

REGULAMENTACIÓN DE LAS FUNDACIONES ALTERNATIVAS, ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DE UNA LEY DE LAS FUNDACIONES¹

José Luis Pinár Manãs

CONTENIDO: 1. La situación normativa sobre fundaciones en America Latina como punto de partida – 2. La alternativa entre regulación y desregulación – 2.1. Ventagás y desventajas de la regulación – 2.2. Ventajas y desventajas de la desregulación – 2.3. Regulación o desregulación de las Fundaciones – 3. En particular, la regulación fiscal de las fundaciones – 4. Una breve referencia a la experiencia española como ejemplo de nueva regulación sobre fundaciones – 5. La necesaria autoregulación de las fundaciones.

Quiero ante todo agradecer a la Fundação Irmão José Otão y en particular a D^a Maria Cecília Medeiros de Farias Kother la oportunidad que me han brindado para poder participar en este interesante Encuentro Internacional de Fundaciones Privadas mediante la aportación de las breves reflexiones que a continuación expongo acerca de la necesidad o no de contar con una legislación de Fundaciones.

El dilema esencial que me permito plantear es el siguiente: ¿para el desarrollo del llamado Tercer Sector o Sector no Lucrativo, es necesario disponer de una normativa específica que reconozca las peculiaridades jurídicas de las Fundaciones? ¿Es por el contrario más conveniente prescindir de tal normativa y aplicar el viejo principio de que “la mejor Ley (de Fundaciones, en nuestro caso) es la que no existe”?

Mis reflexiones serán de alcance general y se enmarcan en la situación actual que caracteriza a no pocos países de America Latina, en los que se está

1 I Encontro Internacional de Fundações Privadas, realizado em Porto Alegre, RS, Brasil em outubro de 1995.

planteando seriamente la necesidad de elaborar una normativa sobre Fundaciones que responda a las necesidades del sector en el umbral del siglo XXI. Les adelanto ya, además, que mi aportación al presente Encuentro debe partir necesariamente de la actual experiencia española, dado que el pasado mes de noviembre de 1994 ha sido aprobada una nueva Ley de Fundaciones, en la que se regulan tanto los aspectos jurídico-sustantivos como los fiscales de tales entidades y de la participación privada en actividades de interés general.

1. LA SITUACIÓN NORMATIVA SOBRE FUNDACIONES EN IBEROAMERICA COMO PUNTO DE PARTIDA

La situación normativa en los países de Iberoamérica se caracteriza por la falta generalizada de regulación específica. Con algunas excepciones, como la Ley argentina 19.836, de 15 de septiembre de 1972, o la Ley costarricense 5.338, de 28 de agosto de 1973, o la Ley mejicana de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal, de 2 de enero de 1943², o diversas disposiciones sectoriales, como ciertas leyes y/o reglamentos de Colombia, Chile, México o Nicaragua, lo cierto es que la disciplina jurídica de las Fundaciones suele encontrarse casi exclusivamente en los respectivos Códigos Civiles. Por otra parte, sólo la Constitución del Perú de 1979 reconoce expresamente el derecho a “crear fundaciones con fines lícitos sin autorización previa”.

Sí suele haber, por el contrario, regulación fiscal, en la que con mayor o menor extensión se regula un régimen tributario propio de las Fundaciones. Régimen tributario que, sin embargo, suele considerarse insuficiente en casi todos los países.

Pues bien, este marco general normativo resulta sin duda insuficiente para hacer frente al desarrollo que en las últimas décadas están experimentando las Fundaciones y, general el Tercer Sector. Se impone, en consecuencia, abordar la elaboración de normas actuales que reconozcan la importancia de las entidades no lucrativas en el final del siglo XX. Lejos de ser entidades obsoletas o propias de épocas pretéritas, las Fundaciones están demostrando ser entidades perfectamente adaptables a las necesidades de nuestro tiempo y, en particular, a las necesidades de desarrollo sostenido de los países latinoamericanos.

Sin embargo, como ya indiqué más atrás, cabría la posibilidad de optar por el desarrollo libre y sin cortapisas del fenómeno no lucrativo, sin aprobar, en consecuencia, una legislación específica. Se trataría de liberalizar el sector al objeto de potenciar sus posibilidades. Se trataría, en definitiva, no de regular a las Fundaciones, sino de desregularlas, suprimiendo las trabas administrativas a que suelen estar sometidas en su actuación.

