

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**NECESIDAD DE LA CREACIÓN DE LAS
FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO EN GUATEMALA**

LUIS FERNANDO JUÁREZ MONROY

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2006.

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**NECESIDAD DE LA CREACIÓN DE LAS
FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO EN GUATEMALA**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUIS FERNANDO JUÁREZ MONROY

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2006.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente:	Lic. Oscar Mauricio Villalta González
Vocal:	Lic. Saulo De León Estrada
Secretario:	Lic. Carlos Urbina Mejía

Segunda fase:

Presidente:	Licda. Mayra Yojana Véliz López
Vocal:	Licda. Rosa Herlinda Acevedo Nolasco de Zaldaña
Secretario:	Licda. Crista Ruiz Castillo de Juárez

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.)

DEDICATORIA

A DIOS: Todopoderoso, porque su misericordia es grande, perdonando los pecados de sus hijos; bendiciéndolos en cada momento del día, levantándolos en victoria y protegiéndolos durante toda su vida.

A MI MADRE: Este triunfo es tuyo también, gracias por el amor y apoyo incondicionales que me has dado a lo largo de toda mi existencia. Eres más que madre y padre, mi mejor amiga. La felicidad en tus ojos es la mía también.

A MI FAMILIA: Juanita[†], Manuel[†], Irma, Víctor Manuel, María Luisa, Jorge, César Augusto, Rolando[†], Elizabeth, Oscar Emilio, Alejandra Elizabeth, Gabriela, Guillermina, Elison Rafael, Edwin Geovanny y Víctor Guillermo, los tengo en el corazón.

A MIS AMIGOS: Eloísa Fernández, Julio César, Pablo Alfonso, Kelly del Pilar, Ingrid Dinora, Garxdí David, Brenda Yessenia y muy especialmente a Silvia Lissette; ¡gracias por su apoyo!

A MIS PADRINOS: Los profesionales que me brindaron amistad y confianza, me guiaron y dieron su buen ejemplo en todo momento, por lo que les estaré eternamente agradecido.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Las personas jurídicas colectivas	1
1.1. Antecedentes históricos	1
1.2. Definición	5
1.3. Naturaleza jurídica	9
1.4. Elementos	14
1.5. Características	19
1.6. Clasificación	22
1.7. Regulación legal	35

CAPÍTULO II

2. Las fundaciones	47
2.1. Antecedentes históricos	47
2.2. Definición	51
2.3. Naturaleza jurídica	57
2.4. Elementos	58
2.5. Características	60
2.6. Clasificación	62
2.7. Regulación legal	65

CAPÍTULO III

3. Las fundaciones de interés privado	71
3.1. Antecedentes históricos	71
3.2. Definición	73
3.3. Naturaleza jurídica	75
3.4. Elementos	77

CAPÍTULO IV

4. Necesidad de la existencia de las fundaciones de interés privado en Guatemala	81
4.1. Mayor flexibilidad	82
4.2. Anonimato de la persona del fundador y de los beneficiarios ..	83
4.3. Protección del patrimonio fundacional y el velo corporativo ..	84
4.4. La vinculación patrimonial y la creación de la unidad económica	86
4.5. Ventajas frente al fideicomiso	88
4.6. Creación del instrumento normativo específico	90
CONCLUSIONES	93
RECOMENDACIONES	95
ANEXO	97
BIBLIOGRAFÍA	117

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación trata la necesidad de la existencia de fundaciones de interés privado en Guatemala; buscando ser un instrumento jurídico para el desarrollo del conocimiento de profesionales y estudiantes del derecho, debido al auge de dicho tipo de instituciones a nivel internacional, sobre todo, por los fenómenos socioeconómicos como la globalización, la integración centroamericana y los tratados de libre comercio suscritos por Guatemala, recientemente.

Este tipo de personas jurídicas ya son utilizadas en varios países latinoamericanos y no existe ninguna figura doctrinaria ni legal de las mismas en Guatemala. Esta investigación produjo la definición, naturaleza jurídica, estructura y elementos de las fundaciones de interés privado y estableció si es necesaria su existencia en Guatemala; la cual espero que sirva de apoyo técnico jurídico para una correcta aplicación del derecho positivo y contribuya al conocimiento general de las personas jurídicas colectivas.

La hipótesis planteada fue: *La existencia de fundaciones de interés privado en Guatemala sí es necesaria, porque éstas permiten darle forma legal a la voluntad de las personas que pretenden conservar su patrimonio estrictamente civil, administrado por una persona jurídica.*

El objetivo general fue saber cuál es la definición, naturaleza jurídica, estructura y elementos de las fundaciones de interés privado y establecer si es

necesaria su existencia en Guatemala. Y los específicos fueron: Establecer cuáles son los antecedentes históricos, obtener la definición, la naturaleza jurídica, la estructura, los elementos, características, concretizar la creación y extinción, así como, conocer si es necesaria la existencia de las fundaciones de interés privado en Guatemala y comprobar la hipótesis formulada.

Los supuestos de la investigación que se tomaron en cuenta fueron: Actualmente no existen las fundaciones de interés privado en Guatemala, las fundaciones son legal y doctrinalmente conocidas en Guatemala como personas jurídicas colectivas, que las fundaciones son personas jurídicas de interés público, las fundaciones son personas jurídicas de derecho privado y que las fundaciones son formadas por el patrimonio de una o varias personas para alcanzar un fin.

Los métodos de investigación empleados fueron: el analítico, en el desarrollo de los primeros tres capítulos; el sintético, en el cuarto capítulo; el deductivo, en el presente informe final; el inductivo, aplicado en el desarrollo del último capítulo; el jurídico, por medio del cual hice el análisis, integración e interpretación de las instituciones jurídicas dentro del sistema normativo guatemalteco; y el histórico, al investigar el origen y evolución de las instituciones jurídicas, objeto del presente trabajo.

Las técnicas de investigación fueron de naturaleza indirecta, al desarrollarla documentalmente en libros, manuales, artículos y publicaciones en internet.

En el primer capítulo, titulado: *Las personas jurídicas colectivas*, concretamente se analizaron los antecedentes históricos y la evolución del concepto de personas jurídicas colectivas y la definición actual, las teorías que explican su naturaleza jurídica, así como cada uno de sus elementos y características, se estudiaron también las clasificaciones doctrinarias y se hizo un análisis de los artículos constitucionales y de ordenamiento ordinario civil.

En el capítulo segundo: *Las fundaciones*, se inicia como el anterior, por desarrollar de manera concreta los antecedentes históricos y evolución del concepto; se analiza la definición que actualmente la doctrina da a estas personas jurídicas colectivas, también su naturaleza jurídica, elementos y características, su clasificación doctrinal; culminando con la regulación legal de las mismas.

El tercer capítulo: *Las fundaciones de interés privado*, trata sobre los antecedentes históricos y desarrollo evolutivo de la institución, siendo francamente muy cortos por encontrarse su principal cimiento en una distorsión de la institución jurídica durante el feudalismo, siendo su definición, naturaleza jurídica, elementos y características, comprendidas en la doctrina desde 1926, al ser regulada por primera vez esta institución del derecho.

El cuarto capítulo: *Necesidad de la existencia de las fundaciones de interés privado en Guatemala*, esboza un análisis de la aplicación de esta institución jurídica en el derecho positivo guatemalteco; encontrando las consecuencias positivas y

negativas, así como a corto y largo plazo. En éste se deja constancia que la hipótesis planteada se comprobó, haciéndose una proyección de las razones que condujeron a dicha conclusión.

Por último, encontramos las conclusiones del presente trabajo de investigación, así como las recomendaciones al respecto.

CAPÍTULO I

1. Las personas jurídicas colectivas

1.1. Antecedentes históricos

Es necesario establecer un orden de planteamientos que conduzcan a formar una idea clara de la institución de derecho objeto del presente estudio *la fundación*, que consiste de forma escueta en un conjunto de personas, que se traduce en un fenómeno asociativo, que al constituirse y obtener el reconocimiento del Estado como persona jurídica, adquiere atributos que le permiten actuar como un sujeto de derecho.

El fenómeno asociativo, o sea el hecho que las personas unan sus esfuerzos para conseguir uno o varios objetivos establecidos, no es tan simple y novedoso como parece, pues este hecho es el fruto de la evolución humana, el hecho de pertenecer a un conglomerado, aportar a este distintos bienes y aprovecharse de sus frutos, significó para la humanidad un gran paso en el desarrollo de la sociedad. En esta línea de ideas, me refiero a las primeras formas de asociación conocidas en la historia, que nos llevan a los inicios de la humanidad, en la última etapa de la comunidad primitiva, los seres humanos ordenan y dividen de distintas formas todo a su alrededor, creándose la primera división de la fuerza productiva, el concepto de propiedad privada y naciendo el Estado y el Derecho, el Estado mismo es la

primera forma de asociación en la que todos participaban tanto aportando como sirviéndose de bienes (materiales o no), claro está de distintas formas.

Durante el esclavismo encontramos en distintas culturas y ordenamientos, el fenómeno asociativo entre personas comunes; es decir, fuera de la organización del Estado, cualquiera que sea su denominación, estas asociaciones con nombres y atributos distintos, pero siendo consideradas como algo importante y beneficioso para las diferentes culturas de esa forma puedo mencionar lo siguiente:

El Código de Hammurabí, contempla la existencia de varios contratos entre los hombres, de acuerdo con la licenciada Crista Ruiz Castillo de Juárez, que al respecto manifiesta: “la sociedad comercial fue corriente en Mesopotamia y tenía las características de una sociedad comandita”¹.

En el derecho romano, la calidad de persona jurídica tiene una mayor relevancia, de esa forma la mencionada autora refiere: “Con relación a las personas jurídicas, el derecho romano las considera como creación abstracta, ideal a las que el ordenamiento jurídico les reconoce cierta capacidad de derechos (propiedad, herencia, legados, donaciones, comercio, etc.). son estimadas incapaces de hecho porque no pueden obrar en cierto y determinado sentido, ejercer acciones, etc., debiendo intervenir

¹ Ruiz Castillo de Juárez, Crista. **Historia del derecho**, pág. 28.

en su nombre y en sus relaciones sociales por medio de sus representantes. Fueron reputadas como consecuencia de cierta identidad por razón de bienes comunes, fondos propios, representantes (*syndius*) y clasificadas:

- a. Estado, una colectividad política que representa el conjunto de ciudadanos, cuyos representantes necesarios son los gobernantes;
- b. *Municipia* (municipio), creados para el mejor gobierno de la ciudades conquistadas o fundadas por Roma y anexas a sus dominios;
- c. *Corporatio* (corporación), grupo de individuos a los que se concede ciertos derechos, en virtud del fin perseguido y que es la razón de su existencia; y
- d. *Hereditas* (herencia), yacente o vacante y abiertas, motivadas por el fallecimiento de la persona (causante), pero no adquiridas por las personas llamadas a gozar de ella.².

Ahora bien, desde el punto de vista de la forma, la licenciada Ruiz Castillo de Juárez al analizar los contratos consensuales del derecho romano, señala: “Los contratos consensuales se perfeccionan por el consentimiento simple de las partes: su origen es posterior al *mutuum* y

² *Ibid*, pág. 120.

pacta fiduciae pero, antes del *commodatum*, *depositum* y *pinus*. Esta clase de contratos son sinalagmáticos, perfectos e imperfectos, de buena fe y no formales... La *locatio* tiene caracteres, según el objeto... 4. *Societas* (sociedad), contrato por el cual dos o más personas se obligan a aportar sus bienes o su industria para realizar operaciones comunes y obtener ventajas para disfrutarlas en común. Es un contrato consensual, sintagmático, perfecto de buena fe y de persona escogida (*intuitu personae*).

Requisitos del contrato son el consentimiento de las partes oral, escrita o por mensajero, el aporte de cada uno de los socios (*socius*) en partes iguales o distintas, existiendo la *affectio societatis* (intención social), para realizar negocios en común y partir las ganancias. Las sociedades pueden constituirse como *societas omnium bonorum* (totalidad de bienes comunes, deudas); *societas omnium quae ex quaestae venium* (aporta de bienes y deudas); *societas unius rei alucujus negotiationes* (bancos, recolectores de impuestos); *societas reum* (aportando bienes); *societas operarum* (aporte de trabajo de los socios); *societas mixtas* (aporte de bienes y trabajo); *societas quaestruaries* (lucrativas); *societas no quaestruaries* (no lucrativas, sino deportivas, religiosas, educacionales).

Las causas de extinción de las sociedades puede ser debido al vencimiento del tiempo de constitución, cumplimiento de las condiciones,

pérdida del capital social, mutuo disenso, renuncia de uno de los socios cuando esta separación causa falta y perjuicio a los demás;”³.

En cuanto al derecho español la licenciada Ruiz Castillo de Juárez, nos refiere: “Las sociedades se instituyen siguiendo las reglas del derecho justiniano y comparándolas con las establecidas en las partidas”⁴.

Esta evolución del fenómeno asociativo que nos lleva a los principios de la humanidad, al nacimiento del Estado y el derecho, siendo el Estado la forma asociativa más antigua. Este fenómeno sigue su curso a través del tiempo, consistiendo el Código de Hammurabí el primer cuerpo legal que contiene esbozos de lo que hoy se conoce como sociedad mercantil, lo que es una forma de asociación con características especiales. El derecho romano, en cambio desarrolla de mayor forma la asociación, como persona y como contrato (elementos real y formal, es estudiare más adelante), siendo éste el antecedente de nuestro derecho civil.

1.2. Definición

Todo ser humano, al intervenir en relaciones jurídicas adquieren la calidad de *personas jurídicas*, en virtud que, no es necesario esperar que el ser humano nazca para dotarlo de una serie de derechos, los que le son

³ *Ibid*, pág. 159.

⁴ *Ibid*, pág. 184.

propios desde su concepción; sin embargo, éste, al nacer, adquiere por *ipso iure* un conjunto atributos consistentes en instituciones jurídicas (nombre, domicilio, nacionalidad, estado civil, patrimonio), concluyendo entonces en que todos somos personas jurídicas.

De ahí que algunos autores se ven en la dificultad de utilizar un término que se aplique a las personas humanas y al resultado del fenómeno asociativo, algunas al definir a la persona, dado que comienzan diciendo que persona es un *ente* con atributos que le permiten desenvolverse en las relaciones jurídicas.

A mi parecer, es correctamente utilizado el término *ente* por que da un sentido general e incluyente de todo lo que por analogía o interpretación se pueda decir que es el titular de de la personalidad jurídica, que lo hace ser partícipe de relaciones jurídicas.

De acuerdo con Guillermo Cabanellas, persona jurídica es el “Ente que, no siendo el hombre o persona natural, es susceptible de derechos y contraer obligaciones. A esta noción más bien negativa, o meramente diferenciadora de la otra especie de sujetos de derecho, de los individuos humanos, cabe agregar la nota activa de integrar siempre las personas

jurídicas un grupo social con cierta coherencia y finalidad, con estatuto jurídico peculiar.”⁵.

Para la licenciada María Luisa Beltranena Valladares de Padilla, persona “es todo ser capaz de adquirir o ejercer derechos y contraer obligaciones”⁶, así también encontramos que persona “es todo ser o entidad susceptible de figurar como término subjetivo de una relación jurídica”⁷, dentro de esta universalidad de posiciones la capacidad y la susceptibilidad que tenga el ser o ente es vital para considerarlo persona, puesto que sin ellos el *ser, ente o entidad* de la que hablan no sería mas que un objeto, una cosa que ocupa un lugar en el espacio, inerte, estático y sin vida.

Por lo que la persona, desde el punto de vista *latu sensu*, es el ser o ente dotado de características específicas, ser único, dinámico, susceptible o capaz, que participa entro de la esfera de lo jurídico a través de la manifestación de su voluntad, materializándose de dos posibles formas:

La persona humana, individual, corpórea o natural, que no necesita más explicación que ser el humano, concebido, nacido y vivo que realiza por sí o a través de otras personas actos de vida, que dentro de lo jurídico pueden determinarse como la adquisición o el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones con respecto de bienes o personas.

⁵ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, pág. 304.

⁶ Beltranena Valladares de Padilla, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**, pág. 15.

⁷ Federico Puig Peña, citado por Beltranena Valladares de Padilla. **Ob. Cit**; pág. 15.

La persona moral, colectiva, incorpórea o ficta, que es el objeto del presente estudio, siendo explicada de innumerables formas, se pueden sintetizar como el producto de la necesidad natural de los hombres de auxiliarse entre sí, unos con otros con un objetivo determinado, que el Estado guardando su calidad de ente protector y garantizando los fines del derecho, provee de bases concretas que sirven como herramientas para el cumplimiento del objeto determinado y al evolucionar, el Derecho confiere atributos al producto de esa necesidad: personalidad jurídica, capacidad, identificación, domicilio, nacionalidad y patrimonio distintos de los de sus miembros, dando vida al *ente* y permitiendo intervenir en la vida y jurídicamente adquirir y ejercitar derechos y consecuentemente cumplir obligaciones contraídas relacionadas a bienes o personas.

