

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL**



LICENCIADA MERCEDES ANALUCIA VARGAS GALVEZ DE CORDON

CHIQUMULA, JULIO del 2013.

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL**

**“ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS
FUNDACIONES EN GUATEMALA Y SUS EFECTOS”**

Informe final de tesis para la obtención del grado de Maestro en Ciencias, con base al Normativo de Tesis, de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales aprobado por la Junta Directiva en el Punto Quinto Inciso 5.1 del Acta No. 11-98 del 13 de abril de 1998 y con base a autorización contenida en el Punto Octavo, Inciso 8.3 del Acta 13-2011, de Reunión Ordinaria Celebrada por el Consejo Directivo del Sistema de Estudios de Postgrado, el 8 de noviembre de dos mil once y Punto Décimo Tercero, Inciso 13.2 del Acta 03-2012 de la reunión Ordinaria Celebrada por el Consejo Directivo del Sistema de Estudios de Postgrado, el 13 de marzo del dos mil doce.

LICENCIADA MERCEDES ANALUCIA VARGAS GALVEZ DE CORDON

CHIQUIMULA, GUATEMALA, Julio 2013.

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL**



RECTOR

Lic. Carlos Estuardo Gálvez Barrios

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente: MSc. Nery Waldemar Galdamez Cabrera
Representante de docentes: Ph.D. Nery Felipe Agustín Hernandez
Representante de graduados: MSc. Edgar Arnoldo Casasola Chinchilla
Lic. Zoot. Genesio Alberto Orellana Roldan
Representante de estudiantes: Br. Heidy Jeaneth Martinez Cuestas
Br. Otoniel Sagastume Escobar
Secretario: Licda. Marjorie Azucena González Cardona

COORDINADOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

MSc. Mario Roberto Diaz Moscoso

JURADO EXAMINADOR

Presidente: Dr. Aníbal González Dubon
Vocal: MSc. Gabriela Patricia Portillo Lemus
Secretario: MSc. Oscar Estuardo Paiz Lemus
Asesor de tesis: Dr. Rene Arturo Villeda Lara



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

REF.DPG-RAVL-03-2013
Chiquimula, 04 de mayo de 2013

MSc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Coordinador del Departamento de Estudios de Postgrado
Centro Universitario de Oriente
Su despacho

Maestro Díaz Moscoso:

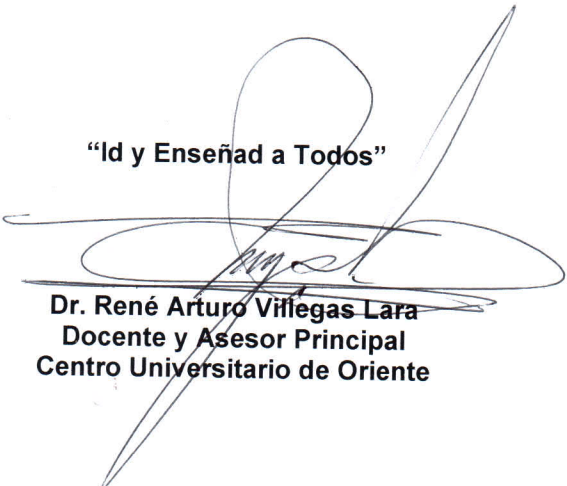
En cumplimiento de la asesoría de de tesis que se me confió, para dirigir la investigación realizada por la **Licenciada Mercedes Analucía Vargas Gálvez de Cordón**, previo a obtener el título de **Maestra en Derecho Civil y Procesal Civil**, le informo que me ha presentado su informe final sobre el tema "**LAS FUNDACIONES**", dicho trabajo reúne todos los requisitos reglamentarios y cumple con los principios, métodos y técnicas de la metodología de la investigación científica.

Por lo que solicito que sea nombrado el Jurado Examinador y se realicen los trámites correspondientes para su impresión.

Sin otro particular, deseándole éxitos en su gestión, me suscribo de usted.

Atentamente,

"Id y Enseñad a Todos"


Dr. René Arturo Villegas Lara
Docente y Asesor Principal
Centro Universitario de Oriente

c.c Archivo
/ravl

"36 AÑOS SIRVIENDO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN EL NORORIENTE"



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

El Coordinador del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, CERTIFICA: que para el efecto ha tenido a la vista el Acta de Presentación de Exámenes Privados de Tesis Número siete guión dos mil trece (Acta 007-2013), que copiada literalmente dice: -----

"Acta 007-2013: En el salón J-9 de las instalaciones del Centro Universitario de Oriente, nos reunimos los miembros del Jurado Examinador Doctor Aníbal González Dubón (Presidente) Maestro en Ciencias Oscar Estuardo Paiz Lemus, (Secretario) y Maestra en Ciencias Gabriela Patricia Portillo Lemus, siendo las veinte horas del día viernes catorce de junio de dos mil trece (2013), para practicar el **EXAMEN PRIVADO DE TESIS**, de la **Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria Mercedes Analucía Vargas Gálvez (Postulante)** carné No. **100019756**, inscrita en la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, como requisito previo a optar el grado de Maestro en Ciencias en la rama de Derecho Civil y Procesal Civil del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente, con base a autorización contenida en el Punto Octavo, Inciso 8.3 del Acta 13-2011, de Reunión Ordinaria Celebrada por el Consejo Directivo del Sistema de Estudios de Postgrado, el ocho (8) de noviembre de dos mil once (2011) y Punto Décimo Tercero, Inciso 13.2 del Acta 03-2012, de la reunión Ordinaria Celebrada por el Consejo Directivo del Sistema de Estudios de Postgrado, el trece (13) de marzo de dos mil doce (2012). Haciendo constar lo siguiente: -----

Primero: Procedimos a efectuar el referido examen de conformidad con el base al Normativo de Tesis, de la Escuela de Estudios de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales aprobado por la Junta Directiva en el Punto Quinto Inciso 5.1 del Acta No. 11-98 del trece de abril (13) de mil novecientos noventa y ocho (1998).-----

Segundo: El examen privado de tesis fue oral y consistió en la evaluación de los elementos técnico-formales y de contenido científico del informe final de la tesis intitulado: **"LAS FUNDACIONES"**, elaborado por el postulante.-----

Tercero: El resultado del examen fue aprobado por **UNANIMIDAD DE VOTOS, CON ENMIENDAS**. Previo a la aprobación final de tesis, el postulante debe incorporar las recomendaciones emitidas, si la hubiere, en reunión del Jurado Examinador, las cuales, se le entregarán por escrito y deberá presentar nuevamente la tesis en el plazo máximo de sesenta (60) días, a partir de la presente fecha. Las correcciones realizadas deberán contar con el aval del asesor principal de tesis y/o uno de los miembros de la terna evaluadora. En fe de lo cual firmamos la presente acta, en la ciudad de Chiquimula, siendo las veintiuna horas del día viernes catorce de junio de (2013). FIRMAS ILEGIBLES

M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Coordinador
Departamento de Estudios de Postgrado
Centro Universitario de Oriente



EL INFRASCRITO DIRECTOR DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, POR ESTE MEDIO HACE CONSTAR QUE: Conoció el Informe Final de Tesis de la maestrante **MERCEDES ANALUCÍA VARGAS GÁLVEZ CORDÓN** titulado **“ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS FUNDACIONES EN GUATEMALA Y SUS EFECTOS”**, trabajo que cuenta con el aval de su Asesor y Coordinador del departamento de Estudios de Postgrados de esta Unidad Académica. Por tanto, la Dirección del CUNORI con base a las facultades que le otorga las Normas y Reglamentos de Legislación Universitaria **AUTORIZA** que el documento sea publicado como **Informe Final de Tesis** a Nivel de Postgrado, previo a obtener el título de **MAESTRO EN CIENCIAS** en la rama de **Derecho Civil y Procesal Civil**.

Se extiende la presente en la ciudad de Chiquimula, a uno de agosto de dos mil trece.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



MSc. Nery Waldemar Galdámez Cabrera
DIRECTOR

CUNORI - USAC



c.c. Archivo

NWGC/ars

DEDICATORIA

A Dios, por ser mi creador y el que me ha permitido llegar hasta donde estoy, por su luz y ayuda.

A mis padres,

Carlos Roberto y Marilyn Patricia por ser mis guías y mi fortaleza

A mi esposo, Víctor Hugo por el apoyo incondicional que me ha dado en cada momento de m vida.

A mis hijos, María Paula y Luis Carlos por ser el motor de mi vida, ya que son mi inspiración para seguir adelante superándome día con día.

A mis hermanos, Carlos Augusto y Carlos Roberto por sus consejos y motivaciones para seguir superándome.

A mis maestros en Derecho Civil

Dr. Rene Arturo Villegas Lara

MSc. Ronaldo Porta España

MSc. Dina Azucena Cerin Miranda

A mis compañeros de Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil

Índice

Introducción	i
Capítulo I	1
1. Derecho de asociación y su función	1
1.1 Evolución histórica del derecho de asociación	20
1.2 Evolución histórica de la fundación	25
1.3 Derecho Constitucional Guatemalteco de asociación	30
1.4 Esquema histórico a nivel de la naturaleza humana en cuanto a las organizaciones	33
1.5 Diferencia entre asociación y fundación	53
1.5.1 Fundación	56
1.5.2 Asociación	56
1.6 Obligaciones y prohibiciones de las asociaciones civiles	58
Capítulo II	62
2. Régimen legal y formal de la fundación	62
2.1 Que establece el artículo 15 del Código Civil?	63
2.2 Persona jurídica	64
2.3 Naturaleza de la persona jurídica	69
2.4 Clasificación de las persona jurídicas	79
2.5 Filosofía del derecho y justicia social	85
2.6 En qué consiste el valor Justicia?	87
2.7 Justicia distributiva	91
2.8 Justicia social	93
2.9 Justicia conmutativa	97

Capítulo III	99
---------------------	-----------

3.	Como se organiza una fundación	99
3.1	Pasos y requisitos establecidos por el Ministerio de Gobernación	100
3.2	Requisitos para solicitar el reconocimiento de la personalidad jurídica y aprobación de estatutos de fundaciones:	102
3.3	Impuestos para la conformación de una fundación	106
3.4	Análisis critico del porque cumplir con los requisitos que exige el ministerio de gobernación y no poder variar los mismos	110

CAPITULO IV	113
--------------------	------------

4.1	Derecho administrativo y privado	113
4.2	Diferencias entre Derecho privado y Derecho público	115
4.3	El actual contexto social de las fundaciones	121
4.4	El carácter público y privado de las fundaciones	126
4.5	La intervención pública sobre las fundaciones	128
4.7	El fin público o general de las fundaciones	129
4.8	Registro y otorgamiento de la personalidad jurídica de la fundación	131
CONCLUSIONES		134
BIBLIOGRAFÍA		135

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por objeto dar a conocer cual es el fundamento jurídico para la creación y uso de las fundaciones, así como el mecanismo jurídico para su administración, ya que el Código Civil, si bien es cierto que al tratar a las Personas Jurídicas contempla las fundaciones, no desarrolla aspectos vitales para estas como los requisitos generales y especiales para su constitución, administración y funcionamiento, por lo que el problema a resolver consiste en establecer si: ¿es necesario dictar normas erga omnes que permitan regular a la fundaciones dotándolas de seguridad jurídica? Para este efecto, se tiene como hipótesis que: El Ministerio de Gobernación de Guatemala, ante la falta de normas específicas actúa con base en la costumbre y criterios del asesor de turno, sin base legalmente establecida reconoce o no su personalidad jurídica, acepta su inscripción y funcionamiento lo que coloca a estas en una situación de incertidumbre.

El concepto tradicional de la fundación no ha desaparecido totalmente, lo importante es su organización y el por qué de su razón, fundamentalmente tomando en consideración que su propósito es beneficiar a grupos necesitados a quienes centran sus objetivos.

Desde el punto de vista jurídico se pueden extraer tres ideas básicas: las fundaciones son entidades sin ánimo de lucro, que persiguen un fin establecido por su fundador, afectando un patrimonio concreto para la consecución de los objetivos de interés general tales como la asistencia social, la cooperación para el

desarrollo, la cultura, la educación, el medio ambiente, la investigación científica, el desarrollo tecnológico y otros de interés social.

En este contexto, la gestión de las Fundaciones, al igual que la de la totalidad de las entidades sin fines lucrativos, no puede evaluarse a través de la rentabilidad obtenida, ya que normalmente sus diversos objetivos son difíciles de medir e incluso de cuantificar en muchas ocasiones.

El presente trabajo se ha estructurado de manera que en el primer capítulo se desarrolla el derecho de asociación, su evolución en el tiempo, que tipos de asociaciones son reconocidas legalmente. En el capítulo dos se hace referencia a la construcción y evolución histórica de las fundaciones, el por que de su creación y como fueron tomando vida con el transcurrir del tiempo, de ser un ente puramente de renombre, pasa a ser un tipo de institución enfocada a brindar ayuda social.

Luego en el capítulo tres ya se profundiza en el que hacer legal de las fundaciones como la importancia de la personalidad jurídica para su funcionamiento. Como se organizan las fundaciones se cita en último capítulo, se indican los pasos y requisitos que deberían establecerse con base legal para aprobar su funcionamiento y administración.

Se culmina con el detalle de conclusiones que pueden servir para una referencia al tema que ocupa el presente trabajo.

Capítulo I

1. Derecho de asociación y su función

La libertad de asociación o derecho de asociación es un derecho humano que consiste en la facultad de unirse y formar grupos, asociaciones u organizaciones con objetivos lícitos, así como retirarse de las mismas. La libertad o el derecho de asociación supone la libre disponibilidad de los individuos para construir formalmente agrupaciones permanentes o personas jurídicas encaminadas a la consecución de fines específicos, esto es una de las prolongaciones de las libertades de pensamiento, expresión y reunión y una antesala a los derechos de participación.

Según Rafael Flaquer Montequi, asociarse es el acto por el que una serie de individuos unen sus esfuerzos mancomunadamente con el fin de alcanzar unas metas comunes. Existe reunión cuando se congregan determinados sujetos para tratar, de forma previamente convenida y de manera temporal, sobre cualquier asunto que, en principio, les concierne individual o colectivamente. En tanto que la manifestación supone la existencia ya de un cierto grado de presión, que se materializa por medio de una concentración,

generalmente al aire libre, cuyo objeto es reivindicar o expresar una postura determinada.¹

La revolución francesa había enaltecido la individualidad de la persona, pero, por el contrario, dejaba a éste inerme, en solitario y abandonada a su suerte frente al grupo. Durante la primera mitad del siglo XIX surge entonces y con fuerza de la mano de Elanc, Cabet y Fourier, una corriente impulsora del asociacionismo como medio de contener el avance deshumanizado del sistema de producción capitalista propagado por la revolución industrial.

Así, durante muchos años del siglo XIX el proletariado industrial y urbano de buena parte de Europa va a entablar frente al poder político, una lucha reivindicativa por la consecución del reconocimiento de sus derechos de asociación, reunión y manifestación, pugna que en no pocas ocasiones concluyó en el enfrentamiento armado y el derramamiento de sangre.

Los derechos de reunión y asociación aparecen positivados por primera vez en el texto constitucional belga de 1831: “artículo 19. Los belgas tienen derecho a reunirse pacíficamente, sin armas, con arreglo a las leyes, que pueden regular el ejercicio de este derecho sin someterle a una previa autorización. Esta disposición no es aplicable a las reuniones al aire libre, que

¹ Flaquer Montequi, Rafael. Los derechos de asociación, reunión y manifestación. Madrid Marcial Pons. 1999. Pág. 155.

se sujetan a las leyes de policía. Artículo 20. Los belgas tienen derecho de asociarse, este derecho no puede someterse a medida preventiva.²

De ahí pasan a serlo en la Constitución francesa de 1848: “artículo. 8. Los ciudadanos tienen el derecho de asociarse, de reunirse pacíficamente y sin armas, de petición, de manifestar sus pensamientos por medio de la prensa o de otro modo. El ejercicio de estos derechos no tienen más límite que los derechos o la libertad de otro y la seguridad pública. La prensa no puede, en ningún caso, estar sometida a la censura.”³

Para dos años más tarde, quedar contemplados en la ley prusiana: “artículo 29. Todos los prusianos tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas en cualquier recinto o estancia, sin someterse a una previa autorización. Esta disposición no es aplicable a las reuniones al aire libre, que se sujetan a las leyes de policía. Artículo 30. Los prusianos tienen el derecho de asociarse para objetos permitidos por las leyes. La ley arreglará, especialmente para la conservación del orden público, la ejecución de los derechos garantizados en el artículos anterior. Podrán tomarse momentáneamente disposiciones restrictivas o prohibitivas, dentro de los términos legales, respecto a las asociaciones políticas.”⁴

² Ibid.

³ Ibid

⁴ Ibid

Llegando a ser explicitados en el caso español en 1869: “artículo 17. Tamóco podrá ser privado ningún español.... Del derecho de reunirse pacíficamente. Del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública... artículo. 18. Toda reunión pública sujeta a las disposiciones generales de policía. Las reuniones al aire libre y las manifestaciones políticas sólo podrán celebrarse de día. artículo. 19. A toda asociación cuyos individuos delinquieren por los medios que la misma les proporcione podrá imponérsele la pena de disolución. La autoridad gubernativa podrá suspender la asociación que delinea, sometiendo incontinenti a los reos al juez competente. Toda asociación cuyo objeto o cuyos medios comprometan la seguridad del Estado podrá ser disuelta por una ley.”⁵

En España, en octubre de 1822 el Gobierno presenta al Congreso un informe sobre “los males que aquejan a la nación...” en cuyo punto 15 reconocía que: con el objeto de mantener el espíritu público, se fomentará el establecimiento de sociedades patrióticas, reglamentándolas de modo que sean de utilidad y se precava toda inconsideración o extravío. Y así, posteriormente son presentados al Congreso otras redacciones que anulan la anterior, desbaratando el progreso que se había dado, suspendiendo la normativa de ese año: donde se lee que tanto la Constitución progresista de 1837 como la moderada de 1845 y el Estatuto Real de 1834, ignoran tales derechos en sus

⁵ Ibid

textos. Igual lo hace el proyecto constitucional de Bravo Murillo de diciembre de 1852.

El constituyente Gorosarri presenta al Congreso una proposición, que no es admitida, solicitando en ella el restablecimiento de la Ley del 17 de noviembre de 1922, diez años después, Sartorios, ministro de Gobernación, remite a la Cámara un proyecto de Ley de Orden Público, que finalmente no llega a debatirse, cuyo artículo 2 fijaba que no se podrá verificar ninguna reunión política sin previa autorización del jefe o del alcalde respectivo, según que la reunión haya de celebrarse dentro o fuera de la residencia de aquella autoridad.⁶

El 29 de agosto de 1854, se da la prohibición de las asociaciones y reuniones políticas de carácter permanente.