2 Modificada en 1948, 1974, 1978, 1986, 1991 y 1994.

2. LA ALTERNATIVA ENTRE REGULACIÓN Y DESREGULACIÓN

Como sabemos, hoy es usual la defensa de desregulación con carácter general. No referida a las Fundaciones sino a la actividad económica lucrativa, suele abogarse por la desaparición de normas y de requisitos administrativos que impiden o dificultan el desarrollo libre y creativo de la iniciativa económica privada, sometida a múltiples y engorrosos trámites.

Sin duda es en los países anglosajones donde con mayor intensidad se ha estudiado el fenómeno desregulador. Seguramente, sin embargo, ha sido y es en algunos países iberoamericanos donde con mayor virulencia se está aplicando la experiencia desreguladora, privatizadora y liberalizadora.

2.1. Ventajas y desventajas de la regulación

Para quienes somos juristas, la regulación razonable suele ser sinónimo de seguridad jurídica. Quiero decir que en efecto la regulación puede llegar a ser perturbadora, pero en principio las normas jurídicas son las que organizan la actividad ciudadana y garantizan la paz social y el desarrollo democrático de un país. La seguridad de conocer cuáles son las reglas del juego a las que todos estamos sujetos sin distinción es una de las más importantes conquistas del ser humano. La consideración, además, de que la ley es manifestación de la soberanía popular y no expresión del capricho de los gobernantes es una conquista de la civilización que no es posible ignorar.

La regulación, por tanto, no debe considerarse como un factor negativo, sino positivo. Las ventajas de la regulación, desde este punto de vista, son innegables.

Pero la regulación, como he señalado, puede llegar a ser perturbadora si no se sitúa dentro de unos límites razonables. La legislación agotadora, la "legislación motorizada" de la que hablaba Otto Mayer puede, sin duda, convertirse en elemento no garantizador, sino distorsionador y puede llegar a ser, incluso, instrumento para la opresión. Sobre todo cuando la hiper-regulación se utiliza en las relaciones con los poderes públicos, y, en particular, con las Administraciones Públicas. La excesiva regulación, exigiendo requisitos administrativos y trámites ralentizadores para llevar a cabo cualquier tipo de actividad privada, atribuye a la Administración Pública un poder desorbitado que puede muy fácilmente ser utilizado como excusa para la corrupción. Contra esta regulación excesiva, que convierte el ejercicio de derechos legítimos en verdaderas carreras de obstáculos, debemos de alzar la voz todos cuantos creemos en el Derecho.

2.2. Ventajas y desventajas de la desregulación

Y contra esa regulación desmedida, que no sólo entorpece el ejercicio de los derechos fundamentales, sino que impide el normal desarrollo econó-

mico de las naciones, se han manifestado quienes, optando por un modelo radicalmente distinto, defienden la desregulación a ultranza. La desaparición de trámites, requisitos, autorizaciones, controles, sanciones..., ayudaría a liberalizar la actividad productiva y facilitar el desarrollo, al tiempo que erradicaría la posible utilización arbitraria de prerrogativas públicas, las cuales no podrían ser utilizadas como instrumento de coacción ilegítima.

Pero esa desregulación, necesaria sin duda en no pocos sectores y ámbitos, no puede ir, en mi opinión, más allá de lo que supone una supresión decidida de cuantos mecanismos entorpecedores e innecesarios se han establecido por el legislador o elaborador de las normas (la Administración en el caso de Reglamentos). La desregulación, que en definitiva reduce la seguridad jurídica, no puede convertirse en una dejación de sus responsabilidades por parte de quien tiene la obligación de conformar el marco de convivencia pacífica y de acuerdo a reglas claras y aplicables a todos. La alternativa a la regulación no es la desregulación, sino la regulación razonable, la "regulación responsable", de la que hablan Ian Ayres y John Braithwaite.³

2.3. Regulación o desregulación de las Fundaciones

Aplicando a las Fundaciones lo que con suma y obligada brevedad acabo de exponer, parece que una regulación sobre tales entidades resulta necesaria. Pero una regulación no asfixiante ni reductora de las potencialidades que las mismas ofrecen para el desarrollo de los países Iberoamericanos. Una regulación que, lo repito de nuevo, fije con claridad las reglas del juego.

En este sentido, es seguramente necesario no imponer a las Fundaciones requisitos innecesarios para su constitución y puesta en funcionamiento, así como para el desarrollo de sus actividades. Deberán suprimirse, por tanto, las autorizaciones previas administrativas que en su caso se exijan cuando las mismas no supongan una garantía del cumplimiento de los fines de la Fundación o de su actuar legítimo. Sólo deben mantenerse los requisitos mínimos que garanticen el recto funcionamiento de la Fundación y eviten casos de abuso de tal figura. Abuso que deriva de la torcida intención de aprovechar el prestigio que las Fundaciones están adquiriendo y los correspondientes beneficios fiscales que en su caso se les reconozcan.

