciones propias del Ministerio Público.

son fundamentales a la organización misma de la sociedad adquieren el rango de "orden público". A su turno, la noción de buenas costumbres está referida a los criterios de moralidad vigentes en una sociedad determinada.

La distribución del haber neto, por atentar contra la razón de ser de la asociación, cual es, su finalidad no lucrativa, transgrede un dispositivo legal y, por ende, cabría alegar que contraviene al orden público, dando lugar a la intervención del Ministerio Público en defensa del orden establecido.

Sin perjuicio de la acción que entable la Fiscalía ¿está el fundador, los asociados, benefactores y contribuyentes de una asociación, fundación o comité facultados para demandar en este caso? La situación de los asociados y del miembro de un comité no representa mayor problema: la ley les franquea la posibilidad de impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias (art. 92 y 117 respectivamente). Empero, luego de constituida la fundación el Derecho paradójicamente no le reconoce al fundador más derechos que a los terceros.

¿De qué mecanismo legal disponen los patrocinadores, benefactores o terceros en general ante la mala gestión de los administradores? Como cualquier otro ciudadano pueden dirigirse al Ministerio Público para que este tome cartas en el asunto. Esta sería, sin embargo, una manera indirecta de lograr su cometido. Podrían, acaso, participar de manera directa sin recurrir a la intervención del Ministerio Público? El Codificador de 1984 no se ocupa de este tema en el marco de las personas jurídicas. Sin embargo, el art. VI del Título Preliminar sanciona el principio del legítimo interés para accionar.

Desafortunadamente escapa a los alcances de este estudio detenernos a profundizar acerca de la compleja y polémica noción de legítimo interés. En términos generales podemos afirmar que todo aquel que de una u otra forma pudiese verse perjudicado o amenazado por determinado acto asume la categoría de legítimo interés. ¿En que medida puede resultar perjudicado el fundador por la dolosa gestión de los administradores? Económicamente de ninguna manera, a lo sumo moralmente. Aún en este último caso su acción corre el riesgo de no prosperar ya que los alcances del interés moral son materia de ardua discusión. (¿Por qué habría que negarle al fundador este mínimo grado de interés por el funcionamiento de "su" fundación? La solución adoptada no es feliz y amerita una reformulación de las normas y principios que rigen el Derecho de Fundaciones, tema que por su trascendencia merece un estudio minucioso y exhaustivo.

En cambio, los beneficiarios y patrocinadores parecerían gozar de mayores ventajas, ya que ellos si se ven, de manera directa e inmediata, afectados por

la dolosa gestión de los administradores. La solución de este punto supone un análisis más detenido del principio del legítimo interés para demandar, tema éste del que no podemos ahora ocuparnos.

Sin perjuicio de lo que se diga en el marco del legítimo interés para demandar, debemos preguntarnos en términos generales si el ordenamiento legal debe reconocer este derecho, por ejemplo a los patrocinadores y benefactores de la Cruz Roja o de la Fundación por los Niños del Perú. Al estudiar el rol que estas instituciones desempeñan en la sociedad moderna destacamos su labor fiduciaria, conceptualizando la prohibición de repartir utilidades como un mecanismo de protección a aquellas personas que confiando en la ausencia del espíritu de ganancia contribuyen a financiar las actividades de la institución.

A diferencia de la donación que realiza el tío a la sobrina preferida, quien contribuye de manera voluntaria y gratuita a la Cruz Roja o a la Fundación por los Niños del Perú tiene un interés especial en la organización: quiere que su patrocinio cumpla su cometido. En aras de fiscalizar y tutelar la naturaleza no lucrativa de estas instituciones, Hansmann sugiere se le reconozca a los patrocinadores la facultad de llevar a cabo una acción judicial contra quienes violen esta prohibición.⁴ A fin de evitar litigios superfluos, el referido autor propone, entre otros, que se le exija al demandante consignar una suma equivalente a las costas del juicio. Asimismo, que todo reembolso a que hubiere lugar se destine a financiar las actividades de la organización, negándole al demandante todo derecho sobre el mismo. Por último, invalidar toda transacción, en la que el demandante perciba una suma mayor a las costas propias del juicio.⁵

El caso de los beneficiarios es algo distinto ya que, como se ha dicho, la prohibición de repartir utilidades no apunta a su protección sino a la de los patrocinadores, que se valen de la estructura no lucrativa para asistir a los primeros.