Para la licenciada Beltranena Valladares de Padilla persona jurídica es “el resultado de una ficción de la ley, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente.”⁸ y agrega: “Las personas jurídicas nacen por creación o autorización de la ley”⁹.

Acerca del mismo tema, Brañas expresa: “Desde el punto de vista corriente, y más generalizado, sólo existe una clase de persona: la individual (o natural o física). Desde el punto de vista jurídico, existen, además las

⁸ Beltranena Valladares de Padilla, **Ob. Cit**; pág. 53.

⁹ **Ibid.**

denominadas personas jurídicas (o sociales, morales, colectivas, abstractas). Una y otra clase de personas, son el objeto de preferente estudio en el derecho civil, aunque conviene recordar que el estudio y la regulación sistemática de las personas jurídicas no alcanzó verdadera importancia sino hasta la segunda mitad del siglo pasado. Persona individual, se dijo, es el ser humano. Producto de la actividad de éste, la persona jurídica reviste muy variadas formas o especies, como más adelante es expondrá, y su naturaleza ha sido y es objeto de amplios estudios doctrinarios.”¹⁰.

1.3. Naturaleza jurídica

Para determinar la naturaleza jurídica de las personas jurídicas colectivas es necesario citar a Brañas, para quien las teorías que considera como exponentes de puntos de vista considerables son, la teoría de la ficción legal, la teoría de la ficción doctrinal, la teoría de la realidad y la teoría conciliatoria; de esa forma el citado autor las explica:

“A) Teoría de la ficción legal. Parte del punto de vista que solo el ser humano, ente dotado de la facultad de razonar y de reflexionar, es capaz de adquirir derechos y obligaciones. En consecuencia, los derechos y obligaciones imputados a algo que no sea un varón o una mujer, están necesariamente imputados a un ser ficticio, que carece de facultad de

¹⁰ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**, pág. 27.

raciocinio. Lógicamente, al dar o reconocer el derecho la posibilidad de que ciertos entes creados por el hombre tengan también personalidad jurídica, se está ante una persona ficticia, de creación legal porque en última instancia la ley es la que otorga o admite esa nueva categoría de persona, con capacidad jurídica limitada al logro de los fines expresos que persiguen.

Esta teoría, iniciada en la Edad Media por Sinibald Fieschi (Inocencio IV) y desarrollada ampliamente por Savigny, gozó de mucho favor en el siglo pasado. En la actualidad es objeto de fuertes críticas, que condensa Castán en la siguiente forma: “Si la persona jurídica es un sujeto ficticio, ¿Por qué se le atribuyen derechos verdaderos? Decir que los derechos y el patrimonio de las personas jurídicas a un ser ficticio, es como decir que no pertenecen a nadie”.

B) Teoría de la ficción doctrinal. Bajo este rubro pueden agruparse distintos criterios, que coinciden con la teoría de la ficción legal de afirmar que sólo el hombre es persona, pero divergen al no admitir el concepto de ficción y afirmar que la persona jurídica carece de existencia natural o legal. Unos autores (criterio de los derechos sin sujeto o de los patrimonios sin dueño), consideran que la persona jurídica es un patrimonio o conjunto de derechos sin sujeto real o ficticio, sobre la base de que pueden existir derechos sin sujetos; o bien (criterio del fin), aceptándose que el sujeto de los derechos no siempre debe ser el hombre, sino también puede serlo un fin, para cuya realización ha de afectarse un patrimonio; o (criterio de la

propiedad colectiva), desechando el concepto de personalidad jurídica, para afirmar que el ser denominado persona jurídica no es más que una forma de propiedad colectiva, o sea afectación total de un bien, o de varios, a la utilidad común de los copropietarios.

Las objeciones a los diversos criterios integrantes de la teoría de la ficción doctrinal, se fundan en que los mismos dan más importancia a un bien o conjunto de bienes, o al destino de éstos, que al proceso volitivo y evolutivo que cristalizó en el concepto de asociación como una forma de la actividad humana, cuando en efecto, existen personas jurídicas cuyo objeto está más allá de los simples intereses materiales.

C) Teoría de la realidad. Los distintos criterios englobados en esta teoría hacen a un lado cualquier idea de ficción, así como el fundamento de que sólo el ser humano es persona. Afirman que las personas jurídicas tienen vida propia, y consecuentemente son sujetos de derecho.

Para algunos (criterio propiamente orgánico), la persona jurídica tiene un organismo similar al humano. Es un punto de vista puramente sociológico. Para otros (criterio psicológico o idealista), partiendo de que el derecho subjetivo está atribuido a un sujeto que es la voluntad, la persona jurídica es resultante de la unión de varias voluntades que forman una nueva voluntad. Este criterio es objetado porque separa la voluntad, de la persona; lo cual se considera inadmisibile. Hay autores (criterio de la realidad psico-

física), para quienes la persona jurídica es un ente psico-físico, que surge a la vida por la voluntad de una o varias personas y tiene un organismo propio, no semejante al del hombre, sino formado por órganos especiales. Se le critica incurrir en vaguedad al tratar de conciliar los dos criterios anteriormente expuestos. De gran trascendencia han sido las ideas de Ferrara (criterio formalista), quien se basa en el principio de que la personalidad es una creación del derecho para concluir que la persona jurídica no es un ente propiamente dicho sino una forma jurídica normativa y continente de la volición de varias personas manifestada para hacer realidad el propósito de aunar esfuerzos comunes hacia un objetivo predeterminado, o bien la voluntad de una sola persona para alcanzar un fin previsto (fundación). Si bien esta opinión ha sido objeto de gran aceptación, Castán afirma que, como doctrina de tipo formalista, elude más bien que resuelve los problemas planteados.

Con dicho autor puede afirmarse que aún no se ha llegado a una solución satisfactoria del problema que implica la naturaleza jurídica de las personas jurídicas, siendo recomendable inclinarse por las teorías conciliadoras, que toman lo más acertado de cada criterio, pero descartándose la idea de ficción que resulta antitética del derecho; y en el entendido que las tesis conciliatorias tampoco satisfacen, hasta ahora, la necesidad de una explicación concluyente del problema.”¹¹.

¹¹ **Ibid**, pág. 85.

Bajo un distinto punto de vista el autor Carlos Alberto Gherzi, señala: “La necesidad, por un lado, de dar una organización a la unión de individuos en la comunidad -Estado- y por otro de autorizar la asociación de esfuerzos en conjunto de personas para el logro de fines comunes -sociedades civiles y comerciales- obliga la creación ficta de personas jurídicas de existencia ideal a imagen y semejanza de las personas de existencia física.

Estas organizaciones (Estado nacional, las provincias, la Iglesia, las fundaciones, las sociedades anónimas, etc.) son revestidas -al igual que la persona humana- de la personalidad por el ordenamiento jurídico, para su nacimiento, desarrollo y fin de su existencia.

De esta forma, estas personas jurídicas son entes ideales, es decir abstractos, desprovistos de existencia material, aún cuando integradas por personas humanas, son en consecuencia entes o esferas de imputación, creados por la ley, susceptibles de adquirir derechos y obligaciones.”¹².

Concuerdo con Ferrara, citado por Brañas, al decir que las personas jurídicas colectivas son el producto de la necesidad de ayuda de los seres humanos en la consecución de un fin determinado.

¹² Gherzi, Carlos Alberto. **Derecho civil, parte general**, pág. 217.

1.4. Elementos

Al respecto, en su obra, Ghersi dice: “La persona jurídica -con independencia de su clase o característica- debe poseer un patrimonio para su subsistencia y un objeto para su desarrollo y como soporte, por lo menos dos sujetos de derecho... En cuanto al patrimonio se trata de cualquier cosa -material o inmaterial- o derecho.

Lo atinente al objeto debe reunir las siguientes condiciones: a) ser posible fáctica y jurídicamente (no constituir una persona jurídica con el objeto de tocar el cielo con las manos o para hipotecar bienes muebles, tales como biromes, pues el ordenamiento legal no posee institucionalizada esta figura para ese fin); b) debe ser lícito, se trata de un supuesto distinto al anterior, aquí se apunta a que el ordenamiento jurídico no prohíba determinado objeto social (constituir una persona jurídica para realizar contrabando).

Por último, lo relacionado a la conjunción de por lo menos dos sujetos de derecho -es decir dos personas jurídicas de existencia física o visible-, ya que las personas jurídicas de existencia ideal surgen como consecuencia de unidad de voluntades, de allí que por lo menos deban ser dos.”¹³ . Hemos de notar que el citado autor se refiere al producto del fenómeno asociativo como *personas jurídicas de existencia ideal*, esta

¹³ *Ibid*, pág. 219.

puede ser tomada en cuenta como otra denominación de las personas jurídicas colectivas, en virtud que el código civil español así les denomina.

Como todo lo que denominamos institución dentro de la ciencia del derecho, las personas jurídicas colectivas tienen elementos subjetivos, objetivos o materiales y formales, estos últimos muy variables.

El elemento subjetivo, consiste en las personas humanas que intervienen en las personas jurídicas colectivas, es decir el conjunto de sujetos en donde se desarrolla el fenómeno asociativo, quienes proponen la creación del ente, quienes en verdad tienen un objeto en común que perseguir, hacen una innumerable serie de aportes, aporta su tiempo, colaboración, bienes, incluso hasta parte de su nombre o sus apellidos.

El elemento subjetivo debe ser enumerado de acuerdo a la fase del proceso de creación, funcionamiento o disolución de las diferentes clases de personas jurídicas, por ejemplo en el momento de la creación se encuentran las personas descritas en el párrafo anterior, estos suele llamárseles fundadores, socios fundadores o creadores, puede ser una sola persona o varias personas, una sola persona en el caso, por ejemplo de una fundación post mortem, o varias personas cuando se trata de asociaciones, comités o incluso pueden ser varias personas jurídicas colectivas las que promuevan y sean parte de otra persona jurídica colectiva, en el caso de las sociedades mercantiles y los consorcios o multinacionales o las sociedades de

inversión. Es tan grande el universo de las personas jurídicas colectivas y en tantos los ámbitos en que se emplean las mismas que no es posible referirse específicamente de este elemento sin incurrir en generalidades.

Dentro del elemento objetivo se encuentran distintos puntos que son:

- **Objeto de la persona jurídica colectiva**, determina el ámbito en que deberán delimitarse las actuaciones del nuevo ente, una vez constituido, es el conjunto de actividades que deberá ejecutar el nuevo ente para lograr el cumplimiento de los deseos de los sujetos que lo forman, por ejemplo, *compraventa de todo tipo de bienes, prestación de servicios en general, participar en el mercado de bienes raíces o captar financiamiento y administrar los fondos para la remodelación de un parque, etc.*
- **Fines de la persona jurídica colectiva**, identifica el sentido de la creación de nuevo ente, de acuerdo a esto las personas jurídicas colectivas son con fines lucrativos o sin fines lucrativos.
- **Plazo de la persona jurídica colectiva**, es determinante para la consecución de su objeto, en Guatemala, denominado indistintamente como plazo, duración o vigencia, se pueden

constituir a plazo fijo o indeterminado y éste debe señalarse expresamente en el instrumento de constitución.

▪ **Determinación con respecto a los atributos de la personalidad jurídica de la persona jurídica colectiva:**

- **Identificación**, al igual que los seres humanos al nacer tenemos derecho a que se nos atribuya un nombre para identificarnos y diferenciarnos de los demás, es necesario y obligatorio que las personas jurídicas colectivas tengan una razón o denominación con la que se identifiquen y diferencien de otras.
- **Domicilio**, en virtud que las personas jurídicas colectivas, ejercen derechos y cumplen obligaciones, para la realización de estas dos actividades es necesario que se fije un lugar determinado y de público conocimiento con el fin de que cualquier persona pueda hacer valer sus derechos o cumplir sus obligaciones frente a esta.
- **Nacionalidad**, esto quiere decir que se establezca el Estado en que la persona jurídica tendrá sus oficinas centrales, el lugar donde su administración general estará situada, por ejemplo, en Guatemala existen disposiciones específicas

para el reconocimiento de la personalidad jurídica de una persona jurídica colectiva de origen extranjero, sea lucrativa o no, en virtud de proteger a terceros de posibles daños que sufran por culpa de éstas, exigiendo la presencia de un mandatario y la prestación de fianza que garantice el cumplimiento de ciertas obligaciones.

- **Aportaciones de tipo patrimonial a favor de la persona jurídica colectiva**, para que realice su objeto y cumpla sus fines, es necesaria la aportación patrimonial de los integrantes del fenómeno asociativo, ese debe ser acorde a la realidad y el medio en que se desenvolverá el nuevo ente. De ser comercial existen disposiciones específicas para casos especiales con respecto al monto mínimo de capital fundacional, por ejemplo, las entidades bancarias, aseguradoras y afianzadoras, para las civiles no hay regulación; sin embargo, se acude al sentido común.

El elemento formal consiste en el instrumento de constitución, denominado de varias formas: estatutos, instrumento estatutario, escritura de constitución, escritura constitutiva, etc. Es el medio por el que se materializa la voluntad de las personas que forma parte del fenómeno asociativo, es decir, se plasman en un medio físico los deseos de las personas cuyas necesidades satisfará el nuevo ente, donde se hacen constar los elementos subjetivos y objetivos.

Consiste primeramente, como ya indiqué, en un documento en el que se plasman los deseos de los sujetos integrantes del ente, seguido de un proceso por el que el Estado reconoce la existencia del nuevo ser, dotándolo de personalidad jurídica, consecuentemente haciéndolo capaz para ser sujeto de derechos y obligaciones, determinando la denominación o razón con la que se identifica e individualiza en sus relaciones, en el caso de ser el primer Estado que reconoce su existencia se convierte éste en el país de origen del nuevo ente y, por último, se establece el patrimonio, la forma de aportación del mismo, el procedimiento de liquidación y disolución de la persona jurídica colectiva y las razones de las mismas.

1.5. Características

Dentro de las principales características de las personas jurídicas colectivas están, los atributos de la personalidad jurídica de éstas, es decir los que le son inherentes, distintos de los propios de los sujetos que la integran, su personalidad jurídica, su capacidad, su identificación, su domicilio, su nacionalidad y su patrimonio.

Con respecto a la personalidad jurídica propia de las personas jurídicas colectivas, Ghersi indica: “Señalamos que para la conformación de una persona jurídica de existencia ficta o ideal es necesario, por lo menos, dos sujetos de derechos preexistentes o personas jurídicas de existencia real o física, de allí que sea necesario establecer cuál es la relación entre el

ente creado y los miembros... Este principio de personalidad diferenciada es la característica esencial, así por ejemplo una cosa es Carlos García como miembro de una sociedad y otra cosa es Carlos García Sociedad Anónima, es decir el ente social y persona jurídica de existencia ideal; quien desee demandar a García -persona jurídica de existencia real- debe hacerlo a su domicilio real y no al constituido para la sociedad.

De esta forma, los derechos y obligaciones de la sociedad o persona jurídica de existencia ideal son propias de éstas, al igual que cada uno de los socios en sus relaciones particulares.”¹⁴.

En el caso de la capacidad y consecuentemente la representación para hacer uso de esa capacidad Ghersi manifiesta: “Concedida su personalidad jurídica se hallan en aptitud de adquirir derechos y contraer obligaciones para sí, con independencia de sus integrantes... lo relacionado a su capacidad, dependiendo ésta de dos factores: a) de la ley, y b) del contrato social fundante o estatuto y sus modificaciones.

Una de las características esenciales de esta tipología de personas jurídicas es que el estatuto constituye la ley particular de su creación y establece su naturaleza, objeto y capacidad; sus representantes y su forma de accionar para la sociedad y frente a terceros, etcétera... Siendo las

¹⁴ **Ibid**, pág. 221.

personas jurídicas de existencia ideal, creación del legislador, carecen como las personas jurídicas de existencia real de razón o razonabilidad y de voluntad necesarios para el ejercicio por sí de los derechos concedidos, es decir, tienen, ipso facto, desde su creación, capacidad de derecho (igual que las personas humanas nacidas con vida y transformadas en personas jurídicas), pero carecen de posibilidad de ejercer el poder o capacidad de hecho.

Esta incapacidad de obra por sí, es suplida mediante personas jurídicas de existencia real, a quienes les otorgan su representación y son éstos los únicos que puede actuar por la entidad, es decir adquirir derechos y contraer obligaciones... Aún cuando parezca redundante, es necesario insistir que cualquier acto emanado de un miembro, que no tenga esta representación, no se atribuye a la persona jurídica ideal.

