

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO



TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

**"ANÁLISIS DE LA FIGURA DE LAS FUNDACIONES EN COSTA RICA Y
PROPUESTA DE MODIFICACIÓN AL PROYECTO DE LEY No. 17242 PARA LA
INCLUSIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE DE LAS
FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO."**

JAVIER GUERRERO ÁLVAREZ

B02837

JORGE IGNACIO RODRÍGUEZ PALMA

B35946

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

San José, agosto 2018



11 de julio de 2018
FD-1763-2018

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de los estudiantes: Javier Antonio Guerrero Álvarez, carne B02837 y Jorge Rodríguez Palma, carné B35946 Denominado: "Análisis de la figura de las fundaciones en Costa Rica y propuesta de modificación al proyecto de ley No. 17242 para la inclusión al ordenamiento jurídico costarricense de las fundaciones de interés privado". fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABLES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA".

Tribunal Examinador

Informante	Lic. Esp. Pedro Bernal Chaves Corrales
Presidente	Licda. Vera Salazar Rojas
Secretario	Lic. Esp. Oscar Sandoval Morales
Miembro	Dra. Sofía Cordero Molina
Miembro	MSc. Luis Alonso Salazar Rodríguez

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **01 de agosto del 2018**, a las 6:00 p.m. en el cuarto piso de la Facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director

RSP/lcv

Cc: arch. expediente



02 de julio de 2018

Señor

Dr. Ricardo Salas Porras

Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Quien suscribe, **Pedro Bernal Chaves Corrales**, en mi condición de director de la tesis de los estudiantes Javier Antonio Guerrero Álvarez, con número de carné estudiantil B02837, y Jorge Ignacio Rodríguez Palma, con número de carné estudiantil B35946 titulada, "*Análisis de la figura de las fundaciones en Costa Rica y propuesta de modificación al proyecto de ley no. 17242 para la inclusión al ordenamiento jurídico costarricense de las fundaciones de interés privado*", por este medio tengo el agrado de comunicarle mi aprobación del citado trabajo de investigación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, por cumplir con los requisitos tanto formales como sustanciales, que para trabajos finales de graduación de esta naturaleza, exige la Universidad de Costa Rica.

Esta tesis de graduación de Licenciatura realiza un análisis de una figura legal que no se encuentra regulada actualmente bajo la legislación costarricense; la Fundación de Interés Privado. La misma se analizará desde un punto de vista jurídico, doctrinario y de derecho comparado con el fin de poder estudiar su utilidad práctica y posible inclusión al marco legal costarricense vía modificación al citado proyecto de Ley No. 17242.

Por lo anterior, procedo en este acto a brindar la presente aprobación, con la finalidad de que el Área de Investigación proceda con los trámites administrativos y fije el día y la hora para que los estudiantes procedan con la defensa de su trabajo.

Cordialmente,



Lic. Pedro Bernal Chaves Corrales



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA

Facultad de Derecho
Prof. Sofía Cordero Molina



San José, 06 de julio 2018.

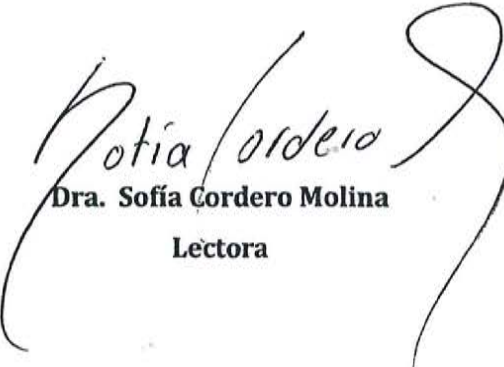
Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Estimado Señor:

Reciba un cordial saludo de mi parte. En mi condición de lectora del Trabajo Final de Graduación titulado, *"Análisis de la figura de las fundaciones en Costa Rica y propuesta de modificación al proyecto de ley No. 17242 para la inclusión al ordenamiento jurídico costarricense de las fundaciones de interés privado"* elaborado por los estudiantes **Javier Antonio Guerrero Álvarez** con número de carné estudiantil **B02837**, y **Jorge Ignacio Rodríguez Palma** número de carné estudiantil **B35946**. Me permito indicarle que extiendo mi aprobación para la correspondiente réplica de la citada investigación.

Lo anterior, dado que considero que el presente trabajo cumple con todos los requisitos de forma y fondo exigidos por el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación, para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Además de que el mismo, es un importante aporte a la rama del derecho del derecho comercial, debido al tratamiento crítico del tema de las fundaciones en nuestro ordenamiento jurídico. A la vez que realiza una propuesta de suma importancia para tomar en circunspección.

Con consideración y estima,


Dra. Sofía Cordero Molina
Lectora

11 de julio de 2018

Señor

Dr. Ricardo Salas Porras

Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

El suscrito, **Luis Alonso Salazar Rodríguez**, en mi condición de Lector y miembro del Comité Asesor del trabajo final de investigación para optar por el grado de Licenciatura realizado por los estudiantes Javier Antonio Guerrero Álvarez con número de carné estudiantil B02837, y Jorge Ignacio Rodríguez Palma con número de carné estudiantil B35946 titulado, "*Análisis de la figura de las fundaciones en Costa Rica y propuesta de modificación al proyecto de ley No. 17242 para la inclusión al ordenamiento jurídico costarricense de las fundaciones de interés privado*", comunico por este medio que he revisado el mismo.

Adicionalmente, le indico que el mismo cumple con los requisitos de forma y fondo que exige la normativa universitaria y le otorgo en este acto mi aprobación.

Cordialmente,



M.Sc. Luis Alonso Salazar Rodríguez
Lector

08 de julio de 2018

Señor

Dr. Ricardo Salas Porras

Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

He revisado y corregido los aspectos referentes a la estructura gramatical, ortografía, puntuación, redacción y vicios del lenguaje de Tesis Final de Graduación para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho, denominada: "**Análisis de la figura de las fundaciones en Costa Rica y propuesta de modificación al proyecto de ley No. 17242 para la inclusión al ordenamiento jurídico costarricense de las fundaciones de interés privado**" elaborado, por Javier Antonio Guerrero Álvarez con número de carné estudiantil B02837, y Jorge Ignacio Rodríguez Palma con número de carné estudiantil B35946, por lo tanto puedo afirmar que está escrita correctamente, según las normas de nuestra Lengua Moderna.

Respeté, a lo largo del trabajo, el estilo de los autores.

Atentamente

Profesor



Carlos Manuel Barrantes Ramírez

Filólogo

Cédula 1-0312-0358

Carné afiliado 16308

Colegio de Licenciados y profesores en Letras, Filosofía, Ciencias y Artes

Cel. 8397-1348

DEDICATORIA

A mis papás y mi hermano, quienes están para mí en todas las ocasiones apoyándome y escuchándome.

A mi abuelo, quien pese a que no está aquí me cuida y ayuda siempre.

A mis mejores amigos, por enseñarme a ser mejor persona siempre y estar ahí para mí.

A Jorge, mi compañero de tesis por el esfuerzo y apoyo.

A los profesores que nos ayudaron en la presente investigación por su ayuda y paciencia.

Javier

DEDICATORIA

A Dios, a mi familia, en especial a mi madre y abuela quienes han sido siempre mi apoyo y fortaleza. A mi padre y abuelos, que me apoyan y protegen desde lejos. No puedo dejar por fuera a mi compañero de tesis que sin él esto no hubiera sido posible.

Jorge

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	i
DEDICATORIA.....	ii
TABLA DE CONTENIDOS	iii
TABLA DE ABREVIATURAS	vi
RESUMEN	vii
FICHA BIBLIOGRÁFICA.....	ix
INTRODUCCIÓN.....	1
Justificación	1
Organización de la investigación	7
CAPÍTULO I: LAS FUNDACIONES EN COSTA RICA	8
RESUMEN DEL CAPÍTULO:.....	8
SECCIÓN A: HISTORIA DE LA FIGURA DE LAS FUNDACIONES.....	10
A.1) Origen y antecedentes generales.....	10
A.2) Desarrollo histórico de las fundaciones en Costa Rica.....	17
SECCIÓN B: NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA DE LAS FUNDACIONES.....	20
B.1) Concepto y generalidades	20
B.2) Partes intervinientes y estructura legal.....	27
SECCIÓN C: LEGISLACIÓN COSTARRICENSE.....	36
C.1) Ley de Fundaciones No.5338	36
C.2) Reglamento a la Ley de Fundaciones y Directrices aplicables a su efecto del Registro Nacional	45
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO:	54
CAPÍTULO II: LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO A LA LUZ DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL.....	55
RESUMEN DEL CAPÍTULO:.....	55
SECCIÓN A: LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO EN GENERAL	56
A.1) Definición y desarrollo histórico	56

A.2) Naturaleza jurídica y características	60
A.3) Organización.....	65
SECCIÓN B: FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO EN OTRAS LEGISLACIONES	66
B.1) El Caso de Panamá.....	67
a) Historia de la creación de las Fundaciones de Interés Privado y su situación actual	67
b) Concepto y naturaleza jurídica de la Fundación de Interés Privado en Panamá....	69
c) Constitución de la Fundación de Interés Privado en Panamá.....	74
e) Figuras relevantes	84
f) Pago de Impuestos y Contabilidad	93
g) Disolución.....	95
h) Uso Indebido de las FIP en Panamá	97
i) Controversias.....	98
B.2) El caso de Liechtenstein	98
B.3) El caso de Belice.....	109
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO	116
SECCIÓN C: FICCIONES JURÍDICAS APLICABLES A LA INVERSIÓN Y DISPOSICIÓN PATRIMONIAL.....	117
RESUMEN DEL CAPÍTULO:.....	117
C.1) PERSONAS JURÍDICAS CON ÁNIMO DE LUCRO.....	117
C.1.2) SOCIEDADES MERCANTILES	130
a) Sociedad en Nombre Colectivo.....	133
b) Sociedad en Comandita	143
c) Sociedades de Responsabilidad Limitada.....	147
d) Sociedades Anónimas	155
SECCIÓN D: PERSONAS JURÍDICAS SIN ÁNIMO DE LUCRO	168
D.1) Asociaciones.....	168
D.2) Cooperativas.....	171
SECCIÓN E: FIGURAS CONTRACTUALES	174
E.1) Contrato de Fideicomiso	174
a) Concepto y generalidades	174
b) Elementos y características principales.....	177

c) Partes Intervinientes	179
d) Tipos de fideicomisos	183
E.2) Contrato Escrow.....	188
a) Definición y naturaleza Jurídica	188
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO	191
CAPÍTULO III: ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY NO. 17242	192
RESUMEN DEL CAPÍTULO:	192
SECCIÓN A: ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE LEY NO. 17242	193
SECCIÓN B: ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY NO. 17242	201
SECCIÓN C: PROPUESTA DE MODIFICACIÓN AL ACTUAL PROYECTO DE LEY NO. 17242 PARA LA INCLUSIÓN DE LA FIGURA HOMOLOGA A LA FUNDACIÓN DE INTERÉS PRIVADO PANAMEÑA.....	207
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO:	248
CONCLUSIONES.....	250
RECOMENDACIONES	256
BIBLIOGRAFÍA.....	258
ANEXOS.....	273

TABLA DE ABREVIATURAS

Contraloría General de la República	C.G.R.
Fundación de interés privado	F.I.P.
Organización sin fines de lucro	O.S.F.L.
Sociedad anónima	S.A.
Sociedad de responsabilidad limitada	S.R.L.
Procuraduría General de la República	P.G.R.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación denominado "*Análisis de la figura de las fundaciones en Costa Rica y propuesta de modificación al proyecto de ley No. 17242 para la inclusión al ordenamiento jurídico costarricense de las fundaciones de interés privado*", nace con la hipótesis de que las fundaciones de interés privado se diferencian de cualquier tipo de ficción asociativa de personas existente en el ordenamiento jurídico costarricense y sus características permitirían una mayor transmisibilidad de patrimonio y actividades sin fines de lucro en favor de administración, protección y disposición de bienes con independencia patrimonial, en función de beneficiarios finales sean específicos o bien para la generalidad, según lo disponga el fundador y objeto de la fundación.

Se tuvo como objetivo general, analizar y demostrar la necesidad de la figura de las fundaciones de interés privado en Costa Rica como ficción jurídica que sirva como medio para la libre administración y disposición de bienes, independiente de intervención estatal, en favor de beneficiarios independientes o a la generalidad.

Para la verificación de la hipótesis y los objetivos, se utilizó el método investigativo y analítico, así como el comparativo, donde se realizó un estudio pormenorizado del desarrollo de las fundaciones en Costa Rica, su aplicación y regulación en el país, así como críticas y comentarios sobre la aplicación de la legislación y su poca reglamentación y estudio sobre el tema en el país.

En el estudio de las fundaciones, se destacan varios tipos de fundaciones que han surgido a partir de las necesidades y ajuste a la realidad, por ejemplo, las fundaciones públicas, por un lado, así como también, las fundaciones de interés privado.

Debido a la propuesta del presente trabajo de investigación, se dedica un capítulo por comparar las ficciones jurídicas que pueden encontrarse dentro del ordenamiento jurídico costarricense y que no pueden ajustarse a los requerimientos en sustitución de una fundación de interés privado.

Sobre este punto se demuestra que personas jurídicas con fines de lucro como lo son las sociedades anónimas y/o las sociedades de responsabilidad limitada no pueden equipararse con una fundación de interés privado, ya que por definición éstas no están dirigidas a generar lucro en el fundador, más la administración de un bien para el resguardo o utilización para sus intereses.

Por otra parte, se analiza, también, las figuras asociativas sin fines de lucro como lo son la Asociación y las Cooperativas, donde se demuestra que en estos casos sucede el acuerdo de personas para la consecución de un fin en común, mientras que las fundaciones trabajan mediante la disposición de un patrimonio o bienes para la consecución de un fin determinado.

Siendo demostrada la carencia de una figura jurídica como lo es la fundación de interés privado en el país, se realizó un análisis del proyecto de ley y la necesidad de ajustar el proyecto de ley que pretende reformar la actual ley de fundaciones, sustituyéndose su contenido por un texto que incorpore en el ordenamiento jurídico de las fundaciones de interés privado.

A modo de conclusión general se tiene que es viable la inclusión de la figura de la Fundación de interés Privada, a la legislación costarricense y que esta figura podría constituir una salida viable a las actuales figuras, tanto societarias como contractuales que existen en el ordenamiento jurídico costarricense para disposición patrimonial y distribución hereditaria, con lo cual se tiene por demostrada la hipótesis presentada.

En la misma línea de la investigación se concluye, en general, que las fundaciones en Costa Rica son una figura legal con poco estudio y regulación en el país, donde las necesidades han sido abarcadas con poca complejidad, como es el caso de las fundaciones públicas, evitando una técnica legislativa más integral y que resguarde el interés de personas que buscan disponer de patrimonio para una actividad de interés público sin necesidad de formar parte de una entidad pública.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Guerrero Álvarez Javier y Rodríguez Palma Jorge, Análisis de la figura de las Fundaciones en Costa Rica y propuesta de modificación al Proyecto de Ley No. 17242 para la inclusión al ordenamiento Jurídico Costarricense de las Fundaciones de Interés Privado. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2018.ix y 288.

Director: Pedro Bernal Chaves.

Palabras claves: fundaciones, fundación de interés privado, derecho comercial, derecho societario, fideicomisos.

INTRODUCCIÓN

Justificación

El presente trabajo de investigación denominado resulta de la búsqueda de un instrumento o figura jurídica como lo es una persona jurídica denominada Fundación de Interés Privado, ausente, actualmente, en el ordenamiento jurídico costarricense, que permite la administración, decisión y disposición patrimonial de forma autónoma y sin intervención estatal, con su propia estructura de gobernanza, y capacidad de actuar, la cual se diferencia plenamente de la figura que se conoce en el medio costarricense de fundaciones, creada bajo la Ley No. 5358.

Tal y como se mencionó, las fundaciones de interés privado se diferencian de las fundaciones vigentes en el ordenamiento jurídico costarricense, siendo la característica principal de estas últimas, se centra en que el objeto de su creación es la utilidad pública, teniendo éstas, fines exclusivos de interés general o público, excluyendo, entonces, esta figura para objetos sociales de interés privado.

La imposición de las características de utilidad pública que rigen las actuales fundaciones en Costa Rica las hace merecedoras de exenciones fiscales, no obstante, estos beneficios no son “gratuitos”, ya que, paralelamente el Estado, por disposición de ley, interpone cierta intervención, tanto a nivel administrativo como de dirección.

Lo anterior, se encuentra fundamentado en que las fundaciones en Costa Rica se encuentran intervenidas por dos representantes ajenos a los dispuestos por el fundador, sea el representante del Poder Ejecutivo y el representante de la municipalidad del

domicilio de la fundación. Esta intervención hace que la toma de decisiones a lo interno de las fundaciones se encuentre limitada a la aprobación o negación por parte de los representantes antes mencionados, dentro de la Junta Administrativa de la respectiva fundación.

Al igual que lo anterior, y no menos importante, la rigidez estatutaria con la cual se constituyen las fundaciones, genera un nivel alto de complejidad y burocrático, por cuanto, una vez inscritas ante el Registro Nacional, su reforma es difícil y una vez constituida la fundación, se vuelve para el o los fundadores imposible modificar los estatutos sociales, debiendo primero poner en discusión de la necesidad de reformar cualquiera de los aspectos tomados en cuenta en estos, independientemente de su importancia, a la Junta Administradora de la Fundación, para que, de aprobarse, solicite ante el Juez Civil del domicilio de la fundación y determine la necesidad imperante de la reforma de los estatutos, y posteriormente, su inscripción ante el Registro Nacional. Es decir, para poder reformar cualquier cláusula de los estatutos de la fundación, es necesario la aprobación de un juez civil, lo cual, atentos a la realidad judicial de Costa Rica, puede tardar, inclusive, años en resolverse, a pesar de que la naturaleza de este proceso judicial es de jurisdicción voluntaria, únicamente con la intervención de la Procuraduría General de la República y de la Contraloría General de la República.

Ambas situaciones mencionadas anteriormente, en muchas ocasiones, inclusive no solo por situaciones de interés privado, significa que personas anuentes a disponer de su patrimonio en beneficio del interés general, prefieran buscar algún otro vehículo de inversión o administración, para alcanzar dichos fines, ya que las fundaciones, tal y como se rigen actualmente, despojan totalmente el control a los fundadores.

Hace un par de años, un proyecto innovador buscó reformar la actual ley de fundaciones, agregando una regulación más amplia en cuanto a las fundaciones y su organización, no obstante, mantiene las situaciones de complejidad de accionar que se detallaron anteriormente, lo cual parece importante resaltar para bien aprovechar este proyecto de ley para reformular la figura de las fundaciones, excluyendo las situaciones que, en la actualidad, dificultan su manejo. Asimismo, se buscará partiendo del análisis del proyecto de Ley No. 17242, conocer si es posible incluir un apartado que regule específicamente, la figura de las fundaciones de interés privado, y con esto, integrar a nuestro ordenamiento una figura que subsista paralelamente con las fundaciones de utilidad pública que, actualmente, se encuentran reguladas por la normativa aplicable.

Dicho esto, la presente investigación pretende realizar un análisis de los conceptos y figuras jurídicas de las diferentes ficciones jurídicas asociativas de personas presentes en el ordenamiento jurídico con el propósito de demostrar la carencia de vehículos de disposición patrimonial con los mismos alcances y características que tiene una fundación de interés privado.

Por otro lado, las figuras asociativas presentes en el ordenamiento jurídico costarricense carecen en algún modo de las características que resaltan a las fundaciones de interés privado que impide la consecución de fines como lo es la disposición patrimonial en algún sector de la sociedad, por ejemplo, la salud, educación, cultura, vivienda, entre otros, de manera más ágil y sin intervención estatal en la toma de decisiones, o bien, de interés privado sin fines de lucro, como lo es un fin testamentario, por ejemplo. De algún modo, cualquiera de las ficciones que se puedan encontrar en el ordenamiento jurídico costarricense, tienen implicaciones, tanto de gobernanza y/o control, por ejemplo, en las

sociedades anónimas, la necesaria regulación de políticas de gobernanza a favor de los accionistas minoritarios, o bien, en cuanto la distribución de patrimonial, ánimo de lucro, entre otras.

La comparación con otras ficciones jurídicas de asociación de personas permitirá demostrar que entre las características de las fundaciones de interés privado no se encuentra figura similar para alcances de los objetivos que con este tipo de persona jurídica se pretende realizar, a su vez, cómo diferenciarlo entre cualquier vehículo de administración patrimonial como lo son los fideicomisos de cualquier naturaleza.

Las fundaciones de interés privado han sido de gran utilidad en diversas legislaciones latinoamericanas, como lo es la panameña. En Panamá, la figura de la fundación de interés privado ha sido catalogada como un innovador mecanismo de administración patrimonial, mediante el cual se permite proteger los bienes separándolos plenamente de la propiedad de los fundadores, dándole carácter confidencial, tanto a los fundadores como a los beneficiarios finales de la fundación, se diferencian de los fideicomisos y de los procesos sucesorios, dándole la disponibilidad y administración patrimonial a un órgano denomina Consejo Fundacional.

En términos generales, el presente trabajo de investigación pretende esbozar un análisis comparativo de lo que en Costa Rica puede encontrarse como mecanismos de administración patrimonial, en contraste con las Fundaciones de Interés Privado, figura que es utilizada en diversos países latinoamericanos, que no encuentra similitud en nuestro ordenamiento jurídico, para lo cual, es de importancia poder retomar el proyecto de ley que busca reformar la actual ley de fundaciones e incluir la figura de las

fundaciones de interés privado dentro del mismo cuerpo normativo, diferenciándolas de las fundaciones de utilidad pública.

Una vez dicho esto, se indica como objetivo general de investigación, analizar y demostrar la necesidad de la figura de las fundaciones de interés privado en Costa Rica como ficción jurídica que sirva como medio para la libre administración y disposición de bienes, sin intervención estatal, en favor de beneficiarios independientes o a la generalidad.

La investigación propone como objetivos específicos por desarrollar, los que se indican a continuación:

- Desarrollar los antecedentes, características generales y normativa actual, de las fundaciones de utilidad pública, públicas y de interés privado.
- Estudiar los tipos de ficciones jurídicas en Costa Rica que comparten ciertas características con la Fundación de interés privado, con el fin de demostrar que la regulación actual no integra una figura que permita una libre administración y disposición patrimonial como lo hace esta innovadora figura legal.
- Analizar críticamente el proyecto de ley que propone reformar la actual Ley de Fundaciones de Costa Rica No. 17242, y proponer una modificación al mismo para la inclusión de la figura de la Fundación de Interés Privado.

Metodología

Nuestra investigación utilizará como método investigativo, analítico que consiste en descomponer un todo en sus partes para poder estudiar cada una de sus partes. Lo

anterior por cuanto, si bien podrán utilizarse en la misma otros métodos como el comparativo, la manera en que se desarrollará la presente investigación será vía el análisis de las figuras de Fundación, Fundación de interés privado, así como otras como sociedades y diferentes tipos de contratos.

Para el desarrollo de la presente investigación se realizará el análisis de conformidad con lo indicado a continuación:

- A) La doctrina que posterior a su análisis servirá para crear una base teórica que permita conocer desde una visión teórico-pragmática, los diferentes conceptos asociados con el tema de estudio. Las fuentes bibliográficas que van a ser utilizadas incluyen: libros, revistas, bases de datos digitales, tesis de grado, así como las fuentes electrónicas vía web.
- B) La normativa aplicable: que servirá para crear una base jurídica fuerte que nos permita conocer la actual regulación de las figuras que se estudiarán. Se incluyen acá leyes, reglamentos, así como jurisprudencia administrativa y judicial. No obstante, también al ser el objeto de estudio, el derecho comparado se deberá analizar la legislación panameña y de otras latitudes con el fin de encontrar puntos de regulación.
- C) Un punto de vital importancia para la presente investigación es vía el método analítico en combinación con el dialectico e inductivo el análisis del proyecto de Ley 17242 para la modificación de la Ley de Fundaciones. Lo anterior por cuanto a la luz de la normativa internacional, se pretende generar como síntesis un borrador que sirva para modificar el actual proyecto de Ley.

Organización de la investigación

La investigación que se lleva a cabo, a continuación, se compone de cuatro capítulos que se distribuyen de la siguiente manera:

Un primer capítulo que hace referencia al origen histórico de las fundaciones, así como también, el estudio de la naturaleza jurídica, concepto y características generales. En este capítulo, también, se estudia la normativa que rige a las fundaciones en Costa Rica y cómo éstas han ido sido reconocidas, y a su vez, sobre las disposiciones en cuanto a su estructura, derechos y obligaciones que rigen su funcionamiento dentro del territorio costarricense.

En el capítulo segundo se procederá a realizar una referencia del nacimiento de la figura de la fundación de interés privado y su desarrollo histórico, así como un análisis genérico y pormenorizado de la figura a través de un análisis de derecho comparado de la definición, las características comunes y fines para los cuales se ha utilizado esta figura. Lo anterior, con el propósito de poder entender la relevancia que ha tenido la FIP para estos ordenamientos, y conocer su posible aplicabilidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, en el tercer capítulo se realiza un análisis del proyecto de ley y la necesidad de ajustar el proyecto de ley que pretende reformar la actual ley de fundaciones, sustituyéndose su contenido por un texto que incorpore en el ordenamiento jurídico de las fundaciones de interés privado.

CAPÍTULO I: LAS FUNDACIONES EN COSTA RICA

RESUMEN DEL CAPÍTULO:

El presente capítulo de la investigación se referirá a la figura de las Fundaciones en términos generales. Se abarcará un estudio desde su origen hasta alcanzar el estudio de los aspectos conceptuales y normativos que rigen a esta figura en Costa Rica.

Las Fundaciones provienen desde la época de Roma, no obstante, éstas no se concebían como se hace actualmente y han variado su concepción desde entonces, pero su fin último ha persistido con el fin de servir como ficción jurídica pertinente para el resguardo de patrimonio y su administración, ya sea para una ejecución continua en el tiempo, o bien para la protección para un evento en el futuro, siguiendo las disposiciones de quien acudió a esta figura con este propósito. A través de este capítulo se estudiará esta cadena de características que han ido conformando lo que hoy se conoce como Fundaciones.

Las Fundaciones, tal y como se describirá más adelante, poseen el propósito noble de servir como vehículo de administración patrimonial, con el fin de alcanzar un interés público. Por esto, estas figuras son beneficiarias de muchos privilegios en pro de facilitar su giro y destino de las obras o funciones para las que fueron creadas.

Estos beneficios que reciben las Fundaciones tienen paralelamente obligaciones, tanto en su administración como en la ejecución de sus obras o destino de su patrimonio. Estas limitaciones se pueden observar en la participación que tiene el Estado en dos figuras que deben de estar presentes en las Fundaciones para que puedan ser

funcionales en Costa Rica. Las figuras antes mencionadas forman parte de la Junta Administrativa como órgano único de las Fundaciones en Costa Rica, que lleva a cabo la dirección y administración de la Fundación.

Parte de la intervención directa que cuenta el Estado sobre las Fundaciones en Costa Rica, se trata de que éstas se encuentran fiscalizadas anualmente por la Contraloría General de la República, quienes deberán de remitirle en cada plazo un informe contable de las actividades realizadas por ésta.

A su vez, la Contraloría General de la República tiene la potestad de intervenir cualquier Fundación cuando lo estime pertinente y mediante cualquier medio que considere oportuno. En caso de encontrar alguna irregularidad, podrá la Contraloría General de la República acudir a la Procuraduría General de la República que ésta proceda con la acción judicial correspondiente ante los tribunales de justicia del país a interponer procedimiento judicial para interponer la causa contra lo que considere ha incumplido o ha ejecutado de forma irregular una fundación.

Por último y como parte esencial de lo que se discutirá en este capítulo es la escasa normativa que rige a las Fundaciones en Costa Rica. Partiendo de esto, se analizarán los antecedentes históricos de la fundación, la Ley de Fundaciones y su reglamento, así como las disposiciones que ha emitido el Registro Nacional en relación con aspectos específicos los aspectos como lo son constitución y cambios en la composición de las Fundaciones.

SECCIÓN A: HISTORIA DE LA FIGURA DE LAS FUNDACIONES

A.1) Origen y antecedentes generales

En este capítulo se hará referencia a la concepción y evolución de la figura de las fundaciones, tanto en términos generales, así como su inclusión en el ordenamiento jurídico costarricense, abarcando desde sus primeros preceptos que se conocieron en el derecho romano, así como su concepción actualmente.

Desde la época del Derecho Romano ya se vislumbraban las ideas de organización patrimonial mediante instrumentos jurídicos, pero éstas no fueron enmarcadas desde un concepto jurídico como se conoce actualmente a las denominadas Fundaciones. El Derecho romano no conoció, en principio, la figura de la Fundación.

En el transcurso de la Edad Media y Moderna, se evolucionó en el estudio y práctica de administración patrimonio mediante la creación de instrumentos jurídicos, para que se conociera a profundidad y se nominara a esta manera de organización, como lo son las fundaciones. Según lo indicado por José María Blanch:

Por el contrario, los juristas romanos no concibieron ni el concepto de persona jurídica ni el de fundaciones, sino que fue necesario que se produjera toda una evolución en la Historia del Derecho a lo largo de la Edad Media y Moderna hasta llegar a la época (principios del siglo XIX) en la que el pensamiento jurídico europeo elaboró una serie de conceptos jurídicos abstractos y universales tales como los referidos de persona jurídica y de fundación.¹

¹ Jose María Blanch Nogués, "Sobre La Personalidad Jurídica De Las "Fundaciones" En Derecho Romano", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, No. 16, (2007):10, consultado el 04 de abril, 2018, <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6091/6552>

En ese sentido, ha explicado Paolillo (1956) se conoció en la República la idea de destinar bienes para el culto de religiones y ceremonias, mas no fue conocido en el derecho romano clásico el término jurídico como tal, es decir, un patrimonio destinado a la consecución de fines “determinados y perennes”.²

Siguiendo esta línea de pensamiento, se debe analizar que, en la Antigüedad, se comenzó con un fenómeno de organización social y patrimonial. Blanch Nogues (2007) indica:

en la Antigüedad se dieron diversas situaciones patrimoniales que la doctrina ha denominado –siguiendo un lenguaje jurídico moderno– como “fundaciones privadas de naturaleza fiduciaria o dependiente (unselbständige Stiftungen)”, adscritas a unos fines funerarios y/o de beneficencia, las cuales, prescindiendo de antecedentes más remotos, se desarrollaron en Grecia a partir de principios del siglo III a.C. y, posteriormente, en el ámbito romano a partir del siglo I d.C. Se trataba de patrimonios integrados normalmente por capitales de dinero o inmuebles que el fundador disponía a favor de fiduciarios mediante donaciones, legados, herencias o fideicomisos para que quedasen afectados de modo perdurable en el tiempo a la consecución de un fin que, por otro lado, era reconocido por el Ordenamiento Jurídico como de verdadero interés público.³

Como parte de los antecedentes históricos de las fundaciones y que ha sido analizado por Badenes Gasset (1986) se encuentran las casas de caridad, las cuales contaban con administradores, quienes actuaban como propietarios de las mismas y de su patrimonio, más se encontraban obligados a ejecutarlos y ponerlos en disposición

² Véase sobre el particular: Alfredo Paolillo, *Las Fundaciones en el Derecho Uruguayo*; Prólogo de Eduardo J. Couture, (Montevideo, Uruguay: Martin Bianchi Altuna,1956), 75.

³ Jose María Blanch Nogués, “Sobre La Personalidad Jurídica De Las “Fundaciones” En Derecho Romano”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, No. 16, (2007):11-12, consultado el 04 de abril, 2018, <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6091/6552>

únicamente a favor de las propias casas, lo cual fue asimilado a la situación a la que se encontraban adscritos los Obispos en relación con las Iglesias.⁴

La idea de las fundaciones desde entonces comprende la idea de ser una figura que resguarde un patrimonio para su administración y dirección con fines con interés de terceros, como desprendimiento de una dotación asegurada por la consecución de un fin de aquel que haya dispuesto la consecución de la Fundación.

Blanch Nougues (2007) explica que en la Antigüedad, se contemplaba la figura de las fundaciones como aquellas dotaciones de patrimonio de índole privadas, o fundaciones privadas romanas, por ejemplo, las donaciones, los legados, y las herencias, las cuales tenían un propósito similar al de un fideicomiso, con fines funerarios o de beneficencia, donde el fundador disponía de cierto patrimonio, para que éste persiguiera o quedase afectado a la consecución de un fin determinado por el plazo que el fundador estableciese, y que era reconocido por el ordenamiento jurídico por resguardar el interés público.⁵

Con respecto de la similitud de las fundaciones en relación con los fideicomisos, Paolillo (1956), se trata de la vía indirecta mediante la cual los fundadores o los dotadores de patrimonio para un fin debían de realizarlo, ya que en esa etapa del derecho clásico se

⁴ Véase sobre el particular: Ramon Badenes Gasset, *Las Fundaciones de Derecho Privado* (Barcelona, España: Librería Bosch, 1986), 17-18.

⁵ Véase sobre el particular: Jose María Blanch Nougés, "Sobre La Personalidad Jurídica De Las "Fundaciones" En Derecho Romano", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, No. 16, (2007):11-12, consultado el 04 de abril, 2018, <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6091/6552>

exigía que todo derecho y patrimonio debían de estar adscritos a un sujeto de derecho individualizado.⁶

Según Blanch Nougés (2007), la doctrina ha identificado al menos tres diferentes tipos de fundaciones privadas en la Antigüedad greco-romana: (i) fundaciones exclusivamente funerarias, las cuales destinaban el patrimonio destinado para este tipo de fundaciones mediante los fiduciarios que se encargaban de hacer cumplir la voluntad del fundador, con el objetivo de dar mantenimiento y dar santo sepulcro al fundador, a fin de realizar toda la actividad funeraria que debería de celebrarse; (ii) fundaciones mixtas, las cuales son aquellas que el fundador destinaba para la realización de actividades dirigidas al beneficio social, como por ejemplo, la entrega de alimentos, realización de actividades para el pueblo, en la cual el fiduciario de la administración del patrimonio de la fundación debía de velar por la realización de las actividades funerarias del fundador, o inclusive para el levantamiento de una estatua en honor del fundador; (iii) fundaciones exclusivamente benéficas, que tal y como lo dice su nombre, son aquellas que su destino era el desarrollo de actividades en favor del pueblo, dando como origen a las fundaciones denominadas fundaciones alimentarias públicas que existieron en el siglo II d.C.⁷

⁶ Véase sobre el particular: Alfredo Paolillo, *Las Fundaciones en el Derecho Uruguayo; Prólogo de Eduardo J. Couture*, (Montevideo, Uruguay: Martin Bianchi Altuna, 1956), 77.

⁷ Véase sobre el particular: Jose María Blanch Nougés, "Sobre La Personalidad Jurídica De Las "Fundaciones" En Derecho Romano", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, No. 16, (2007):12-13, consultado el 04 de abril, 2018, <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6091/6552>.

Adicionalmente, se puede observar cómo Estribi Chavarría (2002), reitera lo ya tratado, en los casos que se utilizaban figuras como el fideicomiso *cum amico*, para la disposición *post* mórtem para los hijos que no eran aptos para recibir bienes. Indica el mismo:

Si bien es cierto que los romanos no crearon la figura de las “fundaciones”; con el reconocimiento por el emperador Augusto Cesar de la “fiducia” o “fideicomiso” como lo que conocemos en nuestros días, se dieron los primeros pasos para el negocio de la administración de bienes. En Roma Imperial, se daba el fenómeno que no todas las personas eran “ciudadanas”, y por lo tanto, ciertos hijos no eran hábiles para recibir la herencia de sus padres. El padre decidía realizar un acuerdo con algún amigo (Fideicomiso “cum amico”), para que, a su muerte, éste entregare los bienes a sus hijos no ciudadanos.⁸

Por su parte, Unquera Barreda (1990) explica en su texto “Las Fundaciones”⁹, que las fundaciones nacen como resultado de ciertos principios perseguidos por la Iglesia Católica como lo es la caridad, siendo que éstas en sus inicios, buscaban tener como objeto la beneficencia de terceros, por ejemplo, actos a favor de huérfanos, hospitales, donaciones para la iglesia, entre otras:

Por tanto, los antecedentes de las Fundaciones en el mundo romano están íntimamente relacionadas con las donaciones en favor de los templos y con el derecho de asilo, y tal como se conciben en nuestro tiempo, fueron desconocidas por el Derecho Romano clásico. La idea de un patrimonio adscrito a un fin y no a un sujeto particular, dueño absoluto de tal patrimonio, era incompatible con el rígido concepto del derecho de dominio que se usaba en Roma.¹⁰

⁸ Heriberto Estribi Chavarría, *Fundaciones de Interés Privado; Guía Práctica* (Panamá: Litho Editorial Chen, 2002),11.

⁹ Véase para mayor referencia: María Jesús Unquera Barreda, “Las Fundaciones”, *Publicaciones de la Institución Tello Téllez de Meneses*. No. 61. (1990):648, consultado 26 de febrero, 2018, <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/177979>

¹⁰ Ibid.

Es clara la idea de Unquera Barreda en la cita expuesta, en indicar que en Roma la disposición patrimonial para la cual se regían las fundaciones carecía de presencia en Roma, puesto que en esta época las figuras jurídicas creadas se establecían con el propósito de servir como una entidad u organización, y no como un medio para alcanzar determinado objetivo o fin.