Sin embargo, cabría alegar que los beneficiarios están en mejores condiciones de evaluar si la organización cumple o no sus fines y que, por ende, debe extenderse la facultad de demandar a ellos.⁶ En última instancia, estamos ante una opción legislativa. Dependiendo de cómo se conciba el principio del legítimo interés los beneficiarios gozarán o no de esta prerrogativa. En nuestra opinión los beneficiarios deberían quedar excluidos, ya que, a diferencia del contrato a favor del tercero (art. 1457 y siguientes) que

4. Hansmann, Henry: "Reforming Nonprofit Corporation Law", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 129, Nº 3, enero 1981, (en adelante citado "Reforming"), p. 606 a 609.

5. *Ibidem*, p. 610.

6. *Ibidem*, p. 611 y ss.

crea de manera directa e inmediata un derecho en el patrimonio del tercero (en la medida que éste conozca y acepte el hecho) el donante de la Cruz Roja no designa a los beneficiarios de su contribución, más aún, así quisiese, su designación no obliga a la Cruz Roja (a menos que se haga en el marco de una donación bajo cargo). El beneficiario en el contrato a favor de tercero tiene derecho a exigir el cumplimiento del contrato a título personal. Mientras que el beneficiario del contrato a favor de tercero es una persona determinada (o determinable al momento de contratar), los beneficiarios de la Cruz Roja son indeterminables. Cualquiera podría demandar a los administradores basando los cargos de mala gestión en el hecho que no se le incluye en la categoría de beneficiarios. Por las razones expuestas, estimamos que no debería reconocerse capacidad para demandar a los beneficiarios en estos casos.

b) Obligación de informar⁷

Según Hansmann las organizaciones sin fines de lucro deberían informar a sus patrocinadores (presente y futuro) el uso y destino que darán a los fondos recaudados, permitiendo así una mejor fiscalización de la prohibición de repartir utilidades. La manera más directa de transmitir esta información se da a través del estatuto. Cuando más restringido sea el objeto social mayor posibilidad de fiscalizar el uso a que se destinan los fondos recaudados. El principio de especialidad de las personas jurídicas adquiere en este campo su total eficacia —una diferencia más frente a las sociedades mercantiles que adoptan un objeto social tan amplio que ampara casi cualquier tipo de actividad.

Asimismo, podría requerirse que las organizaciones de cierta envergadura pongan a disposición del Ministerio Público y público en general copia de sus estados financieros.

c) Responsabilidad de los administradores por mala gestión

La comercialización del Derecho Privado y práctica profesional de nuestros letrados da pie a que se trate indistintamente a los administradores de una sociedad anónima y a aquellos de una asociación, aplicándoles las mismas normas y standards de conducta. Inconscientemente identificamos la situación del gerente de una sociedad anónima con la del "gerente" del club o máximo funcionario ejecutivo, por ejemplo, de la Cruz Roja, sin siquiera cuestionar el por qué de la relación. Este "a priori" descarta de plano todo cuestionamiento del tema,⁸ alejándonos de la pregunta central acerca del rol de las organizaciones no lucrativas frente a la sociedad anónima.

7. Este punto aparece en Hansmann, *Reforming*", p. 615 y ss., p. 620 y ss.

Luna-Victoria, es el primero en percibir la diferencia al referirse al problema de cómo determinar la responsabilidad de los administradores y cómo proteger el interés de la colectividad potencialmente beneficiaria. "Este es un aspecto que trasciende el nivel exclusivamente legal, para entrar a discutir sobre los modelos de control en la gestión de la persona jurídica." El mencionado autor considera que debe dejarse en libertad a la organización para que ella misma determine la responsabilidad de la gestión de sus funcionarios, descartando así todo mecanismo u organismo estatal que los controle. Concluye que debería existir una norma que prohíba la liberación de responsabilidad de los administradores por parte de los asociados. Libertad pero restringida sería la fórmula que propugna el autor.