Estos representantes pueden emanar del estatuto o contrato fundante, o pueden ser designados a posteriori, según el procedimiento establecido en aquéllos para su elección (en acto de asamblea o por los miembros del directorio, etcétera). Puede recaer en un miembro de la misma entidad o en un tercero y, obviamente, puede ser unipersonal o pluripersonal... La doctrina moderna se inclina, en materia de representación de personas jurídicas de existencia ideal, hacia la teoría de los órganos, es decir establecer tres órganos en estos entes sociales a modo de suplir las mismas aptitudes que tiene el ser humano; una deliberativa, que estaría

representada por la asamblea; otra, la ejecutiva que se compone de un directorio (con una subdivisión interna: por un lado el directorio, en sí de composición plural -pero como órgano de ejecutividad- y un presidente que actúa como representante) y, por último el órgano de control, encargado en un consejo de vigilancia o síndicos y otras figuras que incluso pueden actuar indistinta o conjuntamente.”¹⁵ .

1.6. Clasificación

La clasificación de las personas jurídicas se puede establecer legal y doctrinalmente.

De esa forma el Código Civil, en su Artículo 15 reformados los incisos 2 y 4 por el Artículo 2 del Decreto Ley 218 del Jefe del Gobierno de la República, al enumerar a las personas jurídicas les da una peculiar clasificación:

- En el numeral uno (1.) se encuentran las personas jurídicas de derecho público:
 - El Estado
 - Las municipalidades
 - Las iglesias de todos los cultos

¹⁵ **Ibid**, pág. 229.

- La Universidad de San Carlos
 - Las demás instituciones de derecho público, creadas o reconocidas por la ley.
- En el numeral (2.) se encuentran las personas jurídicas de derecho privado de interés público:
- Las fundaciones
 - Las demás entidades de interés público creadas o reconocidas por la ley

Cabe hacer una anotación del numeral anterior el cual fue reformado como ya se dijo, ya que como fue concebido originalmente se incluían *los establecimientos de asistencia social*, produciendo una contradicción con el numeral tres (3.) que los incluyen dentro de las de interés privado.

- En el inciso tres (3.) se encuentran las personas jurídicas de derecho privado y de interés privado pero sin finalidades lucrativas, enumerando mayormente el fin que persigan dichas personas jurídicas:
- Las asociaciones sin finalidades lucrativas, que se proponen promover, ejercer y proteger sus intereses sindicales,

políticos, económicos, religiosos, sociales, culturales, profesionales o de cualquier otro orden, cuya constitución fuere debidamente aprobada por la autoridad respectiva

- Los patronatos y los comités para obras de recreo, utilidad o beneficio social creados o autorizados por la autoridad correspondiente, se consideran también como asociaciones

- En el inciso cuatro (4.) se encuentran las personas jurídicas de derecho privado y de interés privado pero sin finalidades lucrativas:
 - Las sociedades
 - Los consorcios
 - Cualesquiera otras con fines lucrativos que permitan las leyes

En el texto original se enumeraban también *las empresas* dentro de este tipo de personas jurídicas, contraviniendo la naturaleza jurídica de la empresa, siendo ésta un bien mueble, incluso posteriormente al crearse el Código de Comercio de Guatemala, se tuvo mucho cuidado en dejar clara dicha circunstancia en el Artículo 655 de dicho cuerpo legal.

A manera de conclusión de la anterior clasificación legal entendemos que existen personas jurídicas:

- De derecho público y de derecho privado
- De interés público y de interés privado
- Sin fines de lucro y con fines lucrativos

La doctrina tiene varias clasificaciones para el encuadramiento de las personas jurídicas siendo las más importantes las siguientes:

Para la licenciada Beltranena Valladares de Padilla, hay dos criterios para clasificar a las personas jurídicas, por su forma de constitución y por el fin u objetivo que persiguen:

- Por la forma de constitución:
 - Tipo asociacional
 - Estado
 - Municipalidades
 - Instituciones de derecho público
 - Tipo fundacional
 - Fundaciones
- Por el fin u objetivo que persiguen
 - Necesarias o de derecho público

- Estado
- Municipalidades
- Instituciones de derecho público
- Voluntarias o de interés privado
 - Asociaciones
 - Sociedades
 - Corporaciones
 - Consorcios
 - Fundaciones

Diego Espín Cánovas, clasifica a las personas jurídicas colectivas conforme a su estructura y a su encuadramiento en el Estado, de la siguiente forma:

- Por su estructura, de acuerdo al sustratum de las personas jurídicas:
 - De tipo corporativo
 - De tipo institucional
- Por su encuadramiento en el Estado
 - Públicas
 - Privadas

De manera personal puedo decir que las personas jurídicas colectivas pueden clasificarse de la siguiente forma:

- De derecho público, estando dentro de éstos, en virtud de ser parte entes con caracteres creados, organizadas y controladas o fiscalizadas por ley, a través de los órganos preestablecidos, cuyos actos son de conocimiento público, patrimonio originario del Estado y cuya existencia es necesaria para la correcta aplicación de la ley
 - El Estado (Artículo 15 Código Civil)
 - Las municipalidades (Artículo 15 Código Civil)
 - Las iglesias (Artículo 15 Código Civil)
 - La Universidad de San Carlos de Guatemala (Artículo 15 Código Civil y Artículo 82 Constitución Política de la República de Guatemala)
 - Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala (Artículo 92 Constitución Política de la República de Guatemala)
 - Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (Artículo 100 Constitución Política de la República de Guatemala)

- De derecho privado, por haber sido creadas por la voluntad de una o más personas individuales y particulares, cuyo objeto y finalidad, así como la forma de representación legal, la disolución y su funcionamiento en general, está contenido en el documento de su

constitución y a falta de este con en el caso que sea insuficiente o debido al paso del tiempo y evolución de procedimientos o instituciones no permita aplicarse dicho documento constitutivo deben aplicarse supletoriamente y en tanto no contraríen la sustancia del mismo las leyes específicas para cada caso.

De esa cuenta debemos clasificar a las personas jurídicas colectivas de derecho privado de acuerdo al interés (visto el término como el fin y objeto de la persona jurídica al momento de su constitución), que pueden ser:

- De interés público, de acuerdo con Cabanellas, el interés público es “la utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos.”¹⁶, en ese caso pueden mencionarse:
 - Las fundaciones
- De interés privado, de lo que Cabanellas dice “la conveniencia individual de una persona frente a otra. El bien de los particulares contrapuesto al de la colectividad, al social, al del Estado como persona de Derecho Público”¹⁷. Y finalmente estas personas

¹⁶ Cabanellas de Torres, **Ob. Cit**; pág. 210.

¹⁷ **Ibid.**

jurídicas, a su vez se clasifican en cuanto al ánimo de decepción de ganancias:

- No lucrativas, para Cabanellas lucro es ganancia, provecho, utilidad o beneficio que se obtiene de alguna cosa, por lo tanto el hecho de no ser lucrativas no significa que no perciban algún tipo de ingreso, sino que estas personas jurídicas dentro de su objeto y fines no están configurados el acrecentamiento de su patrimonio, dentro de las cuales se encuentran:

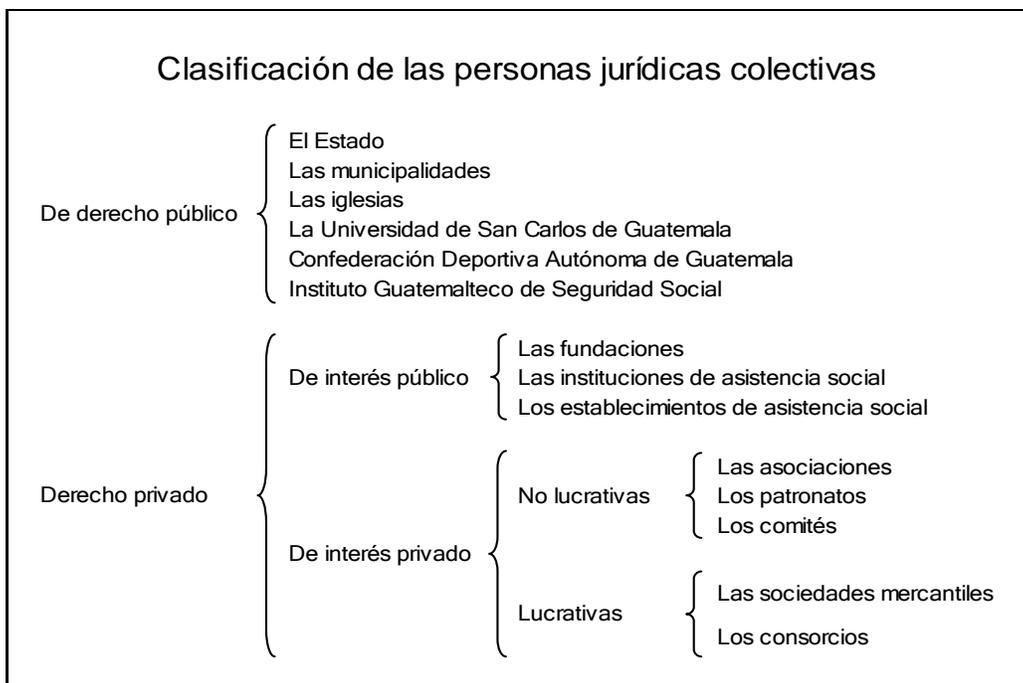
- Las asociaciones (sindicales, políticas, religiosas, sociales, culturales, profesionales)
- Los patronatos
- Los comités (obras de recreo, de utilidad o de beneficio social)

Los dos últimos considerados también como asociaciones.

- Lucrativas, como ya explique anteriormente, cuando el objeto de la misma es el acrecentar el patrimonio de la persona jurídica y consecuentemente el de las personas humanas que han contribuido con esta de forma directa.

- Las sociedades mercantiles (Artículo 15 Código Civil y 3 del Código de Comercio de Guatemala)
- Los consorcios

De lo expuesto con anterioridad puedo ofrecer la siguiente gráfica, con el objeto de hacer más clara mi exposición.



De lo anteriormente expuesto y como un complemento doctrinal, adjunto literalmente algunas de las definiciones los conceptos de las personas jurídicas mencionadas, extraídas del Diccionario de derecho usual de Guillermo Cabanellas.

- **Asociación.** Acción o efecto de de aunar actividades o esfuerzos. Colaboración. Unión. Junta. Reunión. Compañía. Sociedad. Relación que una a los hombres en grupos y entidades organizadas; donde al simple contacto, conocimiento o coincidencia, se agrega un propósito, más o menos duradero, de proceder unidos para uno o más objetos. Entidad que, con estructura administrativa, persigue un fin común.

Los principales significados del vocablo asociación, dentro del derecho, son los correspondientes al derecho de asociación, que corresponde al derecho político, en lo referente en general a las asociaciones profesionales, culturales, religiosas y otras no lucrativas; y como sociedad o compañía: organización que persigue la ganancia, para distribuirla entre los socios (cuyo número está limitado o restringido, a diferencia de la tendencia expansiva de las otras); y perteneciente en su regulación a los derecho civil y mercantil.

- **Asociación civil.** La regida por la ley de asociaciones, destinada a los organismos colectivos sin fines lucrativos. Más estrictamente, la que no es religiosa (como las ordenes de cualquiera religión) ni profesional (cual los sindicatos), no oficial (la creada o sostenida por el poder público, y con regulación especial); o sea, la de índole cultural, artístico, científico, deportivo, altruista, etc.

- **Comité.** Comisión o grupo de personas nombradas para una tarea o gestión, por lo común transitoria, de carácter administrativo, consultivo, judicial, político, parlamentario.

- **Comité de empresa.** Organismo representativo de trabajadores, ante la dirección de la empresa, cuando ésta emplee por lo menos cierto número de trabajadores (cincuenta en la legislación francesa) y cuyas principales funciones son; a) organizar la cooperación entre el personal y la dirección; b) conciliar la autoridad de los empresario y los derechos de los trabajadores a participar en la marcha de la empresa; c) informar sobre la administración, desenvolvimiento y organización del establecimiento; d) sugerir beneficios para el personal y estudiar su mejor aprovechamiento; e) opinar sobre aumentos de precios; f) iniciativa para incrementar la producción y el rendimiento.

- **Comité permanente de arreglo.** Estos comités han sido establecidos por los Códigos de Trabajo de Guatemala y Panamá. Deben intentar de manera cortés o atenta resolver las diferencias con los patronos, llevando la representación de los trabajadores y exponiendo sus quejas o solicitudes.

- **Compañía.** Contrato consensual por el cual dos o más personas ponen en común bienes, industria o alguna de estas cosas, con el fin de obtener un provecho o ganancia y repartirse las utilidades.

- **Consortio.** Forma de asociación en que dos o más empresas se reúnen para actuar unidas, bajo una misma dirección y reglas comunes aunque conservando su personalidad e independencia jurídicas.

- **Entidad.** Los que integra la esencia o forma de una cosa. Ser o ente. Valor o trascendencia de las cosas. Colectividad, institución, establecimiento, agrupación o empresa. Para el derecho, entidad es la persona sea individual o colectiva, y más generalmente una sociedad o corporación.

- **Establecimiento.** Fundación, institución, creación, erección de un centro de enseñanza, de beneficencia y oro de diversa finalidad, ya cultural, filantrópica, recreativa, patriótica, etc. En derecho mercantil, casa de comercio, tienda o lugar donde los comerciantes desenvuelven sus actividades características. Cosa o casa fundada o establecida.

- **Fundación.** Construcción de establecimientos benéficos o de educación. Principio, origen, implantación de una cosa. Institución

de mayorazgo, universidad y otra pía, con designación de un fin, determinación de sus estatutos y dotación de rentas.

- **Institución.** Establecimiento, fundación, creación, erección. Lo fundado o establecido, cada una de las organizaciones principales de un Estado.

- **Patronato.** Corporación o entidad compuesta por patronos. Fundación de una obra pía. Obligación de cumplir con algunas obras piadosas aquellas personas designadas por el fundador. Administrativamente, se da el nombre de patronatos a numerosas juntas, comisiones y otros organismos encargados de intervenir o fiscalizar aspectos diversos de la vida pública, ya con carácter oficial o privado; y así hay tanto patronato de penados como patronado de leprosos, ente muchos otros.

- **Sociedad mercantil.** Asociación de personas y bienes o industria, para obtener lucro en una actividad comercial. La sociales mercantil, caracterizada como persona jurídica, constituye el comerciante social o colectivo; y reviste multitud de formas, de las cuales las más frecuentes son la sociedad colectiva, la anónima, la comanditaria, la de responsabilidad limitada, la de capital e industria, analizadas en las respectivas voces.

1.7. Regulación legal

Con respecto de la regulación legal de las personas jurídicas colectivas debo iniciar diciendo que todas las normas jurídicas son emitidas con el objeto de señalar derechos y obligaciones de las personas, las personas humanas, éstas son objeto de regulación, su actividad y la exteriorización de su voluntad, dentro de esas normas se encuentran algunas destinadas al fenómeno asociativo, es decir la creación, modificación, explotación y extinción de las personas jurídicas colectivas, dentro de las cuales puedo mencionar a grosso modo, la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código Civil, el Código de Comercio de Guatemala, el Código Procesal Civil y Mercantil, el Código de Notariado, entre las más importantes, no así normativas legales que contienen elementos específicos para personas jurídicas colectivas especiales como Ley General de Cooperativas, Ley del Registro de Asociaciones Civiles, Ley de Almacenes Generales de Depósito, Ley de Bancos y Grupos Financieros, Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Ley de Empresas Campesinas Asociativas, Ley de Organizaciones no Gubernamentales para el Desarrollo, Ley de Protección al Consumidor y Usuario, Ley de Sociedades Financieras Privadas, Ley de Zonas Francas, el Decreto Ley 473 (cuerpo normativo que regula a las empresas de seguros) y Ley del Mercado de Valores y Mercancías.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, encontramos algunos artículos referentes a instituciones a las que les otorga desde esta normativa, la calidad de personas jurídicas colectivas al reconocer su personalidad jurídica propia, cabe recordar que la mayoría de estas instituciones son de derecho público, de los que más adelante traslado las partes conducentes de dichos artículos, siendo el resultado propio.