Siguiendo ese criterio diferenciador, Blanch Nougés (2007) explica que según la doctrina civilista moderna logra diferenciar entre las personas jurídicas, tales como las corporaciones o asociaciones las cuales tienen base personal, en contraste con las Fundaciones que son constituidas por un patrimonio, y que están creadas con el propósito de perseguir la voluntad del fundador, y actuar mediante los administradores designados.¹¹

Según lo anterior, queda evidenciado que los primeros esbozos de lo que hoy se conoce como Fundaciones no fueron percibidas como tales en el Derecho Romano, y que se tendrá que estudiar en épocas más adelantadas, el inicio de lo que se percibe como Fundaciones actualmente.

Paolillo (1956) explica que la verdadera evolución de la institución de la Fundación se encuentra en el Bajo Imperio durante el reinado de Justiniano, con especial participación de la Iglesia, donde adquiere una verdadera personalidad jurídica propia, al adquirir características propias de una figura reconocida¹².

¹¹ Véase sobre el particular: Jose María Blanch Nougés, "Sobre La Personalidad Jurídica De Las "Fundaciones" En Derecho Romano", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, No. 16, (2007): 10, consultado el 04 de abril, 2018, <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6091/6552>

¹² Véase sobre el particular: Alfredo Paolillo, *Las Fundaciones en el Derecho Uruguayo*; Prólogo de Eduardo J. Couture, (Montevideo, Uruguay: Martin Bianchi Altuna, 1956), 84.

En relación con lo anterior, Blanch Nougés explica sobre los antecedentes de las fundaciones de acuerdo con el tema de la personalidad jurídica:

el verdadero antecedente de las fundaciones actuales dotadas de personalidad jurídica hay que buscarlo en la Antigüedad tardía, en las llamadas “*piae causae*” (eyebeis aitíai), las cuales consistían en establecimientos de beneficencia (venerabiles domus, venerables casas) como hospitales (nosokñimoi, nosocomia), asilos de acianos (gerontocomia), orfanatos (orphanotropia), hospederías para viajeros sin recursos (xenodochia), albergues para pobres sin hogar (ptochotrophia) etc..., las cuales fueron surgiendo paulatinamente a partir del siglo IV d.C.(...)¹³

En la Edad Media, tal y como fue explicado por Unquera Barreda (2007), se continuó con la práctica de entregar bienes a favor de la Iglesia, lo cual le generó una gran prosperidad económica para el cumplimiento de sus intereses. Esta dotación de bienes a favor de la Iglesia y destinados a perseguir sus intereses se encontraban exentas del pago de tributos por parte del señor feudal, no obstante, con el propósito de mantener al señor feudal con la capacidad económica de sostener los gastos de guerra, quienes hacían estas entregas de bienes, debían, a su vez, bajo la figura de “derecho de amortización”, entregar una regalía al señor feudal por la creación de la fundación.¹⁴

Esta característica de las Fundaciones de verse exentas del pago de tributos se ve replicada en la actualidad, donde las fundaciones al no tener fines de lucro, y en su lugar buscar beneficiar a terceros bajo un propósito de interés social, el Estado reconoce la

¹³ Véase sobre el particular: Jose María Blanch Nougés, “Sobre La Personalidad Jurídica De Las “Fundaciones” En Derecho Romano”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, No. 16, (2007): 17-18, consultado el 04 de abril, 2018, <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6091/6552>.

¹⁴ Véase sobre el particular: María Jesús Unquera Barreda, “Las Fundaciones”, *Publicaciones de la Institución Tello Téllez de Meneses*. No. 61. (1990): 649, consultado 26 de febrero, 2018, <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/177979>.

importancia de facilitar la ejecución de las actividades de la Fundación para alcanzar el mayor beneficio o utilidad del patrimonio dispuesto para la Fundación.

Por lo anterior, se puede concluir que las fundaciones han sido creadas y sujetas a cambios por la necesidad y práctica de destinar bienes a un fin en específico y han sido confundidas o utilizadas mediante instrumentos como los fideicomisos hasta alcanzar su propia personalidad jurídica independiente, adquiriendo características y condiciones que las diferencian de cualquier otra figura jurídica que se haya creado para la administración y dirección de patrimonio.

A.2) Desarrollo histórico de las fundaciones en Costa Rica

En Costa Rica, las fundaciones han sido reguladas de manera escasa y su actualización ha quedado pendiente de ajustarse a la realidad de las necesidades de personas que han optado por constituir este tipo de figura jurídica, en el tanto, la figura se ha convertido en una estructura obsoleta y que, en muchos casos, pueden convertirse en la imposibilidad de ejecución de obras y actividades para las cuales fueron creadas.

Son los antecedentes normativos que inciden en el desarrollo del concepto de la figura de las fundaciones tuvieron su origen en el año 1973, con la promulgación de la Ley N° 5338 denominada Ley de Fundaciones.¹⁵

¹⁵ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "N° 5338: Ley de Fundaciones; 28 de agosto, 1973", San José, 05 de mayo, 2010", consultado el 10 de enero, 2018 http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=2683&nValor3=0&strTipM=TC

Queda expresado en las actas de discusión legislativa que existieron algunas Fundaciones antes de la aprobación de este cuerpo normativo. Estas fueron la Fundación Barroeta, así como el Asilo de Ancianos de Heredia, las cuales necesitaron en su momento y en cada caso de autorización legislativa. El proyecto en su momento catalogó a las fundaciones que se crean como personas jurídicas no estatales, y con fines de bienestar público. Indicó, también, que éstas no han de tener finalidades comerciales.¹⁶

Posterior a la promulgación de la Ley, se dio la constitución de varias personas jurídicas bajo la denominación de fundación. Lo anterior, por cuanto si bien fueron constituidos antes de la promulgación de la Ley, estos poseen amparo en el transitorio un derecho de Inscripción en el Registro de Personas, mediante el procedimiento explicado por este transitorio. El dictamen de la Procuraduría General de la República número C-147-80 del primero de julio de 1980 analizó:

Transitorio.- Las fundaciones que existan a la promulgación de esta ley, podrán acogerse a lo dispuesto por el artículo 16 y en este caso, el Juez, además de disponer la forma en que será administrada, ordenará la inscripción en el Registro de Personas mediante la protocolización de la parte conducente de la resolución [sic] firme.

Igualmente podrán acogerse a ese procedimiento, las instituciones que tengan la naturaleza propia de las fundaciones y estén inscritas con otra modalidad.¹⁷

¹⁶ Proyecto de Ley, Expediente N° 5361 “Ley de Fundaciones”, 2-3 , consultado el 11 de enero de 2018, http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Proyectos%20de%20Ley.aspx?Numero_Proyecto=17242, 2.

¹⁷ Procuraduría General de la República de Costa Rica, “Dictamen C-147-80; 01 de Julio, 1980”, consultado el 10 de enero 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=6435&strTipM=T párraf. 7. (Transitorio I).

Indica el pronunciamiento supra mencionado en lo que interesa:

(...) Podría aseverarse que los hospicios en general, y el de Cartago en particular, alcanzan la condición de fundaciones, al influjo de la Ley de éstas, cuyo artículo primero señala las calidades que le son propias: entes privados de utilidad pública, sin fines de lucro que arrumban a actividades educativas, benéficas, artísticas o literarias, científicas y en general todas aquellas que signifiquen bienestar social".¹⁸

Por último, en relación con el tema de actualización y modificación de las fundaciones se puede observar en nuestro país, el proyecto de Ley para la modificación de la actual Ley de Fundaciones No. 17242. Con éste se pretende modificar el régimen aplicable a éstas en la actualidad y que vendría a modificar algunos aspectos de éstas, con el fin de crear un marco de mayor de flexibilidad sin perder los controles actuales sobre fondos de origen público. Analiza el proyecto:

Todo esto representa un nuevo reto desde el punto de vista del derecho. La regulación necesaria de esta forma de organización debe tener por objetivo el mantenimiento del marco de flexibilidad que buscan estas instituciones para operar con eficiencia, sin hacer desaparecer, sin embargo, los controles sobre fondos de origen público y su correcta aplicación, particularmente cuando haya fondos públicos de por medio.¹⁹

En Costa Rica, no se ha analizado hasta el momento la inclusión de las fundaciones de interés privado. Es, por esta razón, que surge la presente investigación, que lo que

¹⁸ Ibid. párraf. 5.

¹⁹ Este párrafo se puede consultar en la página 1 del Proyecto de Ley No. 17242, exposición de motivos.

pretende es la modificación del Proyecto de Ley, con el fin de que se incluyan en la legislación costarricense.

SECCIÓN B: NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA DE LAS FUNDACIONES

B.1) Concepto y generalidades

Con el fin de analizar la naturaleza de las fundaciones, se debe de definir que ésta es una persona jurídica. La palabra fundación procede del latín, según explica el autor Unquera, M. Jesús (1990), al derivarse de “fundatio”, que significa fundar o poner fundamentos²⁰. Sobre este concepto podría entenderse que se pretende establecer los lineamientos y directrices para los cuales se dispone algo, en este caso, un patrimonio.

Badenes Gasset (1986) explica que para que surja a la vida jurídica una fundación es necesaria la existencia de un acto voluntario unilateral del o los fundadores mediante el cual destinan cierto patrimonio para la persecución de un fin lícito de interés colectivo, compuesto por un ente que se encarga de hacer cumplir la voluntad del fundador para el cual ha hecho la dotación, teniendo, entonces, dos requisitos para el nacimiento de una fundación, a ser:

- 1º. La existencia de substrato, es decir, la existencia de un patrimonio, que está destinado de una manera jurídicamente válida a la obtención autónoma de un

²⁰ María Jesús Unquera Barreda, “Las Fundaciones”, *Publicaciones de la Institución Tello Téllez de Meneses*. No. 61. (1990):641, consultado 26 de febrero, 2018, <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/177979>

bien general, y 2º. Un precepto jurídico que atribuya personalidad jurídica a este patrimonio.²¹

Sobre ese mismo precepto, Aramouni (1996) establece que las fundaciones nacen del acto de voluntad unilateral del fundador con el propósito de brindar servicios a terceros, y no en beneficio propio, entiendo que sus beneficiarios y/o interesados están fuera del ente, donde se persigue un interés ajeno, el patrimonio es suministrado por el fundador, y la voluntad de la fundación es única e invariable por parte de lo dispuesto por el fundador.²²

Las fundaciones, tal y como se indica, nacen a partir de que una persona o grupo de personas deciden remitir cierto patrimonio a la consecución de un fin que busque el beneficio del interés público, y que, según la definición de García Alvarado (2002), pueden encontrarse varias características de esta figura:

(i) de carácter privado, es decir, que esta figura, a pesar de encontrarse estrechamente ligada a la voluntad y fiscalización del Estado, ésta se encuentra desde la esfera legal de lo privado, buscando perseguir en última instancia lo definido por el fundador como el objeto de esta persona jurídica a la cual se debe de seguir durante el resto del plazo social de la fundación;

(ii) las actividades a perseguir por las fundaciones son aquellas que permitan beneficiar o que sean de utilidad pública, es decir, que tenga un resultado positivo en el

²¹ Véase sobre el particular: Ramon Badenes Gasset, *Las Fundaciones de Derecho Privado* (Barcelona, España: Librería Bosch, 1986), 17-18.

²² Alberto Aramouni, *Práctica del derecho societario; Contratos y sus variantes con explicación doctrinaria y jurisprudencial* (Buenos Aires, Argentina, Astrea, 1996), 53.

resto de la sociedad, y no sólo para los intereses de la fundación o de el o los fundadores;

(iii) estar ligado a un fin lícito, permanente y estable, lo cual significa que como toda persona legal constituida bajo estos términos debe de encontrarse en estricto apego a la ley y sus disposiciones, así como fin último debe de encontrarse enmarcado dentro de los principios de legalidad;

(iv) sin afán de lucro, siendo que las fundaciones, a pesar de que puedan desarrollar actividades que les permita generar ingresos, estos deberán de destinarse, específicamente, por lograr los objetivos de la fundación, y no podrán desviarse para alcanzar fines comerciales o que se distraigan del objetivo principal de la fundación, es decir, una fundación puede perfectamente desarrollar actividades comerciales al igual que cualquier otra persona jurídica, no obstante, no lo hará para incrementar su patrimonio únicamente, sino para poder dotar a la fundación de una mayor capacidad económica para perseguir el objeto de ésta y el desarrollo de las actividades para la cual fue creada;

(v) con una organización de personas que administran, es decir, el grupo de personas que designa el fundador para que administren el patrimonio con el que está dotando a la fundación con el propósito de alcanzar el fin último para el cual fue creada, estando este grupo de personas obligadas por actuar únicamente en esta línea, y sólo

se les permitirá actuar en el tanto sea apegado a lo dispuesto por el fundador y lo estipulado en el acta constitutiva de la misma.²³

Sobre el tema de los fines que deben ser perseguidos por una fundación, Badenes Gasset (1986) establece que estos deben de ser determinados y concretados en razón de ser la causa y destino del nacimiento de la fundación, explicando que, si bien, una fundación puede tener más de un fin, estos deben de ser homogéneos y conciliables, en el sentido de que se debe de evitar cualquier contradicción o imposibilidad de concretar ambos fines, para lo cual se debe de determinar aquel fin principal que caracterice a la fundación y que prevalezca en caso de disyuntiva entre los fines perseguidos por la fundación.²⁴

Se desprende, entonces, de esta explicación el hecho de la capacidad de una fundación de poder perseguir varios fines siempre que estos estén dirigidos a beneficiar un interés público. A su vez, hace referencia a la categorización que se les da a las personas que realizan la dotación de patrimonio para una fundación, es decir, el o la fundador o fundadores, quienes dejan en las manos de quienes administran, la voluntad de perseguir los intereses para los cuales fue creada. Esta administración en Costa Rica se lleva a cabo mediante la figura denominada Junta Administrativa.

²³ Carlos García Alvarado, Las fundaciones: Boletín 2-2002, artículo 3º, consultado el 4 de junio 2018, Consultado el 4 de junio de 2018, <http://ocu.ucr.ac.cr/images/ArchivosOCU/Boletines/2002/2002-Boletin2-3.pdf>, 1.

²⁴ Véase sobre el particular: Ramon Badenes Gasset, Las Fundaciones de Derecho Privado (Barcelona, España: Librería Bosch, 1986), 60.

Se puede observar que la fundación es definida, según la Ley 5338, en su artículo 1 como: “entes privados de utilidad pública, que se establezcan sin fines de lucro y con el objeto de realizar o ayudar a realizar, mediante el destino de un patrimonio, actividades educativas, benéficas, artísticas o literarias, científicas, y en general, todas aquellas que signifiquen bienestar social.”²⁵

Sobre el tema de la utilidad pública que persiguen las fundaciones, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en resolución 2003-02032, ha establecido que se trata de aquella actividad que se realice en beneficio de la comunidad, sin esto significar la ejecución de funciones o potestades públicas.²⁶

Continuando con las características de la Fundación, García Alvarado (2002), detalla de manera importante que:

La importancia de la acción del Estado en materia de fundaciones no se limita al aspecto constitutivo, por la naturaleza de esta institución, el control y actividad del Estado se da durante toda su vida jurídica. Dentro de la concepción tradicional de la fundación, aquella en que el fundador la crea, nombra unos administradores y se separa completamente de su operación, es en la que se justificaba más ampliamente ese control. En las fundaciones actuales el Estado debe velar además porque el patrimonio sea utilizado para la obtención del objetivo propuesto, en Costa Rica sujetos al control que pueda ejercer la Contraloría General de la Republica.²⁷

²⁵ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “N° 5338: Ley de Fundaciones; 28 de agosto, 1973”, San José, 05 de mayo, 2010”, Sinalevi: art. 1. Consultado el 10 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=2683&nValor3=0&strTipM=TC

²⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Amparo: resolución 02032-2003; 12 de marzo 2003, 15:49 horas”, expediente 03-001288-0007-CO, *considerando*, párr. 1.

²⁷ Carlos García Alvarado, Las fundaciones: Boletín 2-2002, artículo 3º, consultado el 4 de junio 2018, Consultado el 4 de junio de 2018, <http://ocu.ucr.ac.cr/images/ArchivosOCU/Boletines/2002/2002-Boletin2-3.pdf>, 1-2.

Es decir, que las fundaciones tienen una constante participación por parte del Estado, pero éste deberá de velar únicamente en el sentido de fiscalizar que las fundaciones cumplan con el objetivo para el cual fueron creadas, en este caso cualquier actividad de interés público legítimo, siendo que, y es razón de su intervención, que le permitirá estar exenta de pago de tributos, razón por la cual la Contraloría General de la República se encuentra encargada de que las fundaciones estén fiscalizadas para verificar que su patrimonio se esté destinando única y exclusivamente para el desarrollo de las actividades para las cuales fue creada.

En Costa Rica, la práctica y la necesidad de dar respuesta efectiva a los administrados ha hecho que muchas administraciones públicas consideren la figura de una fundación para la ejecución de obras y administración de proyectos para alcanzar los objetivos de ésta. Según Abarca Hernández (2002), se trata de la “desnaturalización” de las fundaciones, puesto como se ha dicho a lo largo de la investigación, las fundaciones se crean con el propósito de ser entes privados de utilidad pública, mas no se trata de entes gubernamentales, no obstante, según lo descrito, se permite hablar, entonces, de fundaciones públicas a aquellas que son creadas para la administración de fondos públicos²⁸.

Las fundaciones públicas no se encuentran presentes en muchas legislaciones, ya que son pocos los Estados en los que se permite la constitución de fundaciones por parte

²⁸ Oriester Abarca Hernández, “Las fundaciones públicas en Costa Rica. Pautas para una propuesta de Legislación”, *InterSedes*, Vol. III (2002):85, consultado 13 de marzo, 2018, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/intersedes/article/view/760>

de estos, no obstante, y a pesar de que la Ley de Fundaciones de Costa Rica vigente en cuanto a la constitución de éstas no es clara sí es permitido o no para la Estado la constitución de fundaciones, lo cierto es que se han ido creado con razón de la amplitud de lo dispuesto por el artículo dos de dicha norma legal. No obstante, se ha considerado que lo dispuesto autoriza únicamente a las personas jurídicas de índole privado la constitución de fundaciones bajo los preceptos de la ley de fundaciones, y que para que el Estado puede constituir una fundación “pública” debe de crearse mediante una ley especial que así lo autorice.²⁹

Una característica importante por resaltar en las fundaciones públicas es, precisamente, la intervención que tiene directamente la administración pública que las crea y que, por ejemplo, en lo que concierne a la ley que crea la Fundación.

Abarca Hernández (2002) considera la necesidad de la actualización de las normas que rigen a las fundaciones y propiamente sobre la creación de regulaciones sobre las fundaciones públicas, disposiciones que son inexistentes en el país, y que requieren de una pronta solución por parte de los legisladores.³⁰

Por lo anterior, se puede concluir que las fundaciones en Costa Rica son una figura legal con poco estudio y regulación en el país, donde las necesidades han sido abarcadas con poca complejidad, como es el caso de las fundaciones públicas, evitando una técnica legislativa más integral y que resguarde el interés de personas que buscan disponer de patrimonio para una actividad de interés público sin necesidad de formar

²⁹ Ibid., 84.

³⁰ Ibid., 85.

parte de una entidad pública. Es necesario reforzar el tema de la administración y dirección de las fundaciones, en el sentido de que la estructura rígida que se crea a partir de la constitución de las fundaciones es intocable, lo cual le quita la practicidad de la vida activa que tiene todo tipo de persona jurídica.

B.2) Partes intervinientes y estructura legal

Las fundaciones de utilidad pública tal y como se conocen en Costa Rica, se encuentran conformadas en un primer lugar por aquellas personas que son designadas por el Fundador en el documento de constitución de una fundación. Esta afirmación se encuentra regulada en el artículo 11 de la Ley de Fundaciones que establece cómo estará conformado una Fundación, así como los órganos de representación de esta nueva persona jurídica.³¹

El artículo 11 de la Ley de Fundaciones establece que la administración y dirección de una Fundación recae en el órgano denominado Junta Administrativa. Continuando con la lectura del citado artículo de ley, se establece, tal y como se indicó anteriormente en el documento de constitución de la Fundación, el Fundador deberá de designar a una o

³¹ Asamblea Legislativa de Costa Rica. "N° 5338: Ley de Fundaciones; 28 de agosto, 1973, San José, 05 de mayo, 2010", consultado el 10 de enero, 2018 http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=2683&nValor3=0&strTipM=TC , Artículo 11: La administración y dirección de las fundaciones estará a cargo de una Junta Administrativa. El fundador designará una o tres personas como directores y también deberá, en el propio documento de constitución, establecer la forma en que serán sustituidos estos miembros. Si el fundador designa sólo un director, la Junta Administrativa quedará integrada por tres personas; si designa a tres, el número de directores será de cinco. En ambos casos los dos miembros que completarán la Junta Administrativa serán designados uno por el Poder Ejecutivo y el otro por la municipalidad del cantón en donde tenga su domicilio la fundación. El cargo de miembro de la Junta Administrativa será gratuito. (Así reglamentado por el Decreto Ejecutivo N° 29494, del 2001).

a tres personas como directores, así como mecanismo de sustitución de estos a lo largo del plazo social de la Fundación.

En el entendido de la capacidad de designar de uno a tres directores por parte del Fundador en el documento de constitución, el artículo explica que la Junta Administrativa de la Fundación quedará conformada ya sea por tres personas, ya sea para el caso en el que el Fundador decida sólo nombrar a una persona como director, o bien, por cinco personas, para aquellos casos en los que el Fundador designe a tres personas como director.

Lo anterior, es así ya que, en ambos casos, dentro de la Junta Administrativa de una Fundación, se deben de incluir en esta las personas que sean designadas como representante del Poder Ejecutivo, así como el representante de la Municipalidad del domicilio social de la Fundación. Lo anterior, se podría entender que encuentra razón de la utilidad pública a la que se suscriben las fundaciones, así como todos los beneficios fiscales que se ven favorecidos por los fines que una fundación persigue.

Tal y como se hará referencia más adelante sobre la reglamentación que se ha establecido por parte del Poder Ejecutivo a la Ley de Fundaciones, el artículo 11 es el único artículo de toda la ley que cuenta con un Reglamento, y el mismo versa única y exclusivamente acerca de la forma mediante la cual una Fundación debe de buscar el nombramiento del Representante del Poder Ejecutivo.

La circular DR-PJ 004-2001³², de la Dirección de Personas Jurídicas del Registro Nacional de Costa Rica, establece que dentro del documento de constitución de una Fundación, la cual deberá de ser presentada ante el Diario del Registro Nacional de Costa Rica para su debida inscripción y nacimiento a la vida jurídica, deberá de incluirse los acuerdos sobre el sistema de administración, la representación, forma como se sustituirán los directores, la indicación de la existencia de otros personeros como lo es el delegado ejecutivo, así como el nombramiento de los directores.

De conformidad con la circular DPJ-006-2016, emitida por la Dirección de Registro de Personas Jurídicas, sobre el sistema de administración y plazos de la Fundación, establece que en el documento de constitución de la ésta:

(...) deberá indicarse que será administrada por una Junta Administrativa conformada de la siguiente manera: 1 ó 3 directores nombrados en el acto de constitución por los fundadores, con indicación del plazo que durarán como directores, además de un representante del Poder Ejecutivo y otro nombrado por la Municipalidad del domicilio de la fundación, quienes serán nombrados en acto posterior, el plazo de nombramiento de estos dos personeros dependerá del que les asigne cada institución. La sesión de instalación se llevará a cabo una vez que la entidad se encuentre con todos los directores debidamente inscritos. La representación corresponderá al presidente quien ostentará facultades legales de apoderado general y durará en su cargo por el plazo de un año, pudiendo prorrogarse de manera automática, si así se establece debidamente en los estatutos. Además del presidente, en los estatutos podrá designarse otros cargos tales como vicepresidente, secretario tesorero, etc.; de ser así deberá designarse el plazo de duración de dichos cargos. El presidente, así como cualquier otro cargo que fuese creado en los estatutos, será nombrado en acto posterior (nunca en la constitución),

³² Véase en ese sentido: Registro Nacional de Costa Rica; Registro de Personas Jurídicas, “Circular DR-PJ-004-2001: Asientos de inscripción; 22 de marzo, 2001”, consultado 13 de mayo, 2018, https://www.rnpdigital.com/personas_juridicas/documentos/circular/Circulares%202001.pdf

designado entre todos los directores que hayan sido nombrados, incluyendo los representantes estatales.³³

Con respecto de la forma como serán sustituidos los directores, se establece como parte de los estatutos, que deberá señalarse el órgano y/o sistema por el que se sustituirán los directores nombrados por el fundador, una vez que estos se hayan vencido, renuncien o en caso de fallecimiento (Ejemplo: Fundadores, Asamblea de Patrocinadores, alguna institución, etc.), estableciendo que cualquier sistema será válido, siempre y cuando no atente contra la normativa y la moral.³⁴

Como parte de la conformación de la administración de la fundación, García Alvarado explica: “la administración y dirección de las fundaciones está a cargo de una Junta Administrativa, el presidente de ésta tendrá la representación legal, con facultades de apoderado general; la Junta podrá designar un Delegado Ejecutivo como su representante en la gestión de los asuntos de la fundación”.³⁵

Según la circular DPJ – 006- 2006, es necesaria la indicación de la existencia de otros personeros, por ejemplo, el del delegado ejecutivo. Para lo anterior, la Junta Administrativa podrá nombrar sólo un delegado ejecutivo, otorgándole las facultades

³³ Registro Nacional de Costa Rica; Registro de Personas Jurídicas; “Circular DPJ-006-2016: Calificación e inscripción de Fundaciones”; 19 de julio, 2016, consultado el 13 de mayo, 2018, https://www.rnpdigital.com/personas_juridicas/documentos/circular/Circulares%202016.pdf

³⁴ Ibid.

³⁵ Carlos García Alvarado, Las fundaciones: Boletín 2-2002, artículo 3º, consultado el 4 de junio 2018, Consultado el 4 de junio de 2018, <http://ocu.ucr.ac.cr/images/ArchivosOCU/Boletines/2002/2002-Boletin2-3.pdf>, 1.

que estime convenientes, inclusive las que establece el artículo 1253 del Código Civil, pudiendo recaer dicho nombramiento en un tercero o en un miembro de la Junta Administrativa. De igual forma la Junta Administrativa puede nombrar apoderados con las facultades que estime conveniente, aun y cuando los estatutos sean omisos al respecto. La anterior circular establece que de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley de Fundaciones, el nombramiento del delegado ejecutivo podrá establecerse o no, en el estatuto de la fundación.³⁶

Dentro de los temas más relevantes dentro de la conformación de las fundaciones se encuentra el nombramiento de directores. Con respecto de este tema, la circular antes referida, DPJ – 006 – 2016, establece que, en acto constitutivo de las fundaciones, deberá incluirse el nombramiento de directores (sin cargo) que corresponde a los fundadores, sea 1 ó 3, de acuerdo con lo establecido, con su debida aceptación. Visto que la ley regula la cantidad de directores, los directores nombrados por el fundador, no podrán ser nombrados como representantes de los entes estatales establecidos por ley.³⁷ Es decir, una persona no puede ostentar el cargo doble de director nombrado por el fundador, y a su vez, estar investido como uno de los dos representantes del Estado, ya sea por parte del Poder Ejecutivo, o bien, el representante de la municipalidad del domicilio de la fundación.

³⁶ Registro Nacional de Costa Rica; Registro de Personas Jurídicas; “Circular DPJ-006-2016: Calificación e inscripción de Fundaciones”; 19 de julio, 2016, consultado el 13 de mayo, 2018, https://www.rnpdigital.com/personas_juridicas/documentos/circular/Circulares%202016.pdf

³⁷ Ibid.

Con respecto del tema de la inscripción de las actas de sesión de las Juntas Administrativas de las Fundaciones en Costa Rica, el Registro Nacional bajo la circular DPJ – 006 – 2016 dispone lo siguiente:

los documentos en que se nombre directores, en virtud de sustituirse los que había designado el fundador, deberán corresponder al órgano que se haya señalado en los estatutos como encargado, lo cual debe ser verificado siempre por el registrador al momento de la calificación.

Para tales efectos el fundador de manera potestativa puede establecer en los estatutos las normas referentes al quórum que debe cumplirse en las sesiones de dichos órganos y de la Junta Administrativa, en caso que no se haya establecido nada al respecto, en estas sesiones deben encontrarse presentes todos los miembros de la Junta Administrativa o del órgano que corresponda. Cabe indicar que, en la sesión de instalación, para poder sesionar, necesariamente se deben encontrar presentes todos los directores estipulados en el estatuto. Al designarse representantes del Poder Ejecutivo y de la Municipalidad, deberá indicarse el acuerdo de nombramiento del órgano correspondiente. A dichos representantes se les consignará el plazo por el cual son nombrados, en caso de no determinarse, se dejará con vencimiento abierto. La distribución de cargos necesariamente deberá ser realizada en un acta de sesión de instalación de la Junta Administrativa con la presencia de todos los directores.

Tal y como lo establece la Ley de Fundaciones, el nombramiento del presidente se realizará por el plazo de un año, además podrán designarse los demás cargos que expresamente se hayan establecido en el estatuto, tales como vicepresidente, secretario, tesorero, vocales, etc. En caso de que no existan más cargos en los estatutos, únicamente procederá el nombramiento de Presidente. Los demás se mantendrán como Directores.³⁸

Sobre las organizaciones de las Fundaciones, la Ley que regula esta figura en nuestro país, establece en su artículo 13 lo siguiente:

El miembro director nombrado por el fundador, o el primero en caso de que sean tres, quedará obligado a convocar a los restantes para que se instalen, dentro del plazo de quince días a partir del momento en que la fundación deba iniciar sus actividades. En este caso no habrá necesidad de publicar ni inscribir la

³⁸ Ibid.

reelección, y para terceros se tendrá por hecha si no consta en el Registro, cambio al respecto. En la sesión de instalación los directores designarán entre ellos a un presidente de la Junta Administrativa, que durará en sus funciones un año y podrá ser reelecto. El presidente tendrá la representación legal de la fundación, con facultades de apoderado general, y estará sujeto a esta ley, a los preceptos constitutivos y reglamentarios de la fundación y a las disposiciones de la Junta Administrativa. El presidente podrá sustituir su representación en el delegado ejecutivo, cuando exista, o en otra persona, pero siempre tal sustitución deberá ser aprobada por la Junta Administrativa.³⁹

Es decir, a partir de la constitución de las fundaciones, el encargado o los encargados de completar la integración del órgano denominado Junta Administrativa se encontrará a cargo del o de los directores nombrados por el Fundador en el acta constitutiva de la fundación. Para completar dicha integración deberá solicitar a los entes respectivos el nombramiento del Representante de la Municipalidad del domicilio de la fundación, así como el Representante del Poder Ejecutivo.

Cabe destacar como aspecto importante de las fundaciones y es el tema de la representación legal de éstas, las cuales se encuentran fijadas en la figura del presidente de la Junta Administrativa. No obstante, en las fundaciones, según este artículo, puede existir colateralmente y sin un plazo definido, es la figura del delegado ejecutivo, figura que se contrasta con la Junta Administrativa al hecho de que se le pueden sustituir u otorgar las mismas facultades que ostenta el Presidente de la Junta Administrativa, con la importancia de que esta figura no se encuentra sujeta a un plazo del nombramiento, lo que permite a las Fundaciones poseer activamente a una figura

³⁹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "N° 5338: Ley de Fundaciones; 28 de agosto, 1973", San José, 05 de mayo, 2010", Sinalevi: art. 13. Consultado el 10 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=2683&nValor3=0&strTipM=TC

que ostente la representación para los casos de ausencia del Presidente de la Junta Administrativa o para resolver temas del día a día de las fundaciones.

Siguiendo la línea de lo expuesto anteriormente sobre la figura del delegado ejecutivo, el artículo 14 de la Ley de fundaciones establece lo referido con anterioridad al indicar que: “La Junta Administrativa podrá designar un delegado ejecutivo como su representante en la gestión de los asuntos de la fundación. El delegado ejecutivo y cualquiera otro empleado necesario tendrán las atribuciones y remuneraciones que acuerde la junta”.⁴⁰

Las fundaciones a diferencia de cualquier otra figura legal, carece de la posibilidad de reformarse, según sus intereses a pesar de que la modificación de sus estatutos verse en favor de la sociedad. Dicha dificultad se centra en que para poder reformar cualquier disposición del cuerpo de constitución de una fundación, debe de realizarse mediante la interposición de una demanda civil no contenciosa ante el Juzgado Civil del domicilio de una fundación para que determine si la eventual propuesta de la Junta Administrativa sobre el fin a perseguir por ésta, o bien, cuando considere que, según las disposiciones vigentes para la fundación carezca de utilidad, y que imposibilite la administración de la fundación. Para lo anterior, la ley ha determinado mediante su artículo 16, el procedimiento por seguir para poder reformar los estatutos de una fundación. Dicho artículo preceptúa lo siguiente:

Si la Junta Administrativa considera que la fundación no puede ser administrada de acuerdo con sus preceptos constitutivos o reglamentarios solicitará al juez civil de su jurisdicción que disponga la forma en que deberá ser administrada o que ordene subsanar las deficiencias que en ella ocurran, siempre con el propósito de

⁴⁰ Ibid., art. 14.

que se mantengan los fines para los que fue creada. Esas diligencias se seguirán por los trámites de jurisdicción voluntaria, con intervención de la Procuraduría General de la República. Igual procedimiento se seguirá para remover los administradores cuando no cumplan debidamente sus obligaciones. Acordada la remoción, el juez comunicará lo conducente a fin de que se reponga el cargo de acuerdo con el artículo 11.⁴¹

Debido a lo anterior y en atención de que no se permite la modificación de las disposiciones constitutivas de la fundación por parte de la Junta Administrativa, establece en su artículo la circular registral número D.R.P.J. – 005 – 105, establece que:

En consideración y acatamiento a lo establecido por la normativa anterior, a contrario sensu, no resulta procedente realizar ninguna modificación al acta constitutiva de una fundación, razón por la cual, ante la presentación de un documento con dicho contenido, se debe proceder con la cancelación del asiento de presentación al documento en trámite, de conformidad con la normativa citada, salvo las modificaciones realizadas conforme a lo establecido en el artículo 16 antes mencionado.⁴²

Por lo anterior, se concluye que las fundaciones y su disposición normativa es escaso en cuanto al tema de la estructura de su administración y dirección, donde la flexibilidad de actuación es nula, siendo que los estatutos y disposiciones son intocables, a menos de que exista un proceso judicial no contencioso que pueda tardarse años, no solucionando las necesidades inmediatas que se requieran por la fundación.

⁴¹ Ibid., art.16.

⁴² Registro Nacional; Dirección Registro de Personas Jurídicas, “Circular DPJ-005-2015:Asuntos Varios (Modificación de los Estatutos de una Fundación; Exoneración de Fundaciones y Asociaciones; Capital Autorizado), 26 de marzo, 2015, consultado el 13 de mayo, 2018, https://www.rnpdigital.com/personas_juridicas/documentos/circular/Circulares%202015.pdf

SECCIÓN C: LEGISLACIÓN COSTARRICENSE

C.1) Ley de Fundaciones No.5338

En Costa Rica, la figura de la Fundación se encuentra regulada por la Ley de Fundaciones No. 5338, promulgada en el año 1973. Actualmente, este cuerpo legal no ha sido reformado sustancialmente desde entonces, y por eso su articulado se mantiene tal como fue dispuesto por el legislador en su momento. Es, por esta razón, que la Ley de Fundaciones, anteriormente descrita, se encuentra bastante desactualizada y a la espera de cambios que la conviertan en una mejor regulación acorde con las necesidades del país en el tema.

La Ley cuenta con diecinueve artículos, en los cuales las normas no son muy claras en cuanto a los aspectos que deben regir a las fundaciones como persona jurídica, como lo es en temas de naturaleza jurídica, constitución, inscripción, gobernanza y administración.

De lo anterior, nace el interés de analizar el articulado de esta normativa, lo cual permite objetivar la necesidad de una reforma a esta ley en pro de una mejorar la regulación actual y su aplicabilidad práctica en el país.