El 22 de junio de 1864, siendo Ministro de Gobernación, Cánovas del Castillo, se publica finalmente una ley sobre reuniones que, aunque muy restrictiva, desea mantener el Gobierno la facultad discrecional de prohibirlas cuando no inspiren seguridad por sus tendencias o por las circunstancias en que el país se encuentre al ser convocadas, constituye esta la primera regulación específica de tal derecho.⁷

⁶ Ibid

⁷ Ibid

En 1966 el Ministerio de Gobernación O'Donnell presenta al Senado un reciclado proyecto de ley sobre asociaciones que no llega a debatirse en el Congreso, su preámbulo es significativo si se pone en relación con el moderantismo del que participa en esa época:

“El derecho de asociarse para realizar los diferentes fines de la vida es tan natural en el hombre que en todos los tiempos lo ha ejercitado para disminuir su debilidad propia con el auxilio de las fuerzas de los demás. La asociación, en sus diferentes formas, y aplicada a los variados intereses particulares y públicos, es el elemento más eficaz de cuantos han contribuido al desenvolvimiento moral y político de los pueblos de Europa. La historia del derecho y las vicisitudes exteriores del principio de asociación es la historia de los cambios y transformaciones más íntimas en la situación económica, social y política de las naciones. Primero nos presentan ligas, hermandades, cofradías y corporaciones privilegiadas; después, sociedades secretas en su organización, aunque creadas con el propósito de transformar el Gobierno de los Estados, y por último, cuando las reformas y constituciones nuevas dieron libertad a la industria y llamaron a los pueblos a intervenir en los negocios generales, nos ofrece en todas partes una tendencia a realizar por medio de la asociación, el progreso individual y público a que aspiran los individuos y las naciones.”⁸

⁸ Ibid

Estos vanos intentos por regular los mencionados derechos alcanzan su remate final con la publicación de la Ley de Orden Público de 20 de marzo de 1867 (en origen se trataba de un Real Decreto que en abril de ese mismo año fue convalidado por las Cortes), impulsada, en las postrimerías del régimen isabelino, por González Bravo durante el último gobierno Narváez. Supone, de derecho, la primera ley sobre la materia, reproduciendo su intolerancia con respecto a las libertades de reunión y asociación, aunque introduce la novedad de contemplar por primera vez la manifestación como un ejercicio de contenido político que es igualmente condenada. Su aplicación queda al arbitrio del gobierno de turno, pues se le capacita para prohibir toda manifestación pública que ofenda a la religión, a la moral, a la monarquía, a la Constitución, a la dinastía reinante, a los cuerpos colegisladores y al respeto debido a las leyes», así como suspender las reuniones que «puedan producir alarma, aunque por su índole sean de carácter inofensivo».⁹

Triunfante la revolución de 1868 y a poco menos de un mes de la formación del gobierno provisional del general Serrano, Sagasta, ministro de Gobernación, rubrica el Decreto de 1 de noviembre reconociendo el derecho de reunión, al que sigue otro, de 20 del mismo mes, admitiendo la libertad de asociación. Se colmaban así tanto las aspiraciones de los apoyos políticos del nuevo Gobierno -progresistas, unionistas y demócratas-, como el compromiso adquirido por el Manifiesto a la Nación del 25 de octubre: Las libertades de

⁹ Ibid

reunión y asociación pacíficas... han sido asimismo reconocidas como dogmas fundamentales por la revolución.¹⁰

El 7 de octubre de 1871, interviene de nuevo el diputado Ochoa para preguntar cuál sería la posición del gobierno de Malcampo acerca de la existencia legal de las asociaciones benéficas de carácter religioso, respondiéndole al ministro de la Gobernación Candau, que mientras estén dentro del espíritu y la letra de la Constitución y del Código Penal no encontrarán obstáculo en el Gobierno.

Pero el tema de mayor controversia en el tiempo de la monarquía de Amadeo lo constituye el debate acerca de la prohibición de la Asociación Internacional de Trabajadores, que supuso la intervención de los más brillantes oradores parlamentarios del momento. La cuestión arranca de una interpelación presentada al gobierno de Ruiz Zorrilla, en vísperas de su caída, por el diputado tradicionalista Lové y Hevia el 2 de octubre de 1871, y que tenía su antecedente en la pregunta que, en idéntico sentido, había planteado en la alta Cámara el senador De Pedro a finales del mes de julio en los siguientes términos: "...la práctica de los derechos individuales dentro de la moral universal es conveniente a la sociedad; pero el abuso de los derechos individuales, como se ha pretendido intentar en este país, es sumamente perjudicial y es muy dado a trastornos de gran magnitud. Me refiero, señores,

¹⁰ Ibid

a la internacional. Yo creo que esa asociación, que esa reunión, está fuera de la prescripción de los derechos individuales.

El debate se abre el 16 de octubre, ya bajo el gobierno Malcampo, y no concluye hasta el 10 del mes siguiente, en que, a pesar de los denodados esfuerzos verbales de Garrido, Lostau, Salmerón, Castelar, Pí y Margall, etc., el Congreso declara su inconstitucionalidad por una amplia mayoría de 196 votos a favor frente a 38 en contra, no tomando carta de naturaleza la proscripción hasta el Decreto sagastino de 17 de enero de 1872.

De lo anterior, se emite una circular el 23 de noviembre a todas las Audiencias Eugenio Díez, titular de la fiscalía del Tribunal Supremo, recordando que es al Poder Judicial al que le compete resolver si una asociación delinque o no o si atenta o no contrala moral pública, lo que le valió su fulminante destitución por discrepancia con la actitud mantenida por el Gobierno. El documento exponía en sus párrafos más relevante que:.. “Todo español, según la Constitución del Estado, tiene el derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública... Si se constituye una asociación con fines contrarios a la moral pública, o cuyos individuos delincan por los medios que la misma les proporciona, los asociados no podrán continuar siéndolo; pero es necesario que lo digan antes así los

Tribunales de Justicia en sentencia definitiva sobre causa formada de oficio o a instancia de un funcionario del Ministerio Fiscal...

El 15 de junio de 1880, el documento prescrito, adquiere el rango de ley, convirtiéndose en un instrumento de estratégico valor en manos del ejecutivo por su capacidad para controlar el ejercicio del mencionado derecho, pues si bien reconoce que «puede ejercitarse por todos, sin más condición, cuando la reunión haya de ser pública, que la de dar los que la convoquen conocimiento escrito y firmado del objeto, sitio, día y hora de la reunión, veinticuatro horas antes», añade que «a toda reunión pública puede asistir la autoridad, con capacidad para suspender o disolver el acto.

Por su parte, Venancio González, ministro de Gobernación en el primer gabinete sagastino de la Restauración, envía al Congreso, el 17 de noviembre de 1881, un proyecto de ley sobre asociaciones que no alcanza la fase de dictamen, calificando en su preámbulo a éstas como «uno de los elementos de progreso y mejora social que más vigorosamente influyen en la vida del Estado», en tanto que en su artículo 1 reconocía que tal derecho puede ejercitarse libremente por todos.

Durante el gobierno de Sagasta, que inaugura la Regencia, Venancio González presenta de nuevo a las Cortes, el 11 de julio de 1886, su proyecto de asociación en el que introduce sustantivas novedades con respecto al texto

de 1881, aunque su tramitación fue realmente azarosa, ya que se gestionó en dos tiempos, constituyendo, en palabras de Castilla, la primera norma de reglamentación administrativa con vicios de totalidad reguladora sobre la materia, aunque se basaba en el sistema liberal represivo.

Su primera entrega no llegó tampoco a la fase de presentación de dictamen ante la Cámara por relevo en el Ministerio a favor de León y Castillo, trámite que se cumplimentó a finales de febrero de 1887 a poco más de un mes de inaugurada una nueva legislatura. Tras debatirse sin alcanzarse un acuerdo entre ambos cuerpos colegisladores, se recurrió a la reglamentaria comisión mixta que consensuó el texto y consiguió, sin debates, la aceptación, aprobándose como ley, refrendada por el ministro de Gracia y Justicia, Alonso Martínez, el 30 de junio de 1887. Nacía así una norma de dilatada vigencia.¹¹

La ley afecta a cualquier tipo de asociación salvo las inspiradas en la fe católica, que quedaban al amparo del vigente Concordato: quedan sometidas a las disposiciones de la misma las asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo..., los gremios, las sociedades de socorros mutuos, de previsión de patrono y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo. Estipula la obligación de presentar previamente a su constitución los estatutos o sus posibles modificaciones ante el correspondiente gobernador civil, así como de notificar por escrito sus

¹¹ Ibid

reuniones ordinarias; asegura el control de las mismas y de sus miembros por parte del Gobierno, toda asociación llevará y exhibirá a la autoridad cuando ésta lo exija registro de los nombres, apellidos, profesión y domicilios de todos los asociados.... También llevará libros de contabilidad, en los cuales figurarán todos los ingresos y gastos de la asociación, expresando inequívocamente la procedencia de aquéllos y la inversión de éstos, y se determina, como salvaguarda ante la acción del poder político, que toda suspensión fruto de un acto de carácter administrativo es cautelar en espera de que se pronuncien los Tribunales de Justicia, puesto que la autoridad judicial será la única competente para decretar la disolución de las asociaciones.

Pero a pesar de la vigencia de la Ley de 1887 hasta la Dictadura de Primo de Rivera (septiembre 1923), el derecho de asociación va a ser objeto todavía de probaturas modificadoras que en unos casos prosperan, en tanto que en otros quedan reducidos a vanos e inútiles intentos.

El 9 de diciembre de 1931 es aprobada la Constitución, que a través de sus artículos 38 y .39, que no dieron lugar a debates reseñables, preceptúa los derechos de reunión, asociación y manifestación. Ni el anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora, ni el proyecto presentado finalmente a las Cortes el 18 de agosto recogían el derecho de manifestación, sino que éste lo fue

gracias a la convalidación de una enmienda presentada por la diputada Kent, en tanto que fueron vanos todos los intentos por enmendar el artículo correspondiente al derecho de asociación. En cualquier caso, la materialización de los derechos de reunión y manifestación se supeditaba al desarrollo de una ley posterior, en tanto que el de asociación quedaba sujeto a la cumplimentación del requisito de su previa inscripción, que por cierto no suponía novedad alguna al haber sido contemplada ya esta obligación en la Ley de 1887.

Desde mediados del siglo XX, el derecho de asociación ha ido siendo cada vez más reconocido en el derecho internacional en diversos documentos:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo proclama en su artículo 20 en los siguientes términos:
 - Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica.
 - Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos elaborado en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas contempla la libertad de

asociación en su artículo 22, si bien admite la posibilidad de restricciones en el ámbito. El apartado 1 dice lo siguiente:

- Toda persona tiene el derecho a la libertad de asociación con otras, incluyendo el derecho a crear y formar parte de los sindicatos laborales para la protección de sus intereses.
- La Convención Europea de Derechos Humanos elaborada en el ámbito del Consejo de Europa lo proclama en su artículo 11, junto con el derecho de reunión, e incluyendo expresamente en un ámbito el derecho de sindicación. Admite restricciones al mismo. El apartado 1 dice:
 - Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos elaborada en el ámbito de la Organización de Estados Americanos lo proclama en su artículo 16, admitiendo también restricciones. El apartado 1 dice:

- Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier índole.

La función de las asociaciones consiste en hacer aflorar a la conciencia colectiva necesidades sociales hasta entonces ignoradas o mal conocidas, bien sea por medio de iniciativas concretas o de llamadas y reivindicaciones que éstas formulan.

También en estas funciones sobrepasa la simple producción de un bien o servicio. El papel de los valores sobre los cuales descansa la identidad de la organización es, en general, muy importante: obtener un impacto más bien que realizar un beneficio. Las entidades sin fines de lucro no buscan solamente proveer un servicio sino también obtener un cierto impacto, realizar objetivos externos a la ayuda de las prestaciones. A estas las acompaña un papel de organización, de enseñanza de valores fundamentales de la sociedad y de mediación entre los individuos y los poderes públicos; en ocasiones se organizan de tal manera que la fuerza que asumen les hace capaces de organizar movimientos sociales.

Para poder ser entendida como tal, una institución debería poseer los rasgos siguientes:

1. Estar organizada formalmente, es decir, debe tener una estructura interna, estabilidad de objetivos formales y con una distinción entre socios y no socios. Este criterio excluye de este ámbito de estudio las manifestaciones informales de solidaridad, colaboración ayuda mutua.
2. Ser privada, por lo tanto, debe estar separada institucionalmente de las administraciones públicas. Esto no significa que la organización en cuestión no pueda recibir apoyo público ni que no pueda haber funcionarios públicos en sus órganos de gobierno.
3. Ausencia de ánimo de lucro. Las organizaciones del Tercer Sector no deben repartir beneficios entre los propietarios, administraciones o directivos. Esto implica que su finalidad principal no es la de generar beneficios ni estar guiada por criterios comerciales. Las organizaciones del Tercer Sector pueden obtener beneficios pero estos deben ser reinvertidos en función de la misión corporativa de la organización.
4. Capacidad de autocontrol institucional, es decir, estas organizaciones han de tener sus propios mecanismos de autogobierno y han de gozar de un significativo grado de autonomía.

5. Participación voluntaria: la participación o no de sus miembros ha de depender de la libre voluntad de los mismos y no de imposiciones externas. Por otra parte, hay también un significativo grado de participación de voluntarios, esto es, personas que aportan tiempo no remunerado.

La presencia de las entidades sin fines de lucro cada vez más importante y el aumento del peso económico relativo, en los países más desarrollados y también en los que están en vía de desarrollo, ha llevado a una demanda creciente de información y transparencia sobre las actividades que realizan y el modo y empleo de los recursos y medios que gestionan. Una contabilidad que refleje la imagen fiel es imprescindible para el buen gobierno de las entidades sin fines de lucro. Sus características peculiares, la propia conducta de la sociedad donde se encuentra inserta conducen a la necesidad de facilitar de una forma determinada los datos sobre los recursos empleados en la atención de sus fines sociales.

Estas entidades obtienen ingresos para poder cumplir los fines de tipo social, dotándolas de presupuesto, que es la herramienta que sirve de control. El beneficio no es un indicador que sirva para la gestión ya que no es un objetivo pretendido, pasando a un segundo plano y con una finalidad distinta ya que los posibles beneficios nunca serán repartidos. La formulación de la cuenta de

pérdidas y ganancias, o excedente como se denomina en la terminología de las entidades sin fines de lucro, no tiene sentido reportando poca utilidad o ninguna para medir la actuación de la organización respectiva.

Los agentes económicos que aportan los recursos de la entidad, son normalmente distintos de los beneficiarios de los servicios prestados por ésta, por lo que los primeros no condicionan su donación basándose en la satisfacción experimentada en el disfrute de tales servicios, sino en otro tipo de percepciones que les aporten una medida sobre la calidad y oportunidad de las actividades de la entidad. El acceso a este tipo de percepciones debería formar parte de los objetivos de información presentes en sistema de información contable de éstas.

La evaluación de la eficacia de las entidades sin fines de lucro dependerá de las actividades ejecutadas en un determinado período de tiempo y de la previsión de las mismas en un futuro. Así la contabilidad deberá reflejar esta información, registrando las variaciones sucedidas en su patrimonio como consecuencia de la realización de actividades y compromisos asumidos, rindiendo cuentas sobre los objetivos presupuestados y los alcanzados. Las variaciones patrimoniales son cambios cualitativos y cuantitativos provocados en el patrimonio, por diferentes hechos o actos ciertos o con alta probabilidad

de ocurrencia, cuantificables objetivamente en moneda, en el desarrollo de su fin social

En la interpretación tradicional hasta ahora se entiende que dentro de una entidad sin fines lucrativos coexisten actividades lucrativas o mercantiles con otras que no lo son. Si la definición de no lucrativa es que el resultado económico si existe no se reparte entre los accionistas o propietarios, el corolario resultante es que en una entidad sin fines lucrativos existen actividades que no reparten beneficios a sus propietarios y otras que sí van a generar dividendos, llegando al absurdo en esta deducción ya que ni hay dueños ni por ende se reparte remuneración alguna a los propietarios puesto que éstos no existen.

Si el destino de los recursos excedentes fuera el bolsillo de algunos miembros de la entidad, no cabe duda que ese no es el propósito de la organización, ni de todo un trabajo en conjunto. Pero si lo recaudado se utiliza para agregar valor, brindar un mejor servicio a los asociados y contribuir a que la sociedad crezca, generar ingresos adicionales es correcto y legítimo. Y es lo que deberían estar haciendo todas las asociaciones.

Al igual que una empresa, ese margen de rentabilidad permitirá ofrecer a la sociedad sus servicios; solventará la creación de nuevas actividades, la

organización de nuevos programas y proyectos, y la optimización de recursos para que la propia institución siga funcionando en beneficio de todos (una mejor sede, herramientas informáticas más modernas, etc.).

1.1 Evolución histórica del derecho de asociación

El reconocimiento constitucional del derecho de asociación es tardío, inicialmente el liberalismo lo desconoce, Fue reclamado en la segunda mitad del siglo XIX y ampliamente reconocido en el siglo XX.¹²

Los revolucionarios del siglo XVIII distinguieron perfectamente entre las asociaciones sin ánimo de lucro (de las que recelaban) y las que tenían ánimo de lucro. Estas últimas dieron lugar a las sociedades mercantiles y civiles, y fueron perfectamente admitidas desde un principio como manifestación del derecho de propiedad. A partir de ese momento, ambas han seguido caminos distintos.

La doctrina entiende que la asociación es una agrupación humana de naturaleza voluntaria. Esta última característica le distingue de ciertas corporaciones de derecho público en las que el encuadramiento es obligatorio, tales como los colegios profesionales. La asociación se distingue también por perseguir un fin común a sus miembros, elemento éste que está presente en los diversos tipos de asociaciones existentes,

¹² Pérez Royo, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Madrid, España. 2007. Pág. 385.

desde las religiosas a las deportivas. Por último, se caracteriza por tener una clara vocación de permanencia, para lo que necesita una organización estable, por mínima que sea. Ello le distingue de otros derechos con los que guarda ciertas notas en común, como los de reunión y manifestación, caracterizados por un agrupamiento de personas momentáneo y circunstancia.

Por último, aunque no dejan de ser tipos concretos de asociaciones, el particular tratamiento que sindicatos y partidos políticos reciben en las constituciones, leyes y tratados internacionales durante el siglo XX y XXI hace que su regulación se vaya apartando de la del derecho de asociación.

Es importante citar que la Revolución Americana ignora el derecho de asociación. Ni la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, ni la Declaración de Independencia de los Estados Unidos del mismo año lo mencionan. La Constitución de los Estados Unidos de 1787 no incluyó una declaración de derechos, si bien la acalorada discusión sobre el particular hizo que en 1791 se aprobara la Bill of Rights¹³ que introdujo las primeras diez enmiendas constitucionales. Ninguna de ellas hacía referencia al derecho de asociación. De hecho, la Constitución sigue hoy en día sin mencionar ese derecho, que fue introducido en el Derecho

¹³ Bill of Rights. Carta de derechos o declaración de los derechos. Inglaterra. 1689.

norteamericano por obra de la Jurisprudencia.¹⁴ Sólo en 1958, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos estableció que el derecho de asociación está implícitamente reconocido en la Primera Enmienda.