Pero ¿cuáles son los alcances de esta tesis? ¿Si no se permite la liberación de responsabilidad que discreción tiene la organización en este campo? La respuesta sólo puede ser una: decidir acerca de los standards de conducta que se exigirán a los administradores; esto es, que tipo de negligencia debe probarse en su contra (¿culpa inexcusable, leve o levísima?), si puede delegar sus funciones y qué responsabilidad tiene en ese caso (¿derivada u originaria?), etc.

No obstante sus bondades, este planteamiento asume como universal el hecho que los patrocinadores ostentan el control de la asociación, es decir que administradores y administrados constituyen una unidad. La tesis parece hecha a la medida para las organizaciones mutuales, tales como los clubs, en que los socios (léase patrocinadores) eligen y fiscalizan de manera directa e inmediata a sus administradores. La situación es algo distinta si pensamos en la Cruz Roja, la Fundación por los Niños del Perú o la Tele-tón, por ejemplo, ya que en estos casos quienes financian las actividades de esas instituciones (léase patrocinadores) no tienen ningún tipo de acceso directo al control de la organización. De permitirse que la propia persona jurídica establezca los standards de conducta a que están sometidos sus administradores, los fundadores de la Cruz Roja o Fundación por los Niños del Perú en tanto tales incluirán en los estatutos normas benignas en materia de administración, y luego, en tanto administradores "se reirán de los peces de colores". Se estaría permitiendo por vía indirecta lo que la ley prohíbe de manera directa: el enriquecimiento de los administradores en perjuicio de los patrocinadores, beneficiarios y público en general.

Mientras los administrados tengan la posibilidad de elegir a sus administradores, tal como ocurre en

8. La agudeza y sentido crítico de Luna Victoria lo hacen "cuestionar hasta lo evidente" llevándolo a sugerir la posibilidad de aplicar distintos standards de responsabilidad a los administradores de una asociación frente a aquellos de la sociedad anónima (Luna Victoria, p. 56).

los clubs sociales o sociedades mercantiles —en nuestra nueva terminología, mientras los patrocinadores ejerzan control sobre la organización— puede dejarse en libertad a la persona jurídica para que ella misma determine los standards de conducta a que deberán atenerse sus funcionarios. *Contrario sensu*, si los patrocinadores no tienen acceso al control de la institución esta no puede decidir libremente y a discreción el grado de responsabilidad de sus administradores, ya que desnaturaría el carácter fiduciario de esta entidad.

Tanto los asociados de un club como los accionistas de una sociedad anónima tienen los mecanismos necesarios para velar por sus propios intereses (v. gr. derecho de voto, impugnación de acuerdos, derecho de información, etc.). La prohibición de distribuir utilidades, propia de toda organización sin fines de lucro, adquiere sentido precisamente cuando y porque los patrocinadores de la Cruz Roja o Fundación por los Niños del Perú no están en condiciones de supervigilar el cumplimiento del encargo. De allí que Hansmann propugne standards de conducta más estrictas tratándose de entidades no lucrativas.⁹ En tal virtud habría que prohibir todo tipo de "self-dealing" en que estuviese involucrado un administrador. Amén de las ventajas tan saludables de esa solución, con la misma pluma se estarían proscribiendo transacciones que pudiesen ser sumamente beneficiosas para la organización, v. gr. el hecho que en situaciones adversas un funcionario garantice cierta operación u obtenga crédito de una institución controlada por él.