Siendo así, el artículo primero de la ley de fundaciones es el que reconoce la personalidad jurídica de las fundaciones, catalogándolos como entes privado de utilidad pública, quienes no tendrán fines de lucro y con el objeto de desarrollar actividades y destinos para el beneficio en la educación, obras benéficas, artísticas, científicas y todas

aquellas que persigan el beneficio de terceros o de la generalidad y que persigan el bienestar social.⁴³

Sobre este artículo, la Procuraduría de la República de Costa Rica ha aclarado la personalidad jurídica de las fundaciones, estableciendo que éstas, a pesar de cómo se cataloga en el artículo primero de la ley de fundaciones como de utilidad pública, éstas siguen siendo de naturaleza privada, por lo que no se consideran como entidades públicas ni de administración pública.⁴⁴

Tal y como se ha señalado, la disposición del artículo primero de la Ley de Fundaciones contempla la naturaleza de éstas como entes privados de utilidad pública, no obstante, esa condición de entidad pública no las hace ser de naturaleza de entidad pública.⁴⁵

Sobre lo anterior, la Procuraduría General de la República ha dispuesto que:

“Ahora bien, en este punto es dable analizar el tema de la utilidad pública atribuida a las Fundaciones”. Estima esta Procuraduría que el hecho de que el Conservatorio Castella, desarrolle una actividad que se entiende es de interés público, sea la educación y el desarrollo de las vocaciones artísticas, que ha

⁴³ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “N° 5338: Ley de Fundaciones; 28 de agosto, 1973”, San José, 05 de mayo, 2010”, Sinalevi: art. 1. Consultado el 10 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=2683&nValor3=0&strTipM=TC

⁴⁴ Procuraduría General de la República de Costa Rica, “Dictamen C-222-2007; 04 de Julio, 2007”, consultado el 25 de marzo 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=14620&strTipM=T

⁴⁵ Procuraduría General de la República de Costa Rica, “Dictamen C-19-2007; 29 de enero, 2007. consultado el 25 de marzo 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=14353&strTipM=T I.-párraf.3

recibido a razón de ello subvenciones o donaciones estatales, no conlleva por este solo motivo sostener que su carácter sea el de un ente de carácter público.⁴⁶

Con respecto del artículo dos de la ley de fundaciones éste dispone la posibilidad de que el fundador pueda ser una persona física o jurídica, nacional o extranjera. A razón del mismo, tal y cómo se comentó anteriormente, no deja claro la posibilidad de que entes públicos puedan crear fundaciones. Con respecto de la posibilidad de creación de fundaciones por parte de entidades extranjeras hay una ley, ley 5219, “Estatus Especial para Fundaciones Extranjeras Establecidas en el País”.⁴⁷ Esta se dispone la posibilidad por parte de personas extranjeras de la acreditación de sus fundaciones en Costa Rica y de la posibilidad de beneficios fiscales éstas persiguen como objeto los fines culturales, científicos, de bienestar social, entre otros, dándole la determinación de dicha condición al Ministerio de Relaciones Exteriores en conjunto con el Ministerio de Hacienda.

Sobre este artículo, la Procuraduría General de la República ha dispuesto que la amplitud y no determinación clara de los alcances de éste, permiten considerar la

⁴⁶ Procuraduría General de la República de Costa Rica. “Dictamen C-19-2007; 29 de enero, 2007. consultado el 25 de marzo 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=14353&strTipM=T l.-párraf.6

⁴⁷ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “N° 5219: Estatus Especial para Fundaciones Extranjeras Establecidas en el País; 25 de junio, 1973”. San José, 03 de julio, 1973”, consultado el 20 de enero, 2018 http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=8529&nValor3=9149&strTipM=TC

posibilidad de la constitución de fundaciones por parte de entes públicos. Al efecto a establecido que:

Nótese que dicho numeral es claro y expreso en el sentido de que la persona que pretenda constituirse fundador de una fundación, lo puede ser tanto una persona física como jurídica, nacional o extranjera, por lo que es viable afirmar que una persona jurídica de carácter público puede constituir este tipo particular de entidades privadas, en el tanto y en el cuanto esté actuando dentro del campo o ámbito propio de competencia legal que en el ordenamiento jurídico le ha impuesto a dicha entidad pública en particular, sea, que se le esté autorizando o que exista una norma legal que lo habilite para llevar a cabo lo expresado supra.⁴⁸

El artículo tres de la ley de fundaciones actual es quizá uno de los artículos que requiere de mayor flexibilidad y, por ende, una reforma a este artículo en específico es de vital importancia para la determinación del manejo del día a día de la administración de una fundación, que una vez constituida sale totalmente del control por parte de los fundadores, siendo necesaria en ocasiones para la toma de decisiones importantes para la fundación. Este artículo dispone, a su vez, la posibilidad de la constitución de fundaciones ya sea mediante escritura pública o por testamento.

Por su parte, el artículo cuatro establece los requisitos para la constitución de una fundación, en donde se determina que se debe de consignar, tanto el nombre como el domicilio, el patrimonio, objeto y plazo de la fundación, así como la forma como será administrada. A su vez, establece que las fundaciones podrán tener un plazo perpetuo. Sobre lo anterior, es lo único que hace referencia esta normativa sobre los requisitos para la constitución de una fundación sin abarcar más detalle de éste, lo cual dificulta

⁴⁸ Procuraduría General de la República de Costa Rica, "Dictamen C-252-2001; del 20 de setiembre, 2001", consultado el 25 de enero 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=10675&strTipM=T, II.-párraf.3.

los alcances y parámetros aplicables, que tal y como se indicará más adelante, las reglamentaciones al respecto son nulas, y ha sido el Registro Nacional de Costa Rica quien se ha ocupado de regularizar estas disposiciones.

De conformidad con el artículo cinco de la Ley de fundaciones, se establece que éstas adquieren personalidad jurídica una vez que las mismas se encuentren inscritas ante la Sección de personas jurídicas del Registro Público.

Otro de los requisitos para la constitución de una fundación se encuentra dentro del artículo seis que dispone la necesidad del trámite previo de inscripción la publicación de un edicto en el diario de circulación oficial La Gaceta en el cual se debe de expresar los términos principales donde los cuales se ha de regir la fundación. Este mismo artículo establece el requisito de publicación de edicto para los casos en los cuales una fundación haya de disolverse, fusionarse, así como cualquier otro cambio que sufra en su estructura, por ejemplo, una reforma en sus estatutos, que más adelante se analizará el procedimiento por seguir.

Una de las disposiciones diferenciadoras de las fundaciones en comparación con el resto de ficciones jurídicas del país es su condición de no tener finalidades comerciales, según artículo siete, o de lucro como se indicó sobre el artículo primero de la Ley de Fundaciones vigente de Costa Rica.

El artículo siete dispone que: “las fundaciones no tienen finalidades comerciales. Sin embargo, podrán realizar operaciones de esa índole para aumentar su patrimonio, pero los ingresos que obtengan deberán destinarlos exclusivamente a la realización de sus propios objetivos”.⁴⁹ Siendo que éstas son creadas, entonces, con el propósito único de disponer un patrimonio en favor de un interés público, y no para beneficio propio de los fundadores, o bien, de sus administradores.

Debido a la posibilidad de que las fundaciones realicen actividades comerciales y a pesar de que su razón no sea lucrativa, la Procuraduría General de la República ha considerado que, si bien, en tesis de principio éstas no están sujetas al pago de impuestos, establece que sólo aquellas que se dedique a actividades en beneficio en favor de menores de edad, deambulación, riesgo social, protección ambiental entre otras, se encuentran exentas del pago de impuesto de patente comercial municipal, en el tanto las mismas se encuentren inscritas y realicen actividades que sean sin fines de lucro.⁵⁰

Como parte de los beneficios con los que cuentan las fundaciones en el país es que la dotación patrimonial para la creación de fundaciones se encuentra exonerada de

⁴⁹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “N° 5338: Ley de Fundaciones; 28 de agosto, 1973”, San José, 05 de mayo, 2010”, Sinalevi: art. 7. Consultado el 10 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=2683&nValor3=0&strTipM=TC

⁵⁰ Procuraduría General de la República de Costa Rica, “Dictamen C-079-2002; 22 de marzo, 2002, consultado el 20 de marzo 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=11063&strTipM=T

conformidad con el artículo 8 de la Ley de Fundaciones, la cual estipula que los bienes donados a favor de éstas deben de destinarse exclusivamente a los fines que persigue, dejándolas exentas del pago de toda clase de impuestos y de derechos de inscripción. Misma disposición es aplicable para todos aquellos bienes que son donados en favor de las fundaciones, según artículo nueve de la Ley de Fundaciones.⁵¹

Sobre este particular, la Procuraduría General de la República se ha referido estableciendo que la necesidad por parte de las fundaciones de recibir donaciones se debe a que en un principio su actividad comercial está limitada como giro normal de éstas, considerando su calidad de ente privado de utilidad pública y sin ánimo de lucro y que la ley no establece límite para la calidad del donador para las fundaciones, pudiendo ser inclusive una persona internacional. Dicho esto, indicó:

(...) de modo que, a nivel nacional, los entes constituidos como fundaciones no encuentran obstáculo legal para recibir donaciones para el cumplimiento de sus fines, por ende, están autorizados para suscribir contratos de asistencia financieras no reembolsables, en la medida en que esa asistencia sea conforme con los objetivos legales de la fundación que se trate. Puede decirse, entonces, que este cumplimiento del objetivo legal constituye en el único límite para recibir las donaciones.⁵²

En la misma línea de los beneficios que reciben las fundaciones se encuentra en el artículo 10 de la Ley de Fundaciones que establece la exención de pago de derechos

⁵¹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “N° 5338: Ley de Fundaciones; 28 de agosto, 1973”, San José, 05 de mayo, 2010”, Sinalevi: arts: 8 y 9, consultado el 10 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=2683&nValor3=0&strTipM=TC

⁵² Procuraduría General de la República de Costa Rica. “Dictamen C-126-1994; 3 de agosto, 1994”, consultado el 20 de enero 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=2347&strTipM=T

de inscripción, así como también, de impuestos, tanto nacionales como municipales. No obstante, este artículo indica que los impuestos arancelarios no se contemplan como exenciones, salvo los casos en los que el Ministerio de Hacienda así lo determine, considerando la clase de bienes que se trate y el destino que se les dará. Como nota a este artículo el Sistema Costarricense de Información Jurídica establece que:

(NOTA: el artículo 2º, incisos d) y e) de la Ley Reguladora de las Exoneraciones, No. 7293 de 31 de marzo de 1992, concede privilegios sólo a las fundaciones sin fines de lucro que se dediquen a la atención de menores en abandono, de ambulantes o en riesgo social (inciso c). y las dedicadas a la recolección y tratamiento de basura, a la conservación de recursos naturales, ambiente en general, higiene ambiental y salud pública (inciso d), por lo que las exoneraciones no previstas en tales incisos quedaron tácitamente derogadas conforme con el artículo 1º de la Ley 7293 ibídem).⁵³

El artículo once de la ley de fundaciones de Costa Rica es quizá el artículo de la ley que más se ha regulado y modificado a través de la historia. Este artículo establece la disposición sobre la conformación de la Junta Administrativa y de cómo será la forma como se sustituirá ésta. De conformidad con este artículo el fundador en el documento de constitución deberá de nombrar ya sea a un director o a tres, no habiendo una disposición que determine la posibilidad por inclinarse por alguna de las dos opciones, quedando a plena discreción de éste. Una vez determinada la cantidad de directores que será nombrada por el fundador, éste deberá de consignar en el mismo documento cómo serán sustituidos estos directores, así como el procedimiento y plazo en los que se realizará dicho trámite. El artículo once de la ley determina, también, la participación del Poder Ejecutivo y de la Municipalidad del domicilio de la fundación. Sobre esta

⁵³ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "N° 5338: Ley de Fundaciones; 28 de agosto, 1973", San José, 05 de mayo, 2010", Sinalevi: art. 10. Consultado el 10 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=2683&nValor3=0&strTipM=TC, Nota del Sinalevi.

disposición, y específicamente en cuanto al representante del Poder Ejecutivo se han establecido varios decretos que buscan reglamentar este nombramiento, así como los requisitos y obligaciones de la persona en que recaiga éste. Sobre dichas reglamentaciones, el próximo acápite abarca el análisis de dichas disposiciones.

El artículo doce de la Ley dispone la facultad del fundador o fundadores de establecer reglamentaciones para la actividad de la fundación, y en caso de omitirse esta facultad por parte del fundador, podrá la Junta Administrativa disponer de ésta.

Continuando con el tema de los nombramientos por realizarse por el Fundador, se establece en el artículo trece que:

Artículo 13.- El miembro director nombrado por el fundador, o el primero en caso de que sean tres, quedará obligado a convocar a los restantes para que se instalen, dentro del plazo de quince días a partir del momento en que la fundación deba iniciar sus actividades. En este caso no habrá necesidad de publicar ni inscribir la reelección, y para terceros se tendrá por hecha si no consta en el Registro, cambio al respecto.

En la sesión de instalación los directores designarán entre ellos a un presidente de la Junta Administrativa, que durará en sus funciones un año y podrá ser reelecto.

El Presidente tendrá la representación legal de la fundación, con facultades de apoderado general, y estará sujeto a esta ley, a los preceptos constitutivos y reglamentarios de la fundación y a las disposiciones de la Junta Administrativa.

El Presidente podrá sustituir su representación en el delegado ejecutivo, cuando exista, o en otra persona, pero siempre tal sustitución deberá ser aprobada por la Junta Administrativa.⁵⁴

⁵⁴ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "N° 5338: Ley de Fundaciones; 28 de agosto, 1973", San José, 05 de mayo, 2010", Sinalevi: art. 13. Consultado el 10 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=2683&nValor3=0&strTipM=TC

Sobre este artículo se puede discutir varios elementos que rigen la conformación de los directores a nombrarse por el Fundador. Según esta disposición será el primer director nombrado por el Fundador, en el caso de haberse designado tres, quien convoque a los restantes para la instalación de la sesión de la Junta Administrativa. Sobre estos directores, se establece que su reelección no requerirá inscripción ante el Registro Nacional, teniéndose, entonces, frente a terceros que los nombramientos se encuentran vigentes. En relación con este aspecto, el Registro Nacional de Costa Rica ha emitido varias circulares registrales en las cuales indica los requisitos de inscripción, circulares que son analizadas en el presente trabajo de investigación.

C.2) Reglamento a la Ley de Fundaciones y Directrices aplicables a su efecto del Registro Nacional

Actualmente, la Ley de Fundaciones únicamente cuenta vigente el reglamento a su artículo número once, el cual ha sido reglamentado cuatro veces, siendo éste la estructuración y lineamientos para el nombramiento del representante del Poder Ejecutivo para conformar la Junta Administrativa de las Fundaciones.

El primer reglamento al artículo 11 de la ley de Fundaciones entró en vigencia en fecha del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y cinco, en el cual, el Presidente y su Ministro de Presidencia, considerando que hasta ese momento los nombramientos para los representantes del Poder Ejecutivo ante las Juntas Administradoras de las Fundaciones lo realizaba el Presidente de la República junto con el Ministerio de la Presidencia, de conformidad con la Ley de Fundaciones, no obstante, considerando que

el razón de la materia y beneficio de los intereses de los administrados, decretaron que esta función será asumida por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia, lo cual se fundamentó en que este último, es el superior jerárquico del Registro Nacional de Costa Rica.⁵⁵

En el año 2001, el Poder Ejecutivo emitió un nuevo decreto en el cual se reglamentaba de igual forma el artículo once de la Ley de Fundaciones, decreto que, actualmente, no se encuentra vigente. En esta ocasión, se disponía de los lineamientos para el nombramiento del representante del Poder Ejecutivo en las Juntas Administradoras de las Fundaciones. Para lo anterior, el decreto 29494 que entró en vigencia a partir de su publicación en el diario La Gaceta número 95 del dieciocho de mayo del dos mil uno, disponía la necesidad de emitir lineamientos generales que sirvan para adecuar la actuación del representante del Poder Ejecutivo ante las Fundaciones, para lo cual era necesario, y según se motivó este reglamento, se consideró el interés público en las fundaciones, para lo cual se estimó que era necesario reglamentar el proceso de selección y nombramiento del representante del Poder Ejecutivo ante éstas.

Este reglamento regularía no solo el nombramiento del representante del Poder Ejecutivo, sino que también, establecería los parámetros para evaluar el desempeño de éste en las Fundaciones. Dentro de los lineamientos que establecía este reglamento se encuentra el requerimiento de solicitud por escrito por parte de las Juntas Administrativas de las fundaciones ante el Ministro de Justicia, para lo cual era necesario

⁵⁵ Poder Ejecutivo, “Decreto ejecutivo 24333-MP:Regula Designación de Representante del Poder Ejecutivo en Fundaciones; 23 de mayo, 1995”, consultado 28 de marzo, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=20055&nValor3=21352&strTipM=FN

aportar la copia de acta constitutiva de la Fundación, la copia de cédula jurídica vigente de la Fundación por ambos lados, y proponer una terna con los nombres y datos personales de personas interesadas en dicha designación.

Una vez recibida la propuesta por parte de la Junta Administrativa, el Poder Ejecutivo para la designación correspondiente, debía valorar las personas propuestas, así como, cualesquiera otras que considerara idóneas para dicho puesto. Como parte de la regulación de este nombramiento, se establecía que dicho nombramiento debía realizarlo el Poder Ejecutivo dentro del mes siguiente a la solicitud mediante un acto administrativo.

Dentro de las funciones y obligaciones que se establecieron al representante del Poder Ejecutivo mediante el Decreto No. 29494, se encuentran el cumplir con responsabilidad, honestidad y corrección el cargo asignado, así como velar porque la actuación de la Fundación se adecue a su carta constitutiva y reglamentos que la rigen, especialmente porque los fines de ésta se cumplan fielmente. Se establecía la obligación de asistir y participar en las reuniones de la Junta Administrativa, y de remitir al Poder Ejecutivo copia del informe anual que de conformidad con el artículo 15 de la Ley de Fundaciones, debe presentar la Junta Administrativa a la Contraloría General de la República, en el mes de enero de cada año. Como parte de una de sus funciones fiscalizadoras de este personero, se encontraba la obligación de informar al Poder Ejecutivo de cualquier acto que perjudique los intereses del Estado y sus instituciones, así como del manejo que se dé a la administración de los bienes o ayudas estatales, particulares o internacionales que la Fundación reciba.

En los casos en los que este representante del Poder Ejecutivo se ausentase injustificadamente en cinco ocasiones, o bien, incumpliere con alguna de sus obligaciones, le daba la potestad a la Junta Administrativa de solicitar la remoción de éste, siguiéndose un procedimiento administrativo en el cual se reconocía el derecho de audiencia, para que el Poder Ejecutivo resolviera lo pertinente.⁵⁶

El Poder Ejecutivo emitió nuevos lineamientos para adecuar la actuación del representante del Poder Ejecutivo ante las fundaciones mediante el Decreto No. 36363-JP, que fue publicado en La Gaceta número 23 del dos de febrero del año dos mil once.

En este reglamento del año dos mil once, que se encuentra vigente actualmente, establece una serie de requisitos por valorar para la propuesta del Presidente de la Fundación, en la solicitud de nombramiento del representante del Poder Ejecutivo. Según este reglamentó, el representante del Poder Ejecutivo tiene la obligación de rendir una declaración jurada en la cual se indique que éste no guarda relación alguna de parentesco por consanguinidad, o bien, afinidad hasta el tercer grado, con el restante de miembros de la Junta Administrativa de la fundación respectiva, y que al mismo no le afecten las disposiciones prohibitivas establecidas en la Ley de Contratación Administrativa, y la ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública.⁵⁷

⁵⁶ Poder Ejecutivo, "Decreto Ejecutivo N° 29494-J :Reglamento al Artículo 11 de la Ley de Fundaciones; 18 de mayo, 2001", consultado 18 de diciembre 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=46350&nValor3=48918&strTipM=TC (No vigente)

⁵⁷ Poder Ejecutivo, "Decreto Ejecutivo N°36363- JP Reglamentación del Artículo 11 de la Ley de Fundaciones N° 5338 del 28 de agosto de 1973; 02 de febrero, 2011", consultado 13 de marzo 2018,

El Registro Nacional ha sido partícipe de la interpretación de la Ley de Fundaciones. Lo anterior, en cuanto a las disposiciones registrales para la constitución y actualización de nombramientos de directores como para la conformación de la Junta Administrativa.

En acatamiento a lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley de Fundaciones que establece que:

En el documento de constitución se consignará el nombre, domicilio, patrimonio, objeto y plazo de la fundación y la forma en que será administrada⁵⁸, la circular DR-PJ 004-2001, de la Dirección de Personas Jurídicas, establece que con el propósito de disminuir los tiempos de inscripción de los documentos ante el Registro Nacional, aplicable a las fundaciones, se dispone la información que será necesaria que se consigne en los documentos de constitución.⁵⁹

Según esta misma disposición legal, es necesario que se indique en el documento de constitución la siguiente información:

1. Fundador(es)
2. Nombre
3. Domicilio
4. Fines

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=69552&nValor3=83597&strTipM=TC

⁵⁸ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “N° 5338: Ley de Fundaciones; 28 de agosto, 1973”, San José, 05 de mayo, 2010”, Sinalevi: art. 4. Consultado el 10 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=2683&nValor3=0&strTipM=TC

⁵⁹ Registro Nacional de Costa Rica; Registro de Personas Jurídicas, “Circular DR-PJ-004-2001: Asientos de inscripción; 22 de marzo, 2001”, consultado 13 de mayo, 2018, https://www.rnpdigital.com/personas_juridicas/documentos/circular/Circulares%202001.pdf

5. Plazo
6. Patrimonio
7. Sistema de administración y plazos
8. Representación
9. Forma como serán sustituidos los directores
10. Indicación de la existencia de otros personeros (delegado ejecutivo)
11. Nombramiento de Directores.⁶⁰

En ese mismo sentido, y con el propósito de regular la constitución e inscripción de una fundación en el Registro Nacional, este órgano administrativo, emitió la circular registral DJP-005-2016, la cual dispone que:

al realizar la inscripción de constitución de una fundación, acorde con lo establecido por la Ley No.5338, el registrador debe realizar la captura del nombre correspondiente al fundador o fundadores, ya sea persona física o jurídica, asignándole el cargo de "fundador" en el Sistema Automatizado de Personas Jurídicas, conforme lo establece los artículos 65, 66, y 67 del Reglamento del Registro Público, Decreto Ejecutivo No. 26771-J. El nombramiento será por el mismo plazo establecido para la fundación.⁶¹

Por otra parte, con el fin de hacer más completa la regulación en torno a las fundaciones, se promulgó la a circular registral DJP-006-2016 del 19 de julio de 2016, que establece los lineamientos más actualizados en cuanto a los criterios que deben de seguirse en el momento de la calificación e inscripción de documentos referentes a las fundaciones.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Registro Nacional de Costa Rica; Registro de Personas Jurídicas; "Circular DPJ-005-2016: Captura del nombre o denominación de los fundadores en el Sistema de Inscripción"; 17 de junio, 2016, consultado el 15 de marzo, 2018, https://www.rnpdigital.com/personas_juridicas/documentos/circular/Circulares%202016.pdf

La circular mencionada dispone: “con la finalidad de evitar inconsistencias en la calificación, inscripción y traslado de Fundaciones, así como lograr la homologación de criterios y por ende optimizar la exactitud en la publicidad registral, garantizado así la seguridad jurídica; en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley de Fundaciones, No. 5338”.⁶²

En esta circular, se detalla cada uno de los requisitos que fueron establecidos por la circular 004-2001 citada anteriormente. La circular en cuestión establece que deberá de aportarse la información de quién es el Fundador, si se trata de una o varias personas, físicas o jurídicas. En cuanto al nombre de la entidad, indica dicha circular que podrá consignarse en cualquier idioma, más deberá de indicarse su respectiva traducción, y será sujeto a revisión con el fin de evitar similitudes, de conformidad con la Ley de Marcas, pero solo con respecto de otras fundaciones. Por otra parte, sobre el domicilio se establece que éste podrá ser cualquier dirección exacta en donde sea posible la entrega de notificaciones válidamente. Con respecto del fin que cada una de las fundaciones debe de perseguir, la circular de marras establece que éste debe de ser sin fin de lucro, y que debe de perseguir el objetivo de ayudar a realizar actividades educativas, artísticas, benéficas, literarias, y en general, toda aquella que busque el bien social, no obstante, que éstas podrán realizar actividades que les permita alcanzar sus fines incluyendo actos lucrativos como lo es comprar, vender, hipotecar, etc.

⁶² Registro Nacional de Costa Rica; Registro de Personas Jurídicas; “Circular DPJ-006-2016:Calificación e inscripción de Fundaciones”; 19 de julio, 2016, consultado el 13 de mayo 2018, https://www.rnpdigital.com/personas_juridicas/documentos/circular/Circulares%202016.pdf

La circular DPJ-006-2016 anteriormente mencionada, establece también los detalles de aspectos de la constitución de fundaciones que deben de ser considerados. Sobre el plazo, establece que debe de indicarse si el mismo es perpetuo o definido. En cuanto al patrimonio, la circular establece que estará conformado por la donación que realicen los fundadores. En virtud de que no se trata de pago de capital, no implica realización de aportes por cada constituyente (como en las sociedades mercantiles), bastará con que sólo uno de los fundadores realice la erogación, además cabe indicar que no cuenta con ningún tipo de representación mediante títulos.⁶³

El sistema de administración y plazos de las fundaciones, también, se encuentran descritos dentro de la Circular DPJ-006-2016. Sobre éste, se dispone que en el documento de constitución de una fundación debe de indicarse que la misma será administrada por el órgano denominado Junta Administrativa, la cual deberá de conformarse por 1 ó 3 directores elegidos por el fundador o los fundadores, indicando el plazo que estos se encontrarán en sus cargos como directores, y en conjunto con estos, debe de indicarse que estará conformado a su vez por el Representante del Poder Ejecutivo y del Representante de la Municipalidad del domicilio de la fundación, quienes deberán ser nombrados en acto posterior, teniendo con plazo para sus cargos lo que indique la institución respectiva que se encuentre encargada de realizar los nombramiento de estos dos cargos. Sobre esta misma disposición, la circular establece que:

además del presidente, en los estatutos podrá designarse otros cargos tales como vicepresidente, secretario, tesorero, etc.; de ser así deberá designarse el plazo de duración de dichos cargos. El presidente, así como cualquier otro cargo

⁶³ Ibid.

que fuese creado en los estatutos, será nombrado en acto posterior (nunca en la constitución), designado entre todos los directores que hayan sido nombrados, incluyendo los representantes estatales.⁶⁴

Con respecto de los directores, la circular DPJ-006-2016, establece que como parte de los estatutos se debe de indicar el mecanismo mediante el cual se sustituirán los directores nombrados por el fundador, y dispone que cualquiera será válido, siempre y cuando no atente contra la normativa y la moral.⁶⁵

Como parte de los nombramientos que puede realizar una fundación se encuentra el cargo del delegado ejecutivo, sobre el cual, la circular DPJ-006-2016 hace referencia al indicar que "la junta administrativa podrá nombrar sólo un delegado ejecutivo, otorgándole las facultades que estime convenientes, inclusive las que establece el artículo 1253 del Código Civil, pudiendo recaer dicho nombramiento en un tercero o en un miembro de la Junta Administrativa. De igual forma la Junta Administrativa puede nombrar apoderados con facultades que estime conveniente, aun y cuando los estatutos sean omisos al respecto. Conforme lo establecido en el artículo 14 de la Ley de Fundaciones, el nombramiento del delegado ejecutivo podrá establecerse o no, en el estatuto de la fundación."⁶⁶

⁶⁴ Registro Nacional de Costa Rica; Registro de Personas Jurídicas; "Circular DPJ-006-2016:Calificación e inscripción de Fundaciones"; 19 de julio, 2016, consultado el 13 de mayo 2018, https://www.rnpdigital.com/personas_juridicas/documentos/circular/Circulares%202016.pdf

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

Por último, en cuanto a lo dispuesto por la circular DPJ-006-2016, se encuentra lo indicado sobre la inscripción y captura de datos, que trata de las disposiciones que deben de seguir los registradores en el momento de digitalizar los datos de las personas que fueron designadas como directores y/o representantes, delegado ejecutivo, así como los cargos para conformar la Junta Administrativa de la Fundación. Al finalizar, esta circular hace mención sobre el estudio de las actas que buscan inscribir los nombramientos de los directores, disponiendo que los registradores deberán de verificar si efectivamente los nombramientos se están realizando de conformidad con lo dispuesto por los estatutos de la fundación.⁶⁷

CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO:

Sobre este capítulo se concluye que las fundaciones han ido adquiriendo personalidad y características que la diferencian de otras figuras jurídicas creadas con el fin de administrar un patrimonio, lo cual se analizará a profundidad en el tercer capítulo de este trabajo de investigación. Sobre el particular tema de las fundaciones en Costa Rica se hace notar que esta figura requiere de una actualización y detalle en su cuerpo normativo que le permita acoplarse a las necesidades actuales de un ente jurídico con vida propia que requiere flexibilidad en el manejo de su administración y dirección, que de acuerdo con la ley actual es rígida y, a su vez, escueta, dejando sin analizar y determinar aspectos como lo son las tomas de decisiones, actualización de nombramientos, imposibilidad de administración, fundaciones públicas, entre otras. Por lo que queda en evidencia la necesidad de tomar como ejemplo las modificaciones y

⁶⁷ Ibid.

regulaciones actuales de esta figura y acoplarlas a las necesidades que se requieren en la actualidad, así como ser más llamativas para su utilización en Costa Rica.

CAPÍTULO II: LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO A LA LUZ DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL

RESUMEN DEL CAPÍTULO:

Tal y como se verá en el desarrollo de la presente investigación, si bien, existen en el ordenamiento jurídico costarricense otras figuras para la solución de problemas de distribución patrimonial y con fines hereditarios, como lo son las sociedades mercantiles, o contratos como lo son el de fideicomiso, se analizará en el presente acápite una figura que no existe, actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico; ésta es la fundación de interés privado.

En el presente capítulo, se procederá a realizar una referencia del nacimiento de la figura de la fundación de interés privado y su desarrollo histórico, así como un análisis genérico y pormenorizado de la figura a través de un análisis de derecho comparado de la definición, las características comunes y fines para los cuales se ha utilizado esta figura. Lo anterior, con el propósito de poder entender la relevancia que ha tenido la FIP para estos ordenamientos, y conocer su posible aplicabilidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, se buscará el estudio de la naturaleza jurídica, de los órganos que la conforman, así como un examen comparativo de los ordenamientos en los que se ha aplicado, con el fin de demostrar que la figura, podría ser funcional en el ordenamiento

jurídico costarricense para los fines supra indicados, tales son: funcionar como instrumento de planificación económica y fiscal; planificación sucesoria en relación con la transmisión de bienes a los beneficiarios de ésta; control de acciones de otras empresas; y protección de bienes o activos, al crear un patrimonio autónomo al del fundador.

Es, por lo anterior, que se es necesario conocer las características que tienen las FIP y pasar a describir los tres sistemas jurídicos donde se ha aplicado en mayor medida ésta.

Según se indicó supra se partirá de un examen de lo general a lo específico y se analizarán en especial, la Ley de Fundaciones de Interés Privado de Panamá, el marco regulatorio de las Fundaciones de interés privado en Liechtenstein y por último el desarrollo de la Ley de Belice.

SECCIÓN A: LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO EN GENERAL

A.1) Definición y desarrollo histórico

La figura de la fundación de interés privado es una combinación entre una sociedad mercantil y un contrato de fideicomiso. Se dice que es un híbrido entre ambos institutos jurídicos, porque, por un lado, posee personalidad jurídica, y por el otro, es un medio que tiene por objeto de administrar un patrimonio que le será otorgado en el acto fundacional.

Como se verá en la presente investigación, es un concepto jurídico innovador que ha revolucionado y cambiado en otros ordenamientos jurídicos la manera de administrar

bienes, sucesiones, y testamentos. Así también, ha servido como medio de planificación fiscal, que compite con otros instrumentos jurídicos como los son los fideicomisos del Common Law.

Ya el estudio histórico genérico de la figura fundación fue realizado en el capítulo primero de la presente investigación, por lo que se procederá a analizar el desarrollo que la figura ha tenido en particular la FIP.

Siguiendo esta línea de pensamiento se puede observar lo indicado por Vásquez Alvarado (2011), quien analiza la teoría de que los romanos no conocieron en ningún momento la personalidad jurídica a las instituciones de caridad. Para ellos, solamente existieron los administradores y empleados quienes actuaban como propietarios de los bienes sujetos a unas condiciones de administración y destinación encomendadas por el donante y sujetos a la obligación de no disponer de ellos en contra de los donantes y bajo la supervisión de la Iglesia Católica.⁶⁸

Uno de los últimos antecedentes de la figura de la Fundación de interés privado, entonces, es su homólogo en Liechtenstein. Dicho esto, remite Vásquez en su tesis de maestría sobre este particular:

El fenómeno de la incorporación de la figura de la fundación de interés proviene del Principado de Liechtenstein. El régimen relativo a las fundaciones y a las personas jurídicas fue una construcción de derecho comparado originada ya en los años 1888-1973, por los juristas Emil Beck y Wilhem Beck tomando los principios del Die Treuhand (Der Trust) bajo inspiración del profesor de Fribourg

⁶⁸ En este sentido véase: Eliécer Vásquez Alvarado, “El fideicomiso y la fundación de interés privado el problema de la elección de la Ley Aplicable” (Tesis para optar por el grado de Maestría en Derecho, Universidad de Panamá, República de Panamá, 2011), 62-63.

Adolf Schnitzer divulgador de la doctrina helvética de las obligaciones (...) La fundación de Liechtenstein equivale en el derecho continental o derecho civil romano-germánico a lo que es el trust anglo-normando del derecho inglés sin soslayar las sutiles diferencias de grados que puedan existir en dichos institutos(...).⁶⁹

En la misma línea, analiza Markus Wanger que el antecedente de las Fundaciones de Interés privado a como se conoce hoy, es la figura surgida en el Principado de Liechtenstein en el año 1926:

El patrimonio autónomo fue reemplazado por el concepto legal de Fundaciones en Alemania en los años 20 del Siglo 20. Bajo este concepto, la propiedad no es detentada por una persona natural, si no por una persona jurídica, que es la propia Fundación, la cual es organizada como una compañía. Suiza se convirtió en el Líder dentro del campo introduciendo el Derecho Civil y la institución de las Fundaciones. Liechtenstein siguió el modelo Suizo cuando introdujo la Ley de Personas y Sociedades en 1926. Panamá introdujo su Ley de Fundaciones en 1995 usando principalmente la Ley de Liechtenstein como base, e incluyó elementos de la Ley Anglosajona.⁷⁰

Una vez realizado el recuento de los principales antecedentes históricos de esta entidad legal, se debe indicar sobre la definición de la Fundación de Interés Privado, lo remitido por el autor Estribi Chavarría, quien indica que ésta es el acto por el cual: “una persona (natural o jurídica) “funda” a otra persona (jurídica) a la cual traspasa o cede bienes de

⁶⁹ Ibid., 66-67

⁷⁰ Markus Wanger, “La Ley Panameña de Fundaciones de Interés Privado; Un *Comentario para Profesionales con Estatutos y Regulaciones proporcionadas por OMC, y Tratados sobre Liechtenstein, Volumen 25*. Liechtenstein: Wanger Global, 2012: 25, consultado 20 de enero 2018, http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=tl_files/media/downloads/Ley%20Panamena%20de%20Fundaciones%20de%20Interes%20Privado%20-%20Comentario.pdf

su propiedad, para que ésta a su vez los administre y proteja a favor de ciertos beneficiarios, quienes han sido nombrados por quien la funda”.⁷¹

Como se verá adelante en la investigación, esta persona jurídica comparte muchas de las características de otras figuras que regulan el comercio a nivel internacional y que han sido adoptadas por el ordenamiento jurídico costarricense, como lo son las sociedades mercantiles y los fideicomisos. Sobre el particular indica Fábrega:

Con la Fundación de Interés Privado se ha pretendido conjugar en un solo instrumento legal los propósitos que persiguieron en un inicio el testamento, el fideicomiso o “trust” anglosajón y la sociedad anónima como vehículos para la planificación patrimonial y la sucesión hereditaria. El testamento ha sido el medio legal por tradición para suceder. La figura del fideicomiso como instrumento alternativo surge después como un modo privado para disponer de un patrimonio a través de su administrador sin tener que recurrir a trámite judicial, público que impone la sucesión. La pérdida de inmediatez en el manejo del patrimonio que el fideicomiso ocasionaba le abrió el paso a la sociedad anónima, que permitía disponer indirectamente de los activos traspasados al ente legal mediante la emisión de acciones al portador y su libre transferencia con la simple entrega, o nominativas endosadas por adelantado a los herederos. Ello, sin embargo, en no pocas ocasiones ha generado conflictos por la apropiación indebida de las acciones y la pérdida de la propiedad por el causante como titular originario.⁷²

De lo anterior, se puede indicar que la Fundación de interés privado se convierte en una versátil figura y de alta aplicación en países como el Principado de Liechtenstein y Panamá. Adicionalmente, se puede observar que en los ordenamientos que se aplica,

⁷¹ Heriberto Estribi Chavarría, *Fundaciones de Interés Privado; Guía Práctica* (Panamá: Litho Editorial Chen, 2002), 15.

⁷² Juan Pablo Fábrega Polleri, “La Fundación de interés privado panameña como vehículo para planificación patrimonial y sucesión hereditaria: Tercera Edición” (Monografía inédita, Panamá, 2017), 9-10.

se deberán de seguir una serie de pasos para su constitución y características similares que van a ser analizadas dentro del presente acápite, para tres casos específicos, según derecho comparado.

A.2) Naturaleza jurídica y características

En los ordenamientos en los que se encuentra regulada la FIP, como se verá posteriormente en la investigación, ésta constituye una persona jurídica, conocida en otros ordenamientos como ficticia o moral. No obstante, como ya se ha indicado también, éstas no se introducen dentro de la clasificación de sociedades comerciales o mercantiles, ni en las asociaciones y cooperativas. En este caso su nacimiento, parte de la voluntad de un particular, denominado fundador, quien, mediante un acto jurídico unilateral, crea esta persona jurídica un patrimonio autónomo que cumpla los fines indicados en el acta fundacional y sus reglamentos.