- **Artículo 37. Personalidad jurídica de las iglesias.** *Se reconoce la personalidad jurídica de la Iglesia Católica. Las otras iglesias, cultos, entidades y asociaciones de carácter religioso obtendrán el reconocimiento de su personalidad jurídica conforme las reglas de su institución y el Gobierno no podrá negarlo si no fuese por razones de orden público...*

- **Artículo 79. Enseñanza agropecuaria.** *Se declara de interés nacional el estudio, aprendizaje, explotación, comercialización e industrialización agropecuaria. Se crea como entidad descentralizada, autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propio, la Escuela Nacional Central de Agricultura; debe organizar, dirigir y desarrollar los planes de estudio agropecuario y forestal de la Nación a nivel de enseñanza media; y se regirá por su propia ley orgánica, correspondiéndole una asignación no menor del cinco por ciento del presupuesto ordinario del Ministerio de Agricultura.*

- **Artículo 82. Autonomía de la Universidad de San Carlos de Guatemala.** *La Universidad de San Carlos de Guatemala, es una institución autónoma con personalidad jurídica. En su carácter de única universidad estatal le corresponde con exclusividad dirigir, organizar y desarrollar la educación superior del Estado y la educación profesional universitaria estatal, así como la difusión de la cultura en todas sus manifestaciones. Promoverá por todos los medios a su alcance la investigación en todas las esferas del saber humano y cooperará al estudio y solución de los problemas nacionales...*

- **Artículo 85. Universidades privadas.** *A las universidades privadas, que son instituciones independientes, les corresponde organizar y desarrollar la educación superior privada de la Nación, con el fin de contribuir a la formación profesional, a la investigación científica, a la difusión de la cultura y al estudio y solución de los problemas nacionales. / Desde que sea autorizado el funcionamiento de una universidad privada, tendrá personalidad jurídica y libertad para crear sus facultades e institutos, desarrollar sus actividades académicas y docentes, así como para el desenvolvimiento de sus planes y programas de estudio.*

- **Artículo 90. Colegiación profesional.** *La colegiación de los profesionales universitarios es obligatoria y tendrá por fines la*

superación moral, científica, técnica y material de las profesiones universitarias y el control de su ejercicio. / Los colegios profesionales, como asociaciones gremiales con personalidad jurídica, funcionarán de conformidad con la Ley de Colegiación Profesional obligatoria y los estatutos de cada colegio se aprobarán con independencia de las universidades de las que fueren egresados sus miembros...

- **Artículo 92. Autonomía del deporte.** *Se reconoce y garantiza la autonomía del deporte federado a través de sus organismos rectores, Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala y Comité Olímpico Guatemalteco, que tienen personalidad jurídica y patrimonio propio, quedando exonerados de toda clase de impuestos y arbitrios.*

- **Artículo 100. Seguridad social.** *El Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación. Su régimen se instituye como función pública, en forma nacional, unitaria y obligatoria. / El Estado, los empleadores y los trabajadores cubiertos por el régimen, con la única excepción de lo preceptuado por el artículo 88 de esta Constitución, tienen obligación de contribuir a financiar dicho régimen y derecho a participar en su dirección, procurando su mejoramiento progresivo. / La aplicación del régimen de seguridad social corresponde al*

Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que es una entidad autónoma con personalidad jurídica, patrimonio y funciones propias; goza de exoneración total de impuestos, contribuciones y arbitrios, establecidos o por establecerse. El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social debe participar con las instituciones de salud en forma coordinada...

Por su parte, el Código Civil, regula las personas jurídicas colectivas de derecho privado, dedicando el Capítulo II del Título I de su Libro I, del que hago la siguiente referencia.

- El Artículo 15, enumera las personas jurídicas colectivas de manera general pero delimitando la esfera de acción.
- El Artículo 16, materializa el sustractum de las personas jurídicas estableciendo: *La persona jurídica forma una entidad civil distinta de sus miembros individualmente considerados; puede ejercitar todos los derechos y contraer las obligaciones que sean necesarios para realizar sus fines...*
- El mismo artículo señala las formas de representación de las personas jurídicas colectivas: *... y será representada por la persona u órgano que designe la ley, las reglas de su institución, sus estatutos o reglamentos, o la escritura social.*

- El Artículo 17, aclara la situación de las iglesias y su patrimonio, así como el destino que debe tener éste: *Las iglesias son capaces para adquirir y poseer bienes y disponer de ellos, siempre que los destinen exclusivamente a fines religiosos, de asistencia social o a la educación. Su personaría se determina por las reglas de su institución.*
- El Artículo 18, determina donde se encuentra establecida la regulación de la personalidad y la capacidad de las personas jurídicas colectivas de interés público: *Las instituciones, los establecimientos de asistencia social y demás entidades de interés público, regulan su capacidad civil por las leyes que las hayan creado o reconocido.*

En la segunda parte, lo referente al mismo tema, las de interés privado, con fines no lucrativos, aunque no lo determine taxativamente; sin embargo, al ser unas de interés público, lógicamente las hayan sido excluidas de esas deben ser de interés privado, así como el contenido de la otra mitad del artículo que se refiere más a las constituidas entre particulares, estableciendo: *y las asociaciones por las reglas de su institución, cuando no hubieren sido creadas por el Estado. La personalidad jurídica de las asociaciones civiles es efecto del acto de su inscripción en el registro del municipio donde se constituyan.*

Al final del artículo, establece lo relativo a la nulidad o anulabilidad de instrumento constitutivo: *El acto de su inscripción no convalida las disposiciones de sus estatutos que adolezcan de nulidad o que sean anulables. La acción correspondiente podrá ejercitarse por quien tenga interés en el asunto o por la Procuraduría General de la Nación., y por último a la emisión de un reglamento de inscripción de personas jurídicas colectivas, El Organismo Ejecutivo deberá emitir en un plazo no mayor de tres meses después de la entrada en vigencia de la presente ley, el reglamento que norme y establezca los requisitos de inscripción ante el Registro Civil.*

- El Artículo 19, determina donde se encuentra establecida la regulación de la personalidad y la capacidad de las personas jurídicas colectivas de interés privado con fines lucrativos, de la forma siguiente: *Las personas jurídicas a que se refiere el inciso 4º del Artículo 15, quedan sujetas a lo convenido en su escritura constitutiva o en sus estatutos debidamente aprobados por la autoridad que corresponda.*

- Los Artículos 20, 21 y 22 contienen normas aplicables específicamente a las fundaciones, lo cual prefiero analizar en el segundo capítulo el presente informe.

- El Artículo 23, trata sobre todo de aquellas personas jurídicas colectivas, que hayan efectuado distintos tipos de actividades que conlleven la recaudación económica del público, determinando su responsabilidad sobre los montos recaudados y en el caso de no llevarse a cabo el objeto de la recaudación qué deben hacer con la misma. *Quienes integren uniones, asociaciones o comités que se propongan llevar a cabo fines de socorro o de beneficencia u obras públicas, monumentos, exposiciones, festejos, y similares, cuando no tengan personalidad jurídica, son responsables solidariamente de los fondos que recauden y de su inversión en la finalidad anunciada. Cuando ésta no se haya realizado, los fondos recogidos serán destinados mediante disposición de la autoridad, a fines de asistencia social.*

- El Artículo 24, por su parte, establece la responsabilidad civil de las personas jurídicas colectivas, para el pago de daños y perjuicios: *Las personas jurídicas son civilmente responsables de los actos de sus representantes que en el ejercicio de sus funciones perjudiquen a tercero, o cuando violen la ley o no la cumplan; quedando a salvo la acción que proceda contra los autores del daño, dejando libre la acción contra los autores de los hechos que causen dichos efectos, lo que nos lleva al Artículo 38 del Código Penal que dice: Responsabilidad penal de personas jurídicas. En lo relativo a personas jurídicas se tendrá como responsables de los delitos*

respectivos a directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas, que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiere realizado éste y serán sancionados con las mismas penas señaladas en este Código para las personas individuales.

- En los Artículos 25, 26 y 27 encontramos lo relativo a la disolución y extinción de las asociaciones, el que es aplicado supletoriamente para las demás clases de personas jurídicas colectivas de derecho privado, de interés privado sin fines de lucro, el Artículo 25, dicta las causas de disolución:
 - Por la voluntad de la mayoría de sus miembros
 - Por las causas que determinen sus estatutos
 - Por acuerdo de la autoridad respectiva, a pedido de la Procuraduría General de la Nación, al comprobarse que sus actividades son contrarias a la ley y al orden público.

- El Artículo 26, lo relativo al patrimonio de la asociación disuelta:
 - Los bienes que le pertenezcan tendrán el destino previsto en sus estatutos; y

- Si nada se hubiere dispuesto, serán considerados como bienes vacantes y aplicados a los objetos que determine la autoridad que acuerde la disolución.

- El Artículo 27, lo relativo a las obligaciones que haya contraído la persona jurídica disuelta antes de haberse cumplido con ellas: *La extinción de la persona jurídica no la exime de las responsabilidades que hubiere dejado pendientes; y no cesará la representación de las personas que la hayan tenido, sino hasta que estén fenecidos los asuntos relacionados con dicha persona jurídica.*

- En los Artículos 28, 29 y 30, se encuentran reguladas las personas jurídicas extranjeras, éstas son las que han sido constituidas en otro país y desean que su calidad de personas jurídicas colectivas sea reconocida por el Estado de Guatemala, para lo que debe cumplir con requisitos extraordinarios cuyo objeto es proteger a tercero y al Estado por el ejercicio de su capacidad jurídica en el Estado. De esa forma el Artículo 28, establece: *Las compañías o asociaciones legalmente constituidas en el extranjero, podrán establecerse en el país o tener en él agencias o sucursales, previa autorización del Ejecutivo;* el Artículo 29: *No se dará la autorización a que se refiere el Artículo anterior, sin que la compañía o asociación compruebe legalmente estar constituida y autorizada con arreglo a las leyes del país de su domicilio; que por su constitución y fines no se opongan a*

las leyes de la República y que ha nombrado mandatario expensado y arraigado con todas las facultades generales y especiales que la ley exige para responder de los negocios judiciales y extrajudiciales que se relacionen con la compañía o asociación. Si el apoderado no tuviere todas estas facultades, se le considerará investido de ellas, por ministerio de la ley; el Artículo 30: Las compañías o asociaciones extranjeras que tengan negocios en la República, están obligadas: 1. A establecer agencias o sucursales que atiendan dichos negocios; 2. A tener contabilidad, en forma legal y escrita en español, en que consten las operaciones o negocios que verificaren en el país; y 3. A someterse a las leyes y tribunales de la para la decisión de las cuestiones judiciales a que den lugar los negocios de la agencia o sucursal; el Artículo 31: Las compañías o asociaciones extranjeras, establecidas en Guatemala y las sucursales y agencias extranjeras que infrinjan las prescripciones contenidas en el artículo anterior, podrán ser clausuradas por la autoridad administrativa, sin perjuicio de hacer efectivas las responsabilidades en que hubieren incurrido con ocasión de sus actividades.

- Al final del Artículo 31, se establece lo relativo a las personas jurídicas colectivas extranjeras de interés público: *Las fundaciones, instituciones, establecimientos de asistencia social y asociaciones cuyas finalidades sean de interés público, estarán sometidas a la*

vigilancia del Estado. Dichas entidades y las sociedades por acciones, podrán también ser intervenidas por el Ejecutivo cuando el interés o el orden público lo requieran.

CAPÍTULO II

2. Las fundaciones

2.1. Antecedentes históricos

En el capítulo anterior el objeto de estudio es el fenómeno asociativo, en virtud de ser éste la razón vital del que nace a la vida jurídica la persona jurídica colectiva, género del que es especie la fundación en Guatemala, en el presente capítulo es necesario conocer el fenómeno fundacional; es decir, el inicio o fuente de las fundaciones.

El derecho romano aceptó la creación de las fundaciones, pero no reconocía su personalidad jurídica propia, por lo que consistía en una simple donación de bienes para un determinado objeto, y de acuerdo con algunos autores debía hacerse una mezcla entre la fundación y el fideicomiso para lograr la consecución del objeto del donante, los fines eran educativos y de instrucción, incluso hay quienes piensan que la primera fundación fue creada por Platón, al crear la Academia en terrenos donados.

Durante la edad media, en el seno del período feudal y dentro del derecho canónico, surgen las fundaciones con personalidad jurídica propia, denominadas *pía causa* o *pía corpora*, en las que se designaban bienes para ser administrados a beneficio de personas necesitadas, lo común era la creación de hospitales, orfanatos y asilos.

Durante esta época se da mayor relevancia a la filantropía humanitaria y la figura jurídica de la fundación, al grado de existir la creencia que la iglesia (Católica) era una fundación, creada por Dios, al interpretar el texto *el cuerpo de Cristo*, como una entidad a la que pertenecían todos los creyentes.

En España, en cambio se perturba la institución de la fundación, dando a ésta un carácter vinculante, consecuentemente dándole un interés privado. De esto es necesario ahondar un poco más.

Para Guillermo Cabanellas, el término vinculación es: “Prohibición de enajenar. Sucesión predeterminada. Sujeción o gravamen de bienes para perpetuarlos en el empleo o familia designados por el fundador. Perpetuación en el ejercicio de una función. Gravamen perpetuo que se impone a una fundación.”¹⁸.

La vinculación, hoy erradicada, consistía en crear una unidad económica, con los bienes inmuebles, haciendo que el patrimonio de una persona sea uno solo, es decir no podía dividirse o enajenarse, solamente era transmitido de una persona al morir a otra, fue uno de los pilares del feudalismo, período durante el cual, el trabajo en la agricultura era la actividad productiva prevaeciente, el terrateniente, no tenía libertad de

¹⁸ *Ibid*, pág. 409.

dominio sobre sus tierras, ya que solamente podía ceder en usufructo las mismas y percibir las rentas sobre éstas.

Para mantener el régimen de propiedad vinculada, la sociedad hacía uso de instituciones jurídicas, entre las que se pueden mencionar: el mayorazgo, la capellanía, el patronato, el fideicomiso y la fundación.

Según Cabanellas, mayorazgo “del latín *Major natu* mayor o primer nacido, por cuanto de primogénito suele sucederse de acuerdo con el espíritu de esta institución, antaño poderosa y hoy en total decadencia por su injusticia filial y por las enormes trabas que para la propiedad representa. Consiste el mayorazgo, como institución -pues posee otros varios significados-, en el derecho que tiene el primogénito de suceder en los bienes dejados, con la condición de conservarlos íntegros y perpetuamente en su familia (Molina). Para Escriche, es el derecho de suceder en los **bienes vinculados**; esto es, en los bienes sujetos al perpetuo dominio en alguna familia, con la prohibición de enajenarlos.”¹⁹ (Resaltado propio).

Para el mismo autor, manifiesta que capellanía es: “La fundación hecha por alguna persona, con la carga u obligación de celebrar anualmente cierto número de misas en determinada iglesia, capilla o altar, y con la condición de otras obras pías.”²⁰.

¹⁹ **Ibid**, pág. 253.

²⁰ **Ibid**, pág. 61.

Del citado autor, fideicomiso: “Disposición de última voluntad en virtud de la cual el testador deja sus bienes, o parte de ellos, encomendados a la buena fe de una persona para que, al morir ésta a su vez, o al cumplirse determinadas condiciones o plazos, transmita la herencia a otro heredero o invierta el patrimonio del modo que se le señale.”²¹.

Posteriormente, al emerger el capitalismo y la industrialización, en España, se suscita el fenómeno de la desvinculación, que trae el rompimiento del hermetismo de bienes, terminando también con el mal uso de la institución de la fundación.

Ya en América, la historia nos muestra que la fundación es utilizada como conducto para la filantropía humanitaria, consistiendo en el siglo XIX la forma más usual de ayuda directa contra los vejámenes sociales de los desposeídos.

Dentro de la misma evolución de la fundación, encontramos que en el siglo pasado, éstas muchas veces no buscan ayudar a los seres humanos más necesitados, sino la investigación a todo nivel de organismos y tecnología, así como proteger la flora y la fauna del planeta, ayudando a la conservación del planeta y consecuentemente de la humanidad.

²¹ **Ibid**, pág. 169.

2.2. Definición

Etimológicamente hablando, fundación proviene del latín *fundatio*, que significa acción o efecto de fundar.

Guillermo Cabanellas, al respecto expresa: “Con pensamiento o idea benéfica, piadosa, científica o de instrucción, determinada por la voluntad de una o más personas, por fundación se entiende cierto patrimonio ligado a un fin lícito de los caracteres indicados, y a favor de personas ciertas o determinables por cualidades o condiciones; bienes que se destinan, como capital o como renta, o con ambos caracteres a la vez, a realizar lo establecido o deseado en el acto constitutivo de la fundación.

También se denomina fundación al documento en el que constan las cláusulas de ésta. Los elementos esenciales son: a) sujeto, que puede ser de deber, que es el fundador, y en representación de éste, el organismo o conjunto de personas designadas por él para cumplir su voluntad, y de derecho, que son los llamados a disfrutar de los beneficios de la institución; b) objeto, que es la masa de bienes que se destinan a ese fin; c) forma, que se determina por el mismo fin, debiendo ser este lícito.