La Revolución Francesa había enaltecido la individualidad de la persona, pero, por el contrario, dejaba a ésta inerme, en solitario y abandonada a su suerte frente al grupo. En cambio, durante la primera mitad del siglo XIX surge con fuerza, de la mano de Elane, Cabet, Fourier, etc., una corriente impulsora del asociacionismo como medio de contener el avance deshumanizado del sistema de producción capitalista propagado por la revolución industrial.¹⁵

Así durante muchos años del siglo XIX el proletariado industrial y urbano de buena parte de Europa va a entablar, frente al poder político, una lucha reivindicativa por la consecución del reconocimiento de sus derechos de asociación, reunión y manifestación, pugna que en no pocas ocasiones concluyó en el enfrentamiento armado y el derramamiento de sangre. Los derechos de reunión y asociación aparecen positivados por primera vez en el texto constitucional belga de 1831.¹⁶

¹⁴ Díez-Picazo, Luis-María. Sistema de derechos fundamentales. 2003. Pág. 309

¹⁵ Ob Cit . Flaquer Montequi, Rafael. Pág. 155

¹⁶ Ibid. Pág. 155

Entonces, la Revolución Francesa fue adversaria del derecho de asociación. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 no sólo no lo proclama, sino que su artículo 3 puede ser interpretado como negación de tal derecho. El motivo era la animadversión que los revolucionarios sentían hacia la existencia de cuerpos intermedios, entre la nación y el ciudadano. De hecho el derecho de asociación no sería reconocido en Francia hasta la Ley del 1 de julio de 1901.¹⁷

En España es reconocido por primera vez durante el llamado Sexenio Revolucionario por la Constitución de 1869 en sus artículos 17 y 19, manteniendo posteriormente el reconocimiento las posteriores constituciones de 1876, 1931 y 1978. Algunos autores lo consideran una conquista de los movimientos democráticos europeos de mediados del siglo XIX, junto con el derecho de sufragio universal masculino, siendo sus principales beneficiarios en aquel momento las organizaciones obreras y las congregaciones religiosas.¹⁸

El artículo 22 de la Carta Magna Española reconoce el derecho de asociación, siendo este Derecho uno de los elementos estructurales básicos del Estado Social y Democrático de Derecho, en tanto que es un

¹⁷ Ob Cit. Díez-Picazo, Luis María. Pág. 310

¹⁸ Gimeno Sandra, Vicente y otros. Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. 2007. Edit. Constitución y Leyes, S. A. Pág. 201.

derecho subjetivo al ser un derecho de libertad frente a posibles "interferencias de los poderes públicos". Este derecho de asociación se manifiesta en tres dimensiones o facetas complementarias: la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; y, finalmente, la libertad de organización y funcionamientos internos sin injerencias públicas. Además, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1995, existe una cuarta dimensión del derecho de asociación, esta vez inter privados, que garantiza un haz de facultades a los asociados considerados individualmente frente a las asociaciones a las que pertenecen.

Del otro lado, la Constitución Española en su artículo 28.1 reconoce el derecho de todos los españoles a sindicarse libremente. Así, el citado derecho comprende, en la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, no solo el derecho de los trabajadores de organizarse sindicalmente, y que sean esas organizaciones sindicales las que ejerzan aquellas actividades de defensa y protección de los derechos de los trabajadores, sino además la formación de asociaciones empresariales, que como se recoge en el artículo 7 de la Constitución, junto con los sindicatos, "contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios"

En Argentina, las fundaciones se rigen por la Ley 19.836, en la que se establecen todos los requisitos para su creación, funcionamiento, organización, sistemas de información y contables así como todos los otros requisitos particulares pertinentes.

En lo que al régimen contable se refiere, la ley establece que las fundaciones deben llevar una contabilidad que permita mostrar adecuadamente sus operaciones, aplicando las normas que los organismos de contralor establezcan.

En la ciudad de Buenos Aires el organismo a cargo de su control y fiscalización es la Inspección General de Justicia, que regula las mismas en la Resolución General 7/2005, artículo 344 y siguientes. Asimismo, en la Resolución General 6/2007 ha establecido un estatuto tipo para las fundaciones.¹⁹

1.2 Evolución histórica de la Fundación

Con esta evolución histórica de las Fundaciones pretendemos dar con los elementos esenciales de la Fundación y sus diversas manifestaciones en cada momento histórico, que nos ha conducido hasta su configuración actual.

¹⁹ <http://es.wikipedia.org>, 7 de julio de 2012.

La fundación, como masa patrimonial destinada a un fin socialmente útil y dotada de personalidad propia e independiente de la persona del fundador, es una idea plenamente vigente ya en el Baja Edad Media.

Los fines a los que se aplicaban los patrimonios en forma de bien común, eran fines de carácter benéfico o religioso (Capellanías y Obras Pías), es la acepción en la que consideramos las fundaciones de la época.

Las fundaciones son instituciones dotadas en su constitución de bienes enajenados de manera permanente, aportados por sus fundadores para mantener o cumplir, de modo perpetuo o por largo tiempo, determinadas actividades o fines. En nuestra tradición cultural hispánica las fundaciones surgen como tales instituciones en el Antiguo Régimen y en el ámbito eclesiástico.²⁰

Así por ejemplo, el Arzobispo de la Iglesia Católica y Gran Inquisidor, Fernando Valdes Salas (1483-1568), dispuso en su testamento que buena parte de la fortuna que logró acumular en vida se destinase a la fundación de la institución educativa superior de la que carecía su región, voluntad que por numerosos pleitos y avatares tardó mucho en cumplirse, pero que se plasmó al crearse la Universidad de Oviedo por Real Cédula de Felipe III en 1604, y el inicio en septiembre de 1608 de

²⁰ <http://el.tesorodeoviedo.es>. 10 de abril de 2013.

las actividades que había dejado previstas su fundador, fallecido hacía ya cuatro décadas.²¹

En el proceso de transformación del Antiguo Régimen las fundaciones comenzaron a ser vistas con recelo por el poder civil: ya Carlos IV, por ejemplo, por Real resolución de 20 de febrero de 1796 y Circular de 20 de septiembre de 1799, hace extensiva a cualesquiera, otras fundaciones perpetuas, la disposición de 28 de abril de 1789, en la que se prescribe el prohibir perpetuamente la enajenación de bienes raíces o estables por medios directos e indirectos, y establece la necesidad de Real licencia para poder instituir fundaciones.²²

En España las fundaciones se convirtieron a lo largo del siglo XIX y buena parte del siglo XX en asunto de disputa entre el poder civil del Estado, los vestigios poderosos del poder eclesiástico, y la propia voluntad individual de ciudadanos y empresas. De hecho, hasta mediado el siglo XX, la legislación española sólo contemplaba prácticamente fundaciones dedicadas a la beneficencia y la instrucción.²³

Las fundaciones se consideraban en el siglo XIX vestigios del absolutismo o expresión de prerrogativas de la nobleza y de la Iglesia.

²¹ Ibid

²² Ibid

²³ Ibid

De hecho, en un Antiguo Régimen en el que las sociedades estaban vertebradas estamentalmente, las formas fundacionales adoptaban la figura de capellanías, obras pías y patronatos y tenían reconocimiento pleno. Más aún, la soberanía política se asentaba sobre una red de privilegios singulares dentro de la cual las fundaciones (con un patrimonio separado con propia personalidad jurídica) constituían un vínculo más. El advenimiento de la revolución moderna y, con ellas, de la economía del mercado, prescribió la existencia de cuerpos intermedios, suspendiendo las vinculaciones de bienes que su existencia suponía, a partir del presupuesto opuesto propio del economismo puro de la libre circulación de bienes.²⁴

El Derecho de Fundaciones en este periodo se caracteriza por una serie de componentes jurídicos, resultantes de la conjunción de los Derecho Romano, Germánico y Canónico, añadiendo los elementos peculiares e interpretaciones propias del sistema en que se integren.

Las Fundaciones están concebidas como entidades con patrimonio vinculado, o sea, aptas para adquirir, pero incapacitadas para enajenar. Sólo en determinadas circunstancias podían participar en el comercio y en el mercado.

²⁴ <http://modulo.org>. 10 de abril de 2013.

Durante este largo período hay un proceso de laicización que lleva a distinguir entre Fundaciones civiles y eclesiásticas.

La convergencia de las tendencias generadas en la última parte del Antiguo Régimen, las propias exigencias de la realidad social y económica y el motor de cambio que supuso la Revolución liberal burguesa, provocan un cambio trascendental en el sistema que, lógicamente, también afectó a las Fundaciones.

La descomposición del sistema feudal y el impacto del liberalismo puso a las Fundaciones en trance de desaparición, pero la dogmática jurídica y la jurisprudencia hizo que finalmente salieran reforzadas gracias a la nueva configuración de las mismas como institución jurídica adaptada a un entorno diferente.

Esta nueva concepción que se da tiene una triple dimensión: desvinculadora, desamortizadora y de personificación jurídica, con un clima secularizador de fondo.

Diversas leyes, respaldadas por el Código Civil ofrecen los principios básicos de las Fundaciones de la época:

- Se mantiene la idea de Fundación como vinculación, entendida como afectación de un patrimonio a un fin de interés general.
- La Fundación ya puede enajenar, pero no los bienes inexcusables para el cumplimiento del fin.
- La autorización del protectorado puede llevar a que los bienes de las Fundaciones puedan ser enajenados y estar sujetos al libre tráfico.
- Se consagra la idea de Fundación como persona jurídica o Fundación autónoma.
- La Fundación sufre una metamorfosis, pasando de ser interpretada como institución sucesoria, a concebirla como una institución personificada.

Respecto a los fines se da una transformación del concepto de caridad cristiana hacia una caridad laica guiada por las ideas de filantropía, fraternidad y mutua ayuda.

1.3 Derecho Constitucional Guatemalteco de asociación

Respecto al derecho de asociación, en la Constitución Política de la República de Guatemala, se establece lo siguiente: “En el Artículo 34.

Derecho de Asociación. Se reconoce el derecho de libre asociación. Nadie está obligado a asociarse ni a formar parte de grupos o asociaciones de autodefensa o similares. Se exceptúa el caso de la colegiación profesional.”²⁵

Así mismo el artículo 3 del Código Civil Guatemalteco, indica que las asociaciones y fundaciones son personas jurídicas, esto quiere decir que es una persona distinta a los miembros que la integra, pueden ejercitar todos los derechos y contraer las obligaciones que sean necesarios para realizar sus fines 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. (artículo. 16 Código Civil).

En nuestra legislación civil en el artículo 15 establece que son personas jurídicas: “El Estado, las municipalidades, las iglesias de todos los cultos, la Universidad de San Carlos de Guatemala y las demás instituciones de Derecho Público creadas o reconocidas por la ley. Las fundaciones y demás entidades de interés público creadas y reconocidas también por la ley. Las asociaciones sin finalidades lucrativas que promuevan, ejerzan y protejan sus intereses sindicales, políticos, económicos, religiosos, sociales, culturales, profesionales o de cualquier

²⁵ Constitución Política de la República de Guatemala. 1985.

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, y las asociaciones no lucrativas.

El artículo 16 del mismo Código Civil, establece: “la persona jurídica forma una entidad civil distinta de sus miembros individualmente considerados; puede ejercitar todos los derechos y contraer obligaciones que sean necesarios para realizar sus fines y serán 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 18 dice: “Personalidad de las asociaciones civiles. 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, 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. 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”.²⁶

1.4 Esquema histórico a nivel de la naturaleza humana en cuanto a las organizaciones

¿Qué es lo natural en el hombre? Lo que le es propio: ejercer sus facultades. Lo natural en el hombre es, por tanto, el desarrollo de sus capacidades. Ese desarrollo se dirige a conseguir lo que es objeto de esas facultades. Lo natural y propio del hombre es alcanzar su fin. Y el fin del hombre es perfeccionar al máximo sus capacidades, en especial las superiores (inteligencia) y voluntad; verdad y bien). La inteligencia busca el conocimiento de la realidad. Cuando lo logra, alcanza la verdad, que es el bien propio de la inteligencia: abrirse a lo real. Querer lo verdaderamente bueno es ejercer la voluntad perfeccionándola.

La naturaleza humana es auto trascendencia, apertura, actividad y posesión de aquellos fines que le son propios: el hombre sólo es él mismo cuando va más allá de lo que es de un modo fáctico, hacia lo que

²⁶ Código Civil Decreto No. 106. Artículos 15, 16 y 18.

todavía no es pero que se le presenta como la única posibilidad adecuada a la riqueza de su apertura, de su proyecto.

La naturaleza humana no incluye únicamente aspectos físicos o corporales, sino que parte de la naturaleza propia del hombre es el crecimiento que nos lleva a desarrollar nuestras capacidades y a ejercer nuestras facultades. Los seres humanos tenemos como parte de nuestra misma naturaleza el alcanzar nuestros fines.

La naturaleza humana nos mueve o inclina al perfeccionamiento máximo de nuestras capacidades o facultades, sobre todo de estas (capacidades superiores):

1. Inteligencia: va en busca de la verdad a través del conocimiento de la realidad. Al conocer esa realidad que ha buscado, alcanza la verdad, que podríamos definirla como el bien propio de la inteligencia: abrirse a lo real.
2. Voluntad: va en busca del bien a través de querer lo que es verdaderamente bueno. De esa manera podremos ejercer la voluntad hasta llegar a perfeccionarla, que es el lo que se pretende.

Entonces podemos hacer una importante afirmación sobre la naturaleza humana al decir enfáticamente qué es lo natural en el hombre: ejercer sus facultades o desarrollar sus capacidades.

El desarrollo se inicia con la identificación de las necesidades humanas y su objetivo final será humanizar y dignificar al ser humano a través de la satisfacción de sus necesidades de expresión, creatividad, participación, igualdad de condiciones de convivencia, y autodeterminación entre otras.

En esta forma el desarrollo está íntimamente ligado con las oportunidades de autorrealización de las personas como individuos o como grupos.

La persona es un ser de necesidades múltiples e interdependientes, que conforman un sistema que se interrelaciona e interactúa, complementándose y compensándose simultáneamente para lograr dinamismo en el proceso de satisfacción.

Las necesidades humanas universales, son iguales en todas las culturas y momentos históricos, su variación la determina el mecanismo o medio utilizado para satisfacerlas.

La satisfacción de las necesidades humanas debe darse en tres contextos, también interrelacionados:

- En relación con uno mismo. - En relación con el grupo social. - En relación con el medio ambiente.

Desde una perspectiva integral, es necesario considerar los estilos de vida como parte de una dimensión colectiva y social, que comprende tres aspectos interrelacionados: el material, el social , el ideológico

En lo material, el estilo de vida se caracteriza por manifestaciones de la cultura material: vivienda, alimentación, vestido.

En lo social, según las formas y estructuras organizativas: tipo de familia, grupos de parentesco, redes sociales de apoyo y sistemas de soporte como las instituciones y asociaciones.

En el plano ideológico, los estilos de vida se expresan a través de las ideas, valores y creencias que determinan las respuestas o comportamientos a los distintos sucesos de la vida.

Lo que diferencia al hombre, es su libertad, su disposición voluntaria para cooperar y actuar solidaria y altruistamente con sus semejantes y su capacidad de realización de trabajos creativos e inteligentes mediante una serie de herramientas y útiles que ha ido perfeccionando progresivamente a lo largo del tiempo.

La especie humana es hacedora porque ha necesitado cambiar su forma de estar medio porque éste le era hostil. Mediante la capacidad grupal de trabajo y de acción los hombres han logrado alterar poco a poco la relación originaria con la naturaleza, y mediante todo un conjunto de utensilios y técnicas de trabajo, de construcción y de fabricación de útiles y medios de vida, ha ido controlando la naturaleza, readaptándola a la medida de sus necesidades

El ser humano dedica la mayor parte de su tiempo a trabajar y trabajando se relaciona con los otros, madura, aprende, mejora habilidades. Según palabras de Quintanilla: Es, en definitiva, un poderoso catalizador de las emociones, pensamientos y valores.

El modo de entender el factor humano en las organizaciones ha sido objeto de evolución: en un principio fue considerado meramente un factor

productivo, concepción taylorista, hoy se caracteriza como un elemento estratégico de las organizaciones.

En las organizaciones modernas se considera a los empleados no sólo como el mejor recurso de la Compañía sino que son la Compañía. Una organización en la que los seres humanos que la integren no están implicados en el proyecto organizativo y sin una filosofía común suele ser víctima propicia de la ineficacia y la insatisfacción laboral y por ende está condenada al fracaso. Por ello la preocupación por los recursos humanos no debe ser una moda pasajera, sino que debe ser un capítulo vital en el desarrollo de cualquier empresa moderna que se precie, pues así le asegurará bienestar laboral y calidad de vida en el trabajo.

Desde siempre ha sido preciso gestionar a las personas para que funcionen las organizaciones. Poco a poco, las diversas formas de gestión se han ido profesionalizando. La gestión de los Recursos Humanos, es el resultado de la interacción de tres elementos básicamente: los entornos, las organizaciones y las personas.

Cuando se habla de un entorno en general, es referirse a los diferentes ámbitos en los que la persona se desenvuelve: política, economía, sociedad, etc. Éstos habrá que entenderlos en toda su complejidad, ya

que de ellos dependerá el devenir de los acontecimientos y la expresión concreta de ciertos comportamientos tanto individuales como colectivos.

Es decir cuales son las estructuras profundas de la sociedad que subyacen a los procesos de cambio. Las relaciones de intercambio, la naturaleza del trabajo, la valoración de las ocupaciones, la concepción de la vida familiar, los hábitos de conducta, sólo cobran coherencia y sentido cuando se es capaz de captar los distintos pilares básicos sobre los que se aguantan.

Las nuevas maneras de vivir y de producir piden que se ponga atención en la necesidad de aprender a aprender y a innovar, como una de las cuestiones básicas para la viabilidad de cualquier organización y de cualquier grupo social.

La política de personal depende muy directamente de la filosofía y estrategia de la organización que a su vez viene determinada por las condiciones socioeconómicas del entorno en el que opera. Condiciones que no sólo determinan una buena parte de las acciones estratégicas de la organización, sino que además configuran las dimensiones más relevantes de la cultura organizativa; que como se sabe viene representada por las normas, creencias y distinciones de la interacción

social que se produce en el "interior" de la organización. Las creencias sociales sobre la familia, el amor o el trabajo y que provienen del ordenamiento social preponderante en un momento histórico específico delimitan, en gran medida, una concepción de la naturaleza humana (positiva o negativa, más estática o más dinámica, autodisciplinada o dirigida) que junto a la estructura organizativa y los objetivos de la organización determinan la política de personal resultante.

Una organización es un sistema diseñado para alcanzar ciertas metas y objetivos. Estos sistemas pueden, a su vez, estar conformados por otros subsistemas relacionados que cumplen funciones específicas.

Entonces, una organización es un grupo social formado por personas, tareas y administración que interactúan en el marco de una estructura sistemática para cumplir con sus objetivos. Una organización sólo puede existir cuando hay personas que se comunican y están dispuestas a actuar en forma coordinada para lograr su misión. Las organizaciones funcionan mediante normas que han sido establecidas para el cumplimiento de los propósitos que se han fijado.

1.4.1 Tipos de asociaciones

Una asociación es una entidad formada por un conjunto de asociados o socios para la persecución de un fin estable, sin ánimo de lucro y con una gestión democrática.

Normalmente las asociaciones están dotadas de personalidad jurídica, por lo que desde el momento de su fundación es una persona distinta de los propios socios, que tiene su propio patrimonio en un principio dotado por los socios, y el que puede disponer para perseguir los fines que se recogen en sus estatutos.