Se deben analizar obligatoriamente las características que tienen las FIP, que son las siguientes:

a) Posee personalidad jurídica

La FIP es una persona jurídica, por lo tanto, posee la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones. Indica Fábrella Poller, sobre el tema de la personalidad jurídica estas entidades:

La Fundación de Interés Privado no es, en consecuencia, una entidad de naturaleza mercantil, por lo que no queda sometida a las normas del derecho comercial y civil que regulan a las personas jurídicas en su capacidad legal, constitución y órganos de administración; el este legal se regirá en estas materias por las disposiciones de la Ley. Como sujeto de derechos, tendrá que cumplir con las disposiciones legales

que regulen lo atinente al perfeccionamiento, formalización y ejecución de los actos jurídicos o contratos de que sea parte, que bien pudieran ser de naturaleza mercantil por la materia objeto de la transacción, para el cumplimiento de sus fines.” (el subrayado es nuestro).⁷³

De la cita anterior se analiza que, si bien, posee personalidad jurídica como se verá desde la inscripción en el Registro respectivo, ésta no será en definitiva una entidad de naturaleza mercantil, y que ésta, según el ordenamiento jurídico panameño no quedará sometida a las normas de derecho comercial y civil.

b) Crea un patrimonio separado del de los fundadores

Según indica Estribi Chavarría, se puede definir al patrimonio de la fundación como “los bienes, sean estos muebles (ej. Obras de arte, cuentas bancarias) o inmuebles (ej. Fincas o apartamentos) que serán dados en propiedad y administración a la fundación”.⁷⁴

Siguiendo esta línea de pensamiento, se puede observar como característica de las Fundaciones de Interés Privado, que éstas crean un patrimonio autónomo al del fundador. Este patrimonio se utilizará para los cuales se funda. Se debe de recordar que en el momento que los bienes son transferidos a la fundación, serán propiedad de esta persona jurídica. Indica Estribi Chavarría: “Recordemos que la fundación es una persona jurídica (...) diferente de la figura del fundador o al tercero que ceda bienes, y

⁷³ Ibid., 9.

⁷⁴Heriberto Estribi Chavarría, Fundaciones de Interés Privado; Guía Práctica (Panamá: Litho Editorial Chen, 2002), 17.

por lo tanto, todos los bienes que de “forma correcta” sean transferidos a la fundación son de su propiedad privada”.⁷⁵

c) No posee fines de lucro

Según lo indicado por Estribi Chavarría, siguiendo la línea de la Ley panameña de Fundaciones de interés privado, éstas no pueden tener dentro de sus objetivos, el de realizar una actividad comercial lucrativa.⁷⁶ No obstante, esta limitante indica el mismo autor, puede ser flexible en dos circunstancias:

La primera, en actividades mercantiles no habituales:

(...) el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 25 permite que una fundación realice que una fundación realice “algunas” actividades comerciales, siempre y cuando dicho acto de comercio sea “accidental” (artículo 30, Ley 25), no se dé con “habitualidad” ni “profesionalismo (artículo 28, Código de Comercio), y que el producto económico de dicho acto se utilice con el fin de cumplir los objetivos establecidos en la Fundación.⁷⁷

La segunda posibilidad en la que se flexibiliza el no ánimo de lucro de las Fundaciones de Interés Privado es cuando ésta es propietaria de títulos valores. Según lo indicado por este mismo autor, esta actividad será aceptada cuando los beneficios provenientes

⁷⁵ Ibid., 38.

⁷⁶ Ibid., 36.

⁷⁷ Ibid.

de los títulos que ejerza la fundación sean dedicados exclusivamente al cumplimiento de sus fines.⁷⁸

d) El interés privado

A diferencia de la Fundación tradicional de interés público, la FIP es creada para beneficiar o favorecer a una persona cualquiera, sea una familia, herederos, una empresa (conservando el atributo del no ánimo), así como que no se da una intervención directa del Estado para su creación.

Si bien, se ha tratado de ver a la Fundación de Interés Privado como una figura que se presta para actividades ilícitas como lo son el blanqueo de capitales, retención indebida de capitales y ocultamiento de estos, se debe indicar que las figuras legales, nunca se crearán con fines ilícitos o que sean contrarios, la moral o al orden público. Dicho esto, indica Wanger: “Ni en Panamá ni en ninguna otra jurisdicción, fue la intención del legislador que las Fundaciones y los Fideicomisos fueran instrumentos para lavado de dinero, evasión fiscal o fraude, para grupos financieros dudosos o el crimen internacional. Sin embargo, se han dado abusos en el pasado”.⁷⁹

⁷⁸ Ibid., 37

⁷⁹ Markus Wanger, “La Ley Panameña de Fundaciones de Interés Privado; Un *Comentario para Profesionales con Estatutos y Regulaciones proporcionadas por OMC, y Tratados sobre Liechtenstein, Volumen 25*. Liechtenstein: Wanger Global, 2012: 25, consultado 20 de enero 2018, http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=tl_files/media/downloads/Ley%20Panamena%20de%20Fundaciones%20de%20Interes%20Privado%20-%20Comentario.pdf

Adicionalmente, Fábrega, analiza:

Advertimos que esta figura jurídica no pretende servir de instrumento para estructurar operaciones ilícitas o el resguardo bienes mal habidos. Panamá cuenta con estrictas regulaciones que demandan a los abogados realizar diligencias investigativas sobre las personas que estarán asociadas con la creación de una Fundación de Interés Privado, con la finalidad de procurar que la plataforma internacional de servicios que ofrece el país sea utilizada para propósitos legítimos”.⁸⁰

En relación con lo anterior, se puede observar que desde la misma Ley de Fundaciones de Interés Privado de Panamá incluye en su artículo 16, la remisión a que el patrimonio de la fundación puede originarse en cualquier negocio jurídico lícito. Adicionalmente, en este mismo cuerpo legal, el artículo 18 inciso 2), analiza la responsabilidad del Consejo de Fundadores para que se cumplan los objetivos de la fundación y que estos no sean contrarios a la ley, la moral, las buenas costumbres o al orden público.

Existen así, también, disposiciones bancarias, dentro de las que se puede referir el acuerdo No. 005-2015 de la Superintendencia de Bancos⁸¹, que indica las medidas para la prevención del uso indebido de los servicios brindados por otros sujetos obligados

⁸⁰ Juan Pablo Fábrega Polleri, “La Fundación de interés privado panameña como vehículo para planificación patrimonial y sucesión hereditaria: Tercera Edición” (Monografía inédita, Panamá, 2017), 2.

⁸¹Superintendencia de Bancos de Panamá, “Acuerdo No. 005-2015 : Prevención del uso indebido de los servicios brindados por otros sujetos obligados bajo la supervisión de la Superintendencia de Bancos, 26 de mayo, 2015, consultado 24 de mayo 2018, https://www.superbancos.gob.pa/superbancos/documentos/leyes_y_regulaciones/acuerdos/2015/Acuerdo_05-2015.pdf

bajo la supervisión de la Superintendencia de bancos. Este acuerdo indica algunas disposiciones particulares en relación con las fundaciones de interés privado.⁸²

Lo anterior, demuestra el deber Estatal que existe, desde la constitución de la Fundación de Interés Privado, con el fin de que se respeten los principios sociales y que las acciones que sean llevadas a cabo por ésta sean consecuentes con las buenas costumbres y el orden público.

A.3) Organización

En relación con este punto, y tal como se desarrollará ampliamente en el capítulo de derecho comparado, poseerá la Fundación de Interés Privado una serie de actores importantes, tales son; el fundador quien mediante su voluntad unilateral crea a la fundación, así como los beneficiarios quienes recibirán los frutos de los fines estatuidos por el Acta Fundacional.

Así también, dentro de sus órganos se pueden encontrar un Consejo de Fundación que será el que administre la fundación y cumpla con los fines que tendrá ésta.

En adición a lo anterior, en la Fundación de interés privado, se puede encontrar un órgano fiscalizador, al que se le encargará una función de vigilancia y residual en la cual

⁸²⁵. Identificación del último beneficiario: Los sujetos obligados deberán tomar medidas razonables para identificar al beneficiario final usando información relevante obtenida de fuentes confiables. (...) En el caso de personas jurídicas, como por ejemplo fundaciones de interés privado, organizaciones sin fines de lucro u otras, cuyos beneficiarios finales no puedan ser identificados mediante la participación accionaria, el sujeto obligado deberá asegurarse de obtener un acta, certificación o declaración jurada debidamente suscrita por los representantes o personas autorizadas, donde se detalle el o los beneficiarios finales con un porcentaje igual o mayor al diez por ciento (10%). Cuando el sujeto obligado no haya podido identificar al beneficiario final se abstendrá de iniciar o continuar la relación de negocio o efectuar la transacción en caso que persista la duda sobre la identidad del cliente o el beneficiario final.

tendrá suficientes poderes para nombrar miembros del Consejo Fundación sustitutos y de tomar acciones necesarias para la consecución de los fines de la Fundación cuando el primero no actúe de manera debida.

SECCIÓN B: FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO EN OTRAS LEGISLACIONES

De previo a confrontar a la FIP con otras figuras legales que existen para la disposición patrimonial, tal y como se realizará en el próximo acápite de la presente investigación, es importante partir de la experiencia del estudio de la Fundación de Interés Privado en otras legislaciones.

Por esta razón, se realizará en el presente acápite un estudio de derecho comparado con las figuras legales que han tenido mayor desarrollo, y que actualmente, regulan- con sus particularidades- sistemas homólogos al que representará la FIP, y que servirán de base, con el propósito de conocer las características de estas figuras, con el fin de que éstas sean incluidas en la propuesta de modificación al actual Proyecto de Ley, que será discutido en el capítulo III de la presente investigación, y en el cual se llevará a cabo una aplicación real de estas características dispuestas por la doctrina y por los antecedentes de otras legislaciones.

Manuel José Rufas se refiere a este tema, e indica:

En muchos países es posible constituir una fundación privada. Esta figura existe por ejemplo, (aparte de en Panamá o Liechtenstein), en Suiza, Austria, Holanda, Suecia o incluso en los Estados Unidos, por citar tan solo algunos países, pero sólo en unos pocos lugares se ha desarrollado una legislación específica, que ofrece todas las garantías legales y que permite su utilización de manera eficaz por ciudadanos extranjeros que desean

emplearlas como alternativa a la figura del trust o del fideicomiso. Veamos las más populares: La fundación de Liechtenstein (Stiftung). Tradicionalmente la más popular y reconocida. Existe desde 1926. El establecimiento de Liechtenstein (Anstalt). Una variante consistente en una entidad híbrida entre una fundación y una sociedad mercantil. **Muy similar a la Stiftung, pero permite además realizar actividades de comercio. La Fundación de Interés Privado (FIP) de Panamá.** Las fundaciones panameñas, inspiradas en la Stiftung de Liechtenstein, incorporan algunas innovaciones. Su menor coste y menores requerimientos de capital las han hecho crecer en popularidad. **Las fundaciones caribeñas de Belice y otros territorios offshore caribeños. Hay determinadas islas del Caribe, territorios offshore cualificados en este aspecto, donde también han florecido las fundaciones privadas. Tras el éxito de las anteriores jurisdicciones, otros pequeños paraísos fiscales empezaron a aprobar legislaciones ad hoc sobre el particular, y así, ya cuentan con variantes de fundaciones privadas las islas de St. Kitts y Nevis, las Bahamas, las Antillas Holandesas o Belice.** Sin embargo, con la excepción de Belice (que va avanzando en este peculiar mercado, dado su especial nivel de protección jurídica), ninguna de las demás está alcanzando de momento la popularidad de las fundaciones inicialmente mencionadas.⁸³ (la negrita y el subrayado son propios).

De la anterior cita se puede extraer fácilmente, que la constitución de figuras homólogas a lo que se conoce y se analizará como la Fundación de interés privado, cada vez es más común y que la figura posee características que la han hecho exitosa.

B.1) El Caso de Panamá

a) Historia de la creación de las Fundaciones de Interés Privado y su situación actual

Panamá tiene la ley de Fundaciones más flexible que hay disponible. Está basada en la vieja Ley de Fundaciones de Liechtenstein. Adicionalmente, está influenciada por la ley

⁸³ Manuel José Rufas Vallés, "Análisis de figuras similares al trust anglosajón: las Fundaciones de Interés Privado de Panamá y los Stiftung y Anstalt de Liechtenstein; Los fideicomisos latinoamericanos", *Cuadernos de Formación*, Vol. 21 (2017):284, consultado 20 de mayo, 2018, http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/2017_21_20.pdf

Anglosajona de Fideicomiso. Gracias a su flexibilidad, cualquier forma y tipo de Fundación podrá ser constituida: Más protección para el Fundador, los beneficiarios, los acreedores, los herederos, etc. Cualquiera que sea la intención del Fundador es posible realizarlo.⁸⁴

En el presente sub acápite se realizará un análisis detallado de este cuerpo legal por cuanto ésta es la base y uno de los países que han promulgado este tipo de regulación tomando como base la figura de la fundación, utilizada en Liechtenstein.

Panamá ha basado su Ley de Fundaciones en muchos otros modelos. Sin embargo, adoptó, principalmente, la vieja Ley de Fundaciones de Liechtenstein determinada en la Ley de Personas y Compañías, enero 20, 1926.⁸⁵ Posteriormente en el año 1995, la Asamblea Legislativa de Panamá promulgó, la Ley No. 25, que regula desde ese momento a la FIP. La figura de las Fundaciones de Interés Privado, según se observará en el presente apartado de la investigación, es altamente utilizada en el ordenamiento jurídico panameño.

Según datos oficiales del Registro Público de Panamá⁸⁶, hasta el mes de abril del año 2018, se han inscrito un total de 765 de Fundaciones de Interés Privado, y se han

⁸⁴ Markus Wanger, “La Ley Panameña de Fundaciones de Interés Privado; Un Comentario para Profesionales con Estatutos y Regulaciones proporcionadas por OMC, y Tratados sobre Liechtenstein, Volumen 25. Liechtenstein: Wanger Global, 2012: 21, consultado 20 de enero 2018, http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=tl_files/media/downloads/Ley%20Panamena%20de%20Fundaciones%20de%20Interes%20Privado%20-%20Comentario.pdf

⁸⁵ Ibid., 24.

⁸⁶ Registro Público de Panamá, “Número de Fundación de Interés Privado Inscritos y disueltos 2017”, consultado 20 de mayo 2018, <https://www.registro-publico.gob.pa/estadisticas/funpri.php>

disuelto 343.⁸⁷ En comparación para este mismo periodo se han creado 4508 Sociedades Anónimas y se han disuelto 2693. Este número representa un 16,9% del total de Sociedad Anónimas Inscritas. Otro ejemplo del gran uso que se le ha dado a la figura se encuentra para el año 2017 donde se inscribieron 2,517 fundaciones de interés privado y se disolvieron 1,366. Este número representa para este mismo periodo un 16,33% de la constitución de Sociedades Anónimas.

b) Concepto y naturaleza jurídica de la Fundación de Interés Privado en Panamá

La figura de la Fundación de Interés Privado en el ordenamiento jurídico panameño se encuentra regulado por el artículo 39 de la Constitución Política de la República de Panamá que permite formar asociaciones y fundaciones que no contravengan la moral, o el ordenamiento legal, sujetas a su reconocimiento como personas jurídicas, por la Ley No. 25, dictada por la Asamblea Legislativa de ese país y promulgada el 12 de junio de 1995. Adicionalmente, se complementa la regulación de la figura con el Decreto Ejecutivo 417 del año 1995, por el cual se crea en la Dirección General de Registro Público la Sección de Fundaciones de Interés Privado y Reglamenta la Inscripción, modificación y extinción de dichas fundaciones.

Posteriormente y de reciente data, también se puede observar que Panamá adoptó en su ordenamiento jurídico el Decreto Ejecutivo No. 62, del 30 de marzo de 2017⁸⁸, el cual

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ministerio de Gobierno, República de Panamá “Decreto Ejecutivo No. 62 del 30 de marzo, 2017”. Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Panamá del día 31 de marzo, 2017. Consultado, 19 de mayo, 2018, https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28249_A/GacetaNo_28249a_20170331.pdf (Considerando Primero)

viene a reglamentar a las Asociaciones y Fundaciones de Interés Privado sin fines de lucro, y derogó los Decretos Ejecutivos: No. 524 de 31 de octubre de 2005, el 627 de 26 de diciembre de 2006 y No. 615 de 12 de julio y deja sin efecto el Resuelto No 30-R-10 de 16 de febrero de 2012.

Las Fundaciones de Interés Privado no se deben confundir con las fundaciones de interés público o asociaciones sin ánimo de lucro. Indica sobre el particular Fábrega⁸⁹:

Las Fundaciones de Interés Privado no deben confundirse con las fundaciones de interés público o asociaciones sin ánimos de lucro, que suelen ser entes jurídicos no estatales comprendidos dentro de las denominadas “organizaciones no gubernamentales” u “ONG’s”, que procuran propósitos de interés público; humanitarios o de filantropía y de desarrollo de actividades de bienestar social, y cuya constitución y personería jurídica en Panamá está sujeta a reconocimiento por el Órgano Ejecutivo.⁹⁰

Siguiendo lo indicado por Fábrega Poller, se puede extraer que ésta puede ser definida como:

un ente legal con existencia propia y capacidad para ser sujeto de derechos y contraer obligaciones, que nace a la vida jurídica por ficción de la Ley con la adopción de su documento constitutivo –el “Acta Fundacional”- por o en representación de un Fundador y su posterior inscripción en el Registro Público de Panamá, a fin de que su órgano de administración -el “Consejo de la Fundación”- disponga del patrimonio que adquiere la Fundación, ya del Fundador o de terceros, conforme a los parámetros que establezca el documento de constitución u otro de carácter privado -el “Reglamento”-, en provecho de las personas nombradas como beneficiarias de la Fundación.⁹¹

⁸⁹ Juan Pablo Fábrega Polleri, “La Fundación de interés privado panameña como vehículo para planificación patrimonial y sucesión hereditaria: Tercera Edición” (Monografía inédita, Panamá, 2017),8.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid.,6-7.

Otra definición que se puede observar la señala Vásquez E. citando a Pérez Ferreira. Estos autores definen a una Fundación de Interés Privado como: “la dotación o donación de un patrimonio para unos objetivos o fines determinados en un documento denominado acta fundacional.”⁹²

Si bien, ya se logró definir a la FIP, según lo que indican varios autores, es menester hacer la aclaración que no existe definición legal de la FIP, en la Ley panameña. La Ley No. 25 no define expresamente esta figura.

Dicho esto, para poder definir ésta, se deberá partir de un análisis de las mismas características que este cuerpo legal antes descrito provee. Se debe hacer la anotación que las definiciones doctrinarias supra indicadas, examinan que las Fundaciones de Interés Privado nacen a la vida por la adopción del Acta Fundacional y su posterior inscripción en el Registro Público de Panamá.

No obstante, con la promulgación de Decreto Ejecutivo No. 62 del 30 de marzo de 2017, publicado en la Gaceta oficial de la República de Panamá, con fecha de 31 de marzo de 2017 se modifica en parte esta definición. Esto al incluir a las Fundaciones de Interés Privado sin fines de lucro dentro de la definición de Organizaciones sin fines de lucro- en adelante “OSFL”, y solicitar para la obtención de la personalidad jurídica de estas

⁹² Eliécer Vásquez Alvarado, “El fideicomiso y la fundación de interés privado el problema de la elección de la Ley Aplicable” (Tesis para optar por el grado de Maestría en Derecho, Universidad de Panamá, República de Panamá, 2011),8.

fundaciones un reconocimiento por parte del Ministerio de Gobierno, elemento que no fue necesario previo a este Decreto.

Por este hecho, las fundaciones de interés privado sin fines de lucro fueron incluidas dentro de las “OSFL”, según se analizó supra. Se puede definir una “OSFL” en los términos del artículo segundo del Decreto No. 62 de marzo de 2018⁹³. Este artículo indica:

aquella entidad de carácter privado, no partidista, que conforme a su naturaleza no recibe beneficios patrimoniales personales, por lo que sus ingresos no pueden ser distribuidos entre sus fundadores, miembros y/o directores, sin que ello le establezca una limitación a su capacidad de contratar a éstos u otro personal, en labores específicas o de prestación de servicios.

En caso de que no se constituya una Organización no Gubernamental, este Decreto no será de aplicación y la constitución de la FIP, se realizará en el momento que se inscribe en el Registro correspondiente.

La Fundación de Interés Privado, cumple con las características indicadas en el sub acápite anterior que son: a) adquiere personalidad jurídica con la adopción del “Acta Fundacional” y posterior inscripción en Registro Público, b) posee un órgano de Administración que dispone del patrimonio de la fundación, c) no persigue fines de lucro y, d) establece su organización interna por sus propios reglamentos.

Sobre la personalidad jurídica de la fundación de interés privado panameña, se debe de indicar que ésta es adquirida por la misma con la emisión del Acta Fundacional. Lo

⁹³ Decreto Ejecutivo No. 62 del 30 de marzo de 2017. Artículo 2. Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Panamá del viernes 31 de marzo de 2017. Visible en : https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28249_A/GacetaNo_28249a_20170331.pdf visitado el 19 de mayo de 2018.

anterior, en concordancia con el arreglo de los numerales segundo, cuarto, noveno y undécimo de la Ley No.25 de 1995, tal y como se observará en la presente investigación.

Así mismo, el numeral 9 de la Ley No. 25 de la República de Panamá indica:

ARTÍCULO 9. La inscripción del acta fundacional en el Registro Público le otorgará a la fundación personalidad jurídica sin necesidad de ninguna otra autorización legal o administrativa. La inscripción en el Registro Público constituye, además, medio de publicidad frente a terceros. En consecuencia, la fundación podrá adquirir y poseer bienes de toda clase, contraer obligaciones y ser parte en procesos administrativos y judiciales de todo orden, con arreglo a lo que establecen las disposiciones que resulten aplicables.⁹⁴

Este artículo se deberá analizar en concordancia con el numeral 33 de mismo cuerpo legal que indica que se creará un Registro donde se inscribirán las FIP.⁹⁵

Según indica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en sentencia de su Sala Contencioso Administrativo fechada 21 de septiembre de 1998:

Discrepamos sustancialmente del criterio expuesto por el petente, toda vez que **no es potestad del Ministerio de Gobierno y Justicia el reconocimiento de la personalidad jurídica de las fundaciones de interés privado, a estas se le otorga esa investidura legal, de ser sujeto de derechos y obligaciones, a través de la inscripción del acta fundacional en el Registro Público, sin necesidad de ninguna otra autorización legal o administrativa (cfr. artículo 9 de la Ley 25 de 12 de**

⁹⁴ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, "No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.9. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

⁹⁵ "Las inscripciones relacionadas con las fundaciones de interés privado se efectuarán en el Registro Público, en la sección especial que se denominará "Sección de Fundaciones de Interés Privado". El Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Gobierno y Justicia, expedirá el reglamento aplicable a esta sección." Ibid., art. 33.

junio de 1995, "Por la cual se regulan las Fundaciones de interés privado").

Los argumentos del actor carecen de sustento jurídico, no perpetrándose la aludida transgresión, toda vez que no era procedente la aplicación de dicha norma relativa a las fundaciones en el proceso de reconocimiento de una asociación de interés privado, sin fines de lucro, cuando ambas son de naturaleza distinta, pues, entre otras cosas, las fundaciones requieren la constitución de un patrimonio inicial, que en ningún caso podrá ser inferior a diez mil balboas (B/.10,000.00), de un creador de la fundación o fundador, y que si bien no podrán perseguir fines de lucro, no obstante, podrán llevar a cabo actividades mercantiles en forma no habitual, o ejercer los derechos provenientes de los títulos representativos del capital de sociedades mercantiles que integren el patrimonio de la fundación”.⁹⁶

c) Constitución de la Fundación de Interés Privado en Panamá

El procedimiento de constitución, administración y ejecución de una de una FIP, es muy bien explicado por el autor Estribi, que indica que se requiere seguir los siguientes pasos en cuanto a la constitución:

1. Se firma un poder para la creación de una fundación
2. Se redacta el documento (acta fundacional) que creará la Fundación.
3. Se registra el documento público de la Fundación en el Registro Público.
4. Usted traspasa bienes de su propiedad a “la fundación.
5. Se redacta un documento privado (reglamento) que regula parámetros especiales de la Fundación.

⁹⁶ Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, “Caso Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción de La Corte Suprema De Justicia: 21 de septiembre 1998”, consultado 10 de abril de 2018, VLEX GLOBAL.

6. Se deja constancia o no del documento privado en una notaría. (...).⁹⁷

Se procederá a analizar cada uno de estos pasos y para ello se utilizará lo indicado por la legislación panameña y su jurisprudencia. Dicho esto, se debe citar necesariamente el artículo primero de la Ley en mención.⁹⁸ De este artículo primero, se puede observar que tendrán capacidad jurídica para formar una Fundación de interés privado; una o varias personas físicas o jurídicas. De la redacción del texto, se extrae por medio de interpretación, que también poseerá capacidad jurídica para su creación, un tercero.

En relación con terceros, esta norma viene a ser completada por lo indicado por el artículo 3 del Decreto 809 del año 2014, que señala:

Artículo 3. En el caso que una Fundación de Interés Privado sea creada por una o más personas naturales o jurídicas, que para tal fin actúen por cuenta de terceros, según se contempla en el artículo 1 de la Ley 25 de 1995, sólo se requerirá expresar dicha circunstancia en la correspondiente escritura pública. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que quién comparece en tal calidad está expresamente facultado para actuar por cuenta de terceros y en consecuencia, no se requerirá protocolizar en la correspondiente escritura pública el documento en el cual se haga constar dicha facultad.

La persona que así comparezca para la creación de la Fundación quedará obligada a conocer al tercero al tenor de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley

⁹⁷ Heriberto Estribi Chavarría, Fundaciones de Interés Privado; Guía Práctica (Panamá: Litho Editorial Chen, 2002), 15

⁹⁸ “Podrán crear una fundación de interés privado de conformidad con las formalidades prescritas en la presente Ley, una o más personas naturales jurídicas, por sí o por medio de terceros. Para ello requiere la constitución de un patrimonio destinado exclusivamente a los objetivos o fines expresamente previstos en el acta fundacional. El patrimonio inicial podrá ser aumentado por el creador de la fundación, que se denominará fundador, o por cualquier persona” (el subrayado es propio). Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, La Gaceta, No. 22804 (14 junio, 1995): art.1. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

25 de 1995⁹⁹, y a presentar el documento que le faculta para constituir la Fundación, a requerimiento de la autoridad judicial competente.¹⁰⁰

Por su parte el artículo segundo de esta Ley No. 25 ¹⁰¹ preceptúa, que la figura se regulará por medio del acta fundacional y los reglamentos instaurados para estos efectos. De lo anterior, se logra desprender que el acta fundacional y los reglamentos creados para estos efectos serán los instrumentos jurídicos que regirán los fines y objetivos de la Fundación. Expresamente, el numeral segundo de la Ley indica que no se aplicará lo indicado por el Título II del Libro I del Código Civil Panameño. Este título regula lo relacionado con temas de las personas jurídicas, que se encuentran desde el numeral 64 al 75 de este cuerpo legal. Este artículo segundo, si bien, excluye al Título II del Libro I, no excluye a contrario sensu las demás disposiciones supletorias como normal general que regula las relaciones civiles.

En relación con las formalidades de la constitución, se indica en el numeral cuarto de la Ley No. 25, que los efectos de constitución podrán darse desde el momento de su creación o después de la muerte de su fundador, por cualesquiera de los siguientes métodos:1) Mediante documento privado suscrito por el fundador, cuya firma deberá

⁹⁹ Ibid., art.34.

¹⁰⁰ Ministerio de la Presidencia, República de Panamá; “Decreto Ejecutivo N° 809; 03 de octubre, 2014”, Gaceta Oficial Digital, art. 3, consultado 20 de enero, 2018, http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/27636-A_2014.pdf

¹⁰¹ “Las fundaciones de interés privado se regirán por el acta fundacional y sus reglamentos, así como por las disposiciones de esta Ley y demás disposiciones legales o reglamentarias que le sean aplicables. A estas fundaciones no se les aplicarán los preceptos del Título II del Libro I del Código Civil.” Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, La Gaceta, No. 22804 (14 junio, 1995): art.2. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

estar autenticada por Notario Público del lugar. 2) Directamente ante Notario Público del lugar de su constitución. Sea cual fuere el método de la constitución, deberán cumplirse las formalidades que para la creación de las fundaciones se establecen en la presente Ley. En caso de que la fundación sea creada, ya sea por documento público o privado, para que surta efectos después de la muerte del fundador, no se requerirán las formalidades previstas para el otorgamiento de testamento.¹⁰² (el subrayado es nuestro).

De lo anterior, deduce, según el artículo cuarto de la Ley No.25 de 1995 que existen dos formas de constitución de las Fundaciones de Interés Privado: inter vivos o post mórtem. La primera es mediante un documento privado que sea suscrito por el fundador para lo cual requiere que únicamente la firma sea autenticada por un Notario Público. La segunda que deberá realizarse directamente ante Notario Público del lugar de su constitución.

Siguiendo lo indicado por Wanger¹⁰³, en el caso de que la fundación es creada para ser efectiva de la muerte del Fundador dicha Fundación no existe hasta que la muerte ocurra. En consecuencia, la Ley establece en tal caso que el Fundador tiene el derecho exclusivo e ilimitado de revocar la creación de la Fundación. Es importante mencionar,

¹⁰² Ibid., art.4.

¹⁰³ Markus Wanger, "La Ley Panameña de Fundaciones de Interés Privado; Un *Comentario para Profesionales con Estatutos y Regulaciones proporcionadas por OMC, y Tratados sobre Liechtenstein, Volumen 25*. Liechtenstein: Wanger Global, 2012: 38, consultado 20 de enero 2018, http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=tl_files/media/downloads/Ley%20Panamena%20de%20Fundaciones%20de%20Interes%20Privado%20-%20Comentario.pdf

que sea cual fuere el método de la constitución, deberán cumplirse las formalidades que para la creación de las fundaciones se establecen en la Ley No. 25 de 1995.

Se ha hablado bastante en los numerales previos sobre el acta fundacional de la Fundación Privada. El artículo que regula el acta fundacional es el artículo quinto de la Ley en cuestión. Este determina:

ARTÍCULO 5. El acta fundacional deberá contener:

- 1) El nombre de la fundación, expresado en cualquier lengua con caracteres del alfabeto latino, el que no será igual o similar al de otra fundación preexistente en la República de Panamá, a objeto de que no se preste a confusión. El nombre deberá incluir la palabra fundación para distinguirlo de otras personas naturales o jurídicas de otra naturaleza.
- 2) El patrimonio inicial de la fundación, expresado en cualquier moneda decurso legal, que en ningún caso será inferior a una suma equivalente a diez mil balboas (B/. 10,000.00).
- 3) La designación, en forma completa y clara, incluyendo la dirección del miembro o de los miembros del Consejo de Fundación, al que podrá pertenecer el fundador.
- 4) El domicilio de la fundación.
- 5) El nombre y domicilio del agente residente de la fundación en la República de Panamá, que deberá ser abogado, o una firma de abogados, quien deberá refrendar el acta fundacional, antes de su inscripción en el Registro Público,
- 6) Los fines de la fundación.
- 7) La forma de designar a los beneficiarios de la fundación, entre los cuales puede incluirse al fundador.
- 8) La reserva del derecho a modificar el acta fundacional cuando se considere conveniente.
- 9) La duración de la fundación.
- 10) El destino que se le dará a los bienes de la fundación y la forma de la liquidación de su patrimonio, en caso de disolución.
- 11) Cualquier otra cláusula lícita que el fundador considere conveniente.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, La Gaceta, No. 22804 (14 junio, 1995): art.5. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>.

Del artículo en cita, es importante resaltar que se puede incluir cualquier cláusula lícita que el fundador considere conveniente. Esto quiere decir que será la voluntad del fundador, y las necesidades del mismo que determinen nuevas cláusulas que regirán el funcionamiento de la Fundación. La jurisprudencia sobre el tema:

Del examen del artículo 5 de la Ley No. 25 de 15 de junio de 1995, es destacable que el acta fundacional, ciertamente, debe contener la mención del patrimonio inicial de la fundación y, en el caso que nos ocupa, hace mención de las acciones de las sociedades anónimas: Punta Mala S.A, Construcciones y Contratos S.A, y Puerto Escondido Panamá, S.A., como parte de su patrimonio; empero, esta circunstancia no supe la idoneidad de la prueba para acreditar el hecho delictivo atribuido. De otra faz, el gestor del recurso alega que es contrario a derecho considerar que el protector de la Fundación de interés privado está facultado para disponer sobre los bienes, sin la autorización del Consejo de Fundación, toda vez que la ley prevé como atribuciones del Consejo de Fundación la realización de actos de disposición de los activos. En contraposición, el Tribunal de Juicio en la sentencia impugnada destacó que al proceso se acopió, como prueba de cargo, el reglamento de la fundación Montecastello, que ha sido aceptado como válido por las partes y que dentro de sus estipulaciones refiere que "La fundación, como accionista único, podía ser representada en la asamblea de accionistas por el mismo fundador, sin para ello requerir autorización o poderes distintos a los de fundador¹⁰⁵. (La negrita y el subrayado son suplidos).

Así mismo, en concordancia con lo indicado por los artículos 6 y 7, existirán algunas formalidades, que deberán respetarse en el momento de constitución y modificación de una Fundación de interés privado, como lo son el idioma y la protocolización del Acta, que serán necesarias para modificar a la Fundación:

ARTÍCULO 6. El acta fundacional, lo mismo que cualquier modificación que se le haga a ésta, deberá redactarse en cualquier lengua con caracteres del alfabeto latino y cumplir con las normas de inscripción de actos y títulos en el Registro Público, para lo cual ha de ser previamente protocolizada en una notaria de la

¹⁰⁵ Sala 2ª de lo penal de la Corte Suprema de Justicia (pleno), "Caso sentencia de la Corte Suprema de Justicia:29 de diciembre, 2015", consultado 10 de abril de 2018, VLEX GLOBAL.

República. Si el acta fundacional o sus modificaciones no estuvieron redactadas en idioma español, deberán ser protocolizadas, junto con su traducción por un intérprete Público autorizado de la República de Panamá.¹⁰⁶

ARTÍCULO 7. Las modificaciones al acta fundacional, cuando sean permitidas, han de efectuarse y firmarse de acuerdo con lo que en ella se establece. El respectivo acuerdo, resolución o acto de modificación, deberá contener la fecha en que se realizó, el nombre claramente identificable de la persona o de las personas que lo suscriben y las firmas, que deberán ser autenticadas por notario público del lugar donde se firme el documento.¹⁰⁷

d) Patrimonio

Antes de comenzar a analizar las normas que rigen el patrimonio en una fundación de interés privado, es importante definir qué es el patrimonio. Estribi Chavarría, define el patrimonio fundacional como:

la suma de bienes y derechos que se ceden (por el fundador o un tercero) a la Fundación y se encuentran a su nombre. Sobre el tema de patrimonio de fundaciones, la doctrina jurídica internacional hace una distinción entre “Patrimonio” y Dotación (...) En este sentido “la dotación sería el patrimonio inicial de la Fundación, [...] Frente a esta, el patrimonio estaría formado por el conjunto de bienes y derechos de una fundación, en el que se incluirían tanto la dotación inicial como todos los bienes y derechos que pudiera adquirir la fundación con posterioridad a cualquier título.¹⁰⁸

Según se indicó el artículo 5 inciso 2), refiere directamente al patrimonio inicial¹⁰⁹, éste deberá ser como mínimo suma equivalente a diez mil balboas (B/. 10,000.00).

¹⁰⁶ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, La Gaceta, No. 22804 (14 junio, 1995): art.6. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

¹⁰⁷ Ibid., art. 7.

¹⁰⁸ Heriberto Estribi Chavarría, Fundaciones de Interés Privado; Guía Práctica (Panamá: Litho Editorial Chen, 2002),57

¹⁰⁹ 2) El patrimonio inicial de la fundación, expresado en cualquier moneda decurso legal, que en ningún caso será inferior a una suma equivalente a diez mil balboas (B/. 10,000.00).

Adicionalmente, indica la Ley No. 25 en su artículo 3:

Las Fundaciones de Interés Privado no podrán perseguir fines de lucro. No obstante, podrán llevar a cabo actividades mercantiles en forma no habitual, o ejercer los derechos provenientes de los títulos representativos del capital de sociedades mercantiles que integren el patrimonio de la Fundación, siempre que el resultado o producto económico de tales actividades sea dedicado exclusivamente a los fines de la Fundación.¹¹⁰ (el subrayado es suplido).

Del texto del artículo tercero, se logra extraer por la naturaleza jurídica de esta persona jurídica que la misma *per se* no posee fines de lucro. No obstante, sí podrá llevar a cabo actividades mercantiles en forma no habitual, o ejercer derechos provenientes de los títulos representativos de las sociedades mercantiles que integren el patrimonio de la Fundación, siempre que el resultado o producto económico de tales actividades sea dedicado exclusivamente a los fines de la Fundación.

Para ello, se requiere la constitución de un patrimonio destinado exclusivamente a los objetivos o fines expresamente previstos en el acta fundacional. Indica Urquizú sobre el aumento del patrimonio inicial: “El patrimonio inicial podrá ser aumentado por el creador de la fundación (fundador), o por cualquier otra persona”.¹¹¹

Sobre el Patrimonio, se ha sido indicado que éste no podrá distar de los objetivos o fines de la Fundación de Interés Privado:

Este patrimonio debe ser exclusivamente dedicado a los objetos o a los propósitos de la Fundación. Los objetos y propósitos de la Fundación deben ser

¹¹⁰ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, La Gaceta, No. 22804 (14 junio, 1995): art.3. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

¹¹¹ Ángel Urquizu Caballé, “Inversión En Panamá E Instrumentos Jurídicos: Las Fundaciones De Interés Privado y Los Fideicomiso” en *La inversión empresarial en la República de Panamá*” (Barcelona, España: Bosch, 2013), 240. Vlex Global.

expresamente estipulados en el Acta Fundacional. Si este no es el caso, la Fundación no está constituida correctamente y su validez puede ser objetada.¹¹²

Adicionalmente, los numerales décimo¹¹³ y décimo primero de la Ley No. 25 en cuestión preceptúan temas relacionados directamente con el patrimonio. El primero, analiza el aporte de bienes que deberán hacer, el fundador o en su caso a petición cualquier persona con el fin de formalizar la transferencia de los bienes a que se obligaron con la fundación. Por su parte, el numeral décimo primero¹¹⁴ de este cuerpo legal, expone la creación de un patrimonio autónomo que conllevará necesariamente la separación entre el patrimonio del fundador, y el de la fundación.