No puedo entrar ahora en el análisis de lo que debería ser una Ley de Fundaciones. Pero sí quiero resaltar que en mi opinión la existencia de una legislación clara de Fundaciones es imprescindible. Contar tan sólo con las reglas de los Códigos Civiles no es suficiente. La situación de vacío casi generalizado que caracteriza el ordenamiento de las Fundaciones en Iberoamérica debe ser afrontada con decisión, al objeto de elaborar normas apropiadas. Normas que, además, deberían ser homogéneas. Creo que ocasiones como

3 *Responsive Regulation. Transcending the Desregulation Debate*. Oxford University Press, New York, Oxford, 1992.

el presente Seminario deben ser foro de encuentro para conseguir armonizar las futuras legislaciones sobre fundaciones.

Tales legislaciones deberían concretar en primer lugar las figuras jurídicas a las que se refieren (es sabido que el concepto de Fundación no es homogéneo en todos los países iberoamericanos), los fines que deben perseguir (definidos con criterios amplios; quizá baste con indicar que deben ser de interés para la sociedad o de interés general), la estructura organizativa mínima con que deben contar (órgano de gobierno o administración), los bienes de que deben disponer (el patrimonio), las obligaciones que deben cumplir en su actuación (transparencia, objetividad), el control a que en su caso estén sometidas por parte de los poderes públicos y, en otro orden de cosas, el régimen fiscal que se les aplique. Este régimen fiscal debe ser, por supuesto, favorable, como a continuación señalo.

3. EN PARTICULAR, LA REGULACIÓN FISCAL DE LAS FUNDACIONES

Si se considera que las Fundaciones y, en general, las entidades no lucrativas, pueden y deben ocupar un lugar protagonista en la sociedad y que son cauce de participación en la resolución de no pocas de las necesidades de desarrollo, culturales, asistenciales y docentes de un país, es lógico pensar que por parte de los Estados debe haber un reconocimiento a su labor. Reconocimiento que debe ser proporcional a la valoración de la labor desarrollada por aquellas entidades. Este reconocimiento debe plasmarse, entre otras cosas, en la regulación de un régimen fiscal favorable.

Se han elaborado estudios en el seno de la Unión Europea que demuestran que la cuantificación económica de lo que los Estados "reciben" de las entidades no lucrativas es en términos económicos muy superior a lo que aquéllos dejan de percibir como consecuencia del establecimiento de un régimen fiscal favorable. A los Estados, en consecuencia, les saldría "barato" tratar favorablemente a las entidades no lucrativas porque éstas, incentivadas, llevarían a cabo una labor social y solidaria que desde el sector público no sería posible desempeñar con buenos resultados. Una regulación fiscal favorable parece, pues, necesaria. Necesaria y debida, pues casi podría afirmarse que los Estados están obligados a establecerla como reconocimiento de la labor de las entidades no lucrativas.

Un régimen favorable, sin embargo, puede ser visto con recelo por parte de otros sectores de la sociedad, en los que se considera que las Fundaciones son o pueden ser un instrumento de fraude. Esta sospecha existe, no podemos ignorarlo. Lo que exige, como ha señalado Strickrodt, que las Fundaciones estén acreditándose constantemente.

Ese recelo, sin embargo, no está hoy justificado. Para superarlo es imprescindible que las propias Fundaciones se impongan reglas de transparencia, como luego señalaré. Y en cualquier caso es imprescindible que los poderes

públicos sean los primeros en superarlo. Sólo desde la confianza es posible un régimen fiscal favorable. Repito que sólo desde el reconocimiento de la labor de las Fundaciones será posible un régimen fiscal de ese tipo, que no debe considerarse, en consecuencia, como una concesión graciable de los Estados, sino como manifestación obligada de ese reconocimiento.

El régimen tributario específico de las entidades no lucrativas debe alcanzar no sólo a los impuestos directos a que están sometidas (y de los que deben quedar exentas o sujetas a un tipo sumamente reducido), sino también a las aportaciones de terceros (personas físicas o jurídicas) a las mismas cuando estén destinadas al cumplimiento de sus fines de interés general, sean estos cuales fueren.