Las asociaciones pueden realizar, además de las actividades propias de sus fines, actividades que podrían ser consideradas como empresariales, siempre y cuando el beneficio de tales actividades sea aplicado al fin principal de la entidad sin ánimo de lucro.

Las asociaciones también pueden ser instituciones en las cuales varias personas la forman para crear una institución que no tiene dueño sino asociados, y pueden mencionarse los siguientes tipos:

- a. La expresión Organización no Gubernamental (ONG) nació a raíz de la invitación recibida por algunas organizaciones sociales por parte de la ONU en la década de los 60's, para asistir a sus asambleas como invitadas. Además de participar del sistema de las Naciones Unidas, también lo hacen a nivel de los Estados nacionales que correspondan en calidad de observadores, consultores, ejecutantes de proyectos, como una forma de presión social ciudadana, etc.

Es así como el Consejo Económico Social ha pasado de 42 ONG's reconocidas con estatutos de consultivas en 1946 a más de 2,400 desde el año 2003, número mucho mayor si se incluye a las que actúan solo local o regionalmente.

Una ONG es un tipo de asociación voluntaria con fines y objetivos definidos por sus integrantes creada independientemente de los gobiernos locales, regionales y nacionales, así como también de los organismos internacionales. Está compuesta por voluntarios, pueden tener un grado muy variable de organización interna.

Su nivel de acción va desde un nivel nacional a uno internacional. Cubre una variedad de temas y ámbitos que definen su quehacer, los cuales se relacionan normalmente con ayuda humanitaria, salud, investigación, desarrollo social, desarrollo económico, cultura, derechos humanos, etc.

Su que hacer no es reemplazar acciones ya establecidas y correspondientes a Estados u organismos internacionales en los países donde trabajan, si no enfoque va orientado a cubrir y ayudar en áreas carentes de políticas sociales o económicas que permitan su desarrollo.

Puede citarse que a nivel local, estas organizaciones trabajan enfocadas a temas específicos como: ayudar a niños de la calle, promoción cultural, defensa de los derechos humanos, empoderamiento de las mujeres, etc.

En relación a un enfoque internacional, se puede citar algunas como:

- Garantes de la aplicación de tratados internacionales humanitarios (Cruz Roja).

- Promoción y denuncia de los abusos de los derechos humanos (Amnistía Internacional)
- Crisis ambientales y protección del medio ambiente (Greenpeace)
- Ayuda humanitaria (Médicos sin fronteras, Care Internacional, Save The Children, etc.)
- Cooperación para el desarrollo económico y social.
- Ayuda y orientación a la tercera edad.
- Migración.

A pesar de la heterogeneidad de estas Organizaciones - ONG's- se encuentran elementos comunes como los siguientes:

- Son agrupaciones no lucrativas, más o menos pequeñas, integradas por personas que, idealmente, deben ser completamente independientes de las instituciones gubernamentales o partidarias.
- Se reúnen en primera instancia, para impulsar acciones de defensa de sus intereses inmediatos, promoción de ideas, promoción y defensa de sus propios derechos humanos, de indígenas, de educación, etc.

- Poseen una estructura simple, son equipos de trabajo donde cada persona realiza una función especializada y en coordinación con los otros integrantes.
- Su relación interna debe ser fundamentalmente democrática y de un profundo reconocimiento del valor que poseen la crítica y la autocrítica.
- Desde un punto de vista político se distinguen de los partidos en que sus objetivos no consisten en la toma del poder; pero si se han convertido en un canal de comunicación entre la sociedad y con quienes ejercen dirección política, administrativa gubernamental y de la sociedad.

b. Una Fundación es un tipo de persona jurídica que se caracteriza por ser una organización sin ánimo o fines de lucro. Dotada con un patrimonio propio otorgado por sus fundadores, la fundación debe perseguir los fines que se contemplaron en su objetivo social, si bien debe también cuidar de su patrimonio como medio para la consecución de los fines. En algunos países, su órgano de gobierno se denomina patronato.

Si bien la finalidad de la fundación dese ser sin ánimo de lucro, ello no impide que la persona jurídica se dedique al comercio y a actividades lucrativas que enriquezcan su patrimonio para un mejor cumplimiento del fin último.

También promueven la caridad, beneficencia, asistencia o servicio social, cultural, científico de educación e instrucción artísticas, literarias, deportivas, políticas, profesionales, sindicales, religiosas, etc.

Según el artículo 34 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece como un derecho para la persona, la libre asociación, así mismo el artículo 3 del Código Civil guatemalteco, indica que las asociaciones y fundaciones son personas jurídicas, esto quiere decir que es una persona distinta a los miembros que la integran, pueden ejercitar todos los derechos y contraer las obligaciones que sean necesarios para realizar sus fines 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. (artículo 16 Código Civil).

En todos los ordenamientos se reconoce que la fundación es una entidad sin fines de lucro, aunque también se acepta que pueda realizar actividades comerciales exclusivamente para apoyar sus cometidos, como actividad instrumental y no sustantiva.

El hecho de que la fundación sea una entidad de naturaleza privada pero con limitación en cuanto a sus fines (que deben ser necesariamente de utilidad pública e invariable) hace que se localice en una zona gris entre el Derecho Público y el Privado, o específicamente, entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil.

En la legislación española, según el art. 1.1 de la Ley 30/1994, las fundaciones son "... organizaciones constituidas sin ánimo de lucro, que por voluntad de sus creadores tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general".²⁷

Esta definición supera la tradicional concepción de las fundaciones como patrimonios destinados al logro de fines de

²⁷ Hormazabal Tovar, Inés y Vega Meré; José Francisco. Las fundaciones en Iberoamérica. Régimen Jurídico. Edit. McGraw Hill. 1997

interés general, pues coloca el énfasis en la organización, que es lo que el ordenamiento jurídico personifica.

Expresa Piñar Mazas: “... como ya había sido puesto de relieve por la doctrina europea, especialmente la alemana, las fundaciones no son patrimonios destinados a fines de interés general, sino organizaciones creadas para destinar patrimonios a la realización de esos fines de interés general.”²⁸

En Perú donde al igual que en España se ha dado un notable desarrollo jurídico de la figura, el Código Civil en su art. 99 define a la fundación de la siguiente manera: “Artículo 99. La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social.”

De este modo se asume la fundación como “... una organización de personas que administra el patrimonio afectado por el fundador y no una masa de bienes a la cual se le confiere personalidad jurídica.”²⁹

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

No obstante, para no inducir a error y para no justificar los yerros que en la práctica cotidiana se observan, debe tenerse en cuenta lo siguiente: el sustrato en las fundaciones es el patrimonio que se afecta de manera permanente o duradera a un fin; para administrarlo se crea una organización; además, una vez constituida la fundación, el fundador no puede intervenir ni modificar por sí mismo sus fines y reglas, dadas por él en el acto de constitución.

Como corolario, tampoco pueden los administradores de la fundación modificar o cambiar los fines y reglas establecidas por el fundador. Dado lo anterior, es claro que la fundación carece de socios, patronos, assembleístas, afiliados, o menos aún dueños, que puedan pretender derivar un derecho a determinar los fines de la fundación ya constituida o a pretender la titularidad de manera directa o representativa de los bienes y derechos propiedad de la fundación.

En la fundación la organización sólo es y puede ser de administradores pues a ella se le reconoce personalidad jurídica de base no asociativa. menos aún dueños, que puedan pretender derivar un derecho a determinar los fines de la

fundación ya constituida o a pretender la titularidad de manera directa o representativa de los bienes y derechos propiedad de la fundación.

Para Manavella el negocio fundacional es aquel mediante el cual el fundador, persona física o jurídica, en escritura pública o testamento, declara su voluntad unilateral, no receptiva e irrevocable de proceder a afectar un patrimonio a un fin altruista o de interés social de un modo permanente y estable.

Son tres los elementos constitutivos sustantivos de la fundación:

- La dotación: conjunto de los bienes que comprende la afectación,
- El fin altruista: fin desinteresado y de interés público, y
- La organización: que permite administrar y representar esos bienes.

Manavella considera que son tres los elementos que integran la figura fundacional: el fin, el patrimonio y la organización.³⁰

³⁰ Manavella Cavallero, Carlos; Piñar Mazas, José Luis. Las fundaciones en Iberoamerica, Régimen jurídico. Madrid. Edt. McGraw Hill. 1997.

En Iberoamérica los únicos ordenamientos que permiten que se constituyan fundaciones de interés particular son Brasil y Ecuador, aunque también en Costa Rica ha existido el criterio registral de permitir que fundaciones constituidas para el logro de objetivos específicos o inmediatos que Manavella llama ad hoc, sean inscritas.

El que los fines de la fundación sean de bien común surge de la definición misma que los diferentes ordenamientos dan del concepto de fundación. Así por ejemplo en Paraguay el artículo 124 del Código Civil establece: “La fundación se constituye por la voluntad de una o más personas que destinan a perpetuidad determinados bienes para la creación de una entidad con fines de bien común.

Señalan Esguerra y Molina Grau, en relación con las fundaciones: “Es esencial a éstas que el fin que se proponen tenga carácter de bien social en sentido estricto. En las corporaciones puede que ello ocurra, pero también es jurídicamente factible que el beneficio social, extraeconómico

pueda contraerse a los asociados, o a un gremio o grupo social en particular.”

Por otra parte, existe unanimidad en los ordenamientos en que el fin debe ser no lucrativo, pero se acepta que las fundaciones puedan realizar actividades comerciales por conexidad, es decir, para el cumplimiento de los objetivos propuestos.

Los fines no sólo deben ser de bien común o utilidad pública sino que deben lícitos, determinados o determinables y posibles pues de lo contrario sobreviene la extinción de la fundación, como es el caso en Paraguay o en Guatemala.

Específicamente expresa el artículo 131 del Código Civil paraguayo: Si los fines de la fundación se volvieren imposibles o su cumplimiento afectare el interés público, o su patrimonio resultare insuficiente, el Poder Ejecutivo podrá dar a la fundación otra finalidad o decretar su extinción.”

Una norma similar existe en el Derecho guatemalteco, donde el artículo 21 del Código Civil dispone: “... si el fin de la fundación no fuere realizable o si resultaren insuficientes los

bienes para la finalidad propuesta, o 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.”³¹

1.5 Diferencia entre Asociación y Fundación

Las diferencias entre asociación y fundación son notables, en cuanto a la forma y requisitos para la constitución y, sobre todo, en cuanto al funcionamiento; y ello porque se trata de dos formas jurídicas distintas.

La constitución de una fundación requiere una dotación inicial, adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines previstos. Requisito indispensable es que esté destinada al cumplimiento de fines de interés general. El documento de constitución debe formalizarse en escritura pública. Una vez que el documento de constitución, con los Estatutos, figure en escritura pública, y desembolsado el importe de la dotación, será necesaria la inscripción de la fundación, dentro del plazo de seis meses, en el correspondiente registro de fundaciones. La inscripción de la fundación en el registro de fundaciones que le corresponda es de

³¹ Chirino, Alfredo. Análisis jurídico de las fundaciones como mecanismo de administración financiera en la Univ. De Costa Rica. 2004. Universidad Estatal a Distancia. Maestría en Derecho Económico. Págs. 20, 21 y 22

carácter constitutivo; es decir, la fundación adquiere la personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente registro.

En lo que respecta a las asociaciones, no se requiere una dotación inicial, no es necesario que se formalice la constitución a través de documento público, puede realizarse a través de documento público o privado. La inscripción de las asociaciones es de carácter declarativo.

En cuanto a los órganos de gobierno, las diferencias son significativas. Así, como órganos mínimos y necesarios de toda asociación se establecen la Asamblea General y la Junta Directiva. Tanto la forma de elección de los miembros de la Junta Directiva, como el funcionamiento interno de la asociación, deben ser democráticos.

El órgano de gobierno de la fundación es el Patronato, destaca el carácter obligatorio de la existencia de un Secretario en el Patronato, cargo que puede ser ejercido por una persona ajena al Patronato, en cuyo caso tendrá voz pero, no voto. El cargo de patrono es gratuito.

Respecto al régimen de funcionamiento, en una asociación el funcionamiento debe ser democrático, con amplias facultades decisorias a favor de una asamblea de socios, lo que en ocasiones puede dificultar

la toma de decisiones por parte del órgano de gestión, es decir, la Junta Directiva. En cambio, en una fundación el órgano de gobierno es el Patronato, que adopta las decisiones que estima convenientes en relación con la gestión de la fundación, sin tener que rendir cuentas o solicitar autorización a una asamblea de socios, ya que en la fundación los socios no existen. Esto no significa que el Patronato tenga libertad absoluta, ya que está sometido, por un lado, a las directrices del fundador, y por otro, al control del Protectorado que en función de sus fines le corresponda; este control por parte del Protectorado se lleva a cabo bien mediante comunicación posterior de sus actos, bien mediante solicitud de autorización para determinadas actuaciones.

En cuanto a la dotación fundacional a la que se hace referencia, cabe destacar que se prevé una presunción de suficiencia de la dotación económica, el fundador deberá justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos.

La diferencia principal entre ambas organizaciones estriba en su naturaleza. Así, la Asociación se caracteriza por ser "una agrupación de personas con intereses comunes". Mientras que la Fundación, consiste

en un "patrimonio del que se desprende el fundador y se adscribe a un fin". Esto se caracteriza, respectivamente, por su elemento personal (Asociación) y patrimonial (Fundación).

1.5.1 Fundación: En su esquema básico, una Fundación es un patrimonio destinado a un fin de interés general y que se sustenta a partir de recursos económicos que derivan de su fundador. Además es administrado por un órgano de gobierno (patronato).

Hay fundaciones en las que lo que interesa es que se cumplan sus fines con trabajo, dirigido por su órgano de gobierno, siendo secundario (pero elemento imprescindible) el importe del patrimonio.

Las fundaciones tutelares cuentan con un patrimonio inicial, pero sus fines; esto es, ser tutores de incapacitados, no lo cumplen con los fondos del patrimonio, sino con el trabajo de los miembros de su Patronato. La financiación que necesitan no suele depender de la aportación inicial.

1.5.2 Asociación: A diferencia de una Fundación, consiste en la unión, libre y voluntaria, de una pluralidad de personas que se unen entre

sí para conseguir una finalidad de interés general o particular. Las aportaciones económicas, en este caso, van destinadas a cubrir los gastos de funcionamiento. Por ejemplo: cualquier asociación de discapacitados o de familiares de discapacitados. Aquí el elemento básico son las personas que la constituyen.

Puede iniciarse una asociación con un número reducido de personas a la espera de que, una vez constituida, se una más gente.

Si lo que se pretende es poner en marcha a un grupo de personas que se dedique a un determinado fin, la forma adecuada es la Asociación.

Si una o varias personas quieren destinar un patrimonio a un fin social, la forma adecuada es la Fundación.

La Asociación se financia por las cuotas periódicas de sus miembros sin perjuicio de la obtención de otros ingresos.

La Fundación recibe una dotación inicial del fundador, además de otros ingresos que pueda obtener.

1.6 Obligaciones y prohibiciones de las asociaciones civiles:

Legales:

- Elaborar su escritura de constitución
- Elaborar los estatutos que regirá la asociación
- Elegir la junta directiva de dicha Asociación
- Elegir al presidente y representante legal de la junta directiva
- Enumerar los requisitos para poder asociarse
- Inscribirse en el registro civil del municipio donde se constituyen
- Inscribirse en el régimen de seguridad social cuando posea más de tres empleados.
- Habilitar un libro de salarios en el Ministerio de Trabajo y Previsión Social
- Cuando tenga más de diez empleados es necesario que autorice un Reglamento Interior de trabajo, el cual deberá ser exhibido como mínimo en dos lugares de la asociación (Artículo 57 decreto 1441 Código de Trabajo)
- Inscribirse en la Superintendencia de administración tributaria (SAT) para su registro y control
- Nombrar un perito contador que represente a la Asociación

Fiscales:

- Actualizar sus datos en la Superintendencia de Administración Tributaria -SAT-, mínimo una vez por año.
- Operar contabilidad completa en forma organizada, así como los registros que sean necesarios, de acuerdo al sistema de partida doble aplicando principios de contabilidad generalmente aceptados.
- Presentar estados financieros anuales conforme las Normas Internacionales de Contabilidad.
- Presentar declaración jurada anual de impuesto sobre la renta informativo de sus operaciones en el periodo fiscal por medios electrónicos
- Extender recibos para recibir los aportes tanto ordinarios como extraordinarios según los fines de la asociación, para las ONG's estos recibos deberán ser autorizados por la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT).
- Solicitar facturas contables a sus proveedores cuando realicen compras de bienes y servicios.
- Autorizar y emitir facturas contables, así como pagar el Impuesto sobre la renta anual cuando efectúe actividades distintas a su naturaleza, es decir cuando efectúe actividades con lucro entre sus operaciones.

- Ser agente de retención del ISR y emitir dichas constancias por medios electrónicos cuando el caso lo amerite.
- Cuando retenga ISR a sus empleados es necesario que lleve por medio electrónico la conciliación anual de retenciones de ISR para personal en relación de dependencia que establece la Ley del ISR.

Prohibiciones:

- Repartir dividendos, bienes, utilidades o beneficios entre sus asociados.
- Destinar el ingreso de sus aportes tanto ordinarios como extraordinarios a fines distintos de los establecidos en su escritura de constitución.

Derechos:

- Exención del Impuesto Sobre la Renta (ISR), cuando la totalidad de sus ingresos y su patrimonio provengan de donaciones, aportes, cuotas ordinarias o extraordinarias y que sean destinadas exclusivamente a los fines de su creación y en ningún caso distribuyan, directa o indirectamente utilidades o bienes entre sus

integrantes. (Art.6 inciso c, Dto. 26-92 ley del ISR y Art. 6 Dto. -
2004 Reglamento de la Ley del ISR, Dto. 4-2012 actualizado)

- Exención del Impuesto al Valor Agregado (IVA), están exentas de cargar el IVA en los aportes que reciben, bajo la condición de estar debidamente autorizadas y todos los requisitos arriba indicados (Artículo 7 numerales 9 y 13 Decreto. 26-92 y Decreto. 4-2012 actualizado).

Capítulo II

2. Régimen legal y formal de la fundación

La fundación se constituye como consecuencia de la celebración de un negocio jurídico unilateral, gratuito y no receptivo; por el que una o varias personas físicas o jurídicas manifiestan su voluntad de constituir la, para el efecto realizan la dotación económica de sus bienes y derechos a fin de que con su gestión puedan cumplirse los fines fundacionales.

Nace en virtud del negocio jurídico fundacional que es la declaración de la voluntad individual y no receptiva e irrevocable en el sentido de constituir la, emitida por el fundador, dotándola del patrimonio necesario para su fundación.

El negocio jurídico de la fundación es de destinación de bienes a un fin de interés público o general, dispositivo y gratuito, pues quien lo efectúa no recibe contraprestación por ello. Aceptado de que se trata de una figura unitaria, se discute su naturaleza. Algunos autores son partidarios de distinguir entre el negocio fundacional y la dotación patrimonial; la inmensa mayoría de la doctrina considera que la dotación y la creación de la fundación forman un todo único.