¹¹² Markus Wanger, “La Ley Panameña de Fundaciones de Interés Privado; Un *Comentario para Profesionales con Estatutos y Regulaciones proporcionadas por OMC, y Tratados sobre Liechtenstein, Volumen 25*. Liechtenstein: Wanger Global, 2012: 30, consultado 20 de enero 2018, http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=tl_files/media/downloads/Ley%20Panamena%20de%20Fundaciones%20de%20Interes%20Privado%20-%20Comentario.pdf

¹¹³ ARTICULO 10. Una vez que la fundación ha adquirido personalidad jurídica, el fundador o terceros que se han obligado a aportar bienes a la fundación, por si mismos o a petición de cualquier persona con interés en la fundación, deberán formalizar la transferencia a la fundación de los bienes a que se obligaron. Cuando la fundación sea constituida para surtir efectos a partir del fallecimiento del fundador, se considerará que ha existido con anterioridad a su muerte, con respecto a las donaciones que éste le haya hecho a la fundación. Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.10. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

¹¹⁴ Artículo 11. Para todos los efectos legales, los bienes de la fundación constituirán un patrimonio separado de los bienes personales del fundador. Por tanto, no podrán ser secuestrados, embargados ni objeto de acción o medida cautelar, excepto por obligaciones incurridas o daños causados con ocasión de la ejecución de los fines u objetivos de la fundación, o por derechos legítimos de sus beneficiarios. En ningún caso responderán por obligaciones personales del fundador o de los beneficiarios. Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.11. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

En esta línea de pensamiento, se debe de citar lo indicado por la Procuraduría de la Administración panameña en el dictamen 278-2004, siguiendo a Gilberto Boutin:

(...) las fundaciones de interés privado constituyen "una persona jurídica que tiene por objeto la adquisición de un patrimonio para ser administrado y conservado en función de la voluntad del Fundador. Este instrumento legal nace mediante un acto unilateral de libre disposición que cobra forma jurídica de una donación y opera como un fideicomiso, designando el Fundador determinados beneficiarios en el cual puede ser el Fundador, uno de ellos". Agrega, que el ente fundacional "nace con la incorporación de un patrimonio atribuido a éste que origina la existencia de una persona jurídica, cuya función se limita a actos de mera conservación a favor de los beneficiarios designados en la fundación, o bien, la Fundación puede existir con la variante de que es un instrumento jurídico dotado de un patrimonio basado en una causa de mera liberalidad que tiene como objeto la garantía y conservación de los bienes designados en dicho instrumento.

115

Por otro lado, los medios de aporte de este patrimonio podrán proceder de cualquier negocio jurídico lícito, y podrá ser constituido sobre bienes de naturaleza, presentes o futuros. Lo anterior, es analizado por el numeral 16 de la Ley No. 25:

ARTÍCULO 16. El patrimonio de la fundación puede originarse en cualquier negocio jurídico lícito y podrá estar constituido sobre bienes de cualquier naturaleza, presentes o futuros. También podrán incorporarse al patrimonio sumas periódicas de dinero u otros bienes por parte del fundador o de terceros. La transferencia de bienes al patrimonio de la fundación puede realizarse por documento público o privado. No obstante, si se tratare de bienes inmuebles, la transferencia se ajustará a las normas sobre transmisión de bienes inmuebles. (el subrayado es nuestro).¹¹⁶

¹¹⁵ Procuraduría de la Administración de la República de Panamá, "Dictamen C-278-2004; 2 de diciembre, 2004", consultado el 04 de abril, 2018, <http://vocc.procuraduria-admon.gob.pa/sites/default/files/C-278-04.PDF>, 5

¹¹⁶ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, "No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.16. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

En relación con el patrimonio, también, existe una serie de disposiciones, en caso de que la FIP creada, se traslade y someta a otra jurisdicción. En concreto es el numeral 32 de la Ley No.25 que estudia esta situación: “Artículo 32. Las fundaciones constituidas de conformidad con la presente Ley, así como los bienes que integran su patrimonio, podrán trasladarse o someterse a las leyes y jurisdicción de otro país, según disponga el acta fundacional o sus reglamentos.”¹¹⁷

Posterior al análisis supra realizado y al estudio de la normativa que rige el patrimonio de una fundación, es importante preguntarse si una fundación de interés Privado puede no tener Patrimonio. Esta interrogante, es respondida por Estribi Chavarría al indicar que aun cuando de derecho existe la posibilidad de que una Fundación posea un “Patrimonio Fundacional Nominal”, lo cual permite que exista una Fundación sin patrimonio pagado; de hecho, o en la práctica no tiene sentido crear una estructura de administración de bienes tan sofisticada como lo es una Fundación, sin que esta posea bienes para administrar.¹¹⁸

e) Figuras relevantes

El fundador

Se puede definir como fundador, siguiendo lo indicado por Estribi Chavarría (2002), quien analiza que éste es la persona a quien se le imputa la creación de una Fundación. Esta persona puede ser, tanto un nacional como un extranjero. Puede ser una persona

¹¹⁷ Ibid., art. 32.

¹¹⁸ Heriberto Estribi Chavarría, Fundaciones de Interés Privado; Guía Práctica (Panamá: Litho Editorial Chen, 2002), 60

o varias personas simultáneamente. Pero existen limitantes a la persona que actúe como fundador, ya que ésta, debe tener capacidad para actuar en el mundo jurídico.

Indica en su numeral primero la Ley No. 25, tres tipos de fundadores: a) una persona física, b) una persona jurídica y c) un tercero.

Los beneficiarios

En sus comentarios Wanger, indica que los beneficiarios de una FIP, podrán ser personas físicas, o personas jurídicas quienes tendrán el derecho de recibir las ventajas económicas de la Fundación. Señala, además que estos beneficiarios, deberán ser determinados o por lo menos determinables:

Los Beneficiarios pueden ser tanto personas naturales como personas jurídicas. Esto incluye fideicomisos o sociedades. Los beneficiarios deben ser determinados o por lo menos determinables, y también pueden ser personas naturales o jurídicas extranjeras. El beneficiario tiene el derecho de recibir una ventaja económica de la Fundación. Esta ventaja puede consistir en dinero o cosas de valor monetario, transferencia de derechos, otorgamiento de préstamos, ejecución de garantías, pago de obligaciones, con o sin ninguna restricción, cualquier cosa que pueda ser una ventaja económica.”¹¹⁹

Aunado a lo anterior, los beneficiarios cuando las decisiones que se tomen en el seno de la FIP, tendrán la legitimación para tomar las acciones que observa la ley, que son

¹¹⁹ Markus Wanger, “La Ley Panameña de Fundaciones de Interés Privado; Un *Comentario para Profesionales con Estatutos y Regulaciones proporcionadas por OMC, y Tratados sobre Liechtenstein, Volumen 25*. Liechtenstein: Wanger Global, 2012: 142, consultado 20 de enero 2018, http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=tl_files/media/downloads/Ley%20Panamena%20de%20Fundaciones%20de%20Interes%20Privado%20-%20Comentario.pdf

la denuncia con el protector, o con cualquiera los demás órganos de fiscalización que se dispongan para estos efectos:

Artículo 26. Todo beneficiario de la fundación podrá impugnar los actos de la fundación que lesionen los derechos que ésta le confiere, denunciando dicha circunstancia al protector o a otros órganos de fiscalización si los hubiere; o en su defecto, promoviendo directamente la reclamación judicial correspondiente, ante el juzgado competente del domicilio de la fundación.¹²⁰

El Consejo de Fundación

Vásquez analiza siguiendo lo indicado a Pérez Ferreira en relación con el Consejo de Fundación: “El logro de los fines de la fundación se le encarga a unas personas que se denominan miembros del Consejo de Fundación que vienen a ser como una junta directiva cuyos nombres también deberán constar en el acta fundacional”.¹²¹

El Consejo de Fundación es el ente encargado de la administración de la Fundación de Interés Privado. Se puede observar que en concordancia de los numerales diecisiete¹²²

¹²⁰ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.26. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>.

¹²¹ Eliécer Vásquez Alvarado, “El fideicomiso y la fundación de interés privado el problema de la elección de la Ley Aplicable” (Tesis para optar por el grado de Maestría en Derecho, Universidad de Panamá, República de Panamá, 2011), 118.

¹²² “Artículo 17. La fundación deberá tener un Consejo de Fundación, cuyas atribuciones o responsabilidades serán establecidas en el acta fundacional o en sus reglamentos. Salvo que fuese una persona jurídica, el número de miembros del Consejo de Fundación no será menor de tres (3).” Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.17. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

y dieciocho, el mismo tiene una serie de derechos y obligaciones que son establecidas en el acta fundacional y los reglamentos. Preceptúa este último numeral:

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

- 1) Administrar los bienes de la fundación, de acuerdo con el acta fundacional o sus reglamentos.
- 2) Celebrar actos, contratos o negocios jurídicos que resulten convenientes o necesarios para cumplir el objeto de la fundación, e incluir en los contratos, convenios y demás instrumentos u obligaciones, cláusulas y condiciones necesarias y convenientes, que se ajusten a los fines de la fundación y que no sean contrarios a la ley, la moral, las buenas costumbres o al orden público.
- 3) Informar a los beneficiarios de la fundación de la situación patrimonial de ésta, según lo establezca el acta fundacional o sus reglamentos.
- 4) Entregar a los beneficiarios de la fundación los bienes o recursos que a su favor haya establecido el acta fundacional o sus reglamentos.
- 5) Realizar los actos o contratos que esta Ley y demás disposiciones legales o reglamentarias que le sean aplicables, le permiten a la fundación.¹²³

La jurisprudencia ha indicado sobre este numeral:

“(…) En ese orden de ideas, de acuerdo al artículo 18 de la Ley No.25 de 1995, ese Consejo de Fundación tiene como misión velar por el cumplimiento de los fines y objetivos para la cual fue constituida la Fundación. Ahora bien, excepto que en el acta fundacional o que en el reglamento se establezcan otras funciones, el Consejo de Fundación puede administrar los bienes, celebrar contratos, actos o negocios jurídicos lícitos que sean convenientes para el desempeño de las actividades de la Fundación, informar de la situación patrimonial de la Fundación, suministrar al o los beneficiarios los bienes o recursos que haya a su favor establecidos en el acta fundacional, así como realizar actos o contratos que la Ley y otras disposiciones legales o reglamentarias le permitan a la Fundación, entre otras. En vista de esa multiplicidad de funciones es que el legislador patrio ha previsto, tratándose de personas naturales las creadoras de una Fundación, una especial protección al administrar bienes o un patrimonio y evitar que el control y disposición de esa masa patrimonial pueda quedar sujeta al sentir de

¹²³ Ibid., art. 18.

una sola persona.(...) Cosa distinta sucede con las personas jurídicas, pues debe partirse del hecho que tratándose de personas jurídicas o morales, supone primero la existencia de un número plural de personas naturales que se han asociado para constituir una sociedad que, luego deciden crear una Fundación. (...) Por otro lado, el Consejo Fundacional debe realizar una rendición de cuentas al beneficiario o al órgano designado para ello respecto de la administración de los bienes. De allí que, incluso, pueda removerse a sus miembros en caso de que no estén cumpliendo la labor encomendada en el Acta Fundacional o aumentar el número de miembros, de conformidad con los artículos 10 y 21 de la Ley No.25 de 1995. Con vista que, como se indicó, no se ha producido una infracción a nuestro ordenamiento constitucional, a ello procede a declararse. En virtud de lo anteriormente expuesto, EL PLENO DE LA CORTE SUPREMA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA QUE NO ES INCONSTITUCIONAL el artículo 17 de la Ley No.25 de 12 de junio de 1995, por medio de la cual se regulan las fundaciones de interés privado, publicada en la Gaceta Oficial No.22,804 de 14 de junio de 1995.¹²⁴

En relación con las limitaciones a las obligaciones que le asisten al Consejo de Fundación, aunado al artículo 18 analizado supra, el artículo 19 del mismo cuerpo legal, define la competencia para que el acta fundacional o los reglamentos dispongan del ejercicio de ciertas funciones o de cargas como lo es la autorización previa de protector, comité o cualquier otro órgano de fiscalización, designado por el fundador o por la mayoría de los fundadores. Indica el artículo 19:

El acta fundacional o sus reglamentos podrán disponer que los miembros del Consejo de Fundación sólo puedan ejercer sus facultades con la autorización previa de un protector, comité o cualquier otro órgano de fiscalización, designado por el fundador o por la mayoría de los fundadores. Los miembros del Consejo de Fundación no serán responsables por la pérdida o deterioro de los bienes de

¹²⁴ Sentencia Pleno de Corte Suprema De Justicia (Pleno), “Caso Acción De Inconstitucionalidad de La Corte Suprema De Justicia: 12 de abril 2007”, consultado 15 de febrero 2018, VLEX GLOBAL

la Fundación, ni por los daños o perjuicios causados, cuando la mencionada autorización haya sido obtenida.¹²⁵(el subrayado es suplido).

Así mismo, indica el autor Miguel Llorente, sobre este particular:

El Consejo de Fundación administrará la fundación, pudiendo estar fiscalizado en su actuación, pues el acta fundacional o sus reglamentos podrán disponer que los miembros del Consejo de Fundación sólo puedan ejercer sus facultades con la autorización previa de un protector, comité o cualquier otro órgano de fiscalización, designado por el fundador o por la mayoría de los fundadores (artículo 19 LFIPP). En último caso se refuerza el control del fundador y la dependencia de la fundación como ente subordinado a los intereses de éste o de los beneficiarios (...)¹²⁶

La ley panameña no es omisa, y analiza, además el tema de la rendición de cuentas por parte de lo Consejo de Fundación, así como la remoción de los miembros de este órgano, por parte del Fundador si así se dispone en el acta fundacional o los reglamentos de la FIP, incluso por la vía judicial mediante un procedimiento sumarísimo. Estas regulaciones se encuentran en los artículos 20 al 23 de la Ley de Fundaciones de Interés Privado, que enuncian:

ARTÍCULO 20. Salvo que se disponga otra cosa en el acta fundacional o en sus reglamentos, el Consejo de Fundación deberá rendir cuentas de su gestión a los beneficiarios y, en su caso, al órgano de fiscalización. Si el acta fundacional o en sus reglamentos nada establecieron sobre el particular, la rendición de cuentas deberá hacerse anualmente. Si la cuenta presentada no se objetare dentro del término previsto en el acta fundacional o en sus reglamentos, o en su defecto, se considerará que ha sido aprobada, dentro de noventa (90) días contados a partir del día en que se recibió, para lo cual se dejará constancia de este plazo en el informe de rendición de cuentas. Transcurrido dicho período o aprobada la cuenta, los miembros del Consejo de Fundación quedarán exonerados de

¹²⁵ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, La Gaceta, No. 22804 (14 junio, 1995): art.19. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

¹²⁶ Miguel Llorente Gonzalbo, *Cuadernos de Derecho y Comercio. Extraordinario*; (diciembre, 2013): 396, consultado 20 de mayo,2018. Vlex Global.

responsabilidad por su gestión, salvo que no hubiesen actuado con la diligencia de un buen padre de familia. Tal aprobación no los exonera frente a los beneficiarios o terceros que tengan interés en la fundación, por los daños causados por culpa grave o dolo en la administración de la fundación.¹²⁷

ARTÍCULO 21. En el acta fundacional, el fundador podrá reservarse para sí mismo, o para otras personas, el derecho de remover a los miembros del Consejo de Fundación, lo mismo que designar o adicionar nuevos miembros.¹²⁸

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

- 1) Cuando sus intereses fuesen incompatibles con los intereses de los beneficiarios o del fundador.
- 2) Si administraran los bienes de la fundación sin la diligencia de un buen padre de familia.
- 3) Si fueren condenados por delito contra la propiedad o la fe pública. En este caso, mientras se tramita el proceso penal, se podrá decretar la suspensión temporal del miembro procesado.
- 4) Por incapacidad o imposibilidad para ejercer los objetivos de la fundación, desde que tales causales se configuren.
- 5) Por insolvencia quiebra o concurso.¹²⁹

ARTÍCULO 23. Pueden pedir la remoción judicial de los miembros del Consejo de Fundación, el fundador y el beneficiario o los beneficiarios. Si los beneficiarios fuesen incapacitados o menores de edad, estos podrán ser representados por quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad o la tutela, en su caso. La sentencia del tribunal que decrete la remoción deberá designar nuevos miembros en reemplazo de los anteriores, quienes deberán ser personas con suficiente capacidad, idoneidad y reconocida solvencia moral para administrar los bienes de la fundación, de acuerdo con los fines establecidos por el fundador.¹³⁰

¹²⁷ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, La Gaceta, No. 22804 (14 junio, 1995): art.20. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

¹²⁸ Ibid., art. 21.

¹²⁹ Ibid., art. 22.

¹³⁰ Ibid., art. 23.

En relación con temas de la responsabilidad penal y pecuniaria del Consejo de Fundación por reserva y confidencialidad:

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

Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de las informaciones que deban revelarse a las autoridades oficiales y de las inspecciones que éstas deban efectuar en la forma establecida por la Ley.¹³¹

Órgano de fiscalización

Así como se puede establecer un Órgano encargado de la administración de la Fundación de Interés Privado, que será el Consejo Fundacional, se podrá establecer también un órgano que velarán por que se cumplan las obligaciones del Consejo Fundacional, entre otras que fueron dispuestas en el acta fundacional o los reglamentos para estos efectos:

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

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

1. Velar porque se cumplan los fines de la fundación por parte del Consejo de Fundación y por los derechos e intereses de los beneficiarios.
2. Exigir rendición de cuentas al Consejo de Fundación.

¹³¹ Ibid., art. 35.

3. Modificar los fines y objetivos de la fundación, cuando éstos resultasen de imposible o gravosa realización.
4. Designar nuevos miembros en el Consejo de Fundación por ausencia temporal, definitiva o extinción del período de alguno de ellos.
5. Nombrar nuevos miembros del Consejo de Fundación en casos de ausencia temporal o accidental de alguno de ellos.
6. Aumentar el número de los miembros del Consejo de Fundación.
7. Refrendar los actos adoptados por el Consejo de Fundación indicados en el acta fundacional o sus reglamentos.
8. Custodiar los bienes de la fundación y procurar que se cumpla su aplicación a los usos o finalidades enunciadas en el acta fundacional.
9. Excluir a beneficiarios de la fundación y adicionar otros conforme lo disponga el acta fundacional o sus reglamentos.¹³²

La ley analiza dos supuestos de órgano fiscalizador; mediante un auditor y un protector. Este segundo se encuentra definido por Estribi Chavarría como: “una figura introducida por influencia anglosajonas con entidades similares en el uso a las Fundaciones de Interés Privado Panameñas. El protector es la persona de confianza del fundador, quién es nombrada para velar por el fiel cumplimiento de los objetivos y fines de la fundación, así como los intereses de los beneficiarios (...)”¹³³

¹³² Ibid., art. 24.

¹³³ Heriberto Estribi Chavarría, Fundaciones de Interés Privado; Guía Práctica (Panamá: Litho Editorial Chen, 2002),29.

f) Pago de Impuestos y Contabilidad

Esta sección se divide en dos partes, por una el análisis del pago de impuestos de las Fundaciones de Interés Privado. Asimismo, se analizará un tema que se encuentra directamente relacionado con el pago de impuestos y es el tema de cómo se debe manejar la contabilidad en una Fundación de Interés Privado.

Sobre temas impositivos y fiscales, dispone la Ley No. 25:

ARTÍCULO 8. Toda fundación de interés privado deberá pagar derecho registrar y una tasa única anual equivalente a lo que se establecen para las sociedades anónimas en los artículos 318 y 318A del Código Fiscal¹³⁴. El procedimiento y la forma de pago, el recargo por mora, las consecuencias por la falta de pago y todas las otras disposiciones complementarias de los preceptos legales antes citados, le serán aplicadas a las fundaciones de interés privado.

En este sentido, Llorente manifiesta, que existe una serie de beneficios fiscales que son muchas veces una de las razones para la constitución de una FIP:

Los beneficios de constituir una fundación de interés privado panameña de los que hemos hablado se condensan en el artículo 27 de la LFIPP, que constituye toda una declaración de intenciones en cuanto a la mens legislatoris inserta en la citada Ley, por el cual «estarán exentos de todo impuesto, contribución, tasa, gravamen o tributo de cualquier clase o denominación, l los actos de constitución, modificación o extinción de la fundación, así como los actos de transferencia, transmisión o gravamen de los bienes de la fundación y la renta proveniente de dichos bienes o cualquier otro acto sobre ellos, siempre que tales bienes constituyan: bienes situados en el extranjero, dinero depositado por personas naturales o jurídicas cuya renta no sea de fuente panameña o no sea gravable en Panamá por cualquier causa, acciones o valores de cualquier clase, emitidos por sociedades cuya renta no sea de fuente panameña, o cuando su renta no sea gravable por cualquier causa, aun cuando tales acciones o valores estén depositados en la República de Panamá. También estarán exentos de

¹³⁴ El artículo 318 del Código Fiscal de Panamá fue derogado.

todo impuesto los actos de transferencia de bienes inmuebles, títulos, certificados de depósito, valores, dinero u acciones efectuadas por razón del cumplimiento de los fines u objetivos o por la extinción de la fundación, a favor de los parientes dentro del primer grado de consanguinidad y del cónyuge del fundador.¹³⁵

Otro de los temas relacionados directamente con el tema tributario, es si las Fundaciones de interés privado, deben ser contribuyentes de impuestos de renta y presentación de Declaraciones de la misma o no. La respuesta en Panamá es no, en supuestos específicos. Siguiendo la línea de lo expresado por la jurisprudencia sobre el tema:

En igual sentido, debemos señalar que las fundaciones de interés privado, reguladas en la Ley 25 de 1995, son organizaciones básicamente destinadas a la administración de un patrimonio, de acuerdo con los fines que determine el Acta Fundacional, y de acuerdo a la ley que rige la figura, éstas no pueden crearse para dedicarse a fines de lucro (cfr. artículo 3 de la Ley 25 de 1995). De allí, que la ley tampoco las contempla como generadoras de rentas gravables. De ello se sigue, que la inclusión de estas dos figuras como "contribuyentes de renta", prevista en el artículo 81 del decreto reglamentario, efectivamente parece colisionar con el artículo 694 del Código Fiscal. En esa misma dirección, el artículo 81 del Decreto Ejecutivo No. 8 de 2007, omite señalar (como lo hacía ese mismo artículo antes de la reforma), que contribuyente es la persona que perciba ingresos o rentas gravables, lo que sí queda claramente consignado como premisa fundamental del artículo 694 del Código Fiscal, que define el objeto del impuesto de renta. Así también se incorpora entre las personas naturales o jurídicas obligadas a presentar una declaración jurada de renta, a las fundaciones de interés privado y a las asociaciones sin fines de lucro, pese a que el artículo 710 del Código Fiscal, indica que quienes están obligados a presentar una Declaración Jurada de Renta son los contribuyentes del impuesto sobre la renta. Cabe reiterar, que para ser contribuyente se requiere obtener renta gravable, y las fundaciones de interés privado y las asociaciones sin fines de lucro, no son

¹³⁵ Miguel Llorente Gonzalbo, *Cuadernos de Derecho y Comercio. Extraordinario*; (diciembre, 2013): 395, consultado 20 de mayo, 2018. VLEX GLOBAL

contribuyentes del impuesto sobre la renta, de acuerdo con la ley.¹³⁶ (el subrayado es suplido).

Adicionalmente y en relación con la contabilidad de la Fundación de interés privado, es menester citar la Ley No. 52 del año 2016. Este cuerpo normativo, establece la obligación de mantener registros contables para determinadas personas jurídicas. La ley introduce una serie de cambios con respecto de las obligaciones que deben ser cumplidas por las Fundaciones de Interés Privado que no realicen operaciones que se perfeccionen consuman o surtan efectos dentro del territorio de la República de Panamá. Dispone el artículo 1 de esta Ley:

Las personas jurídicas que no realicen operaciones que se perfeccionen, consuman o surtan sus efectos dentro de la República de Panamá están obligadas a llevar registros contables y a mantener su documentación de respaldo en las oficinas de su agente residente dentro de la República de Panamá o en cualquier otro lugar dentro o fuera de la República de Panamá, según determinen sus organismos de administración. Los registros contables y documentación de respaldo deben mantenerse y estar disponibles por un periodo no menor a cinco años, contado a partir del último día del año calendario dentro del cual las transacciones para las que aplican estos registros fueron completadas, o del último día del año calendario en el cual la persona jurídica cese sus operaciones.¹³⁷

g) Disolución

Como toda persona jurídica, ésta se podrá disolver y dejar de poseer sus prerrogativas, derechos y obligaciones. Estas son: el plazo, el cumplimiento de los fines para la que

¹³⁶ Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral (pleno), “Caso Nulidad de la Corte Suprema De Justicia - Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral;23 de junio 2008”, consultado 10 de abril de 2018, VLEX GLOBAL.

¹³⁷ República de Panamá, Ley No. 52 del año 2016. Artículo 1.

fue creada o por imposibilidad del cumplimiento de sus fines, un estado de insolvencia, cesación de pagos o haberse declarado judicialmente el concurso de acreedores, la pérdida de los bienes que se otorgan a la misma, la revocación y una última causal abierta que el legislador panameño deja abierta en el acta fundacional. En este caso, para el caso de la República de Panamá una Fundación de Interés Privado se disolverá, según lo dispuesto por el apartado 25 de la Ley:

La fundación se disolverá por:

1. La llegada del día indicado en que deba terminar la fundación de acuerdo con el acta fundacional.
2. El cumplimiento de los fines para los cuales fue constituida o por hacerse imposible su realización.
3. Encontrarse en estado de insolvencia, cesación de pagos o haberse declarado judicialmente el concurso de acreedores.
- O 4. La pérdida o extinción total de los bienes de la fundación.
5. Su revocación.
6. Cualquier otra causa establecida en el acta fundacional o en la presente Ley.¹³⁸

En relación con el punto de la revocabilidad de la FIP, el mismo cuerpo legal realiza ciertas aclaraciones que es importante traer a discusión, existe una prohibición de

¹³⁸ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, La Gaceta, No. 22804 (14 junio, 1995): art.25. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

revocar una FIP, excepto en los casos que dispone el artículo 12¹³⁹ y 13¹⁴⁰ de la Ley de FIP.

h) Uso Indevido de las FIP en Panamá

Si bien, Panamá ha sido considerado desde hace muchos años como un paraíso fiscal, la intención de la creación de una FIP nunca va a ser la ejecución de actos ilícitos, o que conlleven se altere el interés público. Dentro de la Ley que regula a esta figura, explícitamente, se indica que éstas se les aplicará todo el marco legal aplicable, para evitar estos fines. Lo anterior, se encuentra en el artículo 34 que añade: “Para evitar el uso indebido de las fundaciones de interés privado se aplicarán, para su funcionamiento, todas las disposiciones legales contenidas en el Decreto Ejecutivo N° 468 de 1994 y

¹³⁹ ARTICULO 12. Las fundaciones serán irrevocables, salvo en los siguientes casos:

- 1) Cuando el acta fundacional no ha sido registrada en el Registro Público.
- 2) Cuando se establezca expresamente lo contrario en el acta fundacional.
- 3) Por cualquiera de las causas de revocación de las donaciones. Las transferencias que se hagan a las fundaciones serán irrevocables por quien haya hecho la transferencia, salvo que se establezca expresamente lo contrario en el acto de transferencia.

Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, La Gaceta, No. 22804 (14 junio, 1995): art.12. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

¹⁴⁰ ARTICULO 13. En adición a lo dispuesto en el artículo anterior cuando la fundación ha sido creada para que surta efectos después de la muerte del fundador, éste tendrá en forma excluyente e ilimitada, el derecho de revocarla. Los herederos del fundador no tendrán derecho a revocar la creación o las transferencias, aún en caso de que la fundación no haya sido inscrita en el Registro Público antes del fallecimiento del fundador. Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, La Gaceta, No. 22804 (14 junio, 1995): art.13. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

cualquier otra norma vigente destinada a combatir el lavado de dinero procedente del narcotráfico.”¹⁴¹

i) Controversias

Como previsión ante posibles controversias, la Ley en cuestión analiza ciertos puntos importantes; el primero es que se aplicará un procedimiento especial para la resolución de disputas, mediante un juicio sumario. Así mismo, dentro de las regulaciones que se hacen dentro del Acto Fundacional, se encuentra la capacidad del fundador de poder prever a aplicación de procesos arbitrales, para el mismo efecto. Esto, según preceptúa el artículo 36:

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

Podrá establecerse en el acta fundacional o en los reglamentos de la fundación, que cualquier controversia que surja sobre la fundación, será resuelta por árbitros o arbitradores, así como el procedimiento a que ellos deban sujetarse. En caso de que no se hubiere establecido tal procedimiento, se aplicarán las normas que al respecto contenga el Código Judicial.¹⁴²

B.2) El caso de Liechtenstein

Si bien, se estudió a fondo la figura legal de la FIP en Panamá cuya aparición a la vida jurídica se realizó por medio de la promulgación de la Ley No. 25, se debe de indicar

¹⁴¹ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, La Gaceta, No. 22804 (14 junio, 1995): art.34. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

¹⁴² Ibid., art.36.

que esta figura originalmente proviene del Principado de Liechtenstein. Como se observará en el presente apartado, la figura de la fundación de interés privado se originó en este lugar en el año 1926. No obstante, si sigue lo indicado por Wanger, Panamá ha superado al Principado en constitución de FIP:

Aún cuando Liechtenstein es considerado como la principal autoridad en ese campo – introdujo la Ley de Fundaciones en 1923 – Panamá ha resultado ser su “Alumno Modelo”. Cuando Panamá introdujo su Ley de Fundaciones de Interés Privado en 1998, Liechtenstein tenía más de 40,000 Fundaciones. Ahora Panamá ha establecido más Fundaciones que Liechtenstein. Una de las razones de ello, es su flexibilidad extraordinaria para diseñar el Acta de las Fundaciones, la otra razón es que Liechtenstein cambió su Ley de Fundaciones en 2008 y siguió el camino de “petrificación” de la voluntad del Fundador una vez que el Fundador ha fallecido. Esto estranguló el uso de las Fundaciones de Liechtenstein.”¹⁴³

Adicionalmente, Vázquez E, analiza en relación con la clasificación de las Fundaciones de Liechtenstein, la siguiente clasificación:

- a. Fundaciones eclesiásticas
- b. Fundaciones familiares en las cuales solo los miembros de la familia son los beneficiarios
- c. Fundaciones familiares mixtas en la que tanto los miembros como terceros son beneficiarios

¹⁴³ Markus Wanger, “La Ley Panameña de Fundaciones de Interés Privado; Un Comentario para Profesionales con Estatutos y Regulaciones proporcionadas por OMC, y Tratados sobre Liechtenstein, Volumen 25. Liechtenstein: Wanger Global, 2012: 3, consultado 20 de enero 2018, http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=tj_files/media/downloads/Ley%20Panamena%20de%20Fundaciones%20de%20Interes%20Privado%20-%20Comentario.pdf

d. Fundaciones con beneficiarios específicamente designados o determinados.¹⁴⁴

Sobre este particular Wanger añade a lo ya dicho, siguiendo lo indicado por el artículo 2 de la Ley de Fundaciones de Liechtenstein lo siguiente: “Por cuanto Liechtenstein distingue entre Fundaciones de caridad y Fundaciones de Interés Privado, la Ley de Liechtenstein distingue la Fundación de Interés Privado en Fundaciones estrictamente familiares y Fundaciones con fines mixtos. (Artículo 2 Ley de Fundaciones de Liechtenstein).¹⁴⁵

Una vez dicho esto, siguiendo la línea de pensamiento de Vásquez E, este tipo de persona jurídica en el Principado se basa en dos supuestos fundamentales que son: primero que permiten cierto tipo de incentivos fiscales y por el otro lado, que permiten un manejo simple de las relaciones y unidades familiares y particularidades sin necesidad de crear una sociedad comercial o tener que conformar una entidad pública.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Eliécer Vásquez Alvarado, “El fideicomiso y la fundación de interés privado el problema de la elección de la Ley Aplicable” (Tesis para optar por el grado de Maestría en Derecho, Universidad de Panamá, República de Panamá, 2011), 67

¹⁴⁵ Markus Wanger, “La Ley Panameña de Fundaciones de Interés Privado; Un *Comentario para Profesionales con Estatutos y Regulaciones proporcionadas por OMC, y Tratados sobre Liechtenstein, Volumen 25*. Liechtenstein: Wanger Global, 2012: 24, consultado 20 de enero 2018, http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=tl_files/media/downloads/Ley%20Panamena%20de%20Fundaciones%20de%20Interes%20Privado%20-%20Comentario.pdf

¹⁴⁶ Eliécer Vásquez Alvarado, “El fideicomiso y la fundación de interés privado el problema de la elección de la Ley Aplicable” (Tesis para optar por el grado de Maestría en Derecho, Universidad de Panamá, República de Panamá, 2011), 68

Hasta el momento no se ha definido la Fundación de Interés Privado en Liechtenstein. La definición de la fundación de Liechtenstein es proveída por Gasser y Moser, quienes han analizado la figura y logran definirla por medio de las características que posee la misma:

The Liechtenstein foundation can be characterized as an incorporated entity without any 'shareholders' or members, having its own internal organization. The founder provides the foundation with (tangible or intangible) assets from his personal estate in order to achieve a particular purpose specified by the founder upon formation of the foundation. ¹⁴⁷

De la cita de estos autores y de una interpretación de lo dicho por estos, se puede observar los mismos que caracterizan a la Fundación en Liechtenstein como una persona jurídica, sin accionistas, que tiene una organización interna y a la cual el fundador le transfiere una serie de bienes para lograr un cierto fin particular.

Una vez analizada esta definición se puede observar que ésta guarda similitud con la figura panameña al indicar que ésta es una entidad incorporada, que no posee accionistas o miembros, que posee su propia organización y que posee un patrimonio autónomo que servirá para cumplir con fines o propósitos específicos indicados por el fundador en el momento de la formación de la fundación.

Esta, según lo indicado por Johannes Gasser y Julia Moser, posee los mismos fines generales que se han indicado para la figura en otras latitudes que son planificación

¹⁴⁷ Johannes Gasser y Julia Moser "How to protect the assets of a Liechtenstein foundation from the onslaught of creditors and forced heirs", *Revista Trusts & Trustees*, No. 6, Vol. 20, (2014):595, consultado 10 de mayo, 2018, http://gasserpartner.com/sites/default/files/trust_trustees.pdf

patrimonial y protección de activos, no solo en vida del fundador sino también posterior al momento de su muerte:

The Liechtenstein foundation is not only a wellknown, reliable estate planning tool but also particularly attractive to those clients for whom asset protection is a major issue since it serves the demand for long-term preservation of family property during the founder's lifetime and upon his death.¹⁴⁸

Según se puede interpretar de la cita expuesta supra, que la fundación de Liechtenstein muy conocida como herramienta de planificación de patrimonio y es como un atractivo para aquellos clientes en los que la protección del activo es un problema importante ya que ésta sirve para la preservación a largo plazo de la propiedad familiar, ya sea durante la vida del fundador o después de su muerte.

En esta línea de pensamiento amplía Rufas que la FIP se convierte en un instrumento sumamente versátil de planificación patrimonial, disposición hereditaria, así como servir de estructura legal holding para otras personas jurídicas, asimilándose mucho a la propuesta panameña:

Por otro lado, la Fundación de Liechtenstein es un instrumento enormemente versátil para la planificación sucesoria, ya que permite regular de manera mucho más eficiente y detallada que un testamento, el destino del patrimonio tras la muerte del fundador. No sólo permite evitar el juicio sucesorio o derechos hereditarios forzosos, sino que además permite planificar al detalle y en total libertad el reparto de los bienes, tanto en la elección de beneficiarios como en su duración en el tiempo. Esta característica permite proteger a menores o incapaces y evitar que algún descendiente propenso a gastos excesivos dilapide la fortuna familiar, por ejemplo mediante la asignación de un importe fijo al mes, etc. Las fundaciones también pueden ser utilizadas como Holding, para poseer acciones de otras sociedades. De este modo, aunque falleciera el propietario, la

¹⁴⁸ Ibid.

empresa podría seguir funcionando ya que la titularidad la ostentaría la Fundación¹⁴⁹

Sobre la naturaleza jurídica de esta figura en este lugar se puede seguir lo indicado por Vásquez E:

“La fundación de Liechtenstein equivale en el derecho continental o derecho civil romano germánico a lo que es el trust anglo-normando del derecho inglés sin soslaya las sutiles diferencias de grados que puedan existir en dichos institutos. La naturaleza jurídica de este instituto es mixta o dual. La fundación no es más que la combinación de un acto de mera liberalidad es decir una donación vinculada a un negocio o encargo fiduciario que engendra una personalidad jurídica denominada fundación.¹⁵⁰

De lo anterior, se podrán identificar como características principales de la FIP de Liechtenstein:

a) La FIP de Liechtenstein posee personalidad propia: La fundación, a pesar de no tener accionistas o miembros, constituye una persona jurídica separada del fundador y tiene por tanto sus propios derechos y obligaciones.¹⁵¹

¹⁴⁹ Manuel José Rufas Vallés, “Análisis de figuras similares al trust anglosajón: las Fundaciones de Interés Privado de Panamá y los Stiftung y Anstalt de Liechtenstein; Los fideicomisos latinoamericanos”, *Cuadernos de Formación*, Vol. 21 (2017):286, consultado 20 de mayo, 2018, http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/2017_21_20.pdf

¹⁵⁰ Eliécer Vásquez Alvarado, “El fideicomiso y la fundación de interés privado el problema de la elección de la Ley Aplicable” (Tesis para optar por el grado de Maestría en Derecho, Universidad de Panamá, República de Panamá, 2011), 66.