Ahora bien, un régimen fiscal favorable, aún siendo necesario, es insuficiente para el desarrollo de las Fundaciones. El mismo debe integrarse en un bloque normativo regulador de las Fundaciones que integre no sólo los aspectos tributarios, sino también los sustantivos. De poco sirve un régimen impositivo beneficioso para las Fundaciones si el régimen sustantivo es restrictivo o asfixiante para las mismas. Hace poco he tenido ocasión de referirme a ello en Buenos Aires, en el marco de un interesante Seminario organizado en diciembre de 1994 por la Federación de Fundaciones Argentinas sobre el nuevo rol de las Fundaciones. ¿Qué efectos puede tener un régimen envidiable en el Impuesto de Sociedades o sobre las ganancias si la Ley sustantiva hace prácticamente imposible la creación de una Fundación o la somete a todo tipo de controles por parte de la Administración Pública? Un régimen fiscal favorable sólo es efectivo si el régimen sustantivo también es favorable; y viceversa.

4. UNA BREVE REFERENCIA A LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA COMO EJEMPLO DE NUEVA REGULACIÓN SOBRE FUNDACIONES

La necesaria coordinación entre régimen jurídico-sustantivo y régimen jurídico-fiscal se ha puesto de relieve en el proceso de elaboración de la reciente Ley española de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general (Ley 30/1994, de 24 de noviembre, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 25 de noviembre).

Desde hacía años era imprescindible aprobar una Ley de Fundaciones en España. No sólo porque la normativa en vigor era sumamente antigua y obsoleta (salvo las disposiciones del Código Civil de 1889 y ciertos preceptos de un Decreto de 1972), sino porque la aprobación de la Constitución de 1978 lo imponía. Por un lado, porque el artículo 34 de la misma reconoce expresamente el derecho de fundación para fines de interés general. Por otro, porque el propio texto constitucional trajo consigo un profundo proceso de descentralización, en virtud del cual las Comunidades Autónomas han asumido competencias propias sobre la materia. La realidad no sólo política, sino

jurídica había cambiado, y por tanto debía adecuarse la normativa sobre Fundaciones a esa nueva situación.

A tal fin, y tras algún intento fallido durante los años ochenta, se comenzó en 1992 y en el seno de una Comisión de la que tuve el honor de formar parte, la elaboración de un proyecto de Ley de Fundaciones. Proyecto de Ley regulador del régimen sustantivo, no fiscal. Al mismo tiempo, y por otra parte, se inició la elaboración de un proyecto de Ley de incentivos fiscales a entidades no lucrativas. Proyecto no coordinado con el anterior. Y aquí es donde quiero llamar su atención: mientras que el primer proyecto era más o menos aceptado por el sector no lucrativo, el segundo, el fiscal, fué fuertemente contestado. El régimen sustantivo introducía novedades modernizadoras; el régimen fiscal era claramente insuficiente, cuando no regresivo. Y se cayó en la cuenta de que de nada servía el primero si al final se aprobaba el segundo. Lo que produjo un fuerte y comprensible debate con la intención clara de evitar que el proyecto fiscal saliera adelante.

La disolución de las Cámaras Legislativas y la convocatoria de elecciones en 1993 impidió que los Proyectos fuesen aprobados. Pero la lección estaba aprendida: el Gobierno surgido de las elecciones presentó un nuevo proyecto, único esta vez (incluyendo el régimen sustantivo – en lo esencial igual al propuesto en el anterior Proyecto – y el fiscal en un sólo texto), en el que el régimen fiscal se adecuó al sustantivo, estableciendo un modelo ciertamente favorable. Se había caído en la cuenta de que ambos regímenes deben responder a criterios homogéneos. El Proyecto fué discutido y aceptado, con ciertas reservas lógicas, por el sector de las Fundaciones.

Entrar en este momento en el contenido de la nueva Ley Española no viene al caso. Tan sólo quiero señalar que se divide en dos Títulos, el primero dedicado a las Fundaciones, y el segundo al régimen fiscal de la participación privada en actividades de interés general.

El Título I regula el régimen sustantivo de las fundaciones, pero no el de las asociaciones y demás entidades no lucrativas. Definidas las Fundaciones como “organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”, la Ley regula sus fines y beneficiarios, forma de constitución y adquisición de la personalidad jurídica, contenido de sus Estatutos, órgano de gobierno y administración, patrimonio y bienes, funcionamiento y actividades (se admiten las actividades mercantiles e industriales, así como la posibilidad de obtener ingresos por sus actividades), modificación, fusión y extinción y, en fin, el control público al que están sometidas (denominado, en España, “Protectorado”), mucho más tenue que el previsto en la legislación anterior.