El propio Hansmann reconoce la necesidad de flexibilizar esta norma, ya sea requiriendo una autorización judicial o gubernamental previa o al estilo del legislador californiano¹⁰ disponiendo que quien alegue la validez de la transacción debe acreditar: a) que beneficia a la organización; b) que es justo y razonable; c) que fue aprobada por la junta directiva; y d) que la institución no habría podido conseguir un contrato más beneficioso. La ventaja de esta salida radica en imponer la carga de la prueba sobre la parte acusada de mala gestión, a la vez que permite a la otra parte cuestionar la validez de los actos realizados por los administradores limitándose a demostrar la existencia de una operación más ventajosa que la celebrada.¹¹

9. Hansmann, "Reforming", p. 567 y ss. Este es, quizás, el motivo por el cual las teorías de Hansmann no encuentran muchos adeptos entre los administradores de las "non profits" norteamericanas. En igual sentido de Belaúnde: "El proyecto del nuevo Código Civil en lo referente a personas jurídicas", *Derecho* Nº 36, PUC, 1982, p. 172, propone normas de responsabilidad más severas tratándose de los administradores de un comité. También Fernández Sessarego, Carlos: *Derecho de las Personas*, 2a. ed., Lima 1987, p. 213.

10. "California Nonprofit Corporation Law", Cal. Corp. Code Art. 5000-10845 (West Supp. 1980).

d) Quiebra solicitada por los acreedores

Redundando en esta línea de pensamiento hay que considerar la solicitud de quiebra hecha por los acreedores como otro mecanismo de fiscalización de la gestión administrativa. La quiebra en términos generales se produce por la cesación en el pago de las obligaciones contraídas. Esto puede deberse, entre otros, a circunstancias coyunturales ajenas a la empresa, o a la ineficacia en la conducción del negocio. De prohibirse la solicitud de quiebra por parte de los terrenos, se estaría premiando la mala gestión administrativa y exponiendo a la organización a mayores costos transaccionales, ya que los acreedores en garantía de su créditos cobrarían tasas más altas, pactarían condiciones más drásticas, etc.¹²

e) Recaudación de fondos públicos

Para financiar sus actividades muchas organizaciones realizan colectas públicas. Algunas consultan y se asesoran por especialistas en la materia, llegando incluso a encomendarles la recaudación en su conjunto. La prohibición de distraer el haber de las organizaciones para fines ajenos a su constitución suscita en este contexto ciertas interrogantes.

¿Debe limitarse legalmente la remuneración que se abone al especialista? ¿No sería mejor, acaso, obligar a que se publicite el destino de los fondos y el porcentaje que cobra el especialista? ¿O debería exigirse una autorización administrativa previa?

Imaginemos el caso en que un joven y ambicioso administrador de empresas ofrece sus servicios a la Cruz Roja a cambio de un porcentaje determinado. Que tal si uno se obliga a llevar a cabo la recaudación y sea cual fuere el monto recolectado, uno se compromete a pagarle a la institución determinada suma de dinero, beneficiándose con el excedente a que hubiere lugar. (¿Sería un acuerdo lícito? ¿O es que, acaso, la prohibición de distraer los fondos de la asociación estaría siendo transgredido? Supongamos otro caso. La organización luego de consultar a sus asesores establece que si un 1% responde a su convocatoria cubrirían costos, todo lo demás sería la ganancia líquida. En su afán de llegar a un mayor grupo de posibles patrocinadores la entidad contrata avisos publicitarios en los distintos medios de comunicación. Al cierre del ejercicio los estados financieros no arrojan pérdidas pero tampoco ganancias. El dinero de los patrocinadores sirvió para financiar la campaña publicitaria. Al año siguiente ¿puede la institución continuar con esta política? En última instancia, el problema radica en determinar qué esfuerzos resultan

11. Hansmann, "Reforming", p. 563 y ss.

12. Mason, Kenneth: "Exempting Nonprofit Corporations from Involuntary Bankruptcy: Misplaces Compassion", Yale Law School, EE.UU., dic. 1983, manuscrito no publicado.

razonables y cuál es el monto a que el especialista es acreedor.

Debemos proceder con cautela ya que la recolección pública de aportes importa algo más que el mero interés pecuniario. En efecto, la defensa pública de determinado objetivo, difusión de ciertas ideas, transmisión de información y el llamado a apoyar determinada causa están íntimamente vinculados al ejercicio de las libertades de prensa, opinión y conciencia. Por ello, cualquier medida que restrinja o circunscriba la recaudación pública de fondos debe estar referida a intereses de orden público o interés social que amparen la limitación de un derecho constitucional.