¹⁵¹ Manuel José Rufas Vallés, “Análisis de figuras similares al trust anglosajón: las Fundaciones de Interés Privado de Panamá y los Stiftung y Anstalt de Liechtenstein; Los fideicomisos latinoamericanos”,

b) Sirve para cumplir ciertos objetivos propuestos por el fundador: Gasser and Batliner, indican que la función de la Fundación de Liechtenstein fue establecer a perpetuidad para llevar a cabo los objetos predeterminados del Fundador:

The object of the Liechtenstein Foundation was established in perpetuity to carry out the Founder's pre-determined objects of which the beneficiaries held a position of priority. (According to Section 552 et seq on the Liechtenstein Persons and Companies Act (PGR) in conjunction with Para 1 et seq TRUG (SEC 932 a PGR which was established practice of the Liechtenstein Supreme Court and followed the so-called "principle of solidification".¹⁵²

Como se puede observar, partiendo de una interpretación de lo indicado por estos autores, la Fundación de interés Privado, partiendo de ese principio de solidificación, la va a responder a ciertos objetivos que han sido definidos por el Fundador en el momento de la constitución.

c) No posee ánimo de lucro: al igual que la figura panameña, la *Stiftung en* Liechtenstein, no persigue generar ganancias: "La fundación de Liechtenstein no puede realizar actividades comerciales con afán de lucro, excepto si éstas se producen de manera no habitual y sirven a los fines estipulados en su acta fundacional. Por ello es empleada principalmente el campo de la administración del patrimonio".¹⁵³

Cuadernos de Formación, Vol. 21 (2017):285, consultado 20 de mayo, 2018, http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/2017_21_20.pdf

¹⁵² Johannes Gasser y Batliner "Asserting beneficiaries' rights in a Liechtenstein Family Foundation", *Revista Trusts & Trustees*, Vol. 9, (2003): 13, consultado el 10 de abril, 2018, : http://gasserpartner.com/sites/default/files/asserting_beneficiaries_rights_in_a_lichtenstein_family_foundation-gasser-012003.pdf

¹⁵³ Manuel José Rufas Vallés, "Análisis de figuras similares al trust anglosajón: las Fundaciones de Interés Privado de Panamá y los Stiftung y Anstalt de Liechtenstein; Los fideicomisos latinoamericanos", *Cuadernos de Formación*, Vol. 21 (2017):285, consultado 20 de mayo, 2018, http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/2017_21_20.pdf

Sobre la organización es importante mencionar que una *Stiftung*¹⁵⁴ debe contar con las cuatro figuras: El fundador, el Consejo de Fundación, un representante, y el beneficiario.

En relación con el primero indica Rufas Vallés:

“El fundador (Stifter). Es la persona física o jurídica que aporta el capital o los bienes a la fundación y decide el fin o propósito de la misma. Nombra también a los miembros del consejo fundacional y elige a los beneficiarios. Existe la posibilidad de que el fundador designe a un tercero, llamado fundador fiduciario (o fundador nominal), para que figure en su lugar en el acta fundacional. De este modo puede permanecer en total anonimato.

Si desea seguir manteniendo el control sobre la fundación, lo puede hacer ocupando el cargo de Kurator o protector.¹⁵⁵

Es importante, extraer de la cita que este fundador, al igual que en la Fundación de Interés Privado, podrá ser una persona física o jurídica, que éste nombrará a los miembros del Consejo de Fundación y destinará a los beneficiarios, quienes son otros agentes de vital importancia para la figura legal.

Así mismo, poseerá un Consejo de Fundación. El mismo autor indica sobre éste:

El consejo fundacional (Stiftungsrat). El Consejo fundacional, Stiftungsrat, (o Board of Foundations en su traducción inglesa), es el órgano ejecutivo de la fundación, equivalente a la junta directiva de una sociedad offshore. Es el encargado de administrar los bienes de la fundación y llevar a cabo sus fines o propósitos. Puede estar formado por una o más personas físicas o jurídicas. La ley exige que por lo menos una de ellas tenga residencia en Liechtenstein y sea un abogado, un contador público, un agente fiduciario autorizado o posea una titulación en el área económica, reconocida por las autoridades del Principado.

¹⁵⁴ Así se le denomina a la Fundación de interés privado en Liechtenstein.

¹⁵⁵ Manuel José Rufas Vallés, “Análisis de figuras similares al trust anglosajón: las Fundaciones de Interés Privado de Panamá y los Stiftung y Anstalt de Liechtenstein; Los fideicomisos latinoamericanos”, Cuadernos de Formación, Vol. 21 (2017):286, consultado 20 de mayo, 2018, http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/2017_21_20.pdf

El propio fundador, si lo desea, también puede formar parte del consejo fundacional de la Fundación.¹⁵⁶

Rufas Vallés, continúa analizando las figuras que son preponderantes dentro de la Fundación de interés privado en Liechtenstein e indica sobre el representante:

Por ley todas las fundaciones de Liechtenstein deben contar con un representante con residencia permanente en el principado, el cual haga de interlocutor ante las autoridades y pueda recibir notificaciones y correspondencia oficial. Es una figura similar al agente residente (o registered agent), existente en otros paraísos fiscales. Normalmente, el domicilio del representante hace a la vez de sede social, dirección de correo u oficina virtual de la fundación.¹⁵⁷

Lo anterior, es confirmado por Wanger, quien añade partiendo de la Ley del Principado que el representante de la Fundación deberá tener una serie de características:

Este representante debe vivir permanentemente en Liechtenstein, y debe ser residente de un Estado que pertenezca al Área Económica Europea (EEA). Debe ser un representante independiente de la Fundación para las autoridades y debe ser un firmante autorizado debidamente facultado sin requerir la participación efectiva de cualesquiera otros. (Art. 239 PGR.) Uno también puede designar a una persona jurídica como representante siempre que este representante legal tenga una persona natural como representante. La representación debe ser registrada en el Registro Público.(Art. 240 PGR). El representante está facultado por Ley para representar a la Fundación en todos los asuntos frente a todas las autoridades judiciales domésticas y administrativas, y para recibir cualquier tipo de comunicación, incluyendo notificaciones y similares. También está autorizado para archivar expedientes y llevar registros hasta el punto requerido por la operación doméstica. (Art. 241 PGR). Aparte de su poder de representación, el representante solo puede obligar a la Fundación si tiene autorización para hacerlo. (Art. 241 para. 2 PGR). Los representantes deben hacer su firma de tal manera que las palabras de la firma o cualquier otro símbolo adicional de la compañía siempre signifique la representación de la compañía (Art. 241 parágrafo 5 PGR). El representante es responsable ante la Fundación por cualquier daño que surja de sus acciones de la misma manera que en un contrato. Si hay más de un

¹⁵⁶ Ibid., 286.

¹⁵⁷ Ibid.

representante, con responsables de manera conjunta por sus acciones. (Art. 242 PGR).¹⁵⁸

Por último, y no menos importante, indica el mismo autor, que la Fundación poseerá uno o varios beneficiarios, quienes serán las personas que serán beneficiarias con los fines de la fundación. Indica este sobre el particular:

Los beneficiarios (Begünstigte). Son las personas o entidades en cuyo favor se constituye la fundación y que recibirán los beneficios de la misma. En el caso de las fundaciones familiares suelen ser personas físicas y para las mixtas o de interés público pueden ser tanto personas físicas como colectivos o instituciones.”¹⁵⁹

En relación con el capital mínimo para la constitución de una FIP, se debe de indicar que éste es, según Rufas Vallés (2017), uno de los mayores inconvenientes en el Principado de Liechtenstein, siendo que el capital mínimo para la constitución de una fundación en este lugar estará en torno a los 30.000 Chf (francos suizos), lo cual equivale a unos \$25.000 (veinticinco mil dólares americanos).¹⁶⁰

¹⁵⁸ Markus Wanger, “La Ley Panameña de Fundaciones de Interés Privado; Un *Comentario para Profesionales con Estatutos y Regulaciones proporcionadas por OMC, y Tratados sobre Liechtenstein, Volumen 25*. Liechtenstein: Wanger Global, 2012: 43, consultado 20 de enero 2018, http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=tl_files/media/downloads/Ley%20Panamena%20de%20Fundaciones%20de%20Interes%20Privado%20-%20Comentario.pdf.

¹⁵⁹ Manuel José Rufas Vallés, “Análisis de figuras similares al trust anglosajón: las Fundaciones de Interés Privado de Panamá y los Stiftung y Anstalt de Liechtenstein; Los fideicomisos latinoamericanos”, Cuadernos de Formación, Vol. 21 (2017):286, consultado 20 de mayo, 2018, http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/2017_21_20.pdf

¹⁶⁰ En ese sentido véase: Manuel José Rufas Vallés, “Análisis de figuras similares al trust anglosajón: las Fundaciones de Interés Privado de Panamá y los Stiftung y Anstalt de Liechtenstein; Los fideicomisos latinoamericanos”, Cuadernos de Formación, Vol. 21 (2017), consultado 20 de mayo, 2018, http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/2017_21_20.pdf

Por último, es importante mencionar que en el año 2008 se introdujo una nueva ley de fundaciones y se promulgó una nueva Ley fiscal en el 2011. Con estos hechos, se realizó una modificación al marco jurídico que regulaba las fundaciones. Lo anterior, generó que se diera un fenómeno que hizo que se disminuyera la popularidad de las mismas en este lugar. Lo anterior, por cuanto se creó en palabras de Wanger un fenómeno de “petrificación”, que el mismo explica partiendo de la nueva Ley de Fundaciones de Liechtenstein como el fenómeno por el cual

el Fundador de una Fundación ha irrevocablemente y definitivamente definido su voluntad para formar un Fundación específica con beneficiarios específicos. Al establecer tal Fundación, la voluntad del Fundador está “congelada” y no podrá ser cambiada. La voluntad del Fundador es perpetuada en la Fundación. La voluntad queda escrita en piedra (petrificada) y no podrá ser cambiada. Solo razones específicas permitirán alteraciones y enmiendas al Acta o una revocación a la Fundación. La teoría de la petrificación es de la opinión de que de otra manera las características de las Fundaciones (y la institución de las Fundaciones como tal) serían lesionadas y estarían en peligro.¹⁶¹

Con este análisis se logra extraer, que la Ley panameña guarda una gran relación con lo que fue en su momento la vieja Ley de Fundaciones de Liechtenstein, lo cual denota que ésta guardará los mismos principios fundacionales y características de la figura que se propondrá en la presente investigación.

¹⁶¹ Markus Wanger, “La Ley Panameña de Fundaciones de Interés Privado; Un Comentario para Profesionales con Estatutos y Regulaciones proporcionadas por OMC, y Tratados sobre Liechtenstein, Volumen 25. Liechtenstein: Wanger Global, 2012: 26, consultado 20 de enero 2018, http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=tl_files/media/downloads/Ley%20Panamena%20de%20Fundaciones%20de%20Interes%20Privado%20-%20Comentario.pdf.

Por último, se analizará la Fundación de interés Privado en Belice, que como se dijo al inicio del presente acápite, floreció posterior al éxito que ha tenido la figura en estos dos ordenamientos jurídicos precedentes.

B.3) El caso de Belice

Se puede observar como el fenómeno de promulgación de legislación sobre fundaciones privadas en centros financieros que se ubican en las diferentes latitudes, tanto en el Caribe, como en el Pacífico. Esto es ratificado por el autor Paolo Panico, quien indica:

The enactment of private foundations legislation in the main off shore financial centres from the Caribbean to the Pacific, passing through the European Crown Dependencies, has taken place at an impressive, pace, snow-balling during the subsequent decade. The private foundation statutes in force as at the time of writing, and in chronological order since the St Kitts Foundations Act 2003 came into force, are:

- The Bahamas, Foundations Act 2004 (amended in 2005, 2007, and 2011)
- Antigua and Barbuda, International Foundations Act 2007
- Anguilla, Foundations Act 2008
- Foundations (Jersey) Law 2009
- Vanuatu, Foundation Act 2009
- Seychelles, Foundations Act 2009 (amended in 2011)
- Labuan, Foundations Act 2010
- Belize, International Foundations Act 2010
- Isle of Man, Foundations Act 2011
- Mauritius, Foundations Act 2012
- Cook Islands, Foundations Act 2012
- Foundations (Guernsey) Law 2012, in force since 8 January 2013.¹⁶²

¹⁶² Paolo Panico, "Introduction: The World of Private Foundation", en *Private Foundations: Law and Practice, 1a. ed* (Great Clarendon Street, United Kingdom: Oxford University Press, 2014), consultado 08 de abril 2018, <http://www.pbookshop.com/media/filetype/s/p/1394289636.pdf>, 8.

A partir de la interpretación que se le puede dar a la cita en cuestión anteriormente expuesta, se puede observar que la promulgación de legislación en relación con la figura de la Fundación de Interés Privado se ha realizado en los principales centros financieros off shore, y que se ha extendido desde el Caribe hasta el Pacífico, pasando por diferentes dependencias de la Corona Europea y que su crecimiento se ha realizado a un ritmo elevado en la última década. Como se puede ver, desde el 2003 con la promulgación de la Ley en San Cristóbal, se han promulgado otras leyes como lo son la de Bahamas en 2004, Antigua y Barbuda en 2007, Anguila en 2008, Vanuatu en 2009, entre otras, analizando para el 2010 la Ley de Fundaciones Internacionales en Belice y que es objeto de estudio de la presente investigación.

Partiendo de lo anterior, y con el fin de realizar un análisis de los aspectos generales de la figura en algunos de estos ordenamientos se tomará como base para la presente investigación un caso particular: Belice.

Según lo indicado por la Comisión Internacional de Servicios Financieros de Belice, las Fundaciones de Interés Privado en Belice se encuentran reguladas por la Ley de Fundaciones Internacionales del año 2010, que establece en su objeto:

This Act is designed to promote the international financial services industry of Belize by offering a new product to international investors, primarily for asset protection purposes. At present, an international trust is usually used for this purpose in most of the common law countries including Belize, but a foundation which is a civil law alternative to the common law trust is becoming increasingly popular among investors. The essential difference between a trust and a foundation is that a trust is a relationship (not a legal entity) between the trustees and the beneficiaries created by an act whereby the settlor transferred property to the trustees for the benefit of the beneficiaries; whereas a foundation is a legal entity in its own right and, unlike trustees (who are answerable to beneficiaries), foundation council members are answerable to the foundation. 2. Of late, a number of offshore financial centers in common law jurisdictions have enacted

legislation to provide for the establishment of foundations to remain on the cutting edge of this highly competitive industry. The Act is largely based on similar legislation in Antigua, the Bahamas and Anguilla, although consideration has also been given to corresponding legislation in Panama and Isle of Man. 2 3. The Act applies only to non-residents of Belize. It is confined to ‘international foundations’ (...) and does not deal with domestic foundations. ¹⁶³

Se puede extraer de esta cita bajo una interpretación al Idioma Español, que la Ley de Belice ofrece un producto innovador para inversionistas internacionales con fines de protección patrimonial. Se indica que el fideicomiso internacional se utiliza tanto por Belice como por otros países que tienen como base el Common Law. No obstante, analiza que la fundación, se convierte en la alternativa de Derecho Romano (derecho civil), y que ésta ha incrementado entre los inversionistas. Indica que la principal diferencia es que a diferencia de la personalidad jurídica que posee esta última, el fideicomiso no es una persona jurídica.

Analiza la Comisión Internacional de Servicios Financieros de Belice que una serie de centros financieros off shore o extraterritoriales, han promulgado legislación para establecer este tipo de fundaciones, y mantenerse a la vanguardia. Este cuerpo legal de Belice, según se extrae, también, comparte características con la legislación de Antigua, Bahamas y Anguila, aunque también se consideró la correspondiente legislación en Panamá y la Isla de Man.

¹⁶³ International Financial Services Commission, "International Foundations Act, 2010 ; A brief note consultado el 20 de mayo de 2018, <http://www.ifsc.gov.bz/wp-content/uploads/downloads/2013/06/BriefingNote-InternationalFoundationsAct2010-15Nov101.pdf>, 1-2

Por último y no menos importante, se debe de indicar que la Ley de Belice indica que ésta aplicará solo a los no residentes de Belice, por lo que esta Ley no refiere en ningún caso a las fundaciones domésticas.

Si se analiza esta ley se puede observar que ésta posee una estructura parecida a la normativa que regula las mismas en la República de Panamá. La ley se encuentra dividida en 16 partes y contiene 130 secciones. De previo a analizar la Ley se deberá de indicar que la Fundación de interés privado no será aplicable a las fundaciones domésticas que serán manejadas por residentes de Belice, ni que los beneficiarios sean de este lugar por lo que se denomina “Fundación Internacional”.

El primer acápite, analiza la definición de una fundación internacional e indica que ésta tendrá las características que se detallan a continuación:

“international foundation” means a foundation where —

(a) the founder or any person who has contributed assets to the foundation otherwise than for full consideration is not resident in Belize;

(b) none of the beneficiaries of the foundation is resident in Belize; and;

(c) the foundation endowment does not include any land situated in Belize or the shares of any company beneficially owning any land

situated in Belize other than property – (i) for use as an office for the purpose of the administration of the foundation, or (ii) where books and records of the foundation are prepared or maintained.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Belice, “Ley de Fundaciones Internacionales; 01 de abril, 2010” consultado 20 de mayo, 2018, <http://www.ifsc.gov.bz/wp-content/uploads/downloads/2017/04/International-Foundation-Act-2010.pdf> Parte I, Cuestiones Preliminares, inciso 2), 27

De la interpretación que se le puede dar a la definición de Fundación Internacional en los términos de la Ley de Belice se puede observar que ésta es aquella donde: un fundador o cualquier persona que haya contribuido activos a la fundación de otra manera, no es residente en Belice; ninguno de los beneficiarios de la fundación es residente en Belice; y la dotación de la fundación no incluye cualquier tierra situada en Belice o las acciones de cualquier empresa que posea beneficios de cualquier tierra situado en Belice que no sea propiedad - (i) para su uso como una oficina con el fin de la administración de la fundación, o (ii) donde los libros y registros de fundación se preparan aquí.

Dicho esto, si bien, comparte otras de las características propias de las Fundaciones de Interés Privado que ya se han analizado para esta persona jurídica en otras latitudes como lo son: que tiene personalidad jurídica propia, no tiene fines de lucro, su organización está dada por un fundador y el Consejo de Fundación, así como que crea un patrimonio independiente. En la presente investigación, se analizará la Fundación Internacional de Belice como un referente en cuanto a estas características, pero no por su aplicación siendo que como ya se explicó ésta no tendrá presencia local que es lo que se procura con la modificación del Proyecto de Ley No. 17242 de modificación a la “Ley de Fundaciones”.

Por lo anterior, se verá que la Fundación de Interés Privado en Belice, posee las siguientes características:

La Fundación de interés privado de Belice posee personalidad jurídica propia. Lo anterior, según el numeral 3.2 de la Parte II denominada “Establecimiento de la

Fundación” que indica: “(2) Upon registration with the Registrar, a foundation shall have a separate and independent legal personality in its own right and may in its name sue or be sued, plead or be impleaded in all courts of law.”¹⁶⁵

De la interpretación realizada al Idioma Español, indica este numeral que al registrarse, una fundación tendrá una personalidad jurídica separada e independiente con su propio derecho y que puede en su nombre demandar o ser demandado, en todos los Tribunales de Justicia.

Asimismo, del análisis del inciso 10 del artículo 3 del mismo apartado denominado “Establecimiento de la Fundación”, se logra extraer que una vez registrada la fundación, podrá tener derecho a ostentar títulos, derechos o intereses, de tener un nombre y poseerá los mismos derechos y obligaciones que otras personas bajo las Leyes de Belice. Indica el numeral en cuestión: “(10) Upon the registration of a foundation with the Registrar, the foundation shall have the right to hold title, rights or other interests in and to property in its own name or through a nominee in the same manner and with the same rights and obligations as any person under the laws of Belize.”¹⁶⁶.

Sobre esta persona jurídica se debe indicar que no podrá tener los mismos fines ilícitos o contrarios a los fines públicos y que estos podrán tener fines de caridad, no tenerlos o beneficiar a beneficiarios particulares. Además, de la interpretación del inciso 6, el Consejo de Fundación administrará la misma, según la ley y el acta fundacional: Indica el punto en cuestión: “(6) The foundation council shall administer the foundation and its

¹⁶⁵ Ibid., Parte II, Establecimiento de la Fundación, inciso 2, 31.

¹⁶⁶ Ibid., Parte II, Establecimiento de la Fundación, inciso 10, 32.

endowment in accordance with the foundation charter and this Act solely for the benefit of the beneficiaries of the foundation, or if no beneficiaries exist, solely for the purposes, charitable or otherwise, set forth in the foundation charter.”¹⁶⁷

La organización de la Fundación se realiza mediante un fundador y un Consejo de Fundación por el cual se realiza la disposición de los bienes, la Ley indica que el Consejo de fundación representará a la fundación en todas disposiciones, esto, según lo que indica el inciso 5) que dispone: “(5) The foundation council shall represent and act on behalf of the foundation in all matters.”.

De lo anterior, a modo de conclusión se ve que la Fundación de Interés Privado de Belice comparte muchos de los principios que sus homólogos de Panamá y Liechtenstein, ésta tiene una característica, que es definitiva y definitoria que es su extraterritorialidad. No le será aplicable ni a beneficiarios, ni fundadores residentes en Belice. Con lo anterior, se demuestra que, si bien, se encuentran afianzados algunas características ésta no podrá ser tomada en la propuesta de modificación para nuestro proyecto.

A modo de conclusión del capítulo, se logra extraer una serie de conclusiones que son importantes para la presente investigación. La primera, es que la figura de la Fundación de interés privado se ha utilizado desde hace mucho tiempo y con el tiempo se ha ido modificado y perfeccionando. Se considera que como bien lo indicaron los autores consultados, la figura panameña, es la mayormente desarrollada y perfeccionada.

¹⁶⁷ Ibid., Parte II, Establecimiento de la Fundación, inciso 6), 32.

Por el otro lado, es importante mencionar que, si bien, todos los modelos de Fundación de Interés Privado consultadas comparten de las mismas características básicas que son la personalidad jurídica propia, el no ánimo de lucro, la creación de un patrimonio separado que la del fundador, así como partes intervinientes, se puede observar, como por ejemplo en Belice, las “Fundaciones internacionales”, que son la figura que se legisló en este país, no permite a que ni los beneficiarios, ni los fundadores sean residentes.

CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO

A modo de conclusión se puede observar que desde su creación en el año 1995 la figura de la FIP se ha robustecido en Panamá. Por la flexibilidad que ofrece la figura en relación con los fines que se le otorgan a ésta, ya sean de organización patrimonial o hereditarios abiertos, que podrá definir el fundador, mediante el acta fundacional y los reglamentos internos para poder hacer funcionar a esta persona jurídica.

Adicionalmente, se puede observar que, actualmente, su utilidad en Panamá es alta. Se logra extraer de la normativa explicada supra que esta figura, posee ciertos elementos que servirán para su administración dentro del que se destacan el Acta de Fundación y sus reglamentos.

Asimismo, que esta figura posee una serie de órganos a lo interno que permiten su funcionamiento a cabalidad, según fue pensada por el fundador.

SECCIÓN C: FICCIONES JURÍDICAS APLICABLES A LA INVERSIÓN Y DISPOSICIÓN PATRIMONIAL

RESUMEN DEL CAPÍTULO:

Según ha sido indicado en la presente investigación, la figura de la Fundación de interés privado podrá ser utilizada para fines específicos. No obstante, se deberá realizar un análisis de las figuras que, actualmente, existen en el ordenamiento jurídico costarricense con el objeto de conocer cuáles podrán ser los aportes de una figura que en la actualidad no existe en el ordenamiento de la República de Costa Rica.

Con el fin de realizar esta explicación, se procederá en este acápite de la investigación a analizar tres grandes grupos de figuras aplicables, actualmente, a los fines que cumplen las Fundaciones de Interés privado en otros ordenamientos, tales son: las personas jurídicas con ánimo de lucro, personas jurídicas sin ánimo de lucro y figuras contractuales específicas como lo son el contrato de fideicomiso y el contrato Escrow.

C.1) PERSONAS JURÍDICAS CON ÁNIMO DE LUCRO

De previo a realizar el análisis de las posibles figuras legales que se aplican actualmente en nuestro país como personas jurídicas, se debe de conocer qué se entiende por persona y su diferenciación con la personalidad jurídica.

Es importante analizar que la personalidad jurídica, se diferencia, a su vez, del concepto de persona. Una persona desde una visión del experimentado doctrinario Víctor Pérez, se puede dividir en persona física y jurídica, la segunda es la capacidad de ese sustrato

legal en conjunto con otras características de adquirir derechos y ser sujeto de obligaciones.

La persona física, entonces, podrá ser definida como:

el resultado de un sustrato material que es el organismo dotado de los requisitos exigidos por la ley (estar concebido, según la Convención de los Derechos del Niño), los cuales constituyen los presupuestos de calificación de la persona subjetiva individual; por otra parte, es también resultado del reconocimiento formal con el cual se atribuye a este sustrato de hecho la cualidad de persona en sentido jurídico.¹⁶⁸

En la misma línea el mismo autor, define a la llamada persona jurídica, como:

el resultado de un sustrato material que puede ser un conjunto de personas o de bienes organizados unitariamente según las condiciones legales, y de calificación normativa de tal sustrato, ósea la atribución de personalidad jurídica.¹⁶⁹

Siguiendo lo indicado por Víctor Pérez, existen varias teorías sobre la persona jurídica, dentro de las que se encuentran las que se esbozará a continuación:

Entre las corrientes están: la teoría de la ficción, que considera que la persona jurídica como una pura creación del Derecho en contraposición a las personas físicas que por su “naturaleza” han de ser consideradas como sujetos de Derecho, la teoría del patrimonio destinado a un fin, que llega al absurdo de admitir la posibilidad de que objetos de Derecho sean considerados portadores de intereses jurídicos (sujetos) pues en realidad, en las fundaciones lo que se tutela es un interés humano individual o colectivo; las teorías que existen personas jurídicas la capacidad de comprender y querer cuyo error común se encuentra precisamente en la imposibilidad lógica de demostración de tal

¹⁶⁸ Víctor Pérez Vargas, “Derecho Privado”, Cuarta Edición (San José, Costa Rica:Litografía e imprenta LIL, 2013), 99

¹⁶⁹ Ibid.

postulado y, por último, la que considera a las personas jurídicas como hombres asociados en razón de lo cual adquieren la personalidad jurídica.”¹⁷⁰

Expuesto lo anterior, la personalidad jurídica es aquella atribución que se le otorga a la entidad jurídica para contraer obligaciones y ser titular de derechos. Esta característica es compartida por las sociedades mercantiles, por ejemplo. Lo anterior se extrae de lo indicado por el Código de Comercio en su artículo veinte. Éste indica sobre el particular: “Artículo 20.- Las sociedades inscritas en el Registro Mercantil tendrán personería jurídica. Declarada la inexistencia o la nulidad del acto constitutivo, se procederá a la disolución y liquidación de la sociedad sin efecto retroactivo.”

Sobre este mismo tema indicó Simón Sauvé, citando a Carlos Villegas: “Tal atribución implica la posibilidad de que el ente sociedad pueda actuar con individualidad en las relaciones derivadas del tráfico mercantil y también en las relaciones internas; que tenga capacidad para contratar y desempeñarse como un comerciante, con autonomía patrimonial y separación de responsabilidad”.¹⁷¹

¹⁷⁰ Víctor Pérez Vargas, “Derecho Privado”, Cuarta Edición (San José, Costa Rica:Litografía e imprenta LIL, 2013), 114

¹⁷¹Simón Sauvé Normandin, “El capital Social de las Sociedades Anónimas en Costa Rica, Análisis de su Naturaleza Jurídica: ¿Un Mero Formalismo Para su Constitución?” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2016), consultado el 08 de mayo 2018, <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/tesis - capital social 29-2-2016 - version para imprimir 157.pdf>, 39.

En esta misma línea de pensamiento, indica el autor Monge I, sobre el tema de la personalidad jurídica:

Así la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, más allá de la creación de una persona distinta de las personas físicas o jurídicas que la constituyen, es un sometimiento de intereses colectivos a una unidad jurídica. Por ello, la personalidad jurídica consiste en la atribución de los socios de un determinado régimen jurídico que permite dotar a la sociedad de una individualidad jurídica, de capacidad y autonomía propia, jurídica y patrimonial.

172

Por último, indica sobre el particular la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en relación con las teorías de la personalidad jurídica:

XI. - En el Derecho comercial también hay suficiente doctrina en torno a la personalidad jurídica. En el Derecho Romano no se encuentra una elaboración científica de un concepto para designar las especies de personas jurídicas. Cuando se referían a ellas los jurisconsultos utilizaban la expresión *personae vice fungitur*, porque en la vida jurídica ocupaban el lugar y cumplían funciones análogas a las personas físicas. Indiscriminadamente se utilizaba la expresión *universitatas* para referirse a un concepto de individuos o a un conjunto de cosas. Al comenzar el siglo XIII la unión doméstica de capital y trabajo se presenta como simple comunión de hacienda, y prevalece para siempre el carácter familiar y mancomunado de las nacientes compañías. Debido a la necesidad de unir grandes capitales surgen los diferentes grupos societarios. Por ello la doctrina mayoritaria y en particular nuestra legislación asume la teoría de la naturaleza jurídica esbozada por Savigny. Señala que la capacidad jurídica coincide con el concepto de hombre en particular, pero puede ser extendida a sujetos artificiales creados por simple ficción. Tal sujeto según esta teoría se llama persona jurídica. Subsistiendo solamente para un objeto jurídico. En ella se encuentra un nuevo sujeto de derecho, distinto del hombre particular. Por esto la persona jurídica se contrapone a la persona natural. Entiende la existencia de esta figura solo en virtud de este objeto. Esta concepción coincide con la doctrina del siglo XII y ha tenido hasta el siglo pasado indiscutible éxito. La persona jurídica es un sujeto creado artificialmente y capaz de tener propio patrimonio. Justamente se ha observado en rigor la ausencia de la ficción porque el derecho no establece una identidad entre estas personas jurídicas

¹⁷²Ignacio Monge Dobles, Curso de Derecho Comercial (San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2014), 146.

y los hombres. Sino se limita a discutir unas y otras bajo la categoría de los sujetos de derecho, y a reconocer a unas y otros la subjetividad jurídica. Hay ficción solo en el sentido del concepto jurídico. Porque éste es precisamente un producto del derecho, el cual tiene su justificación en el campo de la realidad jurídica y no en el de la realidad no jurídica.¹⁷³

En la misma resolución la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, indicó la definición de la persona jurídica, así como sus características y mencionó lo siguiente:

La persona jurídica es la personificación de ciertas organizaciones para acentuar y potenciar la independencia a las cuales se les reconoce u otorga respeto de sus representantes y socios. Se consideran con capacidad jurídica y de obrar más o menos limitada y con un patrimonio separado. Dentro de las características fundamentales se encuentran las siguientes: 1) propia e independiente capacidad jurídica y de obrar. Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases y ejercitar acciones; 2) la persona jurídica a diferencia de la física tiene una estructura artificial. Necesita valerse de personas físicas para desarrollar la actividad propia de la empresa la cual constituye su objeto y así poder alcanzar su finalidad; 3) debe tener una finalidad u objeto lícito; 4) posee autonomía patrimonial separada de cada uno de sus miembros y representantes. Aspecto manifestado fundamentalmente en la quiebra, o en el cobro de créditos.¹⁷⁴

Dicho lo anterior, es de vital importancia para el análisis que se realizará en torno a las fundaciones de interés privado, el análisis de las personas jurídicas que, actualmente, se pueden encontrar en el marco jurídico nacional.

¹⁷³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. "Recurso de Casación; voto 128-1998; 12 de diciembre, 1998, 14:40 horas, expediente 98-000128-0004-CI, XI.-párraf 1, consultado 10 de febrero 2018, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=190051&tem1=¶m7=&strTipM=T&IResultado=1

¹⁷⁴ Ibid.

Se puede observar que en relación con el ánimo de lucro el artículo 5 del Código de Comercio de Costa Rica indica, que serán comerciantes:

- a) Las personas con capacidad jurídica que ejerzan en nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su ocupación habitual; b) Las empresas individuales de responsabilidad limitada; c) Las sociedades que se constituyan de conformidad con disposiciones de este Código, cualquiera que sea el objeto o actividad que desarrollen; d) Las sociedades extranjeras y las sucursales y agencias de éstas, que ejerzan actos de comercio en el país, sólo cuando actúen como distribuidores de los productos fabricados por su compañía en Costa Rica; y e) Las disposiciones de centroamericanos que ejerzan el comercio en nuestro país.¹⁷⁵

Dicho esto, y según los inciso b, c) y d) se constituyen como comerciantes que ejercerán actos de comercio y, por ende, acciones patrimoniales: las empresas individuales de responsabilidad limitada, las sociedades que se constituyan de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio, así como las sociedades extranjeras y las sucursales y agencias de éstas que ejerzan actos de comercio.

Por su parte indica el artículo 17 del mismo cuerpo legal:

Es mercantil, independientemente de su finalidad:

- a) La sociedad en nombre colectivo;
- b) La sociedad en comandita simple;
- c) La sociedad de responsabilidad limitada; y
- d) La sociedad anónima.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964", Sinalévi: art. 5., consultado 18 de enero, 2018., http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

¹⁷⁶ Ibid., art. 17.

De lo anterior se puede observar que tendrán ánimo de lucro las siguientes:

C.1.1) Empresa Individual de Responsabilidad Limitada

La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, ha sido estudiada por Certad Maroto (2007), quien indicó que ésta posee una gran tradición jurídica siendo que ésta ostenta el mérito de ser el primer país de América y el segundo en el mundo en el reconocerla legislativamente¹⁷⁷. Ésta, actualmente, se encuentra regulada en el Libro I, Título I, Capítulo II del Código de Comercio en los artículos 9 al 16 de este cuerpo legal, con tan solo 8 artículos.

Como se verá, a continuación, esta figura posee una serie de críticas en especial por las lagunas y contradicciones que surgen del clausulado que rige a esta figura.

Una serie de antecedentes, dieron pie a que se regulara en el Código de Comercio de la República de Costa Rica de 1964, la figura de la Empresa de Responsabilidad Limitada. Se puede observar que el fenómeno regulador de la figura inició desde inicios del siglo XX, ya se venían incorporando figuras homólogas a la EIRL, en otros ordenamientos a nivel internacional desde 1926. Este es el caso de Liechtenstein: “En el año 1926, la E.I.R.L. queda incorporada en el Código Civil de Liechtenstein, teniendo como antecedente el proyecto de Pisko y pasando a ser ésta la primera legislación que admite la limitación de responsabilidad del comerciante individual”.¹⁷⁸

¹⁷⁷En este sentido, véase Gastón Certad Maroto, Temas de Derecho Comercial 3ª.ED (San José, Costa Rica:Juricentro, 2007),80.

¹⁷⁸ Gastón Certad Maroto, Temas de Derecho Comercial 3ª.Ed, (San José, Costa Rica: Juricentro, 2007),79.

Otros antecedentes importantes que analiza este autor, son: el pronunciamiento de Paul Carry sobre la legislación del Principado de Liechtenstein en 1928; así mismo, el del R.Isher en el año 1929.¹⁷⁹

Analiza por su parte este autor, otra serie de antecedentes como lo es el presentado en España y México: “En España, el primero en afrontar el tema fue Roig y Bernada en una conferencia dada en Barcelona en 1930. En 1937, también lo hizo Antonio Polo y 5 años después, Sixto García Álvarez. (...) En México Cervantes Ahumada, en 1943 se refirió a la E.I.R.L.”.

Sobre el desarrollo histórico de la figura en nuestro país, indica el mismo tratadista de apellido Certad:

“(...) el Lic. Napoleón Valle publicó, en 1953, un estudio sobre el tema en la Revista del Colegio de Abogados; en 1959, el Lic. Fernando Morelli publica, en esa misma revista otro artículo sobre el tema. En un seminario sobre el Código de Comercio organizado por A.N.F.E. en junio de 1964, el Dr. Octavio Torrealba dictó una conferencia sobre el E.I.R.L., que fue publicada ese mismo año”¹⁸⁰.

Con esto queda claro que el desarrollo de nuestro país, sobre la figura amparada en estudios de derecho comparado hizo que ésta lograra como ya se indicó anteriormente, ser regulada legislativamente en nuestro Código de Comercio.