Las fundaciones tienen plena capacidad jurídica, siempre que el fin sea lícito y éstas se hayan constituido con arreglo a las normas de la legislación positiva; ya que, siendo un patrimonio ligado a un fin, ofrecen

ciertas consecuencias jurídicas. La primera y más importante es creer que el simple patrimonio puede ser sujeto de derecho: en las fundaciones, el sujeto de derecho podrá ser aquel que la constituya o los beneficiarios directos de la fundación, pero no el patrimonio. La formación o nacimiento de las fundaciones puede tener lugar por un acto inter vivos o mortis causa.

Son las fundaciones verdaderas personas jurídicas, cuya capacidad es fijada por la ley; pero sufriendo éstas ciertas limitaciones, a causa de la inmovilidad en que quedan los bienes que les pertenecen.”²².

Manuel Ossorio, la define como “una persona jurídica constituida de acuerdo con las disposiciones de las leyes respectivas y destinadas según la voluntad del fundador, al cumplimiento de funciones benéficas, científicas, artísticas, etc.”²³ .

Por mi parte, en base de los autores investigados y a nuestro Código Civil, la fundación es la institución de derecho civil que consiste en una persona jurídica colectiva de derecho privado e interés público, constituida por escritura pública o por testamento, de manera perpetua, por una o más personas, que trasladan un conjunto de bienes para lograr un objetivo determinado por el instrumento constitutivo y suscrita a la fiscalización o vigilancia del Estado. Lo que desarrollo de la forma siguiente:

²² **Ibid**, pág.175.

²³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 175.

La fundación es la *institución de derecho civil*, por que consiste en un conjunto de elementos subjetivos, objetivos y formales, que la hacen única y objeto de profundo estudio y desarrollo en la doctrina y la legislación.

La fundación *consiste en una persona jurídica colectiva*, debido a que las personas jurídicas se clasifican en dos: individuales y colectivas, siendo la fundación el resultado del fenómeno asociativo, y al obtener el reconocimiento del Estado se convierte en un ente susceptible de ejercer derechos y contraer obligaciones, con capacidad jurídica con un patrimonio, domicilio y nacionalidad propia y distinta de la de su fundadores.

La fundación es *de derecho privado*, en virtud que solamente las personas jurídicas colectivas que dependen de alguna forma del Estado y que buscan un interés público, pueden ser consideradas de derecho público, y las fundaciones como hemos visto solamente pueden ser constituidas por personas de derecho privado, excluyendo toda posibilidad de ser considerada de otra naturaleza jurídica más que de derecho privado.

La fundación es de *interés público*, ya que en Guatemala, solamente pueden buscar un interés público, ya que el Artículo 15 en su numeral dos (2.) establece: *las fundaciones y demás entidades de interés público creadas o reconocidas por la ley*, expresando que las entidades de interés público son denominadas primeramente *fundaciones* y en segundo plano las demás denominaciones que quiera darse a las entidades que tengan éste

interés, el cual fue ampliamente desarrollado en el capítulo primero del presente trabajo y de lo que podemos extraer que buscan el bien de la sociedad sobre el de los particulares; es decir, el beneficio social.

La fundación es *constituida por escritura pública o por testamento*, al tenor del Artículo 20 del Código Civil: *Las fundaciones se constituirán por escritura pública o por testamento...*, éste da la posibilidad de crear una fundación de dos formas inter vivos o mortis causa, de acuerdo a la voluntad del fundador.

La fundación se constituye *de manera perpetua*, en el sentido temporal de la instrucción, es decir que la fundación no se constituye a plazo determinado o indeterminado, sino perpetuamente, para siempre, en la ley solo se establecen tres razones por las que una fundación podría dejar de serlo, e incluso no menciona la disolución o liquidación sino solamente la incorporación del patrimonio de la fundación a otra, lo que nos lleva a la posibilidad de extinción de la personalidad jurídica de la fundación, puesto que sin patrimonio, la fundación no sería perfecta, no estaría completa.

La fundación es constituida *por una o más personas*, aunque no se encuentra expresamente designado en la ley se entiende que es constituida por una persona cuando únicamente ésta comparezca en la escritura pública en que se constituya y cuando esto se haga a través de testamento claro esta en un testamento, por disposición de la ley solamente una

persona puede disponer de sus bienes para después de su muerte. En cambio cuando se hablan de que puede ser constituida por más personas, se entiende que debe ser únicamente a través de escritura pública. Lo que bien es cierto es que la ley no establece que clase de personas pueden constituir una fundación, estableciéndose, por consiguiente que puede ser constituida por personas jurídicas individuales o jurídicas, por ello no nos es extraño que una entidad mercantil, constituya una fundación con fondos provenientes del plus producto de las actividades mercantiles de éstas, pero designando esa parte de su patrimonio a fines no lucrativos.

La fundación es constituida por personas que *trasladan un conjunto de bienes*, así mismo cualquier persona podría soñar con establecer una institución que proporcione desayunos gratuitos a todos los niños de un área geográfica o que obsequie útiles escolares a los asistentes a determinado establecimiento educativo; sin embargo, no basta solamente con la voluntad de las personas de realizar hechos que beneficien a la población en general o a los más necesitados, es necesario que ese objeto fundacional sea realizable a través de un patrimonio fundacional, es decir que la o las personas que constituyan la fundación proporcionen a ésta de medios económicos necesarios para la realización del objeto fundacional, claro ésta que estos medio debe hacerse a través de donaciones, las que de acuerdo con las leyes tributarias se encuentran exentas de impuestos de enajenación.

La fundación *busca lograr un objetivo determinado por el instrumento constitutivo*, este fin u objeto fundacional debe ser como es dijo preestablecido o predeterminado, el cual constituye la columna vertebral de la entidad.

Sobre los dos anteriores elementos, nuestro Código Civil dedica uno de los tres artículos que regulan a las fundaciones, estableciendo que en el caso de que el fin de la fundación no fuere realizable o si resultan insuficientes los bienes de la fundación para la finalidad propuesta, el órgano jurisdiccional competente deberá adjudicar los bienes de la fundación a otra que tenga fines análogos.

La fundación es *suscrita a la fiscalización o vigilancia del Estado*, en virtud de que ser de derecho privado, no exime a las fundaciones de ser objeto de cuidado especial del Estado, dentro del mismo se encuentra, en primer lugar su inscripción en el registro de personas jurídicas del municipio en que se haya constituido y consecuentemente faccionado su instrumento de constitución, registro en la Superintendencia de Administración Tributaria y llevar libros de contabilidad al día y registro en el Ministerio de Gobernación (Acuerdo gubernativo 512-98 del Presidente de la República) , entre otras son las obligaciones de éstas entidades frente al Estado.

2.3. Naturaleza jurídica

Con respecto a la naturaleza jurídica diversos autores han llevado el tema a la personalidad jurídica de la fundación con respecto a las personas que la han constituido, lo que trae a colación las formas de constitución, el instrumento de constitución y hasta el patrimonio fundacional, mismo que como todos sabemos no puede ser capaz por no tener voluntad, y es precisamente en este concepto donde, considero, descansa el hecho de dotar de personalidad jurídica a la fundación.

Para Cabanellas, la voluntad es “potencia o facultad de alma que lleva a obrar o a abstenerse. Acto de admitir o repeler algo. Aceptación. Rechazamiento. Deseo. Intención. Propósito. Determinación. Mandato. Disposición. Orden. Consentimiento.”²⁴ .

Así, el origen de la personalidad jurídica de la fundación la encontramos en el instrumento constitutivo de la fundación, es decir donde se encuentra plasmada la voluntad de quien la constituye y en el acto administrativo que autoriza su funcionamiento y la registra como persona jurídica colectiva.

²⁴ Cabanellas de Torres, **Ob. Cit**; pág. 413.

De la misma forma reside en las personas que la persona que constituye la fundación designa en dicho instrumento, como los administradores del patrimonio y los ejecutores del objetivo fundacional.

El ejercicio de la personalidad jurídica de las fundaciones así como de sus respectivos atributos, queda limitado a las disposiciones del instrumento constitutivo y el acto administrativo anteriormente mencionado, en virtud de lo establecido en el Artículo 18 del Código Civil: *Las instituciones, los establecimientos de asistencia social y demás entidades de interés público, regulan su capacidad civil por las leyes que las hayan creado o reconocido,...*, normativa que fue desarrollada en el capítulo primero del presente trabajo.

2.4. Elementos

Para estudiar los elementos de las fundaciones es necesario analizar cada una de las características proporcionadas en la definición, trabajada unas páginas atrás, la que copio textualmente:

La fundación es la institución de derecho civil que consiste en una persona jurídica colectiva de derecho privado e interés público, constituida por escritura pública o por testamento, de manera perpetua, por una o más personas, que trasladan un conjunto de bienes para lograr un objetivo

determinado por el instrumento constitutivo y suscrita a la fiscalización o vigilancia del Estado.

Éstos ya fueron desarrollados anteriormente; sin embargo, en virtud de realizar un estudio científico completo, es necesario agruparlos y complementarlos de la forma siguiente:

- **Subjetivos**
 - De forma directa, la o las personas que constituyen la fundación.
 - De forma indirecta, las personas que serán beneficiadas por la realización del objeto de la fundación.

- **Objetivos**
 - El conjunto de bienes donados por las personas que constituyen la fundación o por quienes, una vez constituida, deciden contribuir a ésta, que puede ser de tracto único o de tracto sucesivo.
 - El establecimiento de una persona jurídica colectiva, con capacidad, denominación, domicilio y nacionalidad independiente a las de las personas que la constituyeron para que ejecute los actos necesarios para el cumplimiento del objetivo fundacional.

- La realización de un objetivo determinado, el cual debe ser de interés público.
- Formales
 - El instrumento público en que se constituya la fundación, el cual puede ser escritura pública o testamento, el cual debe ser registrado conforme a la ley.
 - El plazo por el que se deben constituir debe ser perpetuo.
 - Las inscripciones en los registros estatales encargados de la fiscalización o vigilancia de esta clase de entidades.

2.5. Características

Como se dijo anteriormente, las características de las fundaciones consisten en los atributos de la personalidad jurídicas de que éstas están dotadas por el Estado, hablaríamos de la personalidad jurídica, la capacidad, la identificación, el domicilio, la nacionalidad y el patrimonio de la fundación, distintos todos de los propios de las personas que la han constituido; sin embargo, este tema fue ampliamente desarrollado en el capítulo anterior, cuando hablamos de las personas jurídicas colectivas en general.

Las fundaciones por ser una especie de este tipo de personas jurídicas, y no tener una amplia regulación específica, únicamente se hace

necesario el hacer la observación que la fundación como cualquier otra persona jurídica colectiva debe hacerse constituir en un documento, mejor denominado instrumento constitutivo, en el cual debe estar plasmada la voluntad de la o las personas que deseen constituir una fundación.

Este instrumento constitutivo, debe ser inscrito en el registro civil del municipio en que haya sido otorgado y posteriormente debe inscribirse en el Ministerio de Gobernación, con el objeto que éste a través de un acto administrativo otorgue personalidad jurídica a la fundación autorizando su funcionamiento como tal.

El instrumento constitutivo puede ser un testamento o una escritura pública, en cualquiera de las dos formas, debe tenerse en cuenta al momento de redactarlo de los requisitos establecidos en el Artículo 20 del Código Civil, según los cuales, debe indicarse:

- El patrimonio afecto, lo que nos lleva a que en caso de ser bienes inmuebles deben llenarse las formalidades para trasladar el dominio de los mismos de la persona que constituye la fundación a la nueva persona jurídica que será la fundación misma.
- El fin a que se destina, es decir el objetivo fundacional, lo que buscará la fundación cuando este en funcionamiento, así como los

actos que ésta deberá ejecutar para lograr la realización del objetivo fundacional.

- La forma de administración, la que puede ser libremente elegida por el fundador; sin embargo, puede utilizarse como base o ejemplo la administración de las sociedades en general, a través de un consejo de administración o un administrador único.

La fundación, al obtener la autorización del Estado inicia su vida dentro de la esfera jurídica, a través de personas individuales que ejerzan la administración de la misma y consecuentemente la representación legal de la misma.

2.6. Clasificación

Para Espín Canovas, las fundaciones se clasifican en:

- **Fundaciones benéficas**, dedicadas a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas.
- **Fundaciones culturales**, son aquellas que tienen el carácter de fundaciones culturales privadas, cuyos patrimonios autónomos, son destinados primordialmente por sus fundadores a la educación, la investigación científica o técnica o a cualquier otra actividad cultural

y administrativa sin fin de lucro por las personas a quienes corresponde su gobierno, con arreglo a las prescripciones de sus estatutos; y

- **Fundaciones laborales**, aquellas creadas por pacto o concierto entre la empresa y sus trabajadores.

Para David Sills, las fundaciones se clasifican de la siguiente forma:

- **Fundaciones generales**, las que operan bajo amplios estatutos y tienen a su cargo proyectos de investigación sobre educación, salud y bienestar social públicos que son característicos de la actividad de una fundación según la opinión general.
- **Fundaciones con propósitos especiales**, algunas han sido creadas con propósitos especiales muchas de ellas por testamento o en cumplimiento de la cláusula de un legado, en lugar de por acta de constitución y sirven a una intención caritativa minuciosamente detallada, normalmente en el título de creación o en una carta de donación.
- **Fundaciones comunitarias**, de carácter mixto, establecidas en forma de fideicomiso, los donantes puede ser muchos, y cada uno puede especificar a qué va a dedicarse su donativo.

- **Fundaciones patrocinadas por empresas**, sus programas se limitan a las comunidades en las que la empresa matriz tiene sus dependencias, y centran su filantropía en beneficio de la misma, de sus empleados, de sus accionistas o de sus relaciones mercantiles.

- **Fundaciones familiares o personales**, constituidas mayormente por la voluntad de una persona o varias personas vivas, no muy diferentes a las donaciones personales a instituciones.

De manera propia, considero que en Guatemala podrían clasificarse de la siguiente forma:

- De acuerdo con la forma de ser constituidas:
 - Por negocio entre vivos
 - Por donación por causa de muerte
- De acuerdo a las personas que la constituyen:
 - Con fondos de origen personal
 - Con fondos de origen empresarial o mercantil
- De acuerdo al lugar donde se constituyeron:
 - Nacionales
 - Extranjeras

2.7. Regulación legal

El Código Civil dedica tres artículos a la regulación de las fundaciones específicamente:

El Artículo 20, establece las dos únicas formas en que se pueden constituir una fundación: *Las fundaciones se constituirán por escritura pública o por testamento.*

Este mismo Artículo contiene lo relativo a los requisitos que debe contener del instrumento constitutivo de la sociedad: *En el instrumento de fundación debe indicarse el patrimonio afecto y el fin a que se destina y la forma de administración.*

Posteriormente aclara que es el Estado quien aprueba la fundación y que el mismo debe dictar normas para el cumplimiento de la voluntad de la persona que constituye la fundación, en caso el instrumento no las contenga: *La autoridad respectiva aprobará el funcionamiento de la fundación si no fuere contraria a la ley, y a falta de disposiciones suficientes, dictará las reglas necesarias para dar cumplimiento a la voluntad del fundador.*

Así también establece el órgano encargado de la fiscalización y vigilancia estatal sobre las fundaciones: *El Ministerio Público deberá vigilar*

por que los bienes de las fundaciones se empleen conforme a su destino, éste órgano es la Procuraduría General de la Nación en virtud que el Decreto 25-97 del Congreso de la República en su Artículo 1 establece: Salvo en materia penal, procesal penal, penitenciaria y en lo que corresponde a la Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad y en la propia Ley Orgánica del Ministerio Público, en toda norma legal y reglamentaria en que se mencione Ministerio Público, deberá entenderse que se refiere a la Procuraduría General de la Nación.

Por su parte, el Artículo 21, manifiesta la posibilidad de que el Estado determine disponga sobre los bienes otorgados a la fundación, en tres casos siguientes:

- Si el fin de la fundación no fuere realizable
- Si resultaren insuficientes los bienes para la finalidad propuesta
- Si el fin de la fundación o la misma fundación se hiciere oneroso su mantenimiento.

...probadas estas circunstancias ante el juez de Primera Instancia competente, será incorporado el patrimonio de la fundación a otra institución que persiga fines análogos salvo lo que a este respecto hubiere dispuesto el fundador.