2. OBJETO SOCIAL

Nuestro estudio quedaría incompleto si no tocamos el tema relacionado a las actividades que pueden realizar las organizaciones no lucrativas. De lo que se trata es de determinar si el legislador debe restringir el campo de acción de estas entidades.

Nuestro sistema legal no ofrece una respuesta coherente ni menos satisfactoria al respecto, más bien parecería brindar posiciones contradictorias. En el caso de la asociación el legislador habla de actividad común (art. 80), para la fundación usa el término "objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otras de interés social" (art. 99) y tratándose del comité se refiere únicamente a la "recaudación pública" (art. 111).

Con anterioridad hemos comparado la actividad que realiza la Cruz Roja con aquella de una sociedad anónima dedicada al transporte y distribución de víveres, así como la actividad de la "nueva generación" con la de una academia pre-universitaria. A esta lista podríamos agregar un sinnúmero de otros casos, v. gr. la Asociación Tarea que se dedica a labores de publicación e impresión y Lluvia Editores S.R.L. cuyo giro social es el mismo. ¿Existe, acaso, alguna diferencia entre las actividades que realizan estas entidades? Según Luna Victoria, la diferencia no está en la actividad cotidiana, ya que las asociaciones civiles realizan actividad económica de modo habitual (y en algunos casos organizadas de manera más eficiente que cualquier empresa).¹³

La enumeración de objetivos en el caso de la Fundación resulta en sí misma meramente enunciativa ya que como "cajón de sastre" incluye cualquier actividad de interés social. La intención de la norma no es clara. Sin duda da cabida a una interpretación más genérica y liberal: la fundación puede dedicarse a cualquier cosa que ampare el interés social. Aún cuando este no fuese el caso, nos cuesta imaginar una justificación a contrario. En la medida que se respete

13. Luna Victoria, p. 49.

la prohibición de distraer el haber de la organización para fines ajenos a la misma no existe razón alguna para limitar o restringir de manera directa el campo de actividad de las entidades sin fines de lucro.¹⁴

Ahora bien, la Constitución en su art. 56 sanciona la participación de los trabajadores en la gestión, utilidad y propiedad de la empresa. ¿Restringe este dispositivo el campo de acción de las personas jurídicas sin fin de lucro? A primera vista parecería que no. Sin embargo, Luna Victoria, refiriéndose a la asociación, estima que el precepto también las comprende y que, por ende, limita su campo de acción.¹⁴ Escapa a los alcances de este breve estudio profundizar acerca de temas propios de otras ramas del Derecho; es importante, empero, resaltar, una vez más, la diferencia existente entre una organización no lucrativa y una sociedad. La estructura de la sociedad anónima, por ejemplo, enfrenta el afán de lucro de los accionistas con el bienestar de la clase trabajadora, oposición ésta que no está presente en el caso de las entidades no lucrativas. Mientras que en el caso de las sociedades la intervención estatal tiene por objeto dar prioridad a un interés social (la defensa de los trabajadores) frente al interés meramente pecuniario de los accionistas, en el caso de las entidades no lucrativas dos intereses sociales están contrapuestos: el de los trabajadores y el de los beneficiarios de la organización.

Pero ¿cuáles serían los alcances del precepto constitucional? Respecto de la participación laboral en la propiedad de la empresa la propia Constitución da la respuesta: los trabajadores tienen derecho a participar en ella en tanto la naturaleza de ésta así lo permita. El patrimonio de la persona jurídica sin fin de lucro está afecto a una finalidad determinada, no es, pues, de libre disposición ni objeto de derechos individuales. Parecería en cambio, que nada impide la participación laboral en la gestión de la empresa. Al respecto, debemos distinguir dos tipos de personas jurídicas: a) por un lado aquellas entidades creadas en beneficio de sus miembros, tales como el típico "club";¹⁶ y b) aquellas entidades que realmente cumplen un rol fiduciario (como la fundación, el comité y aquellas asociaciones receptoras de fondos públicos). Mientras que este último caso nada impide la participación de los trabajadores en la toma de decisiones de la organización, en el caso de la asociación-club el derecho de los trabajadores coligiría con el de libertad de asociación (art. 2, inc. 11 Constitución) de los miembros de la organización. Por último, debemos considerar si la participación de los trabajadores en el superhabit a que hubiere lugar desnaturaliza la finalidad no lucrativa. En la medida que la aplicación del precepto constitucional no de pie a fraudes la partici-