La dotación que podrá constituirse con bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de sus fines, teniendo así mismo la consideración legal de dotación de bienes y derechos que durante la existencia de la fundación se aporten por el fundador o el patronato, con carácter permanente. Esta aportación podrá hacerse en forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial será de acuerdo a lo establecido en ley, debiendo hacerse efectivo el resto en un plazo no superior a lo establecido también, desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la misma.

2.1 Que establece el artículo 15 del Código Civil?:

En la legislación guatemalteca correspondiente, el Código Civil vigente, en su Artículo 15, estipula quien es persona jurídica, siendo las siguientes:³²

1. El Estado, las municipalidades, las iglesias de todos los cultos, la Universidad de San Carlos y las demás instituciones de derecho público creadas o reconocidas por la ley;
2. Las fundaciones y demás entidades de interés público creadas o reconocidas por la ley;

³² Ob Cit. Código Civil

3. Las asociaciones sin finalidad lucrativa, 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; y,
4. Las sociedades, consorcios y cualesquiera otras con fines lucrativos que permitan las leyes.

2.2 Persona jurídica

Las personas jurídicas llamadas también abstractas, sociales, colectivas o morales, han sido objeto en la doctrina de diversas definiciones que pretenden recoger las notas diferenciales de las mismas, aunque en realidad éstas no hacen más que responder al punto de vista particular de quien las formula.³³

³³ Jiménez Maldonado, Gloria Elizabeth. Tesis sobre Análisis de las asociaciones civiles en el derecho civil guatemalteco. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Noviembre 2007. Pág. 56

El tratadista Dusi la define así: “son aquellos entes abstractos que persiguen fines de utilidad colectiva, a los que, como medio para la consecución de éstos, concede la ley, personalidad jurídica patrimonial”. El jurista Ruggiero, dice: “toda unidad orgánica resultante de una colectividad organizada o de un conjunto de bienes a la que para la consecución de un fin social durable y permanente se reconoce por el Estado la capacidad de derechos patrimoniales”.³⁴

Según Castán Tobeñas, persona jurídica es toda unidad orgánica resultante de una colectividad organizada de personas o de un conjunto de bienes, con un fin social durable y permanente reconociendo el Estado capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.³⁵

La atribución que se le da a las organizaciones sociales de personalidad jurídica, es resultado del sistema de derecho subjetivo y relación jurídica de atribución individual. Esto es una técnica jurídica de imputación, permitiendo a las organizaciones sociales que utilicen la normativa creada para los individuos, simplificando así el sistema jurídico. Por tal razón, las organizaciones pueden ser tratadas como personas (activos y pasivos de las relaciones jurídicas) diciéndose entonces que las

³⁴ Marroquín, Manfredo. Funcion legislativa. 1ª- Edic. Edit. Desarrollo Comunitario. Guatemala. 2004.

³⁵ Castán Tobeñas, José. Derecho civil común y foral. Edit. 11ª. Madrid, España. 1981. Pág. 7

organizaciones gozan de personalidad jurídica, que no son personas por naturaleza.

Fue en la Edad Media, como consecuencia de las teorías romanistas, germánicas y canónicas, cuando empezaron a sentar los principios del desenvolvimiento de las sociedades en general y de las personas jurídicas en particular. Singularmente influyó el derecho canónico, pues en la terminología escolástica se habla ya de las corporaciones o *universitas personarum* y de las funciones o *universitas bonorum*; pero en la legislación civil de esa época continúan las sociedades y personas jurídicas desenvolviéndose sin principios sólidos respecto a su naturaleza, ni siquiera en la época del código napoleónico, se le reconoció a la persona jurídica el carácter de sujeto de derecho y con personalidad independiente de los individuos que la constituyen.

La revolución francesa, esencialmente individualista, quiso destruir las antiguas “manos muertas”, porque estimaba que entre el individuo y el Estado no debían existir organismos intermedios.

Durante todo el siglo XIX esta acepción se acentuó más en el derecho francés, en el cual, para que las asociaciones autorizadas adquiriesen personalidad, era necesario su conocimiento como establecimiento de

utilidad pública. Sin embargo, a partir de 1901, se inicia un régimen de libertad.

Pero si las personas jurídicas encuentran en la historia esos antecedentes, la verdadera construcción doctrinal sobre las mismas es realmente reciente, pues prescindiendo de atisbos doctrinales en la jurisprudencia medieval y en el llamado derecho intermedio, es lo cierto que hasta fines del siglo XVIII y principios del XIX no se encuentra una sistematización de la misma.

El tratadista Alfonso Brañas, establece “que para el derecho existen dos clases de personas: las físicas, naturales o individuales, y las denominadas personas jurídica, morales, sociales, abstractas, civiles, ficticias o incorporales”.³⁶

El Código Civil hace una división de las personas jurídicas de la siguiente manera: Instituciones, de derecho público y de interés público, fundaciones y asociaciones, pero no dice más. De todo lo anterior, puede realizarse diversas clasificaciones de las organizaciones sociales dotadas de personalidad jurídica y que el mismo Código Civil enumera como asociaciones, fundaciones y sociedades

³⁶ Brañas, Alfonso. Manual de derecho. Pag. 61

También puede seguirse el criterio contenido en el Artículo 15 del Código Civil que ya ha sido cuestionado, el cual separa a las personas jurídicas en función de su interés: habría así personas jurídicas de interés público (asociaciones y fundaciones) y de interés particular (sociedades).

Ahora bien, el origen de estos entes se encuentra en un hecho sociológico: por que el hombre ha demostrado, desde la antigüedad, una tendencia a agruparse, a asociarse para alcanzar objetivos comunes, sean políticos, de lucro y de simple convivencia.

Conforme fueron evolucionando las distintas formas de agrupación, éstas fueron tomando relevancia para el derecho, que se encontró ante una circunstancia especial: para el mejor desarrollo de las agrupaciones o asociaciones, era necesario reconocerles personalidad jurídica propia, independiente de la de cada uno de sus miembros y a tal objeto, era necesario reconocerles la calidad de persona.

El Autor Manuel Ossorio, da un concepto de la persona jurídica y dice que “ésta expresión es una de las más delicadas en el tecnicismo del Derecho. De un lado, superada la esclavitud en todos los países, por otro lado el sojuzgamiento de los regímenes tiránicos. En la actualidad, y hace mucho, toda persona es sujeto de derechos y obligaciones, y por

ende jurídica. Ahora bien, con olvido de ello e instaurando una pequeña confusión, persona jurídica se refiere por un amplio sector de la doctrina que el uso a impuesto, a los sujetos de derechos y obligaciones que no son la persona natural o física, es decir, ni el hombre ni la mujer”³⁷

2.3 Naturaleza de la persona jurídica:

Las personas jurídicas nacen como consecuencia de un acto jurídico (acto de constitución) según un sistema de mera existencia, o bien por el reconocimiento que de ellas hace una autoridad u órgano administrativo o por concesión. En ambos casos puede existir un requisito de publicidad, como la inscripción en un registro público.

La persona jurídica necesita de órganos rectores de su actividad, pues al tratarse de bienes y derechos, es necesaria la existencia de personas físicas que decidan el destino que se da a esos bienes y las acciones que se vayan a tomar. Estos órganos son regulados por la ley y por estatutos de la persona jurídica, siendo los más habituales, los siguientes:

- El administrador

³⁷ Ossorio, Manuel. Pag. 571

- Varios administradores solidarios o mancomunados
- El Consejo de Administración
- La Junta de socios, accionistas, etc.

La responsabilidad de la figura de la persona jurídica no debe implicar responsabilidad penal por un delito, el argumento es que el dolo o la culpa no puede recaer en ella, si no en las personas físicas que están detrás de una persona jurídica y toman las decisiones, por lo bajo esta concepción doctrinal, la persona jurídica sería solo responsable civilmente. Se debe considerar que la teoría del delito se ha constituido sobre la base de la persona natural.

La persona jurídica es un sujeto de derechos y obligaciones que existe, pero no como individuo, si no como institución y que es creada por una o más personas físicas para cumplir un objetivo social que puede ser con o sin ánimo de lucro. Es entonces, todo ente con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones y que no sea una persona física. Junto a las personas físicas existen las personas jurídicas, que son entidades a las que el derecho atribuye y reconoce una personalidad jurídica propia y, en consecuencia, capacidad para actuar como sujetos de derecho,

esto es, capacidad para adquirir y poseer bienes de todas clases, para contraer obligaciones y ejercitar acciones judiciales.³⁸

Este ha sido un punto muy estudiado en el derecho civil y siendo este tema admitido en las legislaciones, también ha sido objeto de diversos criterios, por lo que se derivan diversas teorías que determinan la naturaleza de las personas jurídicas, anotándose las siguientes:

2.3.1 Teoría de la ficción doctrinal: se agrupan varios criterios que coinciden con la teoría de la ficción legal, que afirman 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 sujetos 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 constituirse 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

³⁸Ob cit. <http://es.wikipedia.org> 10 de abril 2013

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.

2.3.2 Teoría de la ficción legal: Bajo este rubro pueden agruparse distintos criterios, que coinciden con la teoría de la ficción legal en 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 sujetos 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 constituirse 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.

2.3.3 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 para quienes la persona jurídica es un ente psicofísico, 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 de voluntad derivada 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 antes de resolverlos.

Con dicho autor puede afirmarse que aún no se ha llegado a una solución satisfactoria del problema que implica la naturaleza de las personas jurídicas, siendo recomendable inclinarse por las teorías conciliadoras, que toman lo más acertado de cada criterio, pero descartando la idea de ficción, que resulta anti-ética del derecho; y en el entendido que las tesis conciliatorias

tampoco satisfacen, hasta ahora, la necesidad de una explicación a todas luces concluyente del problema.

2.3.4 Teoría de la Justicia: La Justicia no es el dar o repartir cosas a la humanidad, sino el saber decidir a quién le pertenece esa cosa por derecho. La Justicia es ética, equidad y honestidad. Es la voluntad constante de dar a cada uno lo que le corresponde. Es aquel referente de rectitud que gobierna la conducta y nos constriñe a respetar los derechos de los demás.

Según Hans Kelsen: La justicia es aquello cuya protección puede florecer la ciencia y junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia.

Otro nivel de análisis lo constituye el hecho de entender la justicia como valor y fin del Derecho (más que como virtud subjetiva) al que podemos conceptualizar juntamente con Norberto Bobbio como "aquel conjunto de valores, bienes o intereses para cuya protección o incremento los hombres recurren a esa técnica de convivencia a la que llamamos Derecho". Ahora bien en cuanto al bien jurídico tutelado por el Derecho, o sea, el conjunto de condiciones protegidas por las normas jurídicas, se puede considerar desde una perspectiva absoluta iusnaturalista dentro

de la cual todo derecho es justo y si no es justo no es derecho. Pero desde una óptica iuspositivista el Derecho es condición sine qua non de la justicia y a la vez, esta es una medida de valoración del derecho, por lo que podemos decir que un derecho positivo determinado puede ser "justo o injusto" de acuerdo con un ideal subjetivo de Justicia.

Bobbio también afirma que: El problema de la justicia da lugar a todas aquéyas investigaciones que tratan de precisar los valores supremos hacia los cuales tiende el derecho; en otras palabras, los fines sociales cuyo instrumento de realización más adecuado son los ordenamientos jurídicos, con su complejo de reglas y de instituciones. De aquí nace la filosofía del derecho como teoría de la justicia.³⁹

Todas las virtudes están comprendidas en la Justicia. En definitiva, la verdadera Justicia es el arte de dar a cada uno lo suyo, o bien, hacer a un individuo dar lo suyo a otro, ello con base en los principios de la ciencia del Derecho, lo cual debe hacerse sin discriminar ni mostrar preferencia alguna por nadie,

³⁹ Bobbio, Norberto. Teoría general del derecho. Edit. Debate. Madrid. 1991

toda vez que las personas deben ser tratadas por igual para, poder estar en condiciones de aplicar la Justicia a plenitud.⁴⁰

Entre otras muchas teorías sobre la justicia, se destaca la de los filósofos:

- Platón: La Justicia como armonía social. En su libro "La República", Platón propone para la organización de su ciudad ideal, a través del diálogo de Sócrates, que los gobernantes de esta ciudad se transformen en los individuos más justos y sabios, o sea en filósofos, o bien, que los individuos más justos y sabios de la comunidad, es decir, los filósofos, se transformen en sus gobernantes.
- Aristóteles: La Justicia como igualdad proporcional: Dar a cada uno lo que es suyo, o lo que le corresponde. Dice que lo que le corresponde a cada ciudadano tiene que estar en proporción con su contribución a la sociedad, sus necesidades y sus méritos personales.
- Santo Tomás de Aquino: La Ley Natural dice que los ciudadanos han de tener los derechos naturales, que son

⁴⁰ Pieper, Josef. Las virtudes fundamentales. Edic. Rialp. 8ª. Edic. 1997

los que Dios les da. Estos derechos son más tarde llamados los Derechos Humanos.

- Para los utilitaristas las instituciones públicas se componen de una forma justa cuando consiguen maximizar la utilidad agregada(en el sentido de felicidad) . Según esta teoría, lo justo es lo que beneficia al mayor número de personas a la vez.
- Ulpiano: Justicia es la constante y perpetua voluntad de darle a cada quien lo que le corresponde.

Teorías de la justicia utilitaristas, liberales, marxistas, feministas, anticolonialistas y otras, difieren acerca de la manera de considerar en qué consiste una división justa y en qué circunstancias los individuos son iguales, poniendo énfasis, respectivamente, en el bien, la libertad, el derecho de propiedad, la igualdad material, la igualdad entre los géneros y la igualdad entre los pueblos (o la paz). La justicia procedimental se refiere a la idea de justicia en los procesos para resolver disputas y asignación de recursos. Un aspecto de la justicia procedimental está relacionado con la administración de justicia y los

procedimientos legales. Este significado de la justicia procedimental está vinculado al debido proceso (Estados Unidos), justicia fundamental (Canadá), equidad procedimental (Australia) y justicia natural (en otras jurisdicciones del Common Law), pero la idea de la justicia procedimental también puede aplicarse a contextos no-legales, en los cuales se emplee algún proceso para resolver conflictos o repartir beneficios o cargas.⁴¹

2.4 Clasificación de las persona jurídicas

Según el tratadista Alfonso Brañas, no existe una clasificación doctrinal o legal de las personas jurídicas aceptable para todos, con mayor razón se toma en cuenta que las clasificaciones doctrinarias generalmente están fundadas en la enumeración que hacen los códigos a que los tratadistas se refieren, enumeración que por lo general carece de una técnica apropiada.⁴²

Por la importancia del tema, es necesaria una regulación ordenada y sistemática de las distintas clases de personas jurídicas, sin dejar de reconocer que los esfuerzos en ese sentido indudablemente encontrarán

⁴¹ Op Cit. www.wikipedia.es

⁴² Ob Cit. Brañas, Alfonso. Pag. 63

un fuerte obstáculo en la falta de terminología generalmente aceptada para la designación de unas y otras clases de personas jurídicas.

La atribución de personalidad jurídica a las organizaciones sociales es una consecuencia del sistema de derechos subjetivos y relaciones jurídicas de atribución individual. Pues consiste en una técnica jurídica de imputación, que permite que las organizaciones sociales utilicen la normativa creada para los individuos humanos: las personas en sentido estricto. Y tiene la virtud fundamental de simplificar el sistema jurídico, pues a la postre no deja de ser un medio de economía normativa.

Por todo ello, las organizaciones pueden ser tratadas como personas protagonistas activas y pasivas de las relaciones jurídicas, pero, para diferenciarlas de las personas en sentido propio, o personas “físicas”, se dice que las organizaciones gozan de personalidad jurídica, pues no son personas por naturaleza.

Sánchez Román las clasifica en necesarias y voluntarias, según sean producto de relaciones sociales.

Federico Puig Peña, dice que en la doctrina se suelen clasificar a las personas jurídicas atendiendo a su estructura: de tipo corporativo o asociacional y de tipo fundacional.

La persona jurídica es un ente ficticio que obtiene la capacidad legal porque la ley le asigna poder para contratar y contraer obligaciones con representación de una persona natural. La persona natural es todo ser humano o individuo que hace y obtiene la capacidad legal en la sociedad sin importar la edad, sexo o religión.

La persona jurídica puede ser: Regular: aquellas que se constituyen dentro de las formalidades de la ley y se ciñen a todos los requisitos para su organización, funcionamiento, operación y resultados del negocio. Irregular: toda empresa que funciona sin el cumplimiento o el lleno de los requisitos que exige la ley.

La persona regular, según el Derecho Público se divide en:

Entes territoriales: es la estructura político-administrativa del estado.

Ejemplo nación, departamento, distrito, municipios.

Entes descentralizados: son aquellas que siendo del estado mantienen una estructura independiente como empresa. Ejemplo: colegios, empresas industriales y comerciales del estado.

La persona jurídica de Derecho Privado se dividen en:

Asociaciones o corporaciones: donde el objeto social o la función es lo más importante (sin ánimo de lucro). Ejemplo: fundaciones.

Sociedades: es un contrato con aporte de dinero de dos o más personas con el fin de obtener utilidades y después repartirlas entre los socios o accionistas.

De Derecho Canónico: Diócesis, Arquidiócesis y Parroquias; es propiamente la Iglesia, no importa cuál sea su forma o regulación interna, su objetivo esencial es la devoción a Dios.

De Derecho Privado: asociaciones o corporaciones, que son un grupo de personas con objetivos afines, los cuales encaminan esfuerzos con beneficio personal y social. Ejemplo: La corporación regional autónoma, la Asociación de amigos.... o, la Fundación Nuevo Amanecer.

Las sociedades comerciales

- De personas: es el nombre de la persona, su carta de presentación como socio para su constitución. Esta se divide en colectiva y en comandita simple.

Colectiva: se caracteriza porque la responsabilidad de los socios es ilimitada y solidaria con las operaciones y responsabilidades de la empresa. Todo lo que poseen es de la sociedad y uno cubre a otro en el pago de sus deudas. Su razón social se forma con el nombre o apellido de uno o varios socios, acompañado de las siglas: “Hnos”, “& Cía”, “e Hijos”.

En Comandita Simple: se constituye con uno o más socios colectivos o gestores y uno o más socios comanditarios, las personas mantienen la responsabilidad total del negocio como en las colectivas por tanto que los segundos limitan su responsabilidad hasta el monto de sus respectivos aportes. La razón social igual al de la sociedad colectiva pero agregándole S en C “Sociedad en Comandita”.

- De capital: No importa la procedencia del socio, si no el dinero que posea para constituir la sociedad. Se divide en comandita por acciones y en anónimas.

En comandita por acciones: se forma con uno o más socios colectivos o gestores y cuatro o más comanditarios cuya responsabilidad se limita al monto de sus aportes. Su razón social es la Sociedad Colectiva acompañado de la sigla S.C.A.

Anónima: es la sociedad de capital por excelencia, quizás las empresas más grandes. Su capital esta dividido en partes grandes llamadas acciones y para constituirse legalmente tiene que presentarse el cien por ciento el capital autorizado, tiene que suscribir no menos del cincuenta por ciento y tiene que pagar un tercio del capital suscrito. Su nombre social va acompañado de la sigla S. A. o Sociedad Anónima. Sus dueños o accionistas no son allegados y no se conocen unos a otros, esta sociedad para poderse constituir tiene que tener por lo menos cinco accionistas.