Y, por último, el Artículo 22, establece lo referente a las fundaciones extranjeras simplemente diciendo: *Las fundaciones extranjeras quedan sujetas a las anteriores disposiciones en cuanto a su aprobación y funcionamiento.*

Por su parte el Decreto 2-2003, Ley de organizaciones no gubernamentales para el desarrollo, establece: *las organizaciones no gubernamentales podrán estar constituidas como asociaciones civiles, fundaciones u ONG propiamente dicha...*, estableciendo algunos requisitos específicos para el cumplimiento de dicha ley con respecto a las personas jurídicas objeto de la misma.

En materia tributaria se pueden mencionar los siguientes cuerpos normativos:

- El Decreto 431 del Congreso de la República, Ley Sobre el Impuesto de Herencias, Legados y Donaciones, establece en su Artículo 14: No causaran el impuesto, y en su numeral once (11.): Las fundaciones instituidas con fines benéficos o culturales, siempre que sean de carácter estrictamente nacional y radicadas en el país.
- El Decreto 26-92 del Congreso de la República, Ley del Impuesto Sobre la Renta, establece en su Artículo 6: Están exentas del impuesto, en su inciso c): Las rentas que obtengan las asociaciones

o fundaciones no lucrativas legalmente autorizadas e inscritas como exentas ante la Administración Tributaria, que tengan por objeto la caridad, beneficencia, asistencia o el servicio social, culturales, científicas de educación e instrucción, artísticas, literarias, deportivas, políticas, profesionales, siempre que la totalidad de los ingresos que obtengan y su patrimonio provengan de donaciones o cuotas ordinarias o extraordinarias y que se destinen exclusivamente a los fines de su creación y en ningún caso distribuyan, directa o indirectamente, utilidades o bienes entre sus integrantes. De lo contrario no serán sujetos de esta exención.

- El Decreto 27-92 del Congreso de la República, Ley del Impuesto al Valor Agregado, establece en su Artículo 7: Están exentos del impuesto establecido en esta ley, y en su numeral nueve (9): Los aportes y donaciones a asociaciones, fundaciones e instituciones educativas, culturales, de asistencia o de servicio social y las religiosas no lucrativas, constituidas legalmente y debidamente registradas como tales.

- El Decreto 37-92 del Congreso de la República, Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolos, establece en su Artículo 10: Están exentos del impuesto, los documentos que contengan actos o contratos gravados realizados por, y en su numeral cuatro (4): Las asociaciones, fundaciones o

instituciones de asistencia pública o de servicio social a la colectividad, culturales, gremiales, científicas, educativas, artísticas o deportivas; sindicatos de trabajadores, asociaciones solidaristas e instituciones religiosas, siempre que estén autorizadas por la ley, que no tengan por objeto el lucro, que en ninguna forma distribuyan utilidades o dividendos entre sus asociados o integrantes y que sus fondos no los destinen a fines distintos a los previstos en sus estatutos o documento constituido.

- El Decreto 19-2004 del Congreso de la República, Ley del Impuesto Extraordinario y Temporal de Apoyo a los Acuerdos de Paz, establece en su Artículo 4: Están exentos del impuesto que establece esta ley, y en su inciso e): Las asociaciones, fundaciones, cooperativas, federaciones, centrales de servicio y confederación de cooperativas, centros educativos y culturales, las asociaciones deportivas, gremiales, sindicales, profesionales, los partidos políticos las entidades religiosas y de servicio social o científico, que estén legalmente constituidas y autorizadas, siempre que la totalidad de los ingresos que obtengan y su patrimonio se destinen exclusivamente a los fines de su creación y que en ningún caso distribuyan beneficios, utilidades o bienes entre sus integrantes. De lo contrario no serán sujetos de esta exención.

CAPÍTULO III

3. Fundaciones de interés privado

3.1. Antecedentes históricos

La principal fuente de información que ha servido para nutrir doctrinalmente este capítulo fue el Internet, el medio por el que universidades, bufetes y entidades mercantiles dan a conocer al mundo el concepto *fundación de interés privado*, desde luego da pie a distintos puntos de vista, el científico, el legal y el comercial, y cada uno de estos con términos y fines diferentes a su vez, unas páginas buscan informar de manera concreta y objetiva del contenido de estas instituciones del derecho, las que son respaldadas por instituciones de educación superior. Otras en cambio buscan informar a personas con cierto interés de los servicios que prestan como instituciones de asesoría y consultoría legal. Las últimas en cambio, intentan atraer el interés de titulares de patrimonios que los pongan bajo su administración.

Bajo los términos anteriormente descritos, inicio el desarrollo de este tema, recordando los antecedentes y la evolución histórica de las fundaciones; sin embargo, es necesario hacer una pausa en la segunda década del siglo XX, ubicados en Europa, en virtud de ser éstos, el reconocimiento de la institución de la fundación de interés privado.

En 1926, el Principado de Liechtenstein, aprobó una ley, vigente hasta la fecha, dedicada a regular lo concerniente a las *fundaciones familiares* y las *fundaciones mixtas*, cuyas características principales son que éstas constituyen una persona jurídica distinta a la de su fundador, con patrimonio propio dotado por el fundador o fundadores a través de donaciones y cuyos fines son la administración de su patrimonio, en beneficio de determinadas personas, o un grupo familiar.

A este Estado se sumaron en Europa primeramente Suiza, Luxemburgo y Austria, esta última a través del *Privatstiftung*, sin embargo, en América el pionero en normar y consecuentemente reconocer su existencia, fue Panamá, seguida por Islas Vírgenes Británicas, Antillas Holandesas y Bahamas.

Esta nueva institución, influenciada en la actualidad por varios actos y contratos de naturaleza civil y mercantil, como el testamento, el fideicomiso, el holding y el trust, dar forma legal a la solución a problemas de índole patrimonial.

Guillermo Cabanellas define las instituciones mencionadas de la forma siguiente:

- **Testamento.** Declaración de última voluntad, relativa a los bienes y otras cuestiones: reconocimientos filiales, nombramientos de

tutores, revelaciones o confesiones, disposiciones funerarias. Acto en que tal manifestación se formula. Documento donde consta legalmente la voluntad del testador.

- **Fideicomiso.** Disposición de última voluntad en virtud de la cual es testador deja sus bienes, o parte de ellos, encomendados a la buena fe de una persona para que, al morir ésta a su vez, o al cumplirse determinadas condiciones o plazos, transmita la herencia a otro heredero o invierta el patrimonio del modo que se le señale.

- ***Holding.*** Voz inglesa. En significados jurídicos generales expresa posesión, pertenencia, tenencia. También arrendamiento o inquilinato. No obstante, su aplicación principal es en el campo de las grandes empresas; por cuanto extraña una supersociedad o trust, cuyos negocios pasan a ser administrados por el holding o, al menos, a ser fiscalizados por él.

- ***Trust.*** Asociación de capitales, coligados con el propósito de ejercer un monopolio de hecho en el mercado, suprimiendo la competencia.

3.2. Definición

Para Gilberto Boutin I, la fundación de interés privado puede definirse como aquel "acto jurídico de alineación de un patrimonio que crea

una persona jurídica cuyo objeto se centra en la administración y gestión de los actos de conservación del patrimonio atribuidos a este ente o instrumento cuyo carácter legal es irrevocable salvo pacto en contrario.”²⁵ .

En concordancia con dicha definición, se dice que es un acto jurídico, en virtud que por voluntad propia del sujeto que la constituye plasmada en un documento dispone de una parte o el total de su patrimonio, poniéndolo bajo la administración de una persona jurídica colectiva.

Esta persona jurídica colectiva es creada por el mismo documento constitutivo, como resultado de su inscripción en el registro, la que es dotada de personalidad jurídica propia por el Estado a través del acto administrativo hecho en su inscripción. Dicha persona jurídica colectiva tiene como objetivo la administración y la ejecución de actos para la conservación del patrimonio puesto bajo su administración.

Algunos de los beneficios de este tipo de negocios son:

- El anonimato del fundador y de los beneficiarios
- No hay penetración en el velo corporativo
- No hay requisito de capital

²⁵ Gilberto Boutin I. **La fundación de interés privado en el derecho panameño y comparado**, citado por: Clare G. R., Miguel Ángel, en el sitio <http://www.legalinfo-panama.com>.

- La propiedad de los bienes pasa a la fundación y el fundador los administra a través de la fundación
- Los beneficiarios pueden recibir dietas de la fundación

3.3. Naturaleza jurídica

La complejidad de esta relativamente nueva institución, lleva a confusiones con respecto a la naturaleza jurídica de la misma, ya que contiene elementos pertenecientes al derecho privado, tanto del Derecho Civil como del Derecho Mercantil.

La voluntad de la persona que constituye la fundación, debe ser plasmada en un documento, denominado instrumento constitutivo, el que no puede ser considerado contrato, en virtud que el contrato es un acuerdo de voluntades anteriormente divergentes por el que se crea, modifica o extingue una obligación, las fundaciones sin embargo, pueden ser constituidas por una o mas personas, por lo que en virtud que solamente una persona puede constituir una fundación, esto convierte al instrumento constitutivo en un acto jurídico, que hace una persona y crea consecuencias en el ámbito jurídico.

De acuerdo con el objetivo de quien lo realiza, este acto jurídico puede tener diferentes consecuencias jurídicas y por lo tanto distintas naturalezas jurídicas. Sin embargo la doctrina no acepta que un acto tenga

diferentes naturalezas jurídicas, lo que si acepta es que el documento que contiene la aceptación y ratificación del acto contenga varios actos jurídicos, por lo que en consecuencia, no estamos frente a un acto jurídico singular con diferentes consecuencias, sino frente a un documento que contiene varios actos jurídicos.

Se puede decir que el instrumento constitutivo de la fundación de interés privado contiene los siguientes actos jurídicos:

- El traslado del dominio de uno o varios bienes
- La creación de una persona jurídica colectiva
 - Nombre
 - Objeto
 - Protección del patrimonio del fundador
 - Administración del patrimonio fundacional
 - Forma de administración
 - Nombramiento de representantes
- Disposición mortis causa
 - Designación de beneficiarios
 - Porcentaje de distribución

3.4. Elementos

El elemento subjetivo, esta compuesto por el fundador, el consejo fundacional, el protector y los beneficiarios.

El fundador, es la persona individual o jurídica colectiva que constituye la fundación, propietaria de los bienes que son trasladados a la fundación y que constituyen el patrimonio fundacional, éste puede tener también la administración y representación de la fundación.

El consejo fundacional es el órgano de administración de la fundación, cuyas atribuciones, obligaciones y responsabilidades deben establecerse en el instrumento de constitución.

El protector, quien tiene las facultades de un órgano de administración y fiscalización, al ser unipersonal se denomina protector y al ser colegiado comité, sus atribuciones, obligaciones y responsabilidades también se deben establecer en el instrumento de constitución.

El beneficiario, quién es la persona individual o jurídica que recibe de la forma preestablecida el resultado de las gestiones ejecutadas por la fundación, quien puede ser a la vez el fundador, su familia y puede tener también la calidad de protector dentro de la misma fundación.

El elemento objetivo, esta compuesto por el conjunto de bienes que se traspasan del patrimonio del fundador al patrimonio de la fundación y el objetivo que se persigue al momento de constituir la fundación, entre otros pueden ser:

- Fines testamentarios, creada para que surta efecto a la muerte del fundador, siendo comúnmente el beneficiario de la misma el propio fundador para que éste disponga de los fondos durante su vida y ocurrido el fallecimiento se distribuyan los beneficios o frutos entre los beneficiarios designados por el fundador.
- Con efecto inter vivos, donde se contemplan situaciones de manutención familiar del fundador, puede disponer que los fondos sean administrados por él o un tercero, para cubrir los gastos de alimentos, vivienda, luz, teléfono, educación, vestido, transporte o para abrir una cuenta de ahorros, depósito a plazo fijo.
- Para fines educativos, garantizando la educación de los hijos al establecer un fondo a su favor con ese propósito.
- De renta vitalicia personal, el Fundador traspasa un capital semilla para que luego invertirlo en bonos o inversiones a largo plazo, de suerte que a la edad de jubilación éste reciba para si, el capital y los frutos generados.

- Con el objetivo de proteger y administrar los bienes, en virtud que los bienes de la fundación se encuentran separados de la figura del fundador, se prevé contra juicios por acreedores.
- Con fines benéficos, dispone que los fondos que queden al momento de su fallecimiento sean entregados a una fundación social u ONG.
- Como administradora de títulos o valores, fondos a largo y mediano plazo como plazos fijos, inversiones en la bolsa de valores, acciones o seguros.

Los elementos formales son el instrumento constitutivo, el instrumento de traslativo de dominio y el reglamento interno de la fundación.

CAPÍTULO IV

4. Necesidad de la existencia de las fundaciones de interés privado en Guatemala

Siguiendo el esquema del presente trabajo de investigación de tesis, partiendo del conocimiento de las personas jurídicas colectivas en Guatemala, siendo lo más importante de este tema la clasificación de éstas, continuando con el estudio específico de las fundaciones, sus elementos y su naturaleza jurídica, y por último la figura legal que entienden otras legislaciones, las fundaciones de interés privado, es efecto de dicha investigación el poder determinar si la implementación de dicha figura legal es necesaria de ésta figura legal será o no posible en Guatemala

Como se pudo observar en el capítulo anterior, las fundaciones de interés privado, son el producto del desarrollo doctrinal y jurídico, híbrido por poseer partes del sistema romano y del sistema sajón, mismas que satisfacen necesidades de la sociedad. Los beneficios que podría proporcionar la creación de las fundaciones de interés privado en Guatemala, se pueden enumerar de la forma siguiente:

- Mayor flexibilidad
- Anonimato de la persona del fundador y de los beneficiarios
- Protección del patrimonio fundacional y el velo corporativo
- La vinculación patrimonial y la creación de la unidad económica
- Ventajas frente al fideicomiso
- Creación del instrumento normativo específico

4.1. Mayor flexibilidad

Por la fuerte influencia del sistema de derecho romano, en Guatemala el medio en que se desenvuelven las personas jurídicas colectivas, es sumamente rígido y formal, a diferencia de panorama que proyectan las fundaciones de interés privado, fenómeno social por el que se satisfacen las necesidades de los inversionistas, con mucha mayor flexibilidad, sitúan a los países en cuyo derecho positivo se encuentran reguladas, como el paraíso económico - jurídico, no solo por su implementación, sino por la flexibilidad de todo el sistema donde se aplican predominantemente los principios de buena fe y verdad sabida.

La misma rigidez y excesivas formalidades determinadas en nuestro sistema jurídico, tanto en negocios civiles y mercantiles, nos sitúa a nivel internacional en posición de desventaja, competitiva con los países innovadores y vanguardistas en materia jurídica, que aplican corrientes doctrinales encaminadas a buscar que las relaciones patrimoniales sean rápidas, dando lugar a completo desarrollo dentro de la globalización.

Esta flexibilidad se manifiesta, primeramente en que la fundación de interés privado es constituida por fundadores que podrían ser tanto individuales como colectivos, así mismo comerciantes o no comerciantes. En segundo plano dentro de las facultades del nuevo ente se encuentra la posibilidad de intervenir tanto en obligaciones civiles como en negociación

jurídica mercantil, por supuesto, en éstas últimas solo de manera ocasional (de lo contrario estaríamos frente a una entidad mercantil).

4.2. Anonimato de la persona del fundador y de los beneficiarios

En la actualidad se ha generado una constante lucha entre dos conceptos cuyos orígenes son tan distintos como ellos mismos, me refiero al anonimato del origen del patrimonio y a la publicidad de los titulares de patrimonios. El primero concebido por dentro de la falta de seguridad jurídica, delincuencia organizada y negativa al pago de impuestos, en otras palabras, la personas no desean que haga de conocimiento público el monto de sus ingresos y los bienes que constituyen su patrimonio, por temor a ser el blanco de estafadores y delincuentes, así mismo ocultan la estimación pecuniaria real de sus bienes y negociaciones, para evadir su responsabilidad dentro de la obligación tributaria. En contraparte ser manifiesta una constante lucha del Estado en primer lugar por descubrir la identidad de propietarios, así como de las partes en obligaciones civiles y mercantiles, el objetivo consiste en una mejor recaudación tributaria, erradicar el lavado de dinero y proporcionar certeza y seguridad jurídica.

Consecuentemente, las fundaciones de interés privado, conciben la posibilidad del anonimato de la persona del fundador, así como de las personas que intervienen como beneficiarias de la fundación, produciendo consecuencias positivas, como mayor privacidad con respecto a ingresos

patrimoniales de ambas personas; sin embargo, a pesar de ser positivo se estaría en contra del espíritu de nuestra legislación dedicada a contrarrestar el lavado de dinero, dentro de las consecuencias negativas.