14. Así también Hansmann, "Reforming", p. 526 y ss.

15. Luna Victoria, p. 53 y ss.

16. Ver infra 4.

pación de los trabajadores se computaría como carga laboral y, en tanto tal, no contravendría la naturaleza no lucrativa de estas entidades. En consecuencia, podemos concluir que ni la naturaleza jurídica ni la estructura organizativa de estas instituciones (salvo en el caso de las asociaciones-club) impiden cumplir con los mecanismos de participación de los trabajadores que garantiza la Constitución.

3. TRATAMIENTO FISCAL

Con frecuencia las instituciones no lucrativas gozan de beneficios tributarios, anhelados y enviados por las sociedades mercantiles. ¿Cuál es el fundamento para ello? ¿Por qué habría el Estado de subvencionar el quehacer y desarrollo de estas instituciones?

Hansmann¹⁷ ofrece una respuesta singular: los beneficios tributarios son una manera de aliviar la dificultad de estas entidades para acceder a fuentes de capital. En efecto, la prohibición de distribuir utilidades excluye toda omisión de acciones, quedando como únicas alternativas de financiamiento las siguientes: a) donaciones —que dependen de factores coyunturales generalmente que escapan a las predicciones de los administradores, además que su monto siempre es incierto; b) utilidades acumuladas —en caso las hubiere, pues por lo general toma mucho tiempo para que una entidad cuente con este tipo de reservas, quedando las asociaciones recién constituidas al margen de esta fuente de capital; c) endeudamiento —que, también, es limitado, ya que generalmente los activos de una universidad, centro de investigación o iglesia no son fungibles ni de fácil comercialización, sino complejos y muy especializados, amén de la dificultad moral (y repercusión que tendría en la sociedad) de ejecutar coactivamente a una de estas instituciones "para que pague sus deudas". En suma, estas entidades "tienen un limitado" —por no decir limitadísimo— acceso a capital. La exoneración tributaria es un mecanismo para aligerar la carga financiera de estas personas jurídicas.

En tanto subsidio, la exoneración fiscal sólo debe concederse a entidades que sean operativas y necesarias. Dicho en otros términos, cada vez que una institución provea servicios que el mercado no pueda ofrecer en condiciones competitivas, el Estado ha de intervenir de manera directa (tomando a su cargo la prestación de esos servicios) o indirecta (v. gr. subsidiando esa actividad). Qué opción tomar depende de consideraciones de otra índole, trascendiendo al campo de la toma de decisiones políticas. En la eventualidad que el Estado opte por no suplir de manera

directa el vacío, su presencia indirecta subsidiando el quehacer de la iniciativa privada no sólo es bienvenida sino imperativa.

Cabe destacar que no toda entidad sin fines de lucro debe ser exonerada por el sólo hecho de no perseguir ganancias. Más bien sólo aquellas instituciones que presten servicios de manera eficiente y que requieran del subsidio para lograr esa eficiencia serán acreedores de la exoneración.

Los beneficios tributarios suscitan otra cuestión: que sean la razón de ser de la institución. Es decir, mientras que en otras circunstancias la firma hubiese tenido que cerrar sus puertas y liquidar su actividad, gracias a este tratamiento fiscal benéfico se inamovilizaba un patrimonio que debería disolverse. Es el caso de una entidad científica que tiene un volumen considerable de activos pero cuyos servicios ya no son demandados por el público en general. En vez de obligársele a transferir esos bienes a una institución de mayor utilidad y beneficio para la comunidad, la exoneración tributaria estaría manteniéndola ficticiamente a flote, quedando esos bienes al margen de la actividad productiva del país.

De lo expuesto podemos colegir que la exoneración tributaria, en tanto subsidio, cumple un papel fundamental tratándose de entidades sin fines de lucro: aligera su difícil situación financiera. Es, por tanto, esencial para su desarrollo y subsistencia.