El Título II regula, como he señalado, el régimen fiscal, pero no sólo el de las Fundaciones, sino también el de las asociaciones reconocidas de utilidad

pública y el de las aportaciones efectuadas a las entidades no lucrativas. Régimen que se ha considerado bastante favorable incluso por los representantes de las Fundaciones y asociaciones.

En definitiva, en España, se ha optado por la regulación y, además, completa, en el sentido de abarcar todos los aspectos que afectan a las Fundaciones. Se ha evitado así optar por modelos como el holandés, por ejemplo, o el americano (que poco tiene que ver con la realidad fundacional española, y pienso que tampoco con la realidad fundacional iberoamericana en general), en donde la regulación es esencial y casi exclusivamente fiscal.

5. LA NECESARIA AUTORREGULACIÓN DE LAS FUNDACIONES

Concluyo ya mi breve aportación a este Encuentro. En mi opinión, a la alternativa entre regulación y desregulación en el marco de las Fundaciones debe darse respuesta optando por una regulación razonable y flexible, que implique el reconocimiento por parte de los Estados del importante lugar que deben ocupar las Fundaciones en la Sociedad, dentro de un marco de libertades. Las Fundaciones deben tener, en consecuencia, garantizada su independencia en relación con los poderes públicos, pero éstos no pueden ser indiferentes a su colaboración social y solidaria. Por ello, la regulación debe favorecer y garantizar el desarrollo del llamado Tercer Sector.

Pero esta regulación debe exigir, a su vez, una serie de compromisos y responsabilidades a las Fundaciones, que éstas no deben temer. Las Fundaciones rigurosas, serias en su actuación, no deben temer rendir cuentas o abrir sus puertas a la sociedad. Su actuación debe ser absolutamente transparente, para evitar que en la opacidad puedan obtener provecho quienes realmente no están dispuestos a aceptar las reglas del juego o pretenden actuar de forma abusiva y fraudulenta. Son las Fundaciones las primeras interesadas en que no haya intrusos en el sector. Son ellas las primeras que deben exigir seriedad y rigor. Son ellas, en definitiva, quienes deben abogar por una clara autorregulación, exigiendo el escrupuloso cumplimiento de la Ley y expulsando a quienes tan sólo quieren obtener provecho del prestigio que hoy se reconoce a las Fundaciones. A toda costa deben evitarse situaciones de fraude o corrupción, que si a alguien perjudican es en primer lugar a las propias Fundaciones.

Por eso no debe temerse, repito, la elaboración de una normativa moderna y razonable que impida cualquier abuso por parte de avispados advenedizos pero que al mismo tiempo impida cualquier tipo de dirigismo político desde el poder.

Regulación y autorregulación son, por tanto, conceptos en este caso íntimamente relacionados.

Y concluyo con algunas de las propuestas de la llamada *Declaración de Praga*, adoptada con ocasión de la Cuarta Reunión General Anual del *European Foundation Center* el 9 de noviembre de 1993. El Centro Europeo de Fundaciones “reconoce la gran importancia para las Fundaciones y empresas mecenazas de la *transparencia, la integridad, la autorregulación y el control dentro del marco de la Ley en una sociedad democrática*”; se compromete al “*respeto por la transparencia y la responsabilidad, dentro del marco de la Ley en un estado de derecho*”; convoca a los gobiernos y a las instituciones europeas e internacionales a “*reconocer que un sector sin fin de lucro fuerte e independiente es un componente imprescindible dentro de una sociedad civil abierta*”.

Creo que el reto es claro. Y no fácil, hay que decirlo, para las Fundaciones. Optar por la regulación supone optar por un cierto control, pero por la fijación de líneas claras de conducta, pública y privada. En esa regulación, por supuesto, debe respetarse la idea de libertad y la de ausencia de todo recelo. Además, en su elaboración debe darse entrada, sin duda, a representantes de las Fundaciones, pues sólo de este modo la normativa que se apruebe tendrá plena legitimidad democrática.

Ojalá de aquí a unos años pueda celebrarse un Seminario semejante al presente en el que se analicen nuevas y modernas leyes iberoamericanas sobre Fundaciones que hayan sido fruto de la colaboración entre éstas y los legisladores. Serán sin duda leyes siempre mejorables (reflejo de la evolución constante de la sociedad) pero al menos serán un punto de partida (no de llegada) sobre el que discutir para promover su mejora.