4.3. Protección del patrimonio fundacional y el velo corporativo

Otra necesidad es la protección o alzamiento del patrimonio, en un análisis a fondo debiéramos iniciar con las obligaciones de naturaleza civil o mercantil, al momento de incumplir una obligación en la que participamos a través de un acto jurídico por nuestra voluntad, dando nuestro consentimiento y que por cualquier motivo, se incumple con lo convenido el sujeto acreedor tiene el derecho en virtud de lo antes expuesto a hacer que se le cumpla la obligación (a través de un requerimiento de pago) y se le pague un resarcimiento por los daños y perjuicios que le haya causado nuestro incumplimiento, si el requerimiento no provoca el cumplimiento de la obligación será necesaria la intervención del Estado, a través del órgano jurisdiccional competente para que ejercite los derechos que tenga el acreedor sobre nosotros, a través de un procedimiento de ejecución, cuyo objetivo es extraer del patrimonio del acreedor los bienes que sirvan para el cumplimiento de la obligación, penetrando en él y satisfaciendo el requerimiento el órgano jurisdiccional, es esta la base teórica fundamental del derecho de obligaciones, la facultad que tiene el acreedor de constreñir al deudor al cumplimiento de lo pactado.

Sin embargo, las fundaciones de interés privado concebidas al amparo de las legislaciones europeas y específicamente panameña, vulneran y transgreden totalmente dicha facultad del sujeto acreedor en las obligaciones al dotar de inembargabilidad a los bienes de las fundaciones de interés privado. Esto en consecuencia, se convierte en una forma legítima de no permitir al acreedor el cumplimiento forzoso de la obligación.

Dicho en otras palabras, la fundación tiene la capacidad de entrar celebrar contratos con terceras personas, a menos que ésta haya garantizado el cumplimiento de la obligación con hipoteca o prenda, de ninguna forma se permite penetrar en el patrimonio de la fundación ni siquiera por órganos jurisdiccionales, inquietante concepto para algunos, pero lógico para otros, nadie puede ser obligado a contratar con otra persona y si considera el negocio pactado como muy riesgoso, no lo llevará a cabo a menos que se garantice ese riesgo.

De la misma forma, la existencia del velo corporativo entre el patrimonio del fundador y el patrimonio fundacional, le permite la tranquilidad al primero de confiar que las negociaciones que realice la fundación tengan que ser cumplidas a través de su patrimonio.

4.4. La vinculación patrimonial y la creación de la unidad económica

El vacío creado por la erradicación del sentido vinculatorio en las instituciones que, durante el feudalismo fueron utilizadas por la sociedad (específicamente los propietarios de inmuebles y personas que participaban en la monarquía de la época), para lograr dos cosas, la primera, el mantenimiento de todos los bienes propiedad de la familia como un todo, en otras palabras el contenido de una unidad económica; y la segunda, que la transmisión mortis causa, producida lógicamente por el deceso de quien fuere el titular de los bienes de la familia, fuera específicamente para una persona, claro al tener todos los bienes del núcleo familiar como un todo, era lógico que al morir el titular de dichos derechos, éstos corrieran el peligro de ser divididos en el número de herederos del titular que tuvieran derecho a su herencia y el poder de la familia (ligado a la posesión de grandes extensiones de tierra) se perdiera por dicha división.

En la época histórica mencionada el mayorazgo, la capellanía, el fideicomiso y la fundación, fueron los instrumentos utilizados para materializar la vinculación patrimonial; sin embargo, como sabemos, la lucha de clases produjo la revolución francesa, que a su vez produjo la eliminación de instituciones que limitaban la libertad del derecho de la propiedad, terminando con esto la figura de la vinculación, que como se explicó anteriormente permitía a las personas y las familias el cumplimiento de un fin común, mantener unido el patrimonio familiar y con esto tener poder.

Aparentemente es la figura de la vinculación la que, lógicamente ha evolucionado a través del avance tecnológico que ha influenciado todos los campos: jurídico, económico, social y político, el que desea resurgir a la vida con diferentes formas y hasta cierto punto con distintos fines, creo, en virtud de tal desarrollo tecnológico.

Constituyen nuevamente, las fundaciones de interés privado, una herramienta útil para el establecimiento de un nuevo concepto vinculatorio, el fundador o fundadores adjudican sus bienes o parte de su patrimonio, para que éste sea administrado por otras personas y por el mismo, este patrimonio constituye como ya se explico anteriormente, una unidad económica distinta a la de sus fundadores, la posibilidad que el fundador haya constituido la fundación, para que a su muerte sus herederos no dividieran es unidad económica entre ellos, sino que ésta continuara íntegra y administrada por las mismas personas, y en cambio sus herederos recibieran la calidad de beneficiarios de la fundación. Lógicamente si el fundador tuviere otros bienes no aportados a la fundación, éstos si serían adjudicados a sus herederos, precisamente por no ser parte del patrimonio de la fundación sino del fundador.

Por todo esto, las fundaciones de interés privado, en el caso de que el fundador haya adjudicado todo su patrimonio a la fundación y que constituido como beneficiarios a sus herederos a su fallecimiento, hace inoperante la sucesión hereditaria.

4.5. Ventajas frente al fideicomiso

La comparación entre el fideicomiso y la fundación es históricamente lógica, ambas instituciones nacieron en el derecho romano, durante la época del feudalismo fueron utilizadas para crear instrumentos vinculativos, además técnicamente ambas tienen en común algunas funciones, por ejemplo la administración de bienes, que conlleva la cobro de créditos e intereses, el cumplimiento de obligaciones privadas y públicas, el pago de impuestos por ejemplo. También con respecto a la persona del fundador, esta puede ser una persona individual o jurídica y ser comerciante o no. Incluso la regulación al respecto permite el fideicomiso de inversión, constituido únicamente para actuar dentro de la bolsa de valores.

Consecuencia de lo expuesto en el párrafo anterior, es necesario indicar las diferencias notables de ambas instituciones, así, la naturaleza jurídica del fideicomiso en Guatemala es ser un contrato típico mercantil regulado por el Código de Comercio de Guatemala, la fundación en cambio es ser una persona jurídica colectiva, estando regulada en el Código Civil. Con relación a los sujetos que pueden constituir ambas instituciones, en el caso del fideicomiso únicamente una institución bancaria puede ser fiduciario, es decir el administrador del patrimonio no puede ser cualquier sujeto, sino solamente un Banco, lo que nos lleva a la regulación específica del mismo. En cambio, las personas que administren y representen legalmente solo están sujetas a las normas de derecho común, ser capaces,

aptos y la acreditación de su calidad a través de los documentos emitidos por la junta o comité o el mismo instrumento constitutivo.

Dentro de las formalidades y costos del uso de ambas instituciones en Guatemala, se puede reflexionar nuevamente de la rigidez de sistema jurídico guatemalteco, con respecto a las formalidades del fideicomiso, casi erradicadas por las fundaciones, y en virtud que las instituciones bancarias son las únicas autorizadas para constituirse como fiduciario esto se hace altamente oneroso estando sujetos de las tasas y cuotas que se deben pagar por consecuencia de la administración del patrimonio, en cambio en las fundaciones de interés privado, estos gastos y costos se reducen considerablemente al sustituirse por dietas, comisiones o salarios que devengan los administradores así como la constitución por instrumentos censillos y de rápida elaboración.

La creación de fundaciones de interés privado en Guatemala, traería como consecuencia la modificación de la institución de fideicomiso en Guatemala al observar la posibilidad de que una fundación administrara un patrimonio, llevaría a la sociedad a preferir la flexibilidad de éstas en contra de la formalidad de los bancos.

4.6. Creación del instrumento normativo específico

Por otra parte, en virtud de lo expuesto en los primeros dos capítulos, la corriente doctrinal que guía al Código Civil, con respecto de las personas jurídicas colectivas, es el que sitúa a las fundaciones como de derecho privado, pero de interés público, es decir que buscan siempre el beneficio de la sociedad en general, no el de una persona o un grupo familiar, vinculando a las fundaciones con instituciones de beneficencia y a los fundadores siempre con filántropos.

Así surgió la figura de la organización no gubernamental (ONG), entidades a las que se les ha dedicado una ley que les denomina también *para el desarrollo*, las cuales están fuera del presente estudio, pero de importancia, por constituir, dicha ley, el Decreto 2-2003 del Congreso de la República un cercano precedente de reforma no expresa al apartado de las personas jurídicas colectivas de nuestro Código Civil que, a mi parecer, buscan darle mayor fundamento legal a las personas jurídicas colectivas que buscan el interés público, mencionando a las fundaciones como una de las formas de constitución de las ONG.

La creación de fundaciones de interés privado en Guatemala, traería la necesidad de crear un instrumento normativo que regule únicamente las fundaciones, y de éstas determine cuales son las que pudieran dedicarse a actividades de interés privado y cuales a las de interés público, siguiendo

las influencias de normas de países con una tradición jurídica de origen sajón.

Observando las fundaciones de interés privado, como las herramientas que la sociedad busca para: la administración, protección, vinculación y desarrollo independiente del patrimonio de una persona, ya sea durante su vida o para después de su muerte, su creación en Guatemala tendría efectos positivos y negativos, y crearía, además, todo un conjunto de reformas a cuerpos normativos para su implementación; sin embargo, no podemos negar que contribuiría al desarrollo y encauzamiento del país a la globalización, incrementaría indirectamente al inversión extranjera por atraer capitales extranjeros. Llevando al panorama económico mundial a Guatemala con herramientas que le permitirían ser más competitivo.

Considerando los puntos anteriormente desarrollados al terminar el presente trabajo de investigación, de manera general concluyo que es necesaria la implementación en Guatemala de las fundaciones de interés privado, como personas jurídicas colectivas, de derecho privado, con personalidad jurídica, capacidad, y patrimonio propio, cuyo fin sea la administración del mismo, conservando el patrimonio aportado la búsqueda de sus objetivos, sirviendo para los fines que desee su o sus fundadores, y que podría ser incluso en beneficio de una persona, un grupo familiar o un grupo de personas sin vínculos de parentesco entre si, que se les permita

participar tanto en negocios de naturaleza civil como mercantil, bajo la premisa de no ser de manera habitual, sino dentro de los actos propios de sus objetivos de ser un ente administrador de bienes y recursos. A si mismo recomiendo un instrumento normativo, flexible que de libertad a este tipo de personas jurídicas, pero dictando también formas confiables de fiscalización coherentes de ellas, informando de los beneficios y limitaciones que tengan a nivel nacional e internacional.

CONCLUSIONES

1. Los antecedentes históricos de las fundaciones de interés privado son los mecanismos jurídicos utilizados para obtener la vinculación del patrimonio familiar en Europa durante la época feudal, como el mayorazgo, la capellanía, el fideicomiso y la fundación, empleadas por la monarquía para conseguir que el patrimonio de la familia no se disipara entre los numerosos herederos del causante, sino que pasara de una persona a otra de manera íntegra, así como que la administración de tales bienes, estuviera a cargo de personas distintas a los propietarios
2. La fundación de interés privado es una persona jurídica colectiva de derecho y de interés privados, constituida por un acto jurídico de donación de un patrimonio cuyo objeto es la administración y gestión de actos de conservación del patrimonio, a beneficio de una persona, un grupo familiar o de personas sin vínculos de parentesco entre sí.
3. La naturaleza jurídica de las fundaciones de interés privado con respecto del acto jurídico por el que se constituye, tiene tres direcciones: ser traslativo de dominio, creador de una persona jurídica colectiva y una disposición mortis causa de manera indirecta.
4. Las fundaciones de interés privado tienen elementos subjetivos, que son el fundador, el consejo fundacional, el protector y los beneficiarios; elemento

objetivo, compuesto por el conjunto de bienes que se traspasan del patrimonio del fundador al patrimonio de la fundación y el objetivo que se persigue al momento de constituir la fundación; y el elemento formal que consiste en el instrumento constitutivo, el instrumento traslativo de dominio, el reglamento interno de la fundación.

5. Se estableció que sí es necesaria la existencia de las fundaciones de interés privado en Guatemala, ya que permiten la administración y conservación del patrimonio aportado, de acuerdo con los objetivos de la misma y los fines deseados por sus fundadores, siendo de beneficio de una persona, un grupo familiar o un grupo de personas sin vínculos de parentesco entre sí; permitiéndoseles participar en negocios civiles y mercantiles, dentro de los actos propios de sus objetivos, por ser un ente administrador de bienes y recursos

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que los estudiosos del derecho, realicen un mayor análisis de las instituciones de derecho civil, específicamente de las personas jurídicas colectivas, base y fundamento del derecho corporativo, de mayor auge en estos tiempos.
2. Se sugiere a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, modificar el pensum de la licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, ampliando el contenido de estudio de las personas jurídicas colectivas de derecho privado, con el fin proveer a los egresados de esta casa de estudios tengan las herramientas necesarias para su desarrollo integral.
3. El Estado debe crear un instrumento normativo que permita la creación de fundaciones de interés privado en Guatemala, dictando formas confiables de fiscalización para permitirle al país entrar en el fenómeno de la globalización, con instrumentos que otorguen mayor capacidad de competir con otros países avanzados en este aspecto.

A N E X O

Ley número 25
de 12 de junio de 1995
emitida por la
Asamblea Legislativa
de la
República de Panamá

Artículo 1. Podrán crear una fundación de interés privado de conformidad con las formalidades prescritas en la presente Ley, una o más personas naturales o jurídicas, por sí o por medio de terceros. Para ello, se requiere la constitución de un patrimonio destinado exclusivamente a los objetivos o fines expresamente establecidos en el acta fundacional. El patrimonio inicial podrá ser aumentado por el creador de la fundación, que se denominará el fundador, o cualquier otra persona.

Artículo 2. Las fundaciones de interés privado se regirán por el acta fundacional y sus reglamentos, así como por las disposiciones de esta Ley y demás disposiciones legales o reglamentarias que le sean aplicables. A estas fundaciones no se les aplicarán los preceptos del Título II del Libro I del Código Civil.

Artículo 3. Las fundaciones de interés privado no podrán perseguir fines de lucro. No obstante, podrán llevar a cabo actividades mercantiles en forma no habitual, o ejercer los derechos provenientes de los títulos representativos del capital

de sociedades mercantiles que integren el patrimonio de la fundación, siempre que el resultado o producto económico de tales actividades sea dedicado exclusivamente a los fines de la fundación.

Artículo 4. Las fundaciones de interés privado podrán constituirse para que surtan sus efectos, desde el momento de su creación o después de la muerte de su fundador, por cualquier de los siguientes métodos:

1. Mediante documento privado suscrito por el fundador, cuya firma deberá estar autenticada por notario público del lugar de su constitución.
2. Directamente ante notario público del lugar de su constitución.

Sea cual fuere el método de la constitución, deberán cumplirse las formalidades que para la creación de las fundaciones se establecen en la presente Ley.

En caso de que la fundación sea creada, ya sea por documento público o privado, para que surta efecto después de la muerte del fundador, no se requerirán las formalidades previstas para el otorgamiento de testamento.

Artículo 5. El acta fundacional debe contener:

1. El nombre de la fundación, expresado en cualquier lengua con caracteres del alfabeto latino, el que no será igual o similar al de otra fundación preexistente en la República de Panamá, a objeto de que no se preste a confusión. El nombre deberá incluir la palabra *fundación* para distinguirlo de otras personas naturales o jurídicas de otra naturaleza.
2. El patrimonio inicial de la fundación, expresado en cualquier moneda de curso legal, que en ningún caso será inferior a una suma equivalente a diez mil balboas (B/.10,000.00).
3. La designación, en forma completa y clara, incluyendo la dirección del miembro de los miembros del Consejo de Fundación, al que podrá pertenecer el fundador.
4. Domicilio de la fundación.
5. El nombre y domicilio del agente residente de la fundación en la República de Panamá, que deberá ser abogado, o una firma de abogados, quien deberá refrendar el acta fundacional, antes de su inscripción en el Registro Público.
6. Los fines de la fundación.
7. La forma de designar a los beneficiarios de la fundación entre los cuales puede incluirse al fundador.
8. La reserva del derecho a modificar el acta fundacional cuando se considere conveniente.
9. La duración de la fundación.

10. El destino que se le dará a los bienes de la fundación y la forma de la liquidación de su patrimonio, en caso de disolución.
11. Cualquier otra cláusula lícita que el fundador considere conveniente.

Artículo 6. El acta fundacional, lo mismo que cualquier modificación que se le haga a ésta, deberá redactarse en cualquier lengua con caracteres del alfabeto latino y cumplir con las normas de inscripción de actos y títulos en el Registro Público, para lo cual ha de ser previamente protocolizada en una notaría de la República. Si el acta fundacional o sus modificaciones no estuvieren redactadas en idioma español, deberán ser protocolizadas, junto con su traducción, por un intérprete público autorizado de la República de Panamá.