- Mixta: en esta sociedad se deben tener las dos condiciones, su persona y tener dinero, acá se encuentra la de responsabilidad limitada.

De responsabilidad limitada: al constituirse los socios responden hasta el monto de sus respectivos aportes por los compromisos que contraiga la sociedad. Su nombre social se forma con un nombre cualquiera acompañado de la sigla Ltda. o palabra Limitada.

2.5 Filosofía del derecho y justicia social:

La defensa de los principios de justicia se realiza normalmente por la vía de la argumentación racional, con base a cuatro tipos de argumento: práctico, por analogía, ético y de identidad.

En cuanto a la Filosofía y la Teología el término es relativamente reciente, pero contiene ya una gran cantidad de trabajos que conforman una idea post-moderna o contemporánea de la justicia social que merece un estudio completo.⁴³

Otra fuente es el pensamiento de Joaquín Ruiz Giménez en español. Es especial y profusamente tratado en la Doctrina Social Católica (Encíclicas Sociales) con el referente de la dignidad humana y en la tradición cristiana por estar vinculado a su concepto del amor al prójimo. Otras

⁴³ Cohen, R.L. Diccionario de Sociología. Oxford.

fuentes son: el movimiento sindical, los partidos socialistas democráticos y los movimientos de derechos humanos.⁴⁴

La idea de justicia social late en el equilibrio reflexivo de los principios de justicia de Rawls: libertades básicas, principio de diferencia y la acción afirmativa como discriminación positiva, basada en la justicia entendida como equidad, cuestión que ha sido discutida y parcialmente resuelta por el principio de igualdad de oportunidades, pero no ha sido desarrollada hasta las acciones y consecuentes legislaciones de los movimientos humanistas en torno a la discriminación, la libertad y las Encíclicas Sociales: la distribución de los frutos del desarrollo y la dignidad humana.

La lucha contra la distribución desigual de bienes que son de todos, la solicitud o preocupación por el bien común, la idea de que justicia equivale a paz y la conciencia de ello en los individuos son todos componentes de un sistema social justo. El balance de las desigualdades sociales en beneficio de los menos favorecidos, dando a la justicia la categoría de equidad, como preocupación social para el desarrollo humano y de la sociedad, ya define la nueva situación de estas cuestiones en la humanidad. Este tipo de problemas favorece la tentación del uso de la violencia para combatir situaciones consideradas

⁴⁴ Op Cit. www.wikipedia.es

socialmente injustas; los problemas principales señalados como ejemplos son vivienda y desempleo y cuestiones internacionales de calado, que posee un carácter progresista (acumulativo) y una fundamentación empírica y racional, desarrollando una doctrina social basada en estos puntos: desarrollo, solidaridad, dignidad humana e identidad de cada comunidad.

Como teología moral, su definición llega más allá del contrato social: los bienes de este mundo están originalmente destinados a todos, que forma un conjunto de principios, criterios de juicio y directrices de acción, un compromiso para la justicia según la función, vocación y circunstancias de cada uno, (Sollicitudo rei sociales, Juan Pablo II PP). Se ha construido ya un modelo de filosofía moral para la sociedad civil y se ha incorporado a la estructura social a través de las Ciencias Sociales, es decir, con aportaciones y puntos de vista de técnicas multidisciplinarias, variadas.⁴⁵

2.6 En qué consiste el valor Justicia?

La justicia (del latín, *Iustitia*) es la concepción que cada época y civilización tiene acerca del sentido de sus normas jurídicas. Es un valor determinado por la sociedad. Nació de la necesidad de mantener la

⁴⁵ Ob Cit. [www.wikipedia](http://www.wikipedia.es). es 7 de julio de 2012. 11:57

armonía entre sus integrantes. Es el conjunto de reglas y normas que establecen un marco adecuado para las relaciones entre personas e instituciones, autorizando, prohibiendo y permitiendo acciones específicas en la interacción de individuos e instituciones.

Este conjunto de reglas tiene un fundamento cultural y en la mayoría de sociedades modernas, un fundamento formal:⁴⁶

- El fundamento cultural se basa en un consenso amplio en los individuos de una sociedad sobre lo bueno y lo malo, y otros aspectos prácticos de cómo deben organizarse las relaciones entre personas. Se supone que en toda sociedad humana, la mayoría de sus miembros tienen una concepción de lo justo, y se considera una virtud social el actuar de acuerdo con esa concepción.
- El fundamento formal es el codificado formalmente en varias disposiciones escritas, que son aplicadas por jueces y personas especialmente designadas, que tratan de ser imparciales con respecto a los miembros e instituciones de la sociedad y los conflictos que aparezcan en sus relaciones

⁴⁶ www.wikipedia.es 7 julio de 2012. 10:54

El término justicia viene de iustitia, y el jurista Ulpiano la definió así: iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi; "La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar (conceder) a cada uno su derecho". Los derechos son: "honeste vivere, alterum non laedere et suum quique tribuere"... "vive honestamente, no hagas daño a nadie y da a cada uno lo suyo"

La palabra justicia designó, originalmente, la conformidad de un acto con el derecho positivo, no con un ideal supremo y abstracto de lo justo. A dicho concepto objetivo corresponde, en los individuos, una especial actividad inspirada en el deseo de obrar siempre conforme a derecho; desde este punto de vista, Ulpiano definió la justicia, según el texto transcrito. Se cree que el jurista se inspiró en la filosofía griega de pitagóricos y estoicos. Resulta, así que la justicia es una voluntad que implica el reconocimiento de lo que se estima justo y bueno (aequum et bonum).

El observar el adecuarse a la ley en las acciones humanas, los principios jurídicos se concentran de manera constante y perpetua. De tal modo, la justicia pierde su contenido abstracto, de valor ideal y estático,

transformándose en una práctica concreta, dinámica y firme que permanentemente ha de dirigir las conductas.⁴⁷

La justicia se ocupa en sí del apropiado ordenamiento de las cosas y personas dentro de una sociedad. Como concepto ha sido objeto de reflexión filosófica, legal, y teológica y de debate a través de nuestra historia. Un número de cuestiones importantes acerca de la justicia han sido ferozmente debatidas a través de la historia occidental: ¿Qué es justicia? ¿Qué demanda de los individuos y sociedades? ¿Cuál es la distribución apropiada de riqueza y recursos en la sociedad?: ¿igualdad, meritocracia, de acuerdo al estatus, o alguna otra posibilidad? Hay muchas respuestas posibles a estas preguntas de diversas perspectivas en el espectro político y filosófico.

De acuerdo a muchas teorías de justicia, es de suma importancia: John Rawls, en particular, clama que "La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, así como la verdad es a los sistemas del pensamiento."⁴⁸

La justicia puede ser pensada como distinta de y más fundamental que la benevolencia, la caridad, misericordia, generosidad o la compasión. La

⁴⁷ Gavernet, Haroldo Ramón y Mojer, Mario Antonio. El Romano, la tierra, las armas. Evolución histórica de las Instituciones del Derecho Romano. Edit. Lex. La Plata, Argentina. 1992.

⁴⁸ Rawls, John. A theory of Justice. Oxford. 1999.

justicia ha sido tradicionalmente asociada con conceptos de fe, reencarnación o divina providencia, es decir, con una vida de acuerdo al plan cósmico. La asociación de justicia con la equidad ha sido histórica y culturalmente rara y tal vez es una innovación moderna.⁴⁹

En el lenguaje común, el término justicia arrastra consigo la intuición de que las personas deben recibir el trato que se merecen y, en este sentido, conserva aún todo su vigor la definición de Ulpiano: Dar a cada uno lo suyo. Desde el punto de vista individual, según Aranguren, la virtud de la justicia es el hábito consistente en la voluntad de dar a cada uno lo suyo.⁵⁰

2.7 Justicia distributiva:

Un aspecto interesante de la organización de las sociedades es cómo se detentan los recursos disponibles, los bienes producidos y la riqueza disponible. En principio, en la mayoría de sociedades se han manejado dos conceptos parcialmente incompatibles sobre qué es una distribución justa de los bienes y la riqueza:

⁴⁹ Daston, Lorraine. Life, chance and life chance. Edit. Deadalus. 2008.

⁵⁰ Sandel, Michael. Justicia ¿hacemos lo que debemos? 2011.

- La justicia según la necesidad, sostiene aquellos que tienen mayores necesidades de un bien deben poseer asignaciones mayores.
- La justicia según el mérito, sostiene que aquellos que más contribuyen a la producción de bienes y riqueza deben tener también una mayor proporción de los mismos.

En la práctica en las sociedades modernas los dos criterios de justicia distributiva coexisten en la asignación de recursos, aplicándose con mayor o menor prioridad uno u otro según el caso concreto.⁵¹

La justicia distributiva para Aristóteles tiene que ver con lo que es justo o correcto con respecto a la asignación de bienes en una sociedad. Los principios de la justicia distributiva son principios normativos diseñados para guiar la asignación de los beneficios y las cargas de la actividad económica. Se contrasta con la justicia retributiva, la cual se concentra en la proporcionalidad de los resultados y las consecuencias, y con la justicia procedimental la cual tiene que ver con la justicia de los procesos, tales como la administración de la ley.

⁵¹ Ibid

La justicia distributiva procura que todas las personas puedan disfrutar de los bienes que son imprescindibles (la nutrición, la educación y la salud). Esta justicia significa considerar la distribución de bienes y servicios entre los miembros de la sociedad en un momento específico y con base en esto determina la aceptabilidad de las condiciones resultantes. Los países donde existen tensiones étnicas o poblaciones minoritarias en áreas geográficas aisladas, suele darse la justicia distributiva donde un Estado enfrenta problemas de e-asignación de recursos dentro de ese marco de justicia.

2.8 Justicia social

La justicia social solo puede definirse a partir del hecho concreto de la injusticia social.⁵²

Algunos sostienen que el concepto “justicia social” se corresponde con la “justicia distributiva” de Aristóteles, en tanto que la noción de “justicia conmutativa” del estagirita, corresponde a la idea clásica de justicia, en las sociedades modernas, la igualdad de oportunidades, el Estado de bienestar, la cuestión de la pobreza, la distribución de la renta, los derechos laborales y sindicales, etc.⁵³ En el año 2007, las Naciones

⁵² Korn, Alejandro. La libertad creadora. Edit. Claridad. Buenos Aires, Argentina. 1922

⁵³ Sampay, Arturo. Constitución y pueblo. Edit. Cuenca. Buenos Aires, Argentina. 1974

Unidas proclamaron el 20 de febrero de cada año el Día Mundial de la Justicia Social.⁵⁴

Al fundamentar esa decisión, las Naciones Unidas han sostenido que “la justicia social es un principio fundamental para la convivencia pacífica y próspera” y que constituye “el núcleo de nuestra misión global para promover el desarrollo y la dignidad humana”.

En esta materia, la ONU hace referencia a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), organismo especializado que integra el sistema de Naciones Unidas y en especial al documento Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa. Las Naciones Unidas explican que, las actividades que se desarrollen con motivo del Día Mundial de la Justicia Social, debe orientarse a “erradicar la pobreza y promover el empleo pleno y el trabajo decente, la igualdad entre los sexos y el acceso al bienestar social y la justicia social para todos”.

La expresión “justicia social” fue acuñada por el sacerdote jesuita italiano Luigui Taparelli: “...la justicia social debe igualar de hecho a todos los hombres en lo tocante a los derechos de humanidad,...”⁵⁵ Taparelli, considerado uno de los fundadores de la doctrina social de la iglesia, creó el término para aplicarlo a los conflictos obreros que se extendieron

⁵⁴ Naciones Unidas. Consultado el 7 de julio de 2012. 11:32.

⁵⁵ Taparelli, Luigui. Ensayo teórico del derecho natural apoyado en los hechos. Publicado en 1843, Livorno, Italia.

a raíz de el establecimiento del maquinismo y la sociedad industrial. Fundó sus ideas en una renovación del pensamiento tomista y consideró que la justicia social era una noción diferente tanto de las nociones de justicia conmutativa como de la justicia distributiva, que caracterizan el pensamiento aristotélico-tomista.⁵⁶

Varias décadas después el término "justicia social" (*social justice*) es vuelto a usar en Inglaterra a fines del siglo XIX, por los socialistas fabianos ingleses. La expresión ya aparece en los famosos *Fabian Essays in Socialism* (Ensayos fabianos sobre el socialismo), publicados en 1889. En el socialismo fabiano, la justicia social desempeña el papel de finalidad ética por excelencia, para guiar la evolución social mediante cambios no revolucionarios hacia un sistema de socialdemocracia.⁵⁷

A partir de los fabianos, el concepto de *justicia social* fue adoptado por la socialdemocracia, principalmente en Inglaterra, Francia y Argentina. En Inglaterra, el concepto pasó al Partido Laborista inglés, al que la Sociedad Fabiana se integró, y fue aceptado y retomado por el gobierno liberal a través de su emergente el Ministro de Comercio David Lloyd George, cuyo objetivo manifiesto era "lograr la justicia social". En la misma época, en Francia, el Partido Socialista, a través de Jean Jaurés,

⁵⁶ Ibid

⁵⁷ Bernard Shaw, George; Sidney Webb, William Clarke, Sydney Olivier, Graham Wallas, Annie Besant, Hubert Bland, *Fabian essays in socialism*. Londres: Fabian Society. <http://books.google.com>.

adopta el concepto de justicia social como parte de su *socialismo ético* y pacifista. En Argentina, el Partido Socialista incorpora el concepto a través de Alfredo Palacios, elegido diputado en 1904, vinculando las ideas de "nuevo derecho" y justicia social.⁵⁸

Luego de la Primera Guerra Mundial, en 1919, se crea la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que incorpora la noción de justicia social a su Constitución, en la primera frase, como fundamento indispensable de la paz universal: Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

En 1931, la noción de justicia social se incorpora plenamente a la Doctrina social de la Iglesia Católica, al utilizarla el papa Pío XI en la Encíclica Cuadragésimo año. Para Pío XI, la justicia social es un límite al que debe sujetarse la distribución de la riqueza en una sociedad, de modo tal que se reduzca la diferencia entre los ricos y los necesitados: “A cada cual, por consiguiente, debe dársele lo suyo en la distribución de los bienes, siendo necesario que la partición de los bienes creados se revoque y se ajuste a las normas del bien común o de la justicia social, pues cualquier persona sensata ve cuán gravísimo trastorno acarrea

⁵⁸ Palacios, Alfredo. La Justicia social Edit. Claridad. Buenos Aires, Argentina.

consigo esta enorme diferencia actual entre unos pocos cargados de fabulosas riquezas y la incontable multitud de los necesitados”.⁵⁹

2.9 Justicia conmutativa

Es la igualdad o equilibrio en el intercambio de bienes entre compañeros que se intervienen para todo; es justa la igualdad de trato en las relaciones comerciales. La igualdad de los bienes que se intercambian es una condición básica para que el trato pueda considerarse justo. La palabra proviene del latín *conmutare* que significa intercambiar.

Es una de las justicias para Sócrates y Tomás de Aquino. Para Sócrates se trata de la justicia particular que ordena los intercambios según el principio de igualdad aritmética entre personas que son consideradas iguales, cada quien debe, por tanto, recibir tanto como da. En contraposición con la justicia distributiva, que toma en cuenta las diferencias de mérito. Aristóteles concibe la justicia conmutativa como la que da a cada quien independientemente de sus particularidades.

Un intercambio es considerado justo según la justicia conmutativa cuando los objetos del intercambio son ambos a su vez intercambiables

⁵⁹ Pio XII. Encíclica *Quadragesimo anno*. 15 de mayo de 1931. Vaticano.

por un tercero, según el principio de que dos cantidades son cada una equivalentes a una tercera, entonces son equivalentes entre sí.

Para Aquino, la justicia conmutativa regula la relación del individuo con otro individuo. Las otras dos formas de justicia en la filosofía tomista son la justicia distributiva, que regula la relación de la comunidad con cada uno de sus miembros, y la justicia legal que, recíprocamente, regula la relación de cada miembro con su comunidad. Una persona justa, desde la perspectiva de justicia conmutativa, es quien da al otro lo que se le debe. Solamente en la situación de justicia conmutativa se logra la igualdad de derechos.⁶⁰

⁶⁰ Ob cit. <http://es.wikipedia.org>. 10 de abril 2013.

Capítulo III

3. Como se organiza una fundación

La fundación requiere como mínimo, la comparecencia de siete individuos para su constitución, para poder conformar el Consejo Directivo, en la forma siguiente: Presidente, Vicepresidente, Secretario, Tesorero y tres Vocales. Sus objetivos y fines deben ser realizables, de asistencia social y humanitaria, no lucrativos. El trámite de autorización se desarrolla así:

En la Subdirección Administrativa del Ministerio de Gobernación, se confrontarán a su presentación el primer testimonio de la escritura pública de constitución, la boleta de depósito, lo que devolverá inmediatamente, el Ministerio de Gobernación.

El Ministerio de Gobernación, dentro de sus funciones, según Artículo 36 de la Ley del Organismo Ejecutivo, en el inciso b) se dice: “Aprobar los estatutos de las fundaciones y otras formas de asociación, que requieran por ley tal formalidad, y otorgar y reconocer la personalidad jurídica de las mismas.” Por lo que sabiendo que una fundación no es una Asociación, se debe entonces tener presente que se debe reconocer dicha institución para que funcione y el interés social que la misma tendrá.

La fundación es como un patrimonio destinado a la realización de un fin social, de interés común o utilidad general, por lo que no común que los ordenamientos jurídicos permitan las fundaciones de interés particular.

En Centroamérica, como en la mayoría de países del mundo, no se requiere de un monto mínimo de aportación para constituir una fundación. En algunos ordenamientos entre ellos, los de Guatemala y de Paraguay la insuficiencia del patrimonio para alcanzar los fines propuestos tiene el efecto de extinguir la fundación.

Según el Código Civil, en su Artículo 20, dice: “Las fundaciones se constituirán por escritura pública o por testamento. En el instrumento de fundación debe indicarse el patrimonio afecto y el fin a que se destina y la forma de administración. 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. El Ministerio Público deberá vigilar por que los bienes de las fundaciones se empleen conforme a su destino.”

3.1 Pasos y requisitos establecidos por el Ministerio de Gobernación:⁶¹

- Solicitud dirigida al señor Registrador de Personas Jurídicas.

⁶¹ www.mingob.gob.gt. 14 de noviembre de 2012.

- Testimonio de la escritura constitutiva y de sus ampliaciones o modificaciones, si las tuviere, con sus respectivos duplicados; (firmados y sellados en original) o fotocopia legalizada por notario; además debe adjuntar en original o copia certificada por la Sub Dirección administrativa del Ministerio de Gobernación, el Acuerdo Ministerial donde se aprueban los estatutos; y el original de la hoja del Diario Oficial donde consta la publicación realizada.
- Al duplicado debe adjuntar fotocopia autenticada tanto del Acuerdo Ministerial como de la hoja de diario oficial arriba mencionados; adhiriendo en cada hoja un timbre fiscal de 50 centavos por todas y cada una de las hojas de la copia legalizada.
- Verificar que el testimonio y su duplicado o copia legalizada correspondan al mismo instrumento.
- Si se acompaña copia legalizada del testimonio, (o testimonios) la misma debe llevar un timbre fiscal de 50 centavos por todas y cada una de las hojas de la copia legalizada.
- Timbre fiscal de Q.0.50 para la razón registral. (Engrapado al folder).