Una vez analizados los antecedentes de pensamiento y legislativos que conllevaron al nacimiento de la figura en nuestro ordenamiento legal, se procederá a realizar un

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Certad Gastón Maroto, *Temas de Derecho Comercial* 3ª.ED (San José Costa Rica, Editorial: Juricentro, 2007) ,79-80.

análisis de los 8 artículos que regulan la figura con el fin de conocer sus implicaciones y críticas.

Con el fin de poder definir a la Empresa de Responsabilidad Limitada, se debe de partir de lo indicado por el artículo 9 del Código de Comercio de la República de Costa Rica:

La empresa individual de responsabilidad es una entidad que tiene su propia autonomía como persona jurídica, independiente y separada de la persona física a quien pertenezca. Las personas jurídicas no podrán constituir ni adquirir empresas de esta índole. Para efectos del impuesto sobre la renta, el propietario de empresas individuales incluirá en su declaración personal el imponible proveniente de cada una de ellas.¹⁸¹

Lo primero que se debe analizar es que la E.I.R.L., no se constituye como una figura societaria. Si bien, indica el artículo que es una entidad con su propia autonomía como persona jurídica, ésta no deberá ser considerada como una tal. Indica Certad, sobre las EIRL: “Sin embargo nuestro Código regula la figura de la empresa individual de responsabilidad limitada dentro del Capítulo Segundo del Título I del Libro I, artículos 9 al 16, la que obviamente, no es una figura societaria.”¹⁸²

Aunado a lo dicho, salta a la vista una laguna que no fue llenada por el legislador en este numeral en su momento y que es rescatada por el doctrinado Gastón Certad:

(...) es elemental mencionar el párrafo segundo del artículo 9 según el cual, no obstante reconocerse que la E.I.R.L. es una persona jurídica independiente de la

¹⁸¹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, Sinalevi: art. 9, consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

¹⁸² Gastón Certad Maroto. La sociedad de Responsabilidad Limitada, 1ª. Edición (San José Costa Rica, UACA Verbvm: 1995),56.

persona física a quién pertenezca (párrafo primero de esa misma norma), que goza de plena autonomía patrimonial, la propia y característica de las sociedades de capital (artículo 12), se cae en el absurdo de decir que en lo tocante al impuesto sobre la renta, el propietario formulará una sola declaración en donde incluirá el imponible proveniente de cada una de las empresas individuales de responsabilidad limitada (...)¹⁸³

Dicho esto, si bien, se le reconoce la capacidad de constituirse como una persona jurídica, no se propugna una separación patrimonial ni una verdadera limitación de la responsabilidad del titular de la E.I.R.L, que en este caso será el propietario. En adición a lo dicho, se debe analizar el artículo 12 del mismo cuerpo legal: “Únicamente el patrimonio de la empresa responderá por las obligaciones de ésta, sin que al propietario le alcance responsabilidad alguna, pues su obligación se limita a aportar el capital.”¹⁸⁴

En relación con la constitución de la E.I.R.L. se debe indicar que nuestro Código de Comercio indica una serie de requisitos que se asemejan mucho a los de las personas jurídicas que se analizarán más adelante que incluye el requisito formal de ser constituido mediante escritura pública, indicar el domicilio, el capital fundacional, el objeto, así como el nombramiento de un gerente:

ARTÍCULO 10.- La empresa individual de responsabilidad limitada se constituirá mediante escritura pública que consignará:

a) El nombre de la empresa al cual deberá anteponerse o agregarse la expresión "Empresa Individual de Responsabilidad Limitada", o las iniciales "E.I.R.L.". Queda prohibido usar como distintivo el nombre o parte del nombre de una persona física;

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, Sinalevi: art. 12., consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

- b) El domicilio de la empresa, indicando si queda autorizada para abrir agencias o sucursales, dentro o fuera del país;
- c) El capital con que se funda, al cual se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones de los artículos 18 inciso 9), y 32 de este Código;
- d) El objeto a que se dedicará la empresa. No podrá ésta dedicarse a otra actividad que la consignada en la escritura;
- e) La duración de la empresa, con indicación de la fecha en que ha de iniciar operaciones. Si se omite este dato, se entenderá, para todos los efectos, que inicia sus operaciones en el momento en que se inscriba en el Registro Público;
y
- f) El nombramiento del gerente, que puede serlo por todo el tiempo de duración de la empresa o por períodos que en la escritura se indicarán.

El gerente puede ser o no el dueño de la empresa; tendrá facultades de apoderado generalísimo y no podrá sustituir su mandato, salvo que lo autorice la escritura; sin embargo, podrá conferir poderes judiciales.¹⁸⁵

Otro de los artículos de vital importancia de análisis para la presente investigación es el numeral 13 del Código de Comercio, que indica en lo que interesa: “La constitución de la empresa como sus modificaciones, disolución, liquidación o traspaso, se publicarán en extracto en el periódico oficial y se inscribirán en el Registro Público”.¹⁸⁶

Por último, es de vital importancia analizar lo señalado por el artículo 16 del Código de Comercio, en ese sentido: “La quiebra de la empresa no acarrea la del propietario; sin embargo, si el gerente fuere condenado por el delito de quiebra fraudulenta o culpable,

¹⁸⁵ Ibid., art. 10.

¹⁸⁶ Ibid., art. 13.

el Juez decretará, de oficio, embargo general sobre los bienes del propietario, en los términos del artículo 960 de este Código.”¹⁸⁷

El legislador no es claro, y desde nuestra perspectiva se equivoca nuevamente al indicar en este numeral que se decretará embargo sobre los bienes del propietario, cuando el gerente fuere condenado por los delitos expresados en el artículo 960 del Código de Comercio. Si bien, la Empresa de Responsabilidad Limitada, constituye en los términos del artículo 9 una persona jurídica independiente de su propietario, y la figura procura una separación de responsabilidad y patrimonial, según lo indicado por el numeral 12 ya expuesto, es claro que dicha separación no se da. Sobre este particular indicó Carolina Badilla en su tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho:

Esta es la diferencia injusta, a la cual se hace referencia: que en la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, a pesar de que su marco filosófico, propugna una separación patrimonial y una limitación a la responsabilidad de su titular, al declararse culpable al gerente por el delito de quiebra fraudulenta, se decreta el embargo general sobre los bienes del propietario de la empresa. Aquí incluso, el mismo Código de Comercio, peca al confundir la persona del gerente y del titular, pues regula que cuando el gerente es culpado por quiebra fraudulenta, debe responsabilizarse al propietario de la empresa al decretar el embargo de sus bienes, castigándole de esta forma, sin tomar en consideración que puede tratarse de personas totalmente diferentes, según la misma legislación. Con ello, en realidad, se instaura una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, basada más bien, en el principio de la Unidad e Indivisibilidad del Patrimonio, una contradicción total al fin que busca alcanzar la limitación de la responsabilidad, fin propio de las sociedades, que forzosamente se le niega al Comerciante Individual sin existir una base fáctica plausible.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Ibid., art 16.

¹⁸⁸ Carolina Badilla Lizano, “La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y su Reforma en el Código de Comercio de Costa Rica”, (Tesis para optar por el grado de licenciada en Derecho , Universidad de Costa Rica, 2009), consultado 28 de mayo, 2018, <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/La-Empresa-Individual-de-Responsabilidad-Limitada-y-su-Refor.pdf>, 17.

Específicamente, se ha indicado que no se recomienda la utilización de la EIRL, por las disposiciones aplicables de los numerales 10 f)¹⁸⁹, y 479¹⁹⁰ del Código de Comercio. El primero establece la restricción para el gerente de sustituir su mandato, excepto que así se autorice en la escritura social.

Sobre la segunda regulación, es importante detallar que ésta refiere a la manera de la transmisión por cualquier título oneroso de un establecimiento comercial o industrial, ya sea directa o por remate, o el traspaso de la empresa individual de responsabilidad limitada a que el mismo pertenezca, deberá necesariamente anunciarse en el Periódico oficial por aviso que se publicará tres veces consecutivas, en el que se citará a los acreedores e interesados para que se presenten dentro del término de quince días a partir de la primera publicación, a hacer valer sus derechos.

¹⁸⁹“Art. 10, inciso f) El nombramiento del gerente, que puede serlo por todo el tiempo de duración de la empresa o por períodos que en la escritura se indicarán. El gerente puede ser o no el dueño de la empresa; tendrá facultades de apoderado generalísimo y no podrá sustituir su mandato, salvo que lo autorice la escritura; sin embargo, podrá conferir poderes judiciales.” Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, Sinalevi: art. 10, consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

¹⁹⁰ Art. 479 “ La transmisión por cualquier título oneroso de un establecimiento comercial o industrial, ya sea directa o por remate, o el traspaso de la empresa individual de responsabilidad limitada a que el mismo pertenezca, deberá necesariamente anunciarse en el periódico oficial por aviso que se publicará tres veces consecutivas, en el que se citará a los acreedores e interesados para que se presenten dentro del término de quince días a partir de la primera publicación, a hacer valer sus derechos.” Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, Sinalevi: art. 479, consultado 18 de enero, 2018,, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

C.1.2) SOCIEDADES MERCANTILES

Adicionalmente a las EIRL -que, según ya se indicó, no se constituye como una figura societaria-, nuestro código de Comercio, según lo preceptuado en el artículo 17 supra indicado, sí contempla cuatro tipos de sociedades mercantiles. Estas son: la sociedad en comandita simple, la sociedad en nombre colectivo, la Sociedad de Responsabilidad Limitada y la Sociedad Anónima.

Se debe de partir para proceder con el análisis del tema de las sociedades comerciales o mercantiles con la definición de sociedad. Para esto se seguirá lo indicado por lo indicado por el doctrinario Alberto Brenes Córdoba al indicar:

En su más extenso significado, llámase “sociedad” a toda organización de individuos entre sí para un fin común que se proponen alcanzar mediante su acción conjunta. Cuando el fin que se persigue es la obtención de una ventaja de orden económica, la sociedad entra en la esfera del derecho y se rige con arreglo a especiales disposiciones.¹⁹¹

El mismo autor hace una referencia sobre la sociedad como concepto jurídico y la define de la siguiente manera: “contrato por el cual dos o más personas convienen en poner en común alguna cosa con el ánimo de partir entre sí los beneficios que de ello resulten.”¹⁹²

¹⁹¹ Alberto Brenes Córdoba, Tratado de los contratos: 5ta Edición con estudio preliminar de Gérard Farjat, Profesor de Derecho de la Universidad de Niza, revisada y actualizada por Gerardo Trejos y Marina Ramírez, (San José, Costa Rica: Juricentro, 1998), 244.

¹⁹² Ibid.

En esta misma línea de pensamiento se puede observar cómo Farina analiza el concepto de sociedad, e indica:

La sociedad está caracterizada, pues, por la actividad (objeto social) llevada a cabo con la finalidad común de participación en las utilidades (o “beneficios”) y en las pérdidas resultantes de la esa actividad, la intervención de sus integrantes en la toma de decisiones de interés común dentro del objeto social, designación de administradores y su fiscalización en defensa de participación en el capital social.¹⁹³

Citando lo indicado por Federico Torrealba sobre los pactos constitutivos de las sociedades anónimas:

Ciertos contratos asociativos dan pie al nacimiento de un nuevo sujeto de derecho. Entre ellos, cabe incluir los pactos constitutivos de sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, sociedades en nombre colectivo, sociedades en comandita y asociaciones cooperativas.¹⁹⁴

Sobre el tema de las sociedades mercantiles ha indicado la jurisprudencia nacional:

La sociedad mercantil es un esquema legal organizativo de capital y trabajo para la realización colectiva de una cierta actividad que puede ser la producción de bienes o servicios dirigidos a un mercado o al mero intercambio de esos bienes y servicios. Según lo disponía la Ley de Sociedades Comerciales de 1909 y lo dispone hoy el Código de Comercio, las sociedades deben ser constituidas en escritura pública que debe ser inscrita en el Registro Mercantil y publicada en extracto en el periódico oficial. Actualmente, en nuestro ordenamiento, las sociedades en nombre colectivo, de responsabilidad limitada, en comandita o anónima, constituidas en escritura pública y en observancia de las demás formalidades establecidas por el Código de Comercio, se reputan comerciales por la forma, independientemente de su finalidad y de la actividad que realizan,

¹⁹³ Juan M. Farina, Derecho de las sociedades comerciales: 1 Parte general (Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2011),13.

¹⁹⁴ Federico Torrealba Navas, “Contratos Especiales Civiles y Mercantiles” (Monografía Inédita, Universidad de Costa Rica, 2016),989.

si han sido inscritas, en virtud de lo dispuesto por los artículos 5º párrafo c) y régimen legal a que se encuentran sometidas.(...) ¹⁹⁵(el subrayado es suplido).

Partiendo de lo anterior, y en aras de poder analizar la figura de la Fundación de interés privado como persona jurídica, y realizar un análisis comparativo con las demás figuras de derecho asociativo que existen en la legislación costarricense se estudiarán a continuación las sociedades mercantiles que nacen a la luz de la legislación costarricense.

Aunado a lo anterior se puede encontrar una serie de clasificaciones de las sociedades mercantiles:

Atendiendo al viejo criterio, en la clasificación de las sociedades en general, varias son las causas a las que se atiende para clasificar doctrinalmente a las sociedades. Unas veces es al predominio del elemento personal o patrimonial; otras a la responsabilidad limitada o ilimitada de los socios; y otras a la mutabilidad o inmutabilidad de su capital; y así encontramos que las sociedades se dividen en general en sociedades de personas y sociedades de capital, quedando en la primera categoría las sociedades en nombre colectivo y las sociedades en comandita; y en la segunda categoría las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada ¹⁹⁶ (el subrayado es suplido).

Dicho esto, se pasarán a estudiar los tipos de sociedades mercantiles que se encuentran en nuestro marco jurídico. Estas son la Sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita, la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima.

¹⁹⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia “Recurso de Casación; voto 364-90; 26 diciembre 1990, 14:10 horas, expediente 90-000364-0004-CI, Considerando I párraf 1, consultado 10 mayo, 2018, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_selectiva.aspx

¹⁹⁶ Ignacio Monge Dobles, Curso de Derecho Comercial (San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas,2014), 146.

a) Sociedad en Nombre Colectivo

Los antecedentes de esta sociedad se encuentran en la Edad Media y es, en su origen una sociedad constituida por los herederos del fallecido para efectos de poder continuar su actividad comercial. Se trataba entonces de una comunidad familiar en la que los herederos aportan su propio esfuerzo para la realización del objeto y fin social y responden con todos los bienes del cumplimiento de las obligaciones sociales.

Posteriormente, esta forma asociativa se utiliza “por personas extrañas para el establecimiento de un negocio común, y si bien falta la base familiar que la origina, las personas que la integran siguen unidas por vínculos relativamente estrechos basados en la confianza, permaneciendo inalteradas las ideas de comunidad de trabajo y de responsabilidad limitada de sus socios”.¹⁹⁷

Sobre el origen histórico de la sociedad colectiva exponen Pacheco Guerrero y Tellini Mora:

La sociedad colectiva es heredera de la sociedad mercantil de la Edad Media y, como tal, una de las formas societarias mercantiles más antiguas que existen. Puede rastrearse su origen concreto en la Edad Media, a través de las relaciones que poseían los artesanos o comerciantes con sus familiares o discípulos, ya que se presentaba la necesidad de la sucesión o de la actividad en grupo, sin importar la responsabilidad, incluso sin importar la personalidad jurídica, donde el patrimonio de la sociedad era la mano de obra común entre los que participaban en ella, los socios. La mutua confianza entre los socios, caracterizada por el vínculo familiar, fue ampliada con la incorporación o integración de las sociedades con socios no parientes, pero siempre subsistió el elemento de

¹⁹⁷ Ibid., 165.

confianza, el carácter *intuitu personae*, que limitó el acceso de los socios a este tipo de sociedades.¹⁹⁸

Asimismo, indican estos autores sobre las características de la sociedad colectiva:

Este tipo de sociedad se caracteriza por su carácter personalista, por estar fundada sobre vínculos de mutua confianza entre los asociados, los cuales se asocian para un fin común basado en los lazos que poseen entre ellos. Es una figura jurídica basada en el principio de *intuitu personae*, es decir, el elemento principal de la sociedad es la persona y no el capital. Se realza la existencia de una razón social, que es la integrada por el nombre de todos o algunos de los socios, y ofrece como característica especial, la de que todos sus miembros responden en forma subsidiaria y solidariamente con sus bienes por el resultado de la gestión social.¹⁹⁹

Explican los autores Octavio Calvo y Arturo Puente, según lo citado por Ignacio Monge:

La sociedad en nombre colectivo es la forma típica de la sociedad de personas (*intuitu personae*) o por interés, que históricamente se originó en el comercio medieval italiano con el manejo del patrimonio hereditario del comerciante, que quedaba indiviso entre sus hijos. Es por tanto, un círculo cerrado a los extraños; carácter que aún se conserva. En estas sociedades se agrupaban sus componentes, generalmente miembros de una misma familia o dependientes del comerciante, para dedicar integralmente su actividad al objeto de la sociedad, lo cual también se mantiene.²⁰⁰

En la misma línea de pensamiento, y a mayor abundamiento, Arturo Morales y Octavio Calvo definen a la Sociedad en nombre colectivo como: “aquella que existe bajo una

¹⁹⁸Diego Alonso Pacheco Guerrero, y Gustavo Adolfo Tellini Mora, “Deficiencias del sistema societario costarricense: el derecho de información dentro de las sociedades anónimas” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008) Consultado 13 de mayo 2018, <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/Derecho-Informacion-SA.pdf> ,38.

¹⁹⁹ Ibid., 37.

²⁰⁰ Ignacio Monge Dobles, Curso de Derecho Comercial (San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2014), 166.

razón social y en la que todos los socios responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales.”²⁰¹

La personalidad jurídica de esta forma societaria ha sido admitida en distintos ordenamientos jurídicos incluyendo el español, francés y el belga, y ha sido rechazada en otros ordenamientos, tales como el alemán, el italiano, el inglés, el suizo, el austriaco que le limitan el reconocimiento de la personalidad jurídica a las sociedades de capital.

Ignacio Monge, analiza que nuestro país, reconoce de manera amplia la relación entre la personalidad jurídica y la sociedad: “La legislación comercial costarricense reconoce de manera generosa y similar a la legislación española, la personalidad jurídica de todas las sociedades mercantiles, incluyendo a la sociedad en nombre colectivo.”²⁰²

A nivel legal, en nuestro país ésta es definida por el numeral 33 del Código de Comercio que indica: “Sociedad en nombre colectivo es aquella que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden de modo subsidiario pero ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales.”²⁰³

²⁰¹ Octavio Calvo Marroquín y Arturo Puente y Flores, *Derecho Mercantil*: Cuadragésima Edición, (México D.F. Banca y Comercio, 2001), 60.

²⁰² Ignacio Monge Dobles, *Curso de Derecho Comercial* (San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2014), 168.

²⁰³ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, *Sinalevi*: art. 33, consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

Según lo indicado por los doctrinarios que han escrito sobre el tema, este tipo de sociedad, se señalan como características principales la existencia de una razón social y la responsabilidad subsidiaria, ilimitada o solidaria de sus socios.

Indican Arturo Puentes y Octavio Calvo sobre la razón social:

La razón social es el nombre bajo el cual aquella funciona, y que se integra con los nombres de todos los socios, o bien con los de algunos de ellos, agregándose las palabras “y Compañía” u otras equivalentes, y una persona extraña a la sociedad haga figurar, o permita que figure su nombre en la razón social, queda sujeta a la responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria que es la base de la organización y funcionamiento de dicha sociedad.²⁰⁴

Nuestra legislación regula este punto, y ratifica lo indicado por la doctrina al señalar que la razón social se formará con el nombre y apellido o sólo el apellido de uno o más socios, con el aditamento "y Compañía" u otra expresión equivalente que indique la existencia de más socios, si los hubiere.²⁰⁵

Además, el numeral 36 de nuestro Código de Comercio, analiza el tema de la sujeción de responsabilidad solidaria, cuando figure el nombre de cualquier tercero ajeno a la sociedad. Preceptúa este numeral: “La persona extraña a la sociedad que consienta en

²⁰⁴ Octavio Calvo Marroquín y Arturo Puentes y Flores, *Derecho Mercantil*: Cuadragésima Edición, (México D.F. Banca y Comercio, 2001), 60.

²⁰⁵ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, Sinalevi: art. 35, consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

que su nombre y apellido figuren en la razón social, quedará sujeta a las responsabilidades ilimitadas que corresponden al socio.”²⁰⁶

Sobre el tema de la responsabilidad, según ya se indicó anteriormente, ésta será ilimitada²⁰⁷, subsidiaria y solidaria.²⁰⁸

La sociedad colectiva tiene como rasgo principal y que le diferencia de otros tipos de sociedades como la sociedad anónima o de responsabilidad limitada, el hecho de que la responsabilidad por las deudas de la sociedad es ilimitada. Esto significa que en caso de que su propio patrimonio no sea bastante para cubrir todas las deudas, los socios deben responder con su propio patrimonio el pago de las deudas pendientes a los acreedores.

Este punto es ratificado por la legislación costarricense que indica en su Código de Comercio, específicamente en su artículo 34, que es absolutamente nulo y no producirá

²⁰⁶ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, Sinalevi: art. 36, consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

²⁰⁷ A mayor abundamiento véase lo indicado por Octavio Calvo Marroquín y Arturo Puente y Flores, *Derecho Mercantil*: Cuadragésima Edición, (México D.F. Banca y Comercio, 2001), 61: en donde se indica que la esponsabilidad ilimitada es la que se tiene de un modo amplísimo, sin reconocer límite.

²⁰⁸ A mayor abundamiento véase lo indicado por Octavio Calvo Marroquín y Arturo Puente y Flores, *Derecho Mercantil*: Cuadragésima Edición, (México D.F. Banca y Comercio, 2001), 61: es aquella que se tiene por el total y no sólo por una parte. Es la forma acostumbrada en que varias personas obligadas en una relación jurídica responden cada una por sí del total de dicha obligación y no repartiéndola proporcionalmente.

efecto legal alguno en perjuicio de terceros, el pacto en virtud del cual se supriman o disminuyan las responsabilidades ilimitadas y solidarias de los socios.²⁰⁹

ARTÍCULO 51.- Los acreedores de la sociedad no podrán proceder contra los socios personalmente, sino después de haber ejercitado infructuosamente su acción contra ella.

La administración social y representación se encuentran expresamente indicados en los numerales 39,40, 41, 43 y 44 del Código de Comercio. Los mismos remiten lo siguiente:

ARTÍCULO 39.- La administración de la sociedad, y el uso de la firma social, corresponderán exclusivamente a la persona o personas a quienes de acuerdo con los términos del contrato se hubiere dado esa facultad. La firma de todos los socios obliga a la sociedad.²¹⁰

ARTÍCULO 40.- Podrá ser administrador quien no sea socio, pero la escritura social deberá autorizarlo expresamente.²¹¹

En este caso de la interpretación de ambos numerales, se puede encomendar la administración de la sociedad a uno o todos los socios de la misma forma. El uso de la firma o razón social, según la doctrina deberá estar autorizado -sean o no socios los administrados- expresamente por la escritura social. Esta facultad para administrar y usar el uso social por parte de los socios se podrá conferir en dos momentos, al

²⁰⁹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964", Sinalevi: art. 34., consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

²¹⁰ Ibid., art. 39.

²¹¹ Ibid., art. 40.

momento de la firma de la escritura social, o posteriormente. Adicionalmente, esta facultad podrá realizarse por todo el plazo societario, por un término menor o por periodos fijos.²¹²

En concordancia, con el artículo 42 del Código de Comercio²¹³, cuerpo legal que regula la figura, el uso de la firma social no es transmisible. Para poder sustituir este mandato, se deberá seguir el procedimiento que indique la escritura social y ser autorizado por todos los socios.

Es importante la distinción que realiza el artículo 43 del mismo cuerpo legal²¹⁴, al sustentar que no obligarán a la sociedad actos, que aún hechos a nombre de la firma

²¹² “Artículo 44 La facultad de administrar, y el uso de la razón social, se podrán conferir en el acto de firmar la escritura o posteriormente, por todo el tiempo que dure la sociedad, por un término menor o por períodos fijos. En todo caso, el nombramiento se hará por unanimidad de votos.” Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, Sinalevi: art.44., consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

²¹³ “Artículo 42.- El uso de la firma social no es transmisible. Para sustituir el mandato será indispensable que lo autorice la escritura social o expresamente lo consientan todos los socios. Sin embargo, los administradores podrán constituir apoderados judiciales. Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, Sinalevi: art. 42., consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

²¹⁴ ARTÍCULO 43.- No obligarán a la sociedad los actos, aun hecho a nombre de la firma social, de los socios que no sean administradores. Pero si sus nombres figuraran en la razón social, la sociedad soportará las resultas de los actos ejecutados a su nombre con terceros de buena fe, sin perjuicio de las acciones que procedan contra el socio que hubiere actuado sin derecho. Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, Sinalevi: art. 43., consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

social, de los socios que no sean administradores. Sin embargo, en el mismo numeral se realiza la excepción de que si los nombres de estos administrados no socios, figuran en la razón social, ésta soportará los resultados de los actos ejecutados a su nombre con terceros de buena fe, sin perjuicio de las acciones que procedan contra el socio que hubiere actuado sin derecho.

De los numerales remitidos, se pueden observar las siguientes características que posee este tipo de sociedad en la legislación costarricense: “ARTÍCULO 41.- Los administradores tendrán las facultades y poderes que se determinen en la escritura social”.²¹⁵

En relación con el tema de la disolución es clara la legislación nacional aplicable, que la misma tiene seis causas taxativas de disolución. Lo anterior, según lo enunciado por el artículo 56 del Código de Comercio, que preceptúa:

La sociedad colectiva se disuelve por las siguientes causas:

- a) Terminación del plazo o cumplimiento de la condición prefijada al efecto;
- b) Consumación del negocio para que fue constituida;
- c) Declaratoria firme de quiebra;
- d) Muerte de uno de los socios. Podrá convenirse, sin embargo, que este hecho no ponga fin a la sociedad, y que ésta continúe con los socios restantes o con los herederos. Para que continúe con los herederos será necesaria la aceptación de éstos, conforme lo indica el artículo 49;

²¹⁵ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, Sinalevi: art. 41., consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

e) Fusión con otra sociedad; y

f) Prematuramente, por el consentimiento unánime de los socios.²¹⁶

Sobre este particular, existen varios puntos que es menester aclarar. Estos son primero que al igual que otras sociedades mercantiles, la sociedad colectiva terminará con su plazo social, o si es creada para un objeto en particular con la consumación de éste. Adicionalmente, según se ha indicado por el consentimiento unánime de los socios, ésta podrá disolverse.

Por otro lado, es importante mencionar que también se disolverá por la muerte de uno de los socios, aunque este causal tendrá la excepción de que ésta pueda seguir funcionando con los demás socios, o los herederos del socio occiso. Esto, según las siguientes reglas:

En caso de que el socio, sea administrador, según el numeral 45 del Código de Comercio, las facultades de los administradores no se trasmiten a sus herederos, aun cuando se haya estipulado que la sociedad deba continuar entre éstos y los socios sobrevivientes.²¹⁷

Con ocasión de la muerte del socio, existen dos posibilidades para que continúe el funcionamiento de la sociedad: la primera, el o los herederos del socio fallecido deberán aceptar ser socios expresamente, según sea lo convenido en la escritura constitutiva; o una segunda posibilidad que es que los herederos del socio; o si estos no aceptaran

²¹⁶ Ibid., art. 56.

²¹⁷ Ibid., art. 45.

formar parte de la sociedad, podrá seguir funcionando, pero se deberá pagar la participación al heredero o herederos, más los beneficios acumulados al día de la liquidación; o bien, reconocerles y pagarles los respectivos dividendos o ganancias habidas y continuar sirviéndoles el dividendo anual correspondiente, y al producirse la liquidación de la sociedad, entregarles su participación conforme en el aporte hecho por el causante, y en los términos en que a éste habría correspondido. Esto en virtud de los artículos 49 y 50 del Código de Comercio que estipulan:

ARTÍCULO 49.- Mientras no sea aceptado por los demás, no concederá la calidad de socio a un tercero, el hecho de adjudicarse a su favor por remate, herencia o cualquier otra forma, una participación en la sociedad. Como dueño de esa participación, únicamente tendrá derecho a recibir el dividendo correspondiente y a que se le entregue el tanto de su participación cuando se liquide la sociedad.

Cuando el pacto disponga que la sociedad continúe con los herederos del socio que fallezca, regirá lo convenido, pero será indispensable que los herederos acepten expresamente formar parte de la sociedad.²¹⁸

ARTÍCULO 50.- En el caso del artículo anterior, si los herederos del socio fallecido no aceptaren formar parte de la sociedad, ésta podrá continuar entre los socios sobrevivientes, los cuales podrán pagar su participación al heredero o herederos, más los posibles beneficios acumulados al día de la liquidación; o bien, reconocerles y pagarles los respectivos dividendos o ganancias habidas y continuar sirviéndoles el dividendo anual correspondiente, y al producirse la liquidación de la sociedad, entregarles su participación conforme al aporte hecho por el causante, y en los términos en que a éste habría correspondido.

La sociedad no podrá prorrogarse si no se paga a los herederos que no deseen formar parte de ella lo que les corresponda por capital y utilidades o dividendos, a la fecha del vencimiento del plazo social.²¹⁹

²¹⁸ Ibid., 49.

²¹⁹ Ibid., 50.

b) Sociedad en Comandita

Los diferentes autores consultados sitúan el nacimiento de la sociedad en comandita, en el Contrato de Comandita de Mar ²²⁰después que el mismo tuvo un uso extensivo al comercio terrestre. Según indican Octavio Calvo y Arturo Puentes: “Por este contrato una persona confiaba una suma de dinero (conmenda) a un armado o comerciante, para una empresa determinada, generalmente de compra de mercancías, para su venta, exportación, corriendo el riesgo de una ganancia o pérdida.”²²¹

Adicionalmente, indica Fernando Mora, sobre el origen histórico de la figura: “encontramos la sociedad en comandita que se desarrolla un poco antes del año 1200 y de la cual se originan tanto la sociedad en comandita simple como la comandita por acciones que nuestro legislador eliminó por razones poco conocidas y obscuras.”²²²

Se puede definir a la sociedad en comandita simple, como aquella que se encuentra formada por socios comanditados por socios comanditarios. Esta definición es retomada por Pacheco Guerrero, y Tellini Mora, quienes citando a Hugo Richard E. y Manuel Muiño O, analizan la definición de la sociedad en comandita que se dispone a continuación:

La sociedad comanditaria o sociedad en comandita, es aquella sociedad mercantil en la que existen dos tipos de socios, los socios colectivos o gestores

²²⁰ Octavio Calvo Marroquín y Arturo Puentes y Flores, *Derecho Mercantil*: Cuadragésima Edición, (México D.F. Banca y Comercio, 2001),65.

²²¹ Ibid.

²²² Fernando Mora Rojas. Introducción al Derecho Comercial, (San José, Costa Rica: Juritexto), 110.

que responden con la totalidad de su patrimonio de las actividades sociales; los cuales poseen una responsabilidad ilimitada y solidaria, y los socios comanditarios que responden únicamente con el capital aportado, por lo tanto, poseen una responsabilidad limitada a diferencia de los socios colectivos. En otras palabras, en este tipo de sociedades coexisten dos categorías de socios, los comanditados o socios colectivos y los comanditarios, cuyos derechos y obligaciones son bien diferentes. Los primeros responden por las obligaciones sociales como los socios de las colectivas, de una forma subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, y los socios comanditarios poseen una limitación de la responsabilidad proporcional al capital que aportaron a la sociedad o que se obligaron a aportar a la misma.²²³

Esta definición es compartida por Fernando Mora, quien indica que la sociedad en comandita se encuentra conformada por dos tipos de participantes; los comanditarios y los comanditados. Ambos dentro de la razón social con funciones diferentes, que se describen a continuación:

Unos se llaman comanditarios y los otros comanditados. Los últimos además tienen la gestión (y es lo que los caracteriza hoy en día y ya no el no aportar el dinero), son los que administran la sociedad mientras que los otros, los comanditarios no pueden intervenir en la administración de la sociedad. Pero los comanditados a cambio de su derecho de administrar son ilimitadamente responsables.

Los comanditarios no pueden intervenir en la administración, pero tienen como beneficio el que son limitadamente responsables. Mientras que por las deudas de la sociedad a los comanditados podría perseguírseles todos sus bienes personales, aún aquellos que no están dentro de la sociedad, a los comanditarios solamente podría perseguírseles lo que aportaron a la sociedad; no podría perseguírseles sus bienes personales más allá del monto aportado y si ese monto ya fue pagado a la sociedad no puede perseguírseles nada²²⁴.

²²³ Diego Alonso Pacheco Guerrero, y Gustavo Adolfo Tellini Mora, "Deficiencias del sistema societario costarricense: el derecho de información dentro de las sociedades anónimas" (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008) Consultado 13 de mayo 2018, <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/Derecho-Informacion-SA.pdf> , 39.

²²⁴ Fernando Mora Rojas. Introducción al Derecho Comercial, (San José, Costa Rica: Juritexto), 110.

Por lo anterior, se puede decir que la sociedad en comandita simple posee las siguientes características:

1. La existencia de una razón social,
2. La responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria de los socios comanditados.
3. La responsabilidad limitada hasta el importe de su aportación de los socios comanditarios.²²⁵

Sobre la constitución de la sociedad en comandita se debe de indicar que el Código de Comercio la escritura social, aparte de los requisitos del artículo 18 que rigen a todas las sociedades mercantiles, establece el numeral 59 que la misma deberá contener las siguientes disposiciones: "a) Indicación de quiénes son los socios gestores o comanditados y quiénes son los socios comanditarios; y b) Aporte de cada socio al capital social."²²⁶

Sobre la razón o firma social se formará por el nombre o nombres o apellidos de los socios gestores o comanditarios, y el aditamento de "y Compañía, Sociedad en Comandita", lo que podrá abreviarse "S. en C.". El comanditario que consienta en que su nombre completo figure en la razón social, será considerado, para los efectos legales, como si fuera socio comanditado. Lo anterior, según lo indica el artículo 62 del Código de Comercio de la República de Costa Rica.

²²⁵ Octavio Calvo Marroquín y Arturo Puente y Flores, *Derecho Mercantil*: Cuadragésima Edición, (México D.F. Banca y Comercio, 2001),65.

²²⁶ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964", Sinalevi: art. 59., consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

Adicionalmente, se deberá designar a un gerente, gerentes o subgerentes que tendrán la representación legal de la sociedad.²²⁷

En esta persona jurídica, es importante mencionar que en virtud del artículo 65 del Código de Comercio, los socios comanditarios no podrán, ni aun como apoderados de los socios gestores, ejercer actos de administración. Se desprende del mismo numeral que si estos socios los realizan, serán solidariamente responsables ante terceros de todas las pérdidas y obligaciones de la sociedad, derivadas de su gestión administrativa.²²⁸

En adición a lo ya indicado, siguiendo lo preceptuado por este numeral en relación con la gestión de un socio comanditario en virtud de un poder otorgado por la sociedad, deberá hacer constar esa circunstancia. De no hacerlo incurrirá en las responsabilidades de quien permite que su nombre figure en la razón social.

Es importante señalar para este momento que, en este tipo de sociedad, la responsabilidad de los comanditados queda limitada al monto del capital suscrito, según se indicó supra. Lo anterior, si se parte del artículo 60 del Código de Comercio: “La responsabilidad de los socios gestores o comanditados es similar a la de los socios colectivos, pero la del socio o socios comanditarios queda limitada al monto del capital suscrito.”²²⁹

²²⁷ Ibid., art. 58.

²²⁸ Ibid., art. 65.

²²⁹ Ibid., art. 60.

En relación con el capital de la sociedad en comandita indica el Código de Comercio de la República de Costa Rica, que es el cuerpo legal que regula la figura, que el mismo debe ser necesariamente aportado por uno o más comanditarios o por estos y los socios gestores²³⁰. Aunado a lo ya dicho, el capital aportado por el socio comanditario no podrá ser su capacidad, crédito o industria personal. Indica que podrá consistir en una patente de invención, marcas de fábrica o la comunicación de un secreto de arte o de ciencia, con tal de que no lo aplique por sí mismo ni coopere en su ejecución.²³¹

Es importante mencionar, también, que en caso de que el socio comanditario, se viere obligado a pagar a terceros por cuenta de la compañía, este tendrá de una acción de cobro y podrá exigirles a los otros el reintegro de lo pagado en cuanto hubiere excedido de la suma de su aporte.²³²

El Código de Comercio analiza que le serán aplicables las disposiciones de las sociedades colectivas y de las sociedades anónimas en lo que les fuere aplicable.²³³

c) Sociedades de Responsabilidad Limitada

Con el fin de poder analizar la figura de la Sociedad de Responsabilidad Limitada o S.R.L, se debe de partir de sus orígenes. Dicho esto, se puede decir que: “La sociedad de responsabilidad limitada es una creación del legislador alemán a fines del siglo XIX,

²³⁰ Ibid., art.68.

²³¹ Ibid., art.67.

²³² Ibid., art. 71.

²³³ Ibid., art. 74.

seguida por una gran cantidad de otros países como Francia en 1925, y Argentina en 1933”.²³⁴

Específicamente, en nuestro país la figura se comienza a desarrollar en el año de 1942 después de la aprobación del proyecto presentado por el licenciado Jaime Solera Bennertt en el año 1941.