4. EL CASO DE LOS CLUBS

En diversas oportunidades a lo largo de este estudio hemos destacado el carácter especial de los clubs frente a las demás figuras no lucrativas. En concreto, señalamos que los socios están en una posición más ventajosa en relación al común de los patrocinadores, ya que en tanto "miembros" tienen la facultad de designar, fiscalizar y remover a sus administradores. Los socios al igual que los accionistas pueden pues, velar por sus propios intereses, cosa que no ocurre con los donantes de la Cruz Roja o quienes contribuyen al desarrollo de la Fundación por los Niños del Perú. Los clubs más que intermediarios investidos de calidades fiduciarias responden a necesidades extra-económicas, son el producto del deseo natural de los individuos de agruparse. Los clubs no responden, pues, a una imperfección del mercado;¹⁸ no ameritan, por tanto, de mayor intervención estatal para garantizar su normal desenvolvimiento.

De ahí que no sea necesario someter a los administradores de un club a standards de conducta rígidos y severos como en el caso de las demás entidades no lucrativas. Este es el terreno propicio para aplicar la tesis de Luna Victoria: debe dejarse en libertad al

17. Hansmann, Henry: "The Role of Nonprofit Enterprise", *The Yale Law Journal*, vol. 89 Nº 5, abril 1980 (en adelante citado "Role"), p. 877. Hansmann, Henry: "The Rationale for Exempting Nonprofit Organizations from Corporate Income Taxation", *The Yale Law Journal*, vol. 91, 1981, p. 54 y ss.

18. Hansmann, "Role", p. 845.

club para que determine por sí mismo en junta general de socios el grado de responsabilidad y diligencia que exige de sus funcionarios.¹⁹

El club se parece más a una cooperativa²⁰ o sociedad de personas que a una fundación o asociación al estilo de la Cruz Roja. Los clubs, al igual que las sociedades tienen miembros y se constituyen para velar, fomentar y mejorar la condición de estos. Ellos contribuyen al sostenimiento del club, ellos financian los proyectos de expansión, ellos se benefician de sus instalaciones excluyendo a los terceros y a la comunidad en general. No habría, pues, en principio reparo alguno ante la distribución de activos entre los miembros del club al momento de la disolución.²¹ Sin embargo, nuestro legislador niega rotundamente esta salida.

Sea por desconocimiento de las diferencias esenciales existentes entre un club y las demás asociaciones o por convicción, creemos que el Código ha recogido la solución más acertada. Lo contrario podría dar lugar a fraudes y "vivezas" por parte de los administradores de un club, especialmente en una sociedad como la nuestra donde son pocos quienes se comprometen a trabajar por los demás. Por otro lado, sería injusto que algunos socios disfruten de la inversión hecha por las anteriores generaciones de socios. Además, los clubs como unidades primarias de orga-

nización y esparcimiento benefician a la sociedad en su conjunto. Debe, pues, tratar de garantizarse su existencia.

Ocurre que en nuestro medio la asociación civil es un ente bicéfalo: por un lado proporciona la estructura necesaria para constituir un club, mientras que por el otro sirve de marco legal para administrar fondos suministrados por terceros, como, por ejemplo, en el caso de la cooperación técnica internacional. El articulado del Código Civil parece haber sido diseñado teniendo en mente la primera versión, debemos proporcionar ahora el tratamiento legal que la segunda requiere.

4. CONCLUSION

La persona jurídica sin fin de lucro, y con ella la asociación, ha dejado de ser una entidad meramente altruista para eruirse, en muchos casos, como promotora de desarrollo, complementando e incluso supliendo eventualmente la labor gubernamental. Luego de una detenida reflexión acerca del rol que estas instituciones desempeñan en la sociedad moderna concluimos con el profesor Hansmann que estas entidades cumplen un papel fiduciario. Queda ahora en manos de nuestros legisladores saber promulgar la reglamentación adecuada.

19. Cfr. Luna Victoria, p. 56.

20. Hansmann, "Reforming", p. 587, 598 y ss.

21. Ibidem, p. 583, 589 y ss.