- La documentación antes descrita deberá ser presentada en 2 folders tamaño oficio uno para la documentación original y otro para las copias legalizadas o duplicados.

3.2 Requisitos para solicitar el reconocimiento de la personalidad jurídica y aprobación de estatutos de fundaciones:

a) Requisitos previos:

- El interesado debe solicitar constancia de novedad, en la Subdirección Administrativa de este Ministerio, indicando la denominación que utilizará la Fundación, así como, su abreviatura, si fuera el caso.
- En relación a los objetivos y fines, éstos deben ser realizables, de asistencia social y humanitaria, no lucrativos ...
- Establecer dirección exacta de la sede donde se ubicará la fundación. En la cláusula referente al Patrimonio inicial, consignar la cantidad que cada uno de los miembros fundadores aporta o bien si es un solo fundador ya que lo que

se necesita es el deseo de poder fundar una institución con animo de servicio.

- En caso de que uno de los miembros fundadores fuere extranjero y sea electo para ocupar un cargo dentro de la junta directiva provisional o propietaria, deberá nombrar mandatario especial para que lo represente, en caso de ausentarse del país.

b) Requisitos indispensables:

Presentar solicitud por escrito dirigida al Señor Ministro de Gobernación, por la persona facultada para el efecto, debiendo constar:

- Nombre completo y datos personales,
- Dirección para recibir notificaciones.
- La denominación de la Fundación.
- Solicitar el reconocimiento de personalidad Jurídica y la aprobación de estatutos de la Fundación.

c) Documentos que debe adjuntar:

- Primer Testimonio, fotocopia legalizada y duplicado de la escritura pública de Constitución*
- Original de la Boleta de Depósito Monetario (Q.50,000.00)
- Fotocopia Legalizada del Testimonio y de la Boleta de Depósito Monetario
- Original de la Constancia de Novedad extendida por la Subdirección Administrativa de este Ministerio.

En Subdirección Administrativa se confrontará a su presentación el primer testimonio de la escritura pública de constitución, la boleta del depósito, los que se devolverán inmediatamente.

3.2.1 Nombramiento de representante legal:

- Solicitud dirigida al señor Registrador de Personas Jurídicas.
- Original del acta notarial en la que consta el nombramiento y copia legalizada o duplicado (firmado y sellado en original) de la misma. No se aceptará fotocopia simple.
- De conformidad con la ley todas y cada una de las hojas del acta notarial deben ir numeradas, selladas y firmadas (aunque sea solamente una hoja); en igual forma el duplicado.

- Verificar que el acta notarial y su duplicado o copia legalizada corresponda al mismo instrumento.

3.2.2 De conformidad con la ley al acta de nombramiento se le debe adherir

- Un timbre fiscal de Q100.00 (Se sugiere identificar el mismo en el cierre de la misma).
- Timbre fiscales de Q.0.50 centavos en cada una de las hojas que componen el acta notarial.
- Un timbre notarial de Q.10.00
- Si se acompaña copia legalizada del acta la misma debe llevar un timbre fiscal de Q.0.50 centavos por todas y cada una de las hojas de la copia legalizada.
- Timbre fiscal de Q.0.50 centavos, para la razón registral. (engrapado al folder).
- En el cuerpo del acta notarial se deben consignar en forma clara y precisa los datos donde se encuentra inscrita la entidad que solicita la inscripción de nombramiento.
- Consignar en el cuerpo del acta el plazo que durará la persona en el cargo (en días, meses, o años).

- La documentación antes descrita deberá ser presentada en 2 folder tamaño oficio uno para la documentación original y otro para las copias legalizadas o duplicados.

3.3 Impuestos para la conformación de una fundación

Según el Decreto 10-2012 del Congreso de la República, Ley de Actualización Tributaria, literalmente dice en el Capítulo II: “Exenciones, Artículo 11. Rentas exentas. Están exentas de impuestos: Las rentas que obtengan los entes que destinen exclusivamente a los fines no lucrativos de su creación y en ningún caso distribuyan, directa o indirectamente, utilidades o bienes entre sus integrantes, tales como: los colegios profesionales; los partidos políticos; los comités cívicos; las asociaciones o fundaciones no lucrativas legalmente autorizadas e inscritas como exentas ante la Administración Tributaria, que tengan por objeto la beneficencia, asistencia o el servicio social, actividades culturales, científicas de educación e instrucción, artísticas, literarias, deportivas, políticas, sindicales, gremiales, religiosas, o el desarrollo de comunidades indígenas; únicamente por la parte que provenga de donaciones o cuotas ordinarias o extraordinarias. Se exceptúan de esta exención y están gravadas, las rentas obtenidas por tales entidades, en el desarrollo de actividades lucrativas mercantiles, agropecuarias, financieras

o de servicios, debiendo declarar como renta gravada los ingresos obtenidos por tales actividades.”

Siguiendo con la misma Ley, se citan los siguientes Artículos que compete al régimen legal de actualización tributaria, como sigue:

Artículo 23. Costos y gastos no deducibles. Las personas, entes y patrimonios a que se refiere esta Ley (Decreto 10-2012), no podrán deducir de su renta bruta los costos y gastos siguientes: ...”s) el monto de las donaciones realizadas a asociaciones y fundaciones sin fines de lucro, de asistencia o servicio social, a las iglesias, a las entidades y asociaciones de carácter religioso y a los partidos políticos que no estén legalmente constituidas, autorizadas e inscritas conforme a la ley, o que no cuenten con la solvencia fiscal del periodo al que corresponde el gasto, emitida por la Administración Tributaria.

Artículo 47. Agentes de retención. Actúan como agentes de retención de las rentas gravadas por esta sección, los siguientes: “...3. las asociaciones, fundaciones, partidos políticos, sindicatos, iglesias, colegios, universidades, cooperativas, colegios profesionales y otros entes.” Artículo 48. Obligación de retener. “Los agentes de retención deben retener en concepto de Impuesto Sobre la Renta el siete por ciento (7%), sobre el

valor efectivamente pagado o acreditado. El agente de retención emitirá la constancia de retención respectiva con la fecha de la factura y la entregará al contribuyente dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la factura. Las retenciones practicadas por los agentes de retención, a los contribuyentes a que se refiere este título, deben enterarse a la Administración Tributaria dentro del plazo de los primeros diez (10) días del mes siguiente a aquel en que se efectuó la retención, mediante el formulario de declaración jurada que para el efecto ponga a disposición la Administración Tributaria, debiendo acompañar un anexo que indique los nombres y apellidos completos de cada uno de los contribuyentes residentes en el país o con establecimiento permanente. Número de Identificación Tributaria, el valor de lo efectivamente acreditado o pagado y el monto de la retención. También en el Artículo 86, se cita lo correspondiente a los responsables como agentes de retención, donde en su numeral 3. Aparece entre otras, las fundaciones.

Artículo 52. “Sistema de contabilidad. Los contribuyentes que estén obligados a llevar contabilidad de acuerdo con el Código de Comercio y este libro....”

Artículo 53. “Libros y registros. Los contribuyentes obligados a llevar contabilidad de acuerdo con el Código de Comercio, deben cumplir con las

obligaciones contenidas en dicho Código, en materia de llevar libros, registros y estados financieros...”

Artículo 72. “Base imponible. La renta imponible se determina deduciendo de la renta neta las deducciones que se indican en este artículo... se entiende como renta bruta, la suma de sus ingresos gravados y exentos, obtenidos en el periodo de liquidación anual; y, como renta neta, a la diferencia entre la renta bruta y las rentas exentas obtenidas. Las donaciones a las asociaciones y fundaciones sin fines de lucro...”

Una vez suscrito el instrumento público de constitución de la fundación, debe de presentarse al Ministerio de Gobernación la solicitud de inscripción de dicha entidad, adjuntando a la misma el testimonio del instrumento; así como constancia extendida por dicha autoridad, en la que se indique que no existe otra entidad con igual o similar nombre con que se identifique la fundación.

El Ministerio de Gobernación, habiendo verificado el cumplimiento de los requisitos de ley, emitirá el Acuerdo Ministerial que aprueba los estatutos y autoriza el funcionamiento de la fundación, reconociendo la personalidad jurídica de la misma. La certificación de dicho Acuerdo deberá de publicarse en el diario oficial en un plazo de treinta días, transcurridos los

cuales, si no se hubiese cumplido con dicha obligación, podrá solicitarse por una única vez, nueva certificación a efecto de ser publicada. Habiéndose realizado la publicación, el interesado deberá presentarla al Ministerio de Gobernación dentro del plazo de los quince días siguientes de haberse realizado la misma.

Por último, no con el objeto de que sea reconocida su personalidad jurídica, sino más bien cumpliendo con un requisito de inscripción, tal y como lo requieren los artículos 438 y 440 del Código Civil, deberá de inscribirse la fundación en el Registro Civil del lugar donde haya sido constituida la misma; debiendo para los efectos correspondientes, adjuntar al testimonio correspondiente, el acuerdo de su aprobación y del reconocimiento de su personalidad jurídica, documentos que quedarán en poder del Registro.

3.4 Análisis critico del porque cumplir con los requisitos que exige el ministerio e gobernación y no poder variar los mismos

Teniendo presente todos los requisitos que establece el Ministerio de Gobernación, tal y como constan anteriormente, puedo analizar porque será necesario que exija que las Fundaciones estén conformados por siete personas o fundadores, si podría ser que solo una persona sea el

fundadora capitalista, y de este modo tengan que haber mas en el apoyo económico que se pueda brindar, teniendo de este modo muchas mas dificultades para poder conformar la misma, ya que si es un requisito que exige dicho ministerio, será posible que pueda ser menos o mas para que se formen de acuerdo a la conveniencia de los o del fundador, a mi parecer podría ser solo un fundador puesto que el mismo no tendrá fines lucrativos si no que al contrario dará su patrimonio para que otras personas se sirvan del mismo.

Así también si la doctrina indica que tiene que ser los que una Fundación tiene que estar dirigida por un Patronato porque el Ministerio de Gobernación establece que tiene que estar dirigida por el Consejo Directivo y de allí es que se desprende el numero de personas para poder conformar el mismo, será necesario realmente que este conformado por un Consejo Directivo, pudiendo en realidad ser una sola persona que pueda fundar el o ella misma su fundación para poder en algún momento obtener beneficios personales o familiares. Y en este sentido si una sola persona quiere formar su propia fundación para poder tener un patrimonio personal y de esta manera que el beneficio no sea para la generalidad. Porque estará limitado este derecho, puesto que no existe una norma legal que lo prohíba, pero si escritos del Ministerio de Gobernación, plasman que debe de ser necesario que así sea; entonces se ve que si

existe la falta de regulación legal en cuando a como poder conformar las fundaciones legalmente.

Teniendo presente que como se indico no existe norma legal que establezca tampoco la cantidad dineraria que deberá de establecerse al momento de crear una fundación, pero si escritos del Ministerio de Gobernación, que indican que como mínimo para formar una fundación se necesita un aporte dinerario de por lo menos cincuenta mil quetzales, realmente será necesaria esa cantidad como mínimo, porque no indicar como en las Sociedad cinco mil quetzales, o porque no poder solicitar mas aporte dinerario ya que si bien es cierto todo esta caro y se debe de tener en reserva dinero ya que siempre irán surgiendo necesidades con forme la fundación vaya creciendo.

Podría indicar entonces que efectivamente es necesario la creación de normas que establezcan como poder regular y conformar la creación y por ende la fundación de la institución de las fundaciones, puesto que existen incertidumbres en cuanto a la conformación, ya que no hay ley que lo establezca solo escritos del Ministerio de Gobernación puesto que no son ni acuerdos ni circulares que se tengan para poder realizar los mismos. Indicaría para finalizar en cuanto a este aspecto que a mi punto de vista que es necesario realmente tener una norma como regular la institución de las Fundaciones.

CAPITULO IV

Fundaciones y el derecho administrativo y privado

4.1 Derecho administrativo y privado

En la actualidad las fundaciones han tomado un papel importante en todas las sociedades en las que se desenvuelven, destacando su proyección nacional e internacional, la cual se ha multiplicado, de manera que cada vez toma más importancia el escribir sobre las fundaciones, quienes trabajan en ese sector, su actuación y su coordinación con otras entidades solidarias, siendo de real importancia los aspectos administrativos y legales que les rige.

Siendo el derecho administrativo, rama del derecho público, que se encarga de establecer los órganos e instituciones a través de los que actúan la Administración Pública, desde los servicios centrales, los órganos desconcentrados, descentralizados y organismos autónomos dependientes de otras instituciones. En lo que respecta a las normas de funcionamiento, es preciso señalar que el Derecho Administrativo sólo regula aquellas actuaciones de la Administración Pública en las que los órganos administrativos actúan investidos de potestades públicas, es decir, están revestidos de imperium.

“En tanto que en la vida privada los derechos y obligaciones se crean casi siempre por vía contractual, la Administración debe, en interés del servicio público, poder imponer, unilateralmente, sin necesidad de previo pronunciamiento judicial, obligaciones a los particulares, y su decisión debe ser tenida como jurídicamente válida en tanto que el interesado no promueva su anulación por el juez.”⁶²

La administración institucional, la cual, en distintos grados en función del ordenamiento jurídico de que se trate, no ejerce ninguna potestad administrativa. Cuando, en estos casos, la Administración Pública actúa como un mero particular y le son de aplicación las normas del derecho común. No obstante, siempre habrá en su actuación un núcleo estrictamente administrativo, aunque solo sea a los efectos del procedimiento para la formación de la voluntad del órgano administrativo (unipersonal o colegiado) y las normas de atribución de competencias del órgano implicado. La ley orgánica de la administración pública es el ordenamiento legal que se encarga de regular la estructura, facultades y atribuciones de los organismos integrantes de la administración pública.

El derecho administrativo puede enmarcarse dentro del derecho público interno y se caracteriza por ser común (es aplicable a todas las

⁶² Prosper Weil. Derecho administrativo. 1986 Pág. 50

actividades municipales, tributarias, etc.), autónomo (tiene sus propios principios generales), local (está vinculado a la organización política de una región) y exorbitante (excede el ámbito del derecho privado y no considera un plano de igualdad entre las partes, ya que el Estado tiene más poder que la sociedad civil).

Contribuye a esta situación la continua tendencia de la Administración pública de simplificar su funcionamiento acudiendo al derecho privado, mediante la externalización de algunas de sus actividades en sociedades sujetas al derecho privado. En cualquier caso, aún se sigue utilizando u los máximos exponentes de cada una de estas ramas son:

- Derecho Privado: Derecho civil y Derecho mercantil
- Derecho Público: Derecho constitucional, Derecho administrativo, Derecho Penal, Derecho tributario y Derecho procesal.

4.2 Diferencias entre Derecho privado y Derecho público:

- Mientras que en el Derecho público predomina la heteronomía y las normas de corte imperativo u obligatorio, en el Derecho privado se hace prevalecer la autocomposición de los intereses en conflicto y las normas de corte dispositivo (normas que actúan en el caso de no

haber acuerdo o disposición contractual previa entre las partes implicadas).

- Los sujetos en el Derecho privado se suponen relacionados en posiciones de igualdad, al menos teórica. La típica relación de Derecho público, en cambio, suele venir marcada por una desigualdad derivada de la posición soberana o imperium con que aparece revestido el o los organismos públicos (poderes públicos) que en ella interviene.
- Se dice que las normas de Derecho privado tienden a favorecer los intereses particulares de los individuos, mientras que en las normas de Derecho público estarían presididas por la consecución de algún interés público.

La clasificación entre Derecho público y privado se remonta a la antigua Roma, pero está hoy en día en declive: muchas técnicas y relaciones típicas del Derecho privado se encuentran en el ámbito de las relaciones con y entre los poderes públicos, y a la inversa, aspectos que usualmente se han dado en el campo del Derecho público aparecen adornando relaciones de Derecho privado.

4.2.1 En el Derecho público predomina la heteronomía y las normas de corte imperativo u obligatorio, en el Derecho privado se hace prevalecer la autocomposición de los intereses en conflicto y las normas de corte dispositivo (normas que actúan en el caso de no haber acuerdo o disposición contractual previa entre las partes implicadas).

Este Derecho es la parte del ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre las personas y entidades privadas con los órganos que ostentan el poder público cuando estos últimos actúan en ejercicio de sus legítimas potestades públicas (jurisdiccionales, administrativas, según la naturaleza del órgano que las ejerce) y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, y de los órganos de la Administración pública entre sí. También regula las relaciones de supraordenación y de subordinación entre el Estado y los particulares y las relaciones de supraordenación, de subordinación y de coordinación de los órganos y divisiones funcionales del Estado entre sí.

Es una característica del Derecho público que sus mandatos no se encuentran sujetos a la autonomía de la voluntad que pudiesen ejercer las partes, es decir, no pueden ser modificados por las

partes en uso legítimo de su autonomía de la voluntad, como sí ocurre con el Derecho privado. Son mandatos irrenunciables y obligatorios, en virtud de ser mandatos en una relación de subordinación por el Estado, en su ejercicio legítimo de su principio de imperio. La justificación es que regulan derechos que hacen al orden público y deben ser acatados por toda la población.

El Derecho público regula un gran número de materias correspondientes a la Administración y el Estado, su organización, competencias y en general, el funcionamiento de los órganos constitucionales, los derechos constitucionalmente reconocidos y nos provee de garantías constitucionales frente a las intromisiones de los poderes públicos a las libertades, derechos y garantías individuales (Derecho constitucional); la Administración pública, a nivel interno o nacional, y su actuación a través del procedimiento administrativo común o los distintos procedimientos especiales (Derecho administrativo) y abarca también otras materias con carácter supranacional (Derecho internacional público) o internas muy específicas como el Derecho parlamentario.

Los principios del Derecho público pueden variar de un Estado a otro. Sin embargo, la doctrina jurídica moderna ha establecido dos

de manera prácticamente unánime: el principio de legalidad, es decir, someter al Estado al cumplimiento del ordenamiento jurídico, y todos los principios para el mantenimiento del desenvolvimiento del Estado democrático, es decir, que permitan la mayor realización espiritual y material posible.⁶³

4.2.2 Los sujetos en el Derecho privado se suponen relacionados en posiciones de igualdad, al menos teórica. La típica relación de Derecho público, en cambio, suele venir marcada por una desigualdad derivada de la posición soberana o imperium con que aparece revestido el o los organismos públicos (poderes públicos)) que en ella interviene.

El Derecho privado es la rama del Derecho que se ocupa preferentemente de las relaciones entre particulares. También se rigen por el Derecho privado las relaciones entre particulares y el Estado cuando éste actúa como un particular, sin ejercer potestad pública alguna, el caso de las sociedades o empresas con personalidad jurídica propia creadas según las normas de Derecho mercantil y en las que el Estado o sus organismos autónomos ostenten un poder decisorio. Este Derecho suele contraponerse al Derecho público, que es la parte del ordenamiento jurídico que

⁶³ Ob Cit. <http://wikipedia.org>. 10 de abril 2013

regula las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos y de los poderes públicos entre sí.