Artículo 7. Las modificaciones al acta fundacional, cuando sean permitidas, han de efectuarse y firmarse de acuerdo con lo que en ella se establece. El respectivo acuerdo, resolución o acto de modificación, deberá contener la fecha en que se realizó, el nombre claramente identificable de la persona o de las personas que lo suscriben y las firmas, que deberán ser autenticadas por notario público del lugar donde se firme el documento.

Artículo 8. Toda fundación de interés privado deberá pagar derecho registral y una tasa única anual equivalentes a lo que se establecen para las sociedades anónimas en los Artículos 318 y 318 del Código Fiscal.

El procedimiento y la forma de pago, el recargo por mora, las consecuencias por la falta de pago y todas las otras disposiciones complementarias de los preceptos legales antes citados, les serán aplicadas a las fundaciones de interés privado.

Artículo 9. La inscripción del acta fundacional en el Registro Público le otorgará a la fundación personalidad jurídica sin necesidad de ninguna otra autorización legal o administrativa. La inscripción en el Registro Público constituye, además, medio de publicidad frente a terceros. En consecuencia, la fundación podrá adquirir y poseer bienes de toda clase, contraer obligaciones y ser parte en procesos administrativos y judiciales de todo orden, con arreglo a lo que establecen las disposiciones que resulten aplicables.

Artículo 10. Una vez que la fundación ha adquirido personalidad jurídica, el fundador o los terceros que se han obligado a aportar bienes a la fundación, por sí mismos, o a petición de cualquier persona con interés en la fundación, de los bienes que se obligaron.

Cuando la fundación sea constituida para surtir los efectos a partir del fallecimiento del fundador, se considerará que ha existido con anterioridad a su muerte, con respecto a las donaciones que éste haya hecho a la fundación.

Artículo 11. Para todos los efectos legales, los bienes de la fundación constituirán un patrimonio separado de los bienes personales del fundador. Por tanto, no podrán ser secuestrados, embargados ni objeto de acción o medida cautelar, excepto por obligaciones incurridas, o por daños causados con ocasión de la ejecución de los fines u objetivos de la fundación, o por derechos legítimos de sus beneficiarios. En ningún caso responderán por obligaciones personales del fundador o de los beneficiarios.

Artículo 12. Las fundaciones serán irrevocables, salvo en los siguientes casos:

1. Cuando el acta fundacional no ha sido registrada en el Registro Público.
2. Cuando se establezca expresamente lo contrario en el acta fundacional.
3. Por cualquiera de las causales de revocación de las donaciones.

Artículo 13. En adición a lo puesto en el artículo anterior, cuando la fundación ha sido creada para que surta efectos después de la muerte del fundador, éste tendrá, en forma excluyente e ilimitada, el derecho de revocarla.

Los herederos del fundador no tendrán derecho a revocar la creación o las transferencias, aun en el caso de que la fundación no haya sido inscrita en el Registro Público antes del fallecimiento del fundador.

Artículo 14. La existencia de disposiciones legales en materia hereditaria en el domicilio del fundador o de los beneficiarios, no será oponible a la fundación, ni afectará su validez ni impedirá la realización de sus objetivos, en la forma prevista en el acta fundacional o sus reglamentos.

Artículo 15. Tendrán derecho a impugnar los aportes o las transferencias de bienes a favor de una fundación, los acreedores del fundador, o un tercero, cuando la transferencia constituya acto de fraude de acreedores. Los derechos y acciones de dichos acreedores prescribirán a los tres (3) años, contados a partir del aporte o la transferencia de los bienes a la fundación.

Artículo 16. El patrimonio de la fundación puede originarse en cualquier negocio jurídico lícito y podrá estar constituido sobre bienes de cualquier naturaleza, presentes o futuros. También podrán incorporarse al patrimonio sumas periódicas de dinero u otros bienes por parte del fundador o de terceros. La transferencia de bienes al patrimonio de la fundación puede realizarse por documento público o privado. No obstante, si se tratare de bienes inmuebles, la transferencia se ajustará a las normas sobre transmisión de bienes inmuebles.

Artículo 17. La fundación deberá tener un Consejo de Fundación, cuyas atribuciones o responsabilidades serán establecidas en el acta fundacional o en sus reglamentos. Salvo que fuese una persona jurídica, el número de miembros del Consejo de Fundación no será menor de tres (3).

Artículo 18. El Consejo de Fundación tendrá a su cargo el cumplimiento de los fines u objetivos de la fundación. Salvo que se exprese otro señalamiento en el acta fundacional o en sus reglamentos, el Consejo de Fundación tendrá las siguientes obligaciones y deberes generales:

1. Administrar los bienes de la fundación, de acuerdo con el acta fundacional o sus reglamentos.
2. Celebrar actos, contratos o negocios jurídicos que resulten convenientes o necesarios para cumplir el objeto de la fundación, e incluir en los contratos, convenios y demás instrumentos u obligaciones, cláusulas y condiciones necesarias y convenientes, que se ajusten a los fines de la fundación y que no sean contrarias a la Ley, la moral, las buenas costumbres o al orden público.
3. Informar a los beneficiarios de la fundación de la situación patrimonial de ésta, según lo establezca el acta fundacional o sus reglamentos.
4. Entregar a los beneficiarios de la fundación los bienes o recursos que a su favor haya establecido el acta fundacional o sus reglamentos.
5. Realizar los actos o contratos que esta Ley y demás disposiciones legales o reglamentarias que le sean aplicables, le permiten a la fundación.

Artículo 19. El acta fundacional o sus reglamentos podrán disponer que los miembros del Consejo de Fundación sólo puedan ejercer sus facultades con la autorización previa de un protector, comité o cualquier otro órgano de fiscalización, designado por el fundador o por la mayoría de los fundadores. Los miembros del Consejo de Fundación no serán responsables por la pérdida o deterioro de los bienes de la fundación, ni por los daños o perjuicios causados, cuando la mencionada autorización haya sido debidamente obtenida.

Artículo 20. Salvo que se disponga otra cosa en el acta fundacional o en sus reglamentos, el Consejo Fundacional deberá rendir cuentas de su gestión a los beneficiarios y, en su caso, al órgano de fiscalización. Si el acta fundacional o en sus reglamentos nada establecieron sobre el particular, la rendición de cuentas deberá hacerse anualmente. Si la cuenta presentada no se objetare dentro del término previsto en el acta fundacional o en sus reglamentos, en su defecto, se considerará que ha sido aprobada, dentro de noventa (90) días, contados a partir del día en que se recibió, para la cual se dejará constancia de este plazo en el informe de rendición de cuentas. Transcurrido dicho período o aprobada la cuenta, los miembros del Consejo de Fundación quedarán exonerados de responsabilidad por su gestión, salvo que no hubiesen actuado con la diligencia de un buen padre de familia. Tal aprobación no los exonera frente a los beneficiarios o terceros que tengan interés en la fundación, por los daños causados por culpa grave o dolo en la administración de la fundación.

Artículo 21. En el acta fundacional, el fundador podrá reservarse para sí mismo, o para otras personas, el derecho de remover a los miembros del Consejo de Fundación, lo mismo que designar o adicionar nuevos miembros.

Artículo 22. Cuando el acta fundacional o los reglamentos nada estableciesen sobre el derecho y las causas de remoción de los miembros del Consejo de Fundación, éstos podrán ser removidos judicialmente, mediante los trámites del proceso sumario, por las siguientes causas:

1. Cuando sus intereses fuesen incompatibles con los intereses de los beneficiarios o del fundador.
2. Si administraren los bienes de la fundación sin la diligencia de un buen padre de familia.
3. Si fueren condenados por delito contra la propiedad o la fe pública. En este caso, mientras se tramita el proceso penal, se podrá decretar la suspensión temporal del miembro procesado.
4. Por incapacidad o imposibilidad para ejecutar los objetivos de la fundación, desde que tales causales se configuren.
5. Por insolvencia, quiebra o concurso.

Artículo 23. Pueden pedir la remoción judicial de los miembros del Consejo de Fundación, el fundador y el beneficiario o los beneficiarios. Si los beneficiarios fuesen incapacitados o menores de edad, éstos podrán ser

representados por quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad o tutela, en su caso.

La Sentencia del tribunal que decrete la remoción deberá designar nuevos miembros en reemplazo de los anteriores, quienes deberán ser personas con suficiente capacidad, idoneidad, y reconocida solvencia moral para administrar los bienes de la fundación, de acuerdo con los fines establecidos por el fundador.

Artículo 24. El acta fundacional o sus reglamentos podrán prever la constitución de órgano de fiscalización, que podrán estar constituidos por personas naturales o jurídicas, tales como auditores, protectores de la fundación u otros similares.

Las atribuciones de los órganos de fiscalización se establecerán en el acta fundacional o en sus reglamentos y podrán incluir, entre otras, las siguientes:

1. Velar por que se cumplan los fines de la fundación por parte del Consejo de Fundación y por los derechos e intereses de los beneficiarios.
2. Exigir rendición de cuentas al Consejo de Fundación.
3. Modificar los fines y objetivos de la fundación, cuando éstos resultasen de imposible o gravosa realización.

4. Designar nuevos miembros en el Consejo de Fundación por ausencia temporal, definitiva o extinción del período de alguno de ellos.
5. Nombrar nuevos miembros del Consejo de Fundación en casos de ausencia temporal o accidental de alguno de ellos.
6. Aumentar el número de miembros del Consejo de Fundación.
7. Refrendar los actos adoptados por el Consejo de Fundación indicados en el acta fundacional o en sus reglamentos.
8. Custodiar los bienes de la fundación y procurar que se cumpla su aplicación a los usos o finalidades enunciadas en el acta fundacional.
9. Excluir a beneficiarios de la fundación y adicionar otros conforme lo disponga el acta fundacional o sus reglamentos.

Artículo 25. La fundación se disolverá por:

1. La llegada del día indicado en que se deba terminar la fundación de acuerdo con el acta fundacional.
2. El cumplimiento de los fines para los cuales fue constituida o por hacerse imposible su realización.
3. Encontrarse en estado de insolvencia, cesación de pagos o haberse declarado judicialmente el concurso de acreedores.
4. La pérdida o extinción total de los bienes de la fundación.
5. Su revocación.

6. Cualquier otra causa establecida en el acta fundacional o en la presente Ley.

Artículo 26. Todo beneficiario de la fundación podrá impugnar los actos de la fundación que lesionen los derechos que ésta le confiere, denunciando dicha circunstancia al protector o a otros órganos de fiscalización si los hubiere, o en su defecto, promoviendo directamente la reclamación judicial correspondiente, ante el juzgado competente del domicilio de la fundación.

Artículo 27. Estarán exentos de todo impuesto, contribución, tasa, gravamen o tributo de cualquier clase o denominación, los actos de constitución, modificación o gravamen de los bienes de la fundación y la renta proveniente de dichos bienes o cualquier otro acto sobre ellos, siempre que tales bienes constituyan:

1. Bienes situados en el extranjero.
2. Dinero depositado por personas naturales o jurídicas cuya renta no sea de fuente panameña o cuando su renta no sea gravable por cualquier causa, aún cuando tales acciones o valores estén depositados en la República de Panamá.

También estarán exentos de todo impuesto, los actos de transferencia de bienes inmuebles, títulos, certificados de depósitos, valores, dinero o acciones efectuadas por razón del cumplimiento de los fines u objetivos o por la

extinción de la fundación, a favor de los parientes dentro del primer grado de consanguinidad y del cónyuge del fundador.

Artículo 28. Las fundaciones constituidas de conformidad con una Ley extranjera, podrán acogerse a las disposiciones de esta Ley.

Artículo 29. Las fundaciones a las que se refiere el artículo anterior, que opten por acogerse a las disposiciones de esta Ley, presentarán un certificado de continuación, expedido por los órganos que con arreglo a su régimen interno les corresponda, el cual deberá contener:

1. El nombre de la fundación y la fecha de su constitución.
2. Los datos de su inscripción o depósito registral en su país de origen.
3. La declaración expresa de su deseo de continuar su existencia legal como una fundación panameña.
4. Los requisitos que para la constitución de fundaciones de interés privado estipula el Artículo 5 de la Ley.

Artículo 30. A la certificación contentiva de la resolución de continuación y los demás requisitos mencionados en el artículo anterior, deberán adjuntarse los siguientes documentos:

1. La copia del acta original de constitución de la fundación que exprese su deseo de continuar en Panamá, junto con cualquier modificación posterior.
2. El poder otorgado a un abogado panameño para que lleve a cabo los trámites para hacer efectiva la continuación de la fundación en Panamá.

La certificación de continuación, así como los documentos adjuntos a que se hace referencia esta Ley, deberán ser debidamente protocolizados e inscritos en el Registro Público, para que la fundación continúe su existencia legal como una fundación de interés privado de la República de Panamá.

Artículo 31. En los casos previstos en el artículo 26, las responsabilidades, deberes y derechos de la fundación, adquiridos con anterioridad al cambio de domicilio o de la legislación, continuarán vigentes, así como los procesos que se hubieren instaurado en su contra, o los que la fundación hubiere promovido, sin que resulten afectados tales derechos y obligaciones con el cambio autorizado por las citadas disposiciones legales.

Artículo 32. Las fundaciones constituidas de conformidad con la presente Ley, así como los bienes que integran su patrimonio, podrán trasladarse o someterse a las leyes y jurisdicciones de otro país, según disponga el acta fundacional o sus reglamentos.

Artículo 33. Las inscripciones relacionadas con las fundaciones de interés privado se efectuarán en el Registro Público, en la sección especial que se denominará “Sección de Fundaciones de Interés Privado”. El Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Gobierno y Justicia, expedirá el reglamento aplicable a esta sección.

Artículo 34. Para evitar el uso indebido de las fundaciones de interés privado se aplicarán, para su funcionamiento, todas las disposiciones legales contenidas en el Decreto Ejecutivo No. 468 de 1994 y cualquier otra norma vigente destinada a combatir lavado de dinero procedente del narcotráfico.

Artículo 35. Los miembros del Consejo de Fundación y de los órganos de fiscalización, si los hubiere, así como los servidores públicos o privados que tuviesen conocimiento de las actividades, transacciones u operaciones de las fundaciones, deberán mantener reserva y confidencialidad al respecto, en todo momento. Las infracciones a este deber serán sancionadas con prisión de 6 meses y multa de cincuenta mil balboas (B/.50,000.00), sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de las informaciones que deban revelarse a las autoridades oficiales y de las inspecciones que éstas deban efectuar en la forma establecida por la ley.

Artículo 36. Toda controversia que no tenga señalada en esta ley un procedimiento especial, será resuelta por los trámites del juicio sumario.

Podrá establecerse en el acta fundacional o en los reglamentos de la fundación, que cualquier controversia que surja sobre la fundación, será resuelta por árbitros o arbitradores, así como el procedimiento a que ellos deban sujetarse. En caso de que no se hubiere establecido tal procedimiento, se aplicarán las normas que al respecto contenga el Código Judicial.

Artículo 37. Esta ley comenzará a regir a partir de su promulgación

BIBLIOGRAFÍA

BELTRANENA VALLADARES DE PADILLA, María Luisa. **Lecciones de derecho civil.** (s.e.). Guatemala: 2001.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** Ed. Estudiantil Fénix. Guatemala: 1998.

CABANELLAS TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Ed. Heliasta SRL. Buenos Aires; La Argentina: 1996.

CLARE G. R., Miguel Ángel, para González Revilla y Asociados. “**De la formación de fundaciones de interés privado**”. *De los servicios legales de exportación en Panamá.* <http://www.legalinfo-panama.com/articulos/FIPef.pdf> (Fecha de ingreso: 1 de junio de 2006)

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español.** (s.e.). Madrid; España: 1977.

GHERSI, Carlos Alberto. **Derecho civil, parte general.** Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires; La Argentina: 1993.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Ed. Heliasta SRL. Buenos Aires; Argentina: 1998.

RUIZ CASTILLO DE JUÁREZ, Crista. **Historia del derecho.** (s.e.). Guatemala: 2000.

SILLS, David. **Enciclopedia internacional de las ciencias sociales.** Ed. Aguilar S. A. Madrid; España: 1975.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto Ley 106. 1964.

Ley Sobre el Impuesto de Herencias, Legados y Donaciones. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 431.1947.

Ley del Impuesto Sobre la Renta. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 26-92.1992.

Ley del Impuesto al Valor Agregado. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 27-92.1997.

Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolos. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 37-92. 1992

Ley del Impuesto Extraordinario y Temporal de Apoyo a los Acuerdos de Paz. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 19-04. 2004.

Ley de Organizaciones no Gubernamentales para el Desarrollo. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 02-2003. 2003.