4.2.3 Se dice que las normas de Derecho privado tienden a favorecer los intereses particulares de los individuos, mientras que en las normas de Derecho público estarían presididas por la consecución de algún interés público.

Los principios del Derecho privado se suelen contraponer con los principios de legalidad y la potestad de imperio del Derecho público. Este Derecho goza de los siguientes principios:

- Autonomía de la voluntad: en la persecución de sus propios intereses, las personas se relacionan entre sí mediante actos fundamentados en sus propias voluntades. La voluntad libre de vicios, dolo, coacción o engaño de personas con capacidad legal para realizar negocios jurídicos es suficiente para efectuar actos con efectos jurídicos. En principio, los sujetos de derecho privado pueden realizar todo aquello que no esté expresamente prohibido por el ordenamiento.

- Principio de igualdad: En los actos privados, los sujetos de derecho se encuentran en un punto equilibrado de igualdad, en donde ninguna de las partes es más que la otra, y ninguno puede exigir del otro nada sin un acuerdo de voluntades. Por ejemplo, una persona puede acordar con otra la compra de un reloj. Pero esta misma persona no puede exigir de la otra que le entregue el reloj, ni puede forzarla a venderlo, pues la voluntad de ambos goza de igualdad.

4.3 El actual contexto social de las fundaciones

Las fundaciones actualmente están llamadas a descubrir y hacer frente en un primer momento a problemas que se manifiestan en la sociedad y que las fundaciones han decidido contribuir a resolver de modo innovador creando modelos y siendo pioneras del cambio social.

Tienen la misión y oportunidad histórica de contribuir a la creación de un auténtico espacio transnacional para la sociedad civil que sea vehículo adecuado para el ejercicio de virtudes cívicas y desarrollo de sentimientos de integración y cooperación entre los diferentes agentes sociales.

Dentro del contexto social de las fundaciones, prevalece la responsabilidad social como un compromiso personal, moral, consciente y congruente, como una opción personal o de un grupo, que se fundamenta en la ética, donde el objetivo es contribuir al desarrollo de la sociedad a partir del respeto a la dignidad de la persona y de la comunidad donde se desenvuelve, contribuyendo al bien común y al logro de la justicia social.

La necesidad que surge de conseguir una sociedad mejor, es aquella en la que se tiene un protagonismo de generosidad voluntaria de las personas o de grupos sociales y solidarios que se ocupan de dar respuesta a las diferentes necesidades reales existentes.

Con el afán de resolver problemas generales de manera voluntaria, surge la responsabilidad social de entidades, en este caso el surgir de las fundaciones que de manera libre busca una sociedad más solidaria que no tenga fronteras, donde las personas son el centro de las relaciones sociales, alcanzando el bien común.

La fundación es una entidad en forma de persona jurídica privada que, por voluntad de su fundador o fundadores, se caracteriza por tener afectado un patrimonio y perseguir, sin ánimo de lucro, fines de interés general a favor de un colectivo genérico de beneficiarios. Es entonces donde se da

que algunos fundadores privados toman la decisión de renunciar para siempre a parte de sus bienes y destinarlos a finalidades de interés general, donde la clave es su compromiso con la responsabilidad social.

La institución es la empresa más decisiva de la sociedad moderna y sin embargo no goza de la consideración popular que le corresponde, pudiendo decirse que está necesitada tanto de prestigio social como moral. Prestigio social porque no es contemplada desde lo que hace, sino de lo que piensa; y prestigio moral porque no deja de estar necesitada de cambios complementarios que dejen su funcionamiento más transparente y humanizado.

Cualquier institución necesita que su primera responsabilidad y la de sus gestores cumplan con el fin para el que fue creada, dar beneficios, crear puestos de trabajo, ser eficiente, innovadora y competitiva, donde se tenga implícito el compromiso de hacer posible una sociedad más humana y habitable.

Dentro del contexto social debe entenderse la responsabilidad del compromiso que se asume y va más allá de las obligaciones jurídicas, si no por el que voluntariamente integran en su gestión, gobierno, política y procedimientos, las preocupaciones de la sociedad en la que se

desarrollan las actividades, responsabilizándose de los impactos que se derivan de sus acciones. La responsabilidad social de las fundaciones desde su autenticidad, puede tener como primera finalidad la búsqueda de una mejor reputación, que puede darse como consecuencia de su correcta actuación, inspirando transversalmente la actuación de todos sus integrantes.

Lo descrito en el argumento social de las fundaciones como responsabilidad social, eso puede materializarse por las personas físicas y jurídicas con su propia identidad, de forma directa o apoyando acciones y proyectos promovidos por terceros.

A lo largo de los siglos XVIII, XIX y XX , las fundaciones fueron entidades preocupadas por cuestiones relacionadas con la asistencia social y la beneficencia, donde su que hacer fue tradicionalmente víctimas de guerra, viudas, ancianos, huérfanos y todas las personas necesitadas de asistencia benéfica. Entonces el papel de las fundaciones era paliar las notorias insuficiencias de la labor del Estado; con el paso del tiempo pusieron énfasis de su actuación en los temas educativos, ampliando su campo hacia lo cultural y otros ámbitos.

Las fundaciones realizan actividades en todos los campos de la asistencia, beneficencia y ayuda social, educación, instrucción, enseñanza, asistencia, prevención, rehabilitación, calidad de vida, investigación y desarrollo, bienestar y promoción social, desarrollo comunitario, promoción y desarrollo cultural, defensa de los derechos humanos, deporte, protección del medio ambiente, entre otros. Son los fundadores quienes muestran su preocupación por las necesidades sociales, nuevas o atendidas insuficientemente.

Los retos del sector fundacional deben dar respuesta a las necesidades actuales del siglo XXI en materia de optimización de sus activos, compromiso, transparencia, medida de resultados, evaluación, gestión profesional y una adecuada comunicación a la sociedad en que se desenvuelven. Las fundaciones deben definir su identidad positivamente y más allá de la mera negación de lo empresarial o lo público, patrocinando su marca, misión y programas de forma clara y diferenciadora. También deben hacer compatible su obligación de preservar el mandato del fundador, con la necesaria adaptación a las transformaciones sociales que éstas tratan de impulsar.

4.4 El carácter público y privado de las fundaciones

Las fundaciones son un instrumento útil para la gestión privada de asuntos de interés general y lo son en base a su libertad, su independencia; la flexibilidad con la que operan; el contacto en su vida real, la ausencia en su que hacer de las inconveniencias burocráticas propias de la administración pública. Por tal razón, dentro del derecho administrativo se habla sobre su razón de ser respecto a regir el buen funcionamiento de los servicios públicos encargados de mantener el orden público y la seguridad jurídica.

Las fundaciones son entidades dotadas de personalidad jurídica y una concreta organización, de naturaleza privada y cuya finalidad principal ha de ser de carácter altruista o filantrópica, es decir la ausencia de ánimo de lucro, y que buscan el bien, el interés general.

Fundaciones públicas son los patrimonios afectados a un objeto de utilidad general, artístico, científico, literario, benéfico, social u otros, en cuyo acto de constitución participe la República, los Estados, los distritos metropolitanos, los municipios o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refieren, siempre que su patrimonio inicial se realice con aportes del Estado en un porcentaje mayor.

Las fundaciones privadas en general, hacen uso de las subvenciones a personas físicas o otras organizaciones de caridad, en contraposición a la financiación directa de sus propios programas. Una organización benéfica pública, por el contrario, tiende a llevar a cabo algún tipo de actividad directa, como operar un refugio para desamparados. El único cambio sustancial entre los dos es la manera en que los fondos se adquieren. El "público" en la "caridad pública" se refiere a la solicitud de donaciones periódicas de la comunidad. La cuantía de estas donaciones se usa para determinar una intensidad cuantificable de apoyo público, que es necesario para alcanzar el estatus de beneficencia pública.

Una crítica hacia las fundaciones privadas se da por su independencia operativa, su fuente de financiamiento que les permite hacer caso omiso de la opinión pública y que posiblemente se apoye proyectos que generan controversia. Estas también generan más papeleo obligatorio para así asegurar el uso correcto de sus recursos.

Tanto las fundaciones públicas como privadas son instituciones de beneficencia que trabajan en el interés general del público. Es de hacer notar que las fundaciones públicas suelen tener mayores donantes deducibles de impuestos, así como la capacidad de atraer el apoyo de otras instituciones de beneficencia pública y fundaciones privadas.

Entonces, la beneficencia pública es más deseable debido a la flexibilidad otorgada a hacer donaciones, permitiendo estrategias fiscales, adaptadas a las preferencias personales.

4.5 La intervención pública sobre las fundaciones

Dentro de los objetivos de la intervención pública, prevalece el concepto de eficiencia, que se identifica con el máximo aprovechamiento de los recursos y el término de equidad distributiva, que equivale al de justicia social.

La intervención pública debe proporcionar un entorno apropiado para el buen funcionamiento de las instituciones mediante una estructura legal reconocida, dictando y haciendo cumplir las normas a través de la regulación necesaria.

La puesta en práctica de distintos tipos de intervención pública, exige la utilización de una serie de instrumentos de política pública:

- La actividad legislativa: el Estado aprueba normas para proteger el funcionamiento institucional y pone en práctica medidas que regulan la producción y el consumo.

- El presupuesto, es el documento en el que se contabilizan los ingresos y gastos públicos que incluye, entre otras medidas: la financiación, la producción pública de bienes y servicios y la transferencia de renta.

El Estado puede intervenir mediante políticas de regulación, obligando al cumplimiento de ciertas normas, donde el objetivo de equidad horizontal exige que éste realice intervenciones dirigidas a garantizar el acceso a bienes y servicios.

4.7 El fin público o general de las fundaciones:

La figura de las fundaciones se ha utilizado durante muchos años como forma de participación de entidades e instituciones privadas en el desarrollo y estímulo de actividades de interés general en colaboración con el sector público. Mucho ha cambiado en el objeto, composición y fines de las fundaciones desde que aparecieran hace cientos de años. Pero siguen compartiendo el fin para la que son creadas: realizar actividades que beneficien al interés general, habiéndose dejado a un lado aquellas que se creaban para satisfacer a familias o grupos concretos y determinados de personas.

El interés general no es monopolio de los poderes públicos, por lo que es reconocido que se reconoce el derecho de las fundaciones para fines de interés general. Se debe entender el interés general como contrapunto al individual, es decir genérico, impersonal y altruista; siendo así un interés social.

Las fundaciones precisan de un patrimonio que genere ingresos suficientes para llevar a cabo las actividades de interés general que deben realizar para el cumplimiento de sus fines sociales. La importancia de este patrimonio es la garantía para la continuidad de la institución y es aquí donde la coyuntura económica se torna compleja y puedan únicamente financiarse mediante subvención o donaciones. Tomando en consideración que las fundaciones son entidades con personería jurídica de derecho privado que el ordenamiento jurídico reconoce, sin ánimo de lucro que tienen adscrito un patrimonio aportado por el fundador o fundadores, para la consecución de sus fines de interés general. La finalidad fundacional debe beneficiar a las colectividades genéricas de personas.⁶⁴

⁶⁴ García-Andrade-Gómez, J y Pindado García, F., Concepto y ámbito subjetivo de aplicación de la obra Tratado de Fundaciones. Madrid, España. 2010. Pág. 141

4.8 Registro y otorgamiento de la personalidad jurídica de la fundación

Actualmente en Guatemala el interesado debe solicitar constancia de novedad en la Subdirección Administrativa de este Ministerio, indicando la denominación que utilizará la Fundación, así como, su abreviatura, si fuera el caso. Siguiendo los siguientes pasos para su registro y reconocimiento de la personalidad jurídica:

d) Requisitos previos:

- Se requieren como mínimo siete personas para la constitución, en virtud de que conformarán el Consejo Directivo, en la forma siguiente: Presidente, Vicepresidente, Secretario, Tesorero y Tres Vocales.
- En relación a los Objetivos y Fines, éstos deben ser realizables, de asistencia social y humanitaria, no lucrativos ...
- Establecer dirección exacta de la sede donde se ubicará la fundación. En la cláusula referente al Patrimonio inicial, consignar la cantidad que cada uno de los miembros fundadores aporta.
- En caso de que uno de los miembros fundadores fuere extranjero y sea electo para ocupar un cargo dentro de la junta directiva

provisional o propietaria, deberá nombrar mandatario especial para que lo represente, en caso de ausentarse del país.

e) Requisitos indispensables:

Presentar solicitud por escrito dirigida al Señor Ministro de Gobernación, por la persona facultada para el efecto, debiendo constar:

- Nombre completo y datos personales,
- Dirección para recibir notificaciones.
- La denominación de la Fundación.
- Solicitar el reconocimiento de personalidad Jurídica y la aprobación de estatutos de la Fundación.

f) Documentos que debe adjuntar:

- Primer Testimonio, fotocopia legalizada y duplicado de la escritura pública de Constitución*
- Original de la Boleta de Depósito Monetario (Q.50,000.00)

- Fotocopia Legalizada del Testimonio y de la Boleta de Depósito Monetario
- Original de la Constancia de Novedad extendida por la Subdirección Administrativa de este Ministerio.

En Subdirección Administrativa se confrontará a su presentación el primer testimonio de la escritura pública de constitución, la boleta del depósito, los que se devolverán inmediatamente.

g) Nombramiento del representante legal:

- Solicitud dirigida al señor Registrador de Personas Jurídicas.
- Original del acta notarial en la que consta el nombramiento y copia legalizada o duplicado (firmado y sellado en original) de la misma. No se aceptará fotocopia simple.
- De conformidad con la ley todas y cada una de las hojas del acta notarial deben ir numeradas, selladas y firmadas (aunque sea solamente una hoja); en igual forma el duplicado.
- Verificar que el acta notarial y su duplicado o copia legalizada corresponda al mismo instrumento.

CONCLUSIONES

1. La utilización de las fundaciones coadyuva en muchas oportunidades a resolver la problemática social y, para su buen funcionamiento es necesario que cuenten con personalidad jurídica.
2. La legislación guatemalteca carece de normas suficientes que den seguridad para dotar a las fundaciones de personalidad jurídica y autorizar su inscripción, funcionamiento y eventualmente su control, lo que hace necesario que mediante acuerdo gubernativo se norme los aspectos indicados.

BIBLIOGRAFIA

Andreas, Von Tuhr. Derecho Civil, Teoría General del Derecho Civil Alemán, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1946.

Bobbio, Norberto, Teoría general del derecho. Editorial Debate, Madrid.

Brañas, Alfonso. Manual de Derecho Civil. 1991 Pag. 63

Castán Tobeñas, José. Derecho civil común y foral. Edic. 11ª. Madrid, España, 1981, Pág. 7

Cohen, R.L. Diccionario de Sociología. Oxford.

Cordero Arias, Luis Alberto. Experiencias de Modernización legislativa en América Central y República Dominicana, Director del Centro de Asesoría y Promoción Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

Chirino, Alfredo, Análisis jurídico de las fundaciones como mecanismo de administración financiera en la Universidad de Costa Rica, universidad Estatal a Distancia, Maestría en Derecho Económico. 2004 Págs. 20, 21 y 22.

Daston, Lorraine, Life, chance and life chance, Editorial Deadalus, 2008

Diez Picazo, LuisMaría, Sistema de derechos fundamentales, 2003, Pág. 309

Flaquer Montequi, Rafael, Los derechos de asociación, reunión y manifestación, Madrid Marcial Pons, 1999. Pag. 155.

García Gutiérrez, E. El tercer sector de no mercado, Las fundaciones de la comunidad autónoma de la región de Murcia, Trabajo Fin de Máster, Universidad Politécnica de Cartagena, 2009

Gavernet, Haroldo Ramón y Mojer, Mario Antonio, El Romano, la tierra, las armas, evolución histórica de las instituciones del derecho Romano. Editorial Lex., la Plata, Argentina. 1992

Gimeno Sendra, Vicente y otros, los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. Editorial Constitución y Leyes, S. A. 2007, Pag. 201.

Hormazabal Tovar, Inés y Vega Mere; José Francisco, las fundaciones en Iberoamerica, régimen jurídico. 1997 Editorial McGraw Hill.

Jiménez Maldonado, Gloria Elizabeth. Tesis sobre Análisis de las asociaciones

civiles en el derecho civil guatemalteco, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2007

Pág. 56

Korn, Alejandro, la libertad creadora, Editorial Claridad. Buenos Aires, Argentina, 1922

Manavella Cavallero, Carlos, en Piñar Mazas, José Luis, las fundaciones en Iberoamerica, Régimen jurídico. Madrid. Editorial McGraw Hill, 1997.

Marroquin, Manferdo. Función Legislativa. 1ª. Edición. Edit. Desarrollo Comunitario, S. A. Guatemala. 2004

Palacios, Alfredo, la Justicia social Editorial Claridad, Buenos Aires, Argentina.

Pérez Royo, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Madrid, España. 2007
Pág. 385.

Pieper, Josef, las virtudes fundamentales. Edit. Rialp. 8ª. edición 1997

Pio XII. Encíclica Cuadragésimo año 15 de mayo de 1931, Vaticano, Rawls, John, A theory of Justice, Oxford, 1999

Sampay, Arturo. Constitución y pueblo. Edit. Cuenca. Buenos Aires, Argentina, 1974

Sandel Michael. Justicia ¿hacemos lo que debemos? 2011

Rechazo a legislación casuística. Alerta Legislativa No. 29. Publicación seriada de Acción Ciudadana. 2000

Ossorio, Manuel. Pag. 571

Rawls, John. A theory of Justice. Oxford. 1999.

Taparelli, Luigi. Ensayo teórico del derecho natural apoyado en los hechos, Livorno, Italia, 1843.

Bernard Shaw, George; Sidney Webb, William Clarke, Sydney Olivier, Graham Wallas, Annie Besant, Hubert Bland, Fabian essays in socialism. Londres: Fabian Society. <http://books.google.com>.

Prosper Weil. Derecho administrativo. 1986 Pág. 50

García-Andrade-Gómez, J y Pindado García, F., Concepto y ámbito subjetivo de aplicación de la obra Tratado de Fundaciones. Madrid, España. 2010. Pág. 141

INTERNET:

Naciones Unidas. Consultado el 7 de julio de 2012. 11:32.

<http://www.casadellibro.com>

<http://www.buscalibros.cl>

www.wikipedia.es 7 de julio de 2012. 11:57

<http://es.wikipedia.org>. 7 de julio de 2012.

Bill of Riights. Carta de derechos o declaración de los derechos. Inglaterra. 1689.

<http://el.tesorodeoviedo.es>. 10 de abril de 2013.

<http://modulo.org>. 10 de abril de 2013

LEYES:

Constitución Policita de la Republica de Guatemala de 1986.

Ley del Organismo Judicial

Código Civil Decreto No. 106

Artículo 174. Iniciativa de ley 183. Funciones del Presidente de la República, lit.

g) Constitución Política de la República de Guatemala.

Decreto Número 63-94 del Congreso de la República, Ley Orgánica del Organismo Legislativo.

Ley del Impuesto al Valor Agregado con su Reglamento. Decretos 27-92; 4-2012. 9-2012 y 10-2012.

Ley del Impuesto sobre la Renta con su Reglamento. Decretos 26-92 y 4-2012.

Ley de Actualización Tributaria. Decreto 10-2012.