De previo a la promulgación de la Ley No. 272 de 1942, no se conoció la figura de la Sociedad de Responsabilidad Limitada en nuestro país. De previo a esto existieron una serie de disposiciones que si bien regulaban otras figuras mercantiles no lo hacían con la S.R.L. Estos fueron el Código de Comercio de 1853. En palabras de Gaston Certad: “En nuestro país, el primer Código de Comercio del 22 de junio de 1853m en el Título II de su Libro Segundo, que regulaba las “compañías mercantiles”, tipificaba la “compañía regular colectiva” (arts. 212, inciso 1º, a 216), la “compañía en comandita” (arts. 212, inciso 2º. Y 217 a 221), la “compañía en comandita por acciones” (art. 222) y la “compañía anónima” (arts. 212, inciso 3º y 223 a 230 y ss.)”.²³⁵

Continúa indicando este autor, que posterior a este Código de Comercio de 1853, se promulgó la Ley No 6 de Sociedades Comerciales del año 1909, que tampoco reguló la figura de la S.R.L.:

Esas disposiciones fueron derogadas cuando se promulgó la Ley No. 6 de Sociedades Comerciales del 24 de noviembre de 1909, en la que se reconocían cuatro tipos de sociedades comerciales, a saber, la sociedad en nombre colectivo (arts. 2 inciso 1º. y 40 a 57), la sociedad en comandita simple (arts. 2, inciso 2º. y 58 a 66), la sociedad anónima (arts. 2 inciso 3º y 67 a 127) y la sociedad en comandita por acciones (arts. 2, inciso 2º y 128 a 132).²³⁶

²³⁴ Juan M. Farina, Derecho de las sociedades comerciales: 1 Parte general (Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2011), 9.

²³⁵ Gastón Certad Maroto. La sociedad de Responsabilidad Limitada, 1ª. Edición (San José Costa Rica, UACA Verbvm: 1995),27.

²³⁶ Ibid., 37.

Posterior a los hechos ya indicados y según ya se mencionó en 1942, siguiendo a Certad Maroto (1996), Costa Rica se convirtió en el primer país centroamericano en tipificar esta nueva clase de sociedad mercantil.²³⁷ Por último, con la promulgación del Código de Comercio en 1964, Ley No. 3284, se reguló la Sociedad de Responsabilidad Limitada a como se conoce hoy, ésta fue incluida en el Capítulo VI del Título I de su Libro Primero, en los artículos del 75 al 101.

La sociedad de responsabilidad limitada es definida como:

(...) una forma de asociación comercial de tipo cerrado o familiar, especialmente orientada hacia el desarrollo de empresas en las que se manifiesten algunas huellas del *intuitus personae* de la sociedad en nombre colectivo. Además, esta forma de sociedad está destinada especialmente a servir de instrumento legal de desarrollo de empresas medianas y pequeñas”.²³⁸

A mayor abundamiento, se debe conocer lo indicado por el artículo 75 del Código de Comercio: “En la sociedad de Responsabilidad limitada los socios responden únicamente con sus aportes, salvo los casos en que la ley amplíe esa responsabilidad”.²³⁹

²³⁷ Sobre este particular, véase Gastón Certad Maroto. La sociedad de Responsabilidad Limitada, 1ª. Edición (San José Costa Rica, UACA Verbum: 1995), 29.

²³⁸ Gastón Certad Maroto. La sociedad de Responsabilidad Limitada, 1ª. Edición (San José Costa Rica, UACA Verbum: 1995), 37.

²³⁹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, Sinalevi: art. 75., consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

Gastón Certad, analiza el tema de la responsabilidad limitada en las SRL, e indica:

Se consagra en él la responsabilidad limitada, principio fundamental de este tipo social, según el cual cada socio responde por las obligaciones sociales hasta por el monto de su respectivo aporte, exactamente como en la S.A.; por esta razón, suele ser considerada por algunos como una desviación de la sociedad anónima, como su hermana menor y hasta como su hija frívola.²⁴⁰

Sobre la responsabilidad limitada en venta de acciones a socios inversionistas, indicó

Federico Torrealba:

La responsabilidad limitada juega un rol determinante en lo que concierne al levantamiento de capital por medio de venta de acciones a socios inversionistas. En lugar de obtener financiamiento a base de préstamos y acumular pasivos financieros, una sociedad puede robustecerse mediante la captación de inversión accionaria. Pero, para ello, el requisito indispensable es la responsabilidad limitada. Ningún inversionista racional asumiría, a ciegas, el riesgo de invertir en acciones o cuotas de una sociedad, si con ello contrae una contingencia de tener que responder ilimitadamente por todas las posibles deudas de la empresa. Por otra parte, el agente racional normalmente condiciona la inversión a la existencia de una puerta de salida, que le permita liquidar su posición. Y dicha liquidez depende, principalmente, de la existencia de un mercado secundario, es decir, de que otros inversionistas estén, eventualmente, interesados en adquirir las partes sociales –lo cual depende que haya limitación de responsabilidad.²⁴¹

²⁴⁰ Gastón Certad Maroto. La sociedad de Responsabilidad Limitada, 1ª. Edición (San José Costa Rica, UACA Verbvm: 1995), 59-60.

²⁴¹ Federico Torrealba Navas, “Contratos Especiales Civiles y Mercantiles” (Monografía Inédita, Universidad de Costa Rica, 2016), 1001.

De la definición se puede observar que la S.R.L. posee una serie de características, que siguiendo lo indicado Octavio Calvo y Arturo Puente, son las que se mencionan a continuación:

1. Existe indistintamente, bajo una denominación o bajo una razón social.
2. La responsabilidad de los socios se limita al pago de sus aportaciones.
3. El capital se divide en partes sociales individuales.
4. Las partes sociales no pueden estar representadas por títulos negociables.²⁴²

Estas características se encuentran presentes en nuestra legislación, según será analizado en el presente acápite:

Sobre la personalidad jurídica de la S.R.L, se debe necesariamente estudiar lo preceptuado por el numeral 76 del Código de Comercio de la República de Costa Rica, que indica lo siguiente:

Podrán estas sociedades tener una razón social, o denominarse por su objeto, o por el nombre que los socios quieran darle, y será requisito indispensable, en todo caso, el aditamento de "Sociedad de Responsabilidad Limitada" o solamente "Limitada", pudiéndose abreviar así: "S.R.L.", o "Ltda". Las personas que permitan expresamente la inclusión de su nombre o apellidos en la razón social, responderán hasta por el monto del mayor de los aportes.²⁴³

²⁴² Octavio Calvo Marroquín y Arturo Puente y Flores, Derecho Mercantil: Cuadragésima Edición, (México D.F. Banca y Comercio, 2001),68.

²⁴³ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964", Sinalevi: art. 76., consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

En relación con la limitación de responsabilidad, se debe seguir el artículo 75 del Código de Comercio²⁴⁴, éste indica que existe una limitación de la responsabilidad de sus socios, por cuanto estos últimos únicamente responderán por los aportes que realicen estos a la sociedad. El segundo párrafo del texto del artículo 75 refiere ciertas excepciones a esta responsabilidad y una de éstas es la indicada por el artículo 77 del mismo cuerpo legal, que indica:

En todos los documentos, facturas, anuncios o publicaciones de la sociedad, la razón o denominación deberá ser precedida o seguida de las palabras "Sociedad de Responsabilidad Limitada", "Limitada" o sus abreviaturas. La omisión de este requisito hará incurrir a los socios en responsabilidad solidaria e ilimitada, por los perjuicios ocasionados a terceros con tal motivo.(el subrayado es propio).²⁴⁵

Asimismo, la responsabilidad de los socios se podrá aumentar, según lo dispone el artículo 97²⁴⁶, pero éste, sólo podrá acordarse por unanimidad de votos y en reunión en que esté representada la totalidad del capital social.

Otro de los supuestos donde es posible que se extralimite la responsabilidad de los socios es, según el artículo 961 del Código de Comercio que indica que, si se llegare a condenar por quiebra fraudulenta o culpable a los personeros de la sociedad, cualquiera de los acreedores de ésta podrá pedir que se declare también la quiebra de los socios ilimitadamente responsables.

En relación con el tercer y cuatro punto, que tratan el tema de la suscripción del capital indica el Código de Comercio que éste estará dividido en cuotas y que la representación

²⁴⁴ Ibid., art. 75.

²⁴⁵ Ibid., art. 77.

²⁴⁶ Ibid., art. 97.

no puede estar representada por títulos negociables, es menester indicar que este tema es regulado por los artículos 78 y 79 del Código de Comercio, que disponen:

ARTÍCULO 78.- El capital social estará representado por cuotas nominativas, que sólo serán transmisibles mediante las formalidades señaladas en este Código y nunca por endoso. Los certificados representativos de dichas cuotas se emitirán cuando los interesados lo soliciten y en ellos se hará constar que no son transmisibles por endoso. Todo traspaso de cuotas, para que afecte a terceros, deberá necesariamente constar en el libro de actas o registro de socios de la sociedad, o tener fecha cierta y podrá, además, inscribirse en el Registro Mercantil.²⁴⁷

ARTÍCULO 79.- Esta clase de sociedades no podrá constituirse por suscripción pública y su capital estará dividido, en cuotas de cien colones o múltiplos de esta suma. No podrá usarse unidades monetarias extranjeras.²⁴⁸

En adición a lo anterior, expresa el artículo 80 del Código de Comercio²⁴⁹, que el capital social completo, deberá quedar suscrito en el momento de la constitución de la sociedad y que todo socio deberá haber pagado por lo menos la cuarta parte de cada una de las cuotas que haya suscrito, obligándose a cubrir el resto en dinero efectivo, en bienes o en valores, dentro del término de un año a partir de la constitución de la sociedad. Asimismo, resalta que, vencido el plazo para el pago de las cuotas suscritas, la sociedad podrá compeler su cancelación por la vía ejecutiva, y constituirá título suficiente para ese efecto la certificación, en lo conducente, de la escritura de constitución.

En relación con el tema del gobierno y la administración de las S.R.L. se debe aludir que éstas, serán administradas por uno o varios gerentes o subgerentes que pueden ser

²⁴⁷ Ibid., art. 78.

²⁴⁸ Ibid., art. 79.

²⁴⁹ Ibid., art. 80.

socios o extraños, siguiendo las siguientes pautas indicadas por el artículo 89 de este cuerpo legal:

La designación podrá hacerse en el mismo contrato social o en escritura posterior, la cual sólo tendrá efecto después de su publicación e inscripción.

El nombramiento de estos funcionarios podrá hacerse por todo el plazo de la compañía o por períodos fijos que en la escritura se indicarán. En este último caso podrán ser reelectos indefinidamente por períodos iguales, sin que sea necesario publicar ni inscribir esa reelección.

En todo caso, esos nombramientos podrán ser revocados en cualquier momento, por acuerdo tomado por mayoría relativa de votos.²⁵⁰

Así también, el Código de Comercio regula las acciones y obligaciones que podrán tomar estos gerentes y subgerentes. Lo anterior, según los artículos 90 y 91:

ARTÍCULO 90.- Los gerentes o subgerentes no podrán realizar por cuenta propia, operaciones de las que constituyan el objeto de la sociedad, ni asumir la representación de otra persona o sociedad que ejerza el mismo comercio o industria, sin autorización expresa de todos los socios, bajo pena de perder de inmediato el cargo, y recuperar los daños y perjuicios que hubieren causado con su proceder.²⁵¹

ARTÍCULO 91.- Los gerentes y subgerentes no podrán delegar sus poderes sino cuando la escritura social expresamente lo permita. La delegación que se haga contra esta disposición convierte a quien la hace en responsable solidario, con el sustituto, por las obligaciones contraídas por éste. Sin embargo, los gerentes o subgerentes podrán conferir poderes judiciales.²⁵²

²⁵⁰ Ibid., art. 89.

²⁵¹ Ibid., art. 90.

²⁵² Ibid., art.91.

Por último, se considera importante dentro de esta figura societaria, ver cómo funciona el tema de la forma de disolución de la S.R.L. La disolución de la sociedad se encuentra regulada en el artículo 101, que preceptúa:

ARTÍCULO 101.- Las sociedades de responsabilidad limitada no se disolverán por la muerte, interdicción o quiebra de sus socios, salvo disposición en contrario de la escritura social. La quiebra de la sociedad no acarrea la de sus socios. En los casos de responsabilidad solidaria y personal, contemplados en este capítulo, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 960²⁵³

Según este artículo las S.R.L., se disolverán por la muerte, interdicción o quiebra de sus socios, salvo disposición en contrario de la escritura social. La quiebra de la sociedad no acarrea la de sus socios.

d) Sociedades Anónimas

En el presente sub acápite, se analizará la manera como surgieron las sociedades anónimas y su desarrollo hasta la actualidad con el fin de conocer, su organización actual.

²⁵³ “Artículo 960: La declaratoria de quiebra de una sociedad no acarrea la de los socios en particular. Tampoco la quiebra de los socios afectará la vida legal de la sociedad. Sin embargo, tratándose de una sociedad en nombre colectivo o en comandita el juez de oficio decretará embargo general en los bienes de los socios ilimitadamente responsables. Dirigirá mandamiento al Registro Público embargando bienes de los socios sin que sea necesario dar la cita de esos bienes o derechos reales inscritos, bastando la orden de embargo para que se anoten todos los bienes, créditos y derechos inscritos a nombre del quebrado y de los socios ilimitadamente responsables. Además de los bienes que aparezcan del Registro, embargará cualesquiera otros que indiquen al juez el curador, o los acreedores. Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, Sinalevi: art. 960, consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

Se puede observar como Pacheco Diego y Gustavo Tellini, analizan algunas teorías del nacimiento de la figura de la sociedad anónima. Indican estos autores, que el surgimiento de las conocidas actualmente, como sociedades anónimas se da en Italia, gracias a los fenómenos, que generaron diferentes relaciones entre el Estado y sus acreedores y al comercio en la exploración de las Indias Orientales y Occidentales a principios del siglo XVII.

En relación con el primer fenómeno, estos autores acotan:

En cuanto al origen Italiano se dice que existían asociaciones de acreedores que se dedicaban a prestarle a los gobiernos locales y éstos los autorizaban a cobrar los impuestos del Estado. El capital con que operaban estas asociaciones eran los fondos prestados al Gobierno, que surgía del aporte de los acreedores que componían la asociación. La asociación de la Casa de S.Giorgio en Génova fue la primera en mostrar características de la Sociedad Anónima, la responsabilidad de los acreedores estaba limitada al aporte que dieran y las ganancias se las dividían dependiendo del aporte brindado a la asociación, además dicha división de capital era transmisible.²⁵⁴

En relación con la teoría del origen holandés y las expediciones a las Indias Occidentales, indican estos autores:

En cuanto al origen holandés se dice que la chispa que inició las sociedades anónimas se fueron las expediciones a las Indias Occidentales y Orientales que se planeaban y ejecutaban en el Siglo XVII, que eran sumamente onerosas y riesgosas como para ser financiadas por un solo comerciante o familia, por lo

²⁵⁴ Diego Alonso Pacheco Guerrero, y Gustavo Adolfo Tellini Mora, "Deficiencias del sistema societario costarricense: el derecho de información dentro de las sociedades anónimas" (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008) Consultado 13 de mayo 2018, <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/Derecho-Informacion-SA.pdf> , 8

que, las familias y/o comerciantes se dividían el aporte para poder juntar dichas sumas de dinero para cubrir el costo de los viajes.²⁵⁵

Adicionalmente, y citando a Brunetti exponen los autores supra indicados:

Un clima especialmente apto para el desarrollo de las sociedades por acciones surge después de los descubrimientos. Con la sed del oro surgieron las empresas más audaces, no hubo fuerza individual de iniciativa que fuera suficiente, nadie era capaz de jugarse el todo por el todo, pero todos estaban dispuestos a jugarse algo. Su gran desarrollo empezó después del descubrimiento de las tierras transoceánicas. Adoptaron precisamente aquella fórmula las grandes compañías coloniales, dotadas de especiales privilegios por el Estado que no obstante no las reconocía.²⁵⁶

Confirma lo anterior Farina al indicar: “creemos acertada la opinión de quienes ubican el nacimiento de la sociedad anónima con las características más destacables que la tipifican en el siglo XVII, con la Compañía Holandesa de la Indias Orientales (1602)”²⁵⁷

Por otra parte, las Ordenanzas de Bilbao en el siglo XVIII, se convirtieron en las primeras fuentes del Derecho Comercial en Costa Rica, según indican los autores Pacheco Diego y Gustavo Tellini en su tesis para optar por el grado de licenciados por derecho. Indican estos:

Las primeras fuentes de Derecho Comercial que experimentó nuestro país, específicamente en el caso de las sociedades mercantiles, fueron las Ordenanzas de Bilbao de 1737, en las cuales se reguló a las “Compañías de Comercio”, en su capítulo X, que hacía referencia a las sociedades generales o sociedades colectivas. Como innovación, esta normativa introdujo ciertos requisitos de publicidad, tal como la exigencia de que la constitución de las sociedades generales se hiciera ante escribano quien entregaba un testimonio al archivo del Consulado. Posteriormente, las sociedades fueron reguladas por el

²⁵⁵ Ibid., 9.

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ Juan M. Farina, Derecho de las sociedades comerciales: 1 Parte general (Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2011), 8.

Código de Comercio del 6 de junio de 1853. Este Código de Comercio fue el primero en Costa Rica, lo que solidificó el Derecho Comercial en el país, incluyendo la organización de las sociedades.²⁵⁸

El 24 de noviembre de 1909 se promulgó la Ley de Sociedades Mercantiles, lo cual marcó un punto importante en la historia de las sociedades anónimas en Costa Rica, ya que se logró reglamentar mucho mejor el funcionamiento e inscripción de las sociedades en nuestro país. Está ley derogó todas las leyes del Capítulo Segundo del Código de Comercio de 1853 concernientes a las sociedades.²⁵⁹

Más adelante, el 4 de agosto de 1961, se promulgó el Código de Comercio, el cual derogó tácitamente la Ley de Sociedades Mercantiles, puesto que en su normativa se regularon las sociedades, que incluye las sociedades anónimas. Cabe destacar que este Código es similar al actual, promulgado en 1964. Es precisamente en ese año que se derogó el Código de Comercio de 1961 para dar paso al existente. En el presente Código de Comercio las sociedades anónimas se regulan los artículos 102 al 225. No fue hasta la segunda mitad del siglo XX que la sociedad anónima comenzó a ser utilizada ampliamente por las empresas costarricenses. Es gracias a esta figura societaria que se crean nuevos modelos empresariales en nuestro país.

Para analizar la figura de las Sociedad Anónima, se partirá de su definición. No obstante, nuestra legislación, en particular el Código de Comercio no define a la sociedad

²⁵⁸ Diego Alonso Pacheco Guerrero, y Gustavo Adolfo Tellini Mora, "Deficiencias del sistema societario costarricense: el derecho de información dentro de las sociedades anónimas" (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008) Consultado 13 de mayo 2018, <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/Derecho-Informacion-SA.pdf> ,16.

²⁵⁹ Juan M. Farina, Derecho de las sociedades comerciales: 1 Parte general (Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2011), 17.

anónima. Dicho esto, se deberá utilizar la doctrina al respecto, y la caracterización que realiza el este cuerpo legal para poder definirla.

La sociedad anónima es definida por Rosaura Cordero como: “una figura societaria originada para armonizar una situación legal en donde se le da la posibilidad a los socios de intervenir directamente en la administración y poder manejar los intereses sociales ante terceras personas, sin incurrir en responsabilidad ilimitada y solidaria por los actos que realicen en nombre de la sociedad.”²⁶⁰ (el subrayado es suplido).

Otra definición es la indicada por Aramouni, quien parte de las características comunes de esta sociedad mercantil para poder definirla. Indica este autor que una Sociedad Anónima es:

Una asociación de capitales cuyo vínculo societario se establece por la posesión de acciones que representen el capital. Dicha posesión determina los derechos patrimoniales o políticos. Las responsabilidades de los socios se limitan al capital suscrito. Estas sociedades requieren una mayor intervención del Estado en la etapa constitutiva, en su actuación y funcionamiento. Existen en ellas a) un órgano de gobierno, deliberativo o asamblea; b) un órgano de administración, con la representación a cargo del presidente del directorio, y c) un órgano de fiscalización, ya se trate del consejo de vigilancia o de la fiscalización privada.²⁶¹ (el subrayado es suplido).

Estas características son ratificadas por Octavio Calvo y Arturo Puente quienes caracterizan a la S.A., así:

1. Que existe bajo una denominación (distinta de la otra sociedad)

²⁶⁰Rosaura, Cordero Alvarado, “El Levantamiento del Velo Social en el Derecho a Ganancialidad”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2010), 11, consultado el 05 de mayo 2018, <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/El-Levantamiento-del-Velo-Social-en-el-Derecho-a-Ganancialidad.pdf>

²⁶¹ Alberto Aramouni, Práctica del derecho societario; Contratos y sus variantes con explicación doctrinaria y jurisprudencial” (Buenos Aires, Argentina, Astrea, 1996), 155.

2. Que se compone de socios (accionistas) con responsabilidad limitada al pago de sus aportaciones
3. Que el capital se divide en acciones
4. Que las acciones pueden estar representadas por títulos negociables, que deben ser nominativos
5. Que haya dos socios como mínimo y que cada uno suscriba por lo menos, una acción”.²⁶²

Estas características serán analizadas en el presente apartado a la luz del Código de Comercio costarricense.

Una vez definida y caracterizada doctrinariamente la Sociedad Anónima, se deberán analizar las particularidades de esta entidad legal que indica el Código de Comercio en sus numerales ciento dos, ciento tres y ciento ochenta y uno. Lo anterior con el fin de crear una definición legal de ésta.

El artículo 102 del Código de Comercio, analiza la conformación del capital social de la Sociedad Anónima. El mismo indica de qué manera se repartirá el capital social y la responsabilidad limitada del socio al pago de sus aportes. Indica el numeral en cuestión: “ARTÍCULO 102.- En la sociedad anónima, el capital social estará dividido en acciones y los socios sólo se obligan al pago de sus aportaciones”.²⁶³(el subrayado es suplido).

²⁶² Octavio Calvo Marroquín y Arturo Puente y Flores, *Derecho Mercantil*: Cuadragésima Edición, (México D.F. Banca y Comercio, 2001), 73.

²⁶³ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, Sinalevi: art. 102., consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

Así mismo, los numerales 103 y 181, ayudan a completar la definición de la sociedad anónima a la luz de la normativa aplicable. Indican estos numerales:

ARTÍCULO 103.- La denominación se formará libremente, pero deberá ser distinta de la de cualquier sociedad preexistente, de manera que no se preste a confusión; es propiedad exclusiva de la sociedad e irá precedida o seguida de las palabras "Sociedad Anónima" o de su abreviatura "S.A.", y podrá expresarse en cualquier idioma, siempre que en el pacto social se haga constar su traducción al castellano. Para que goce de la protección que da la Oficina de Marcas de Comercio, deberá inscribirse conforme lo indica el artículo 245.²⁶⁴

ARTÍCULO 181.- Los negocios sociales serán administrados y dirigidos por un consejo de administración o una junta directiva, que deberá estar formada por un mínimo de tres miembros, quienes podrán ser o no socios y ostentar las calidades de presidente, secretario y tesorero. Salvo norma contraria en los estatutos, en la elección de consejeros, los accionistas ejercerán su voto por el sistema de voto acumulativo, así:

a) Cada accionista tendrá un mínimo de votos igual al que resulte de multiplicar los votos que normalmente le hubiesen correspondido, por el número de consejeros por elegirse.

b) Cada accionista podrá distribuir o acumular sus votos en un número de candidatos igual o inferior al número de vacantes por cubrir, en la forma que juzgue conveniente.

c) El resultado de la votación se computará por persona.

El Consejo no podrá renovarse parcial ni escaladamente, si de esta manera se impide el ejercicio del voto acumulativo.²⁶⁵

El tema de la constitución de una sociedad anónima se encuentra expresamente regulado por el Código de Comercio. Si se analizan en sus artículos 104 al 106 en

²⁶⁴ Ibid., art. 103.

²⁶⁵ Ibid., art. 181.

concordancia con el artículo 18 de mismo cuerpo legal, se logra extraer que los elementos mínimos que deberán ser cumplidos para que se conforme una Sociedad Anónima. Indican los numerales en cuestión:

“ARTÍCULO 104.- La formación de una sociedad anónima requerirá:

- a) Que haya dos socios como mínimo y que cada uno de ellos suscriba por lo menos una acción;
- b) Que del valor de cada una de las acciones suscritas a cubrir en efectivo, quede pagado cuando menos el veinticinco por ciento en el acto de la constitución; y
- c) Que en acto de la constitución quede pagado íntegramente el valor de cada acción suscrita que haya de satisfacerse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario.”²⁶⁶

En su numeral 105, el Código indica que la constitución de la Sociedad Anónima deberá constar en escritura pública, por fundación simultánea o por suscripción propia²⁶⁷.

Por su parte indica el artículo 106, que la escritura social deberá expresar los requisitos del artículo 18, que son:

lugar y fecha en que se celebra el contrato; nombre y apellidos, nacionalidad, profesión, estado civil y domicilio de las personas físicas que la constituyan; nombre o razón social de las personas jurídicas que intervengan en la fundación; clase de sociedad que se constituye; objeto que persigue; razón social o denominación; duración y posibles prórrogas; monto del capital social y forma y plazo en que deba pagarse; expresión del aporte de cada socio en dinero, en bienes o en otros valores. Cuando se aporten valores que no sean dinero, deberá dárseles y consignarse la estimación correspondiente. Si por culpa o dolo se fijare un avalúo superior al verdadero, los socios responderán solidariamente en favor de terceros por el exceso de valor asignado y por los daños y perjuicios que resultaren. Igual responsabilidad cabrá a los socios por cuya culpa o dolo no se hicieron reales las aportaciones consignadas como hechas en efectivo; domicilio de la sociedad: deberá ser una dirección actual y

²⁶⁶ Ibid., 104.

²⁶⁷ Ibid., 105.

cierta dentro del territorio costarricense, en la que podrán entregarse válidamente notificaciones; forma de administración y facultades de los administradores; nombramiento de los administradores, con indicación de los que hayan de tener la representación de la sociedad con su aceptación, si fuere del caso; y nombramiento de un agente residente que cumpla con los siguientes requisitos: ser abogado, tener oficina abierta en el territorio nacional, poseer facultades suficientes para atender notificaciones judiciales y administrativas en nombre de la sociedad, cuando ninguno de sus representantes tenga su domicilio en el país. El Registro no inscribirá ningún documento relativo a la sociedad, si en los casos en que sea necesario, el nombramiento no se encuentre vigente.

Así también, deberá indicar el número, valor nominal, la naturaleza y clase de acciones en que se divide el capital.

Un elemento esencial del contrato societario es el aporte. Las sociedades mercantiles en general son de carácter oneroso, no existen sociedades gratuitas. Las sociedades anónimas no escapan de esta realidad. Para que se realice la constitución de una sociedad anónima se requiere que las partes, en este caso los socios fundadores realicen una erogación patrimonial; ya sean dinero, bienes, trabajo, o conocimiento. En este caso, según la normativa aplicable; los requisitos de este aporte son que el mismo sea valorable o cuantificable económicamente y lícito. Indica en su artículo 18 inciso 9) el Código de Comercio que uno de los requisitos de que deberá contener la escritura constitutiva de toda sociedad mercantil, es que se realice la “(...) 9) expresión del aporte de cada socio en dinero, en bienes o en otros valores. Cuando se aporten valores que no sean dinero, deberá dárseles y consignarse la estimación correspondiente.”²⁶⁸

²⁶⁸ Ibid., 18 inciso 9.

Adicionalmente, se deberá analizar necesariamente lo indicado por el artículo 32 del Código de Comercio que indica:

ARTÍCULO 32.- Cuando el aporte fuere en dinero, pasará a ser propiedad social. Si fuere en créditos u otros valores, la sociedad los recibirá, a reserva de que se hagan efectivos a su vencimiento, y si así no ocurriere los devolverá al socio que los haya aportado, con el requerimiento de que debe pagar el aporte en dinero dentro de un término que le fijará y que no será menor de un mes. Si no hiciere el pago dentro de ese plazo, se le excluirá de la sociedad, y cualquier entrega parcial que hubiere hecho quedará en favor de la compañía como indemnización fija de daños y perjuicios. Si el aporte consistiere en bienes muebles o inmuebles, el traspaso deberá ser definitivo y en firme, sin más gravámenes o limitaciones que los existentes al ofrecerlos como aporte y que hayan sido aceptados por los otros socios. Si el aporte fuere la explotación de una marca de fábrica, de una patente, de una concesión nacional o municipal u otro derecho semejante, debe expresarse si lo que se aporta es sólo el uso o la explotación de la misma, conservando el socio su calidad de dueño, a fin de que le sea devuelta al vencer el plazo estipulado en el contrato, o si por el contrario el traspaso es definitivo en favor de la sociedad. Si sobre este particular se guardare silencio o el contrato no fuere suficientemente claro, se entenderá que el traspaso se ha hecho de modo total y definitivo a la sociedad. Si el aporte consistiere en trabajo personal o conocimientos, deberán estipularse los plazos y condiciones en que serán puestos a disposición de la sociedad.²⁶⁹(el subrayado es suplido).

Dicho esto, una vez que se realiza el aporte y se cumplen con las formalidades que estos numerales, establecen se creará un patrimonio autónomo separado de los bienes de los fundadores.

Para el funcionamiento de la sociedad anónima, se requieren de tres órganos. Estos son el órgano deliberativo, el órgano de administración y el de fiscalización.

²⁶⁹ Ibid., art.32.

La doctrina ha definido a estos de la siguiente manera:

Órgano de deliberativo: Este órgano dentro de la Sociedad Anónima será la Asamblea de accionistas. Según indica el cuerpo regulatorio de este tipo de persona jurídica, indica que la Asamblea de accionistas, es el órgano supremo de la sociedad. El ejercicio en común de una sociedad se manifiesta en la asamblea de accionistas donde se define qué es lo que se va a hacer, cómo y cuándo. Es en este órgano donde se toma la voluntad de los socios.²⁷⁰ Por otro lado, se le otorga a la Asamblea General una función residual, ésta cumplirá las facultades y tendrá competencia para hacer lo que la ley o la escritura social no atribuyan a otro órgano de la sociedad.

Las asambleas de accionistas serán generales o especiales. Las generales podrán estar integradas por la totalidad de los socios; las especiales, sólo por socios que tengan derechos particulares; las generales son ordinarias o extraordinarias.²⁷¹

Las asambleas ordinarias se celebrarán una vez al año dentro de los tres meses siguientes a la clausura del ejercicio económico, y generalmente, analizará los siguientes puntos:

- a) Discutir y aprobar o improbar el informe sobre los resultados del ejercicio anual que presenten los administradores, y tomar sobre él las medidas que juzgue oportunas;
- b) Acordar en su caso la distribución de las utilidades conforme lo disponga la escritura social;

²⁷⁰ Ibid., art. 152.

²⁷¹ Ibid., art. 153.

c) En su caso, nombrar o revocar el nombramiento de administradores y de los funcionarios que ejerzan vigilancia; y

d) Los demás de carácter ordinario que determine la escritura social.²⁷²

Por su parte, las asambleas extraordinarias se reunirán en cualquier tiempo para:

a) Modificar el pacto social;

b) Autorizar acciones y títulos de clases no previstos en la escritura social;

y

c) Los demás asuntos que según la ley o la escritura social sean de su conocimiento.²⁷³

Órgano de Administración: Este órgano de administración dentro de Sociedad Anónima será el consejo de administración o una junta directiva. Dentro de las características de este órgano administrativo siguiendo lo indicado por el artículo 181 deberá estar conformado por un mínimo de tres miembros quienes podrán ser o no socios y ostentar las calidades de presidente, secretario y tesorero.

Dentro de esta Junta Directiva, ostentará la representación judicial y extrajudicial de la sociedad el presidente, así como los consejeros que se determinen en la escritura social.²⁷⁴

²⁷² Ibid., art. 155.

²⁷³ Ibid., art. 156.

²⁷⁴ Artículo 182. “La representación judicial y extrajudicial de la sociedad corresponderá al presidente del consejo de administración, así como a los consejeros que se determinen en la escritura social, quienes tendrán las facultades que allí se les asignen” Ibid., art. 182.

Órgano de Fiscalización: El artículo 195 del Código de Comercio²⁷⁵ indica que la vigilancia de las sociedades anónimas mencionadas en el artículo 194 del Código de Comercio, estarán a cargo de uno o varios fiscales que pueden ser o no socios. Salvo disposición en contrario, su nombramiento será de un año.

Con el fin de que puedan cumplir con las facultades y obligaciones que se mencionan en el artículo 197 del Código de Comercio²⁷⁶, este cuerpo legal le impone la restricción de ser nombrados para el cargo de fiscales según el artículo 196 a los siguientes: “a) Quienes, conforme a la ley, estén inhabilitados para ejercer el comercio; b) Los que desempeñen otro cargo en la sociedad; y c) Los cónyuges de los administradores y sus parientes consanguíneos y afines hasta el segundo grado.”²⁷⁷

Siguiendo lo indicado por el artículo 199 del Código de Comercio, las personas que se encuentren encargadas de la vigilancia de las sociedades anónimas serán individualmente responsables por el cumplimiento de las obligaciones que la ley, el pacto social y los estatutos les impongan.²⁷⁸

El último de los puntos por analizar es la disolución de las sociedades anónimas. Dentro de la legislación existen cuatro causales que disolverán una sociedad anónima. Estas causales son: “a) El vencimiento del plazo señalado en la escritura social; b) La

²⁷⁵ Ibid., art. 195.

²⁷⁶ Ibid., art. 197.

²⁷⁷ Ibid., art. 196.

²⁷⁸ Ibid., art. 199.

imposibilidad de realizar el objeto que persigue la sociedad, o la consumación del mismo; c) La pérdida definitiva del cincuenta por ciento del capital social, salvo que los socios repongan dicho capital o convengan en disminuirlo proporcionalmente; y d) El acuerdo de los socios”.²⁷⁹

En nuestro país, las sociedades anónimas no se disuelven por el hecho de que todas las acciones pertenezcan a una misma persona. Si bien, se indicó como característica general de las sociedades anónimas que deberán existir por dos socios como mínimo y que estos posean por lo menos una acción, esto podría no llegar a suceder en Costa Rica. En nuestro país, el artículo 202 del Código de Comercio permite que todas las acciones de una sociedad anónima lleguen a pertenecer a una sola persona sin que esto sea causa de disolución de la sociedad.

SECCIÓN D: PERSONAS JURÍDICAS SIN ÁNIMO DE LUCRO

D.1) Asociaciones

Las Asociaciones, tal y como indica esta sección se trata de una figura jurídica creada sin fines de lucro, y que consiste en la agrupación de personas con el interés de perseguir un mismo interés bajo una misma figura jurídica.

Sobre el derecho de asociación, indica Lopéz – Nieto (1992)²⁸⁰ , el concepto de asociación se entiende como aquella convención que realizan dos o más personas, que

²⁷⁹ Ibid., art. 200.

²⁸⁰ Véase más sobre el tema en: Francisco López – Nieto y Mallo, Manual de Asociaciones: Doctrina, Legislación, Jurisprudencia, Formularios, 3ª ed. (Madrid, España: Tecnos, S.A., 1992), 27-28.

deciden en común agrupar conocimientos o su actividad con un propósito distinto al de obtener y/o repartir beneficios, es decir, y menciona tres elementos característicos de las asociaciones a ser: (i) el consentimiento de obligarse entre los asociados,(ii) la permanencia, y (iii) tener un propósito distinto al de obtener beneficios. Este autor agrega, también, que una asociación es una agrupación de personas que se unen por un fin determinado que revista un interés público, entendido esta característica no como su afinidad a una entidad pública, sino que su actividad pueda ser de interés para un número alto de personas, o utilidad de todos, en contraposición a tener un interés privado.

Según jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica sobre el concepto de Asociación, ésta se entiende como el conjunto de personas que se unen con el propósito de perseguir y alcanzar un fin o fines en común, que sea lícito y sin interés de lucrar, por ejemplo, alcanzar fines para la educación, ciencia, arte, deportes, entre otras.²⁸¹

En Costa Rica las asociaciones se encuentran reguladas por la ley 218, del año 1939 y sus reformas, en la cual se establece que toda asociación se regirá bajo esta norma, para aquellas que persigan fines científicos, artísticos, deportivos, benéficos, de recreo, que sean lícitas, y que no tengan como objetivo único el lucro. En este mismo cuerpo normativo se establece el control que tiene el Poder Ejecutivo sobre éstas, siendo que

²⁸¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de casación: voto 69-1994; 17 de agosto 1994, 15:00), expediente 94-150069-0004-CI, *considerando* VI.- párr. 1.

es éste quien autoriza la creación e incorporación de asociaciones en el país, así como la persecución de actividades sin fines de lucro.²⁸²

Para constituir una asociación en Costa Rica de conformidad con la ley de fundaciones en su artículo 10 y siguientes se dispone el requerimiento de estar integrada por no menos de 10 personas mayores de edad. Dentro del acto constitutivo de la fundaciones se debe de disponer el organismo directivo, el cual debe de estar conformado por al menos cinco personas, quienes ostentarán el cargo de presidente, secretario y tesorero, y dos figuras que definirán en este acto. A su vez, otro órgano que debe incluirse dentro de las asociaciones es la fiscalía, quien se encarga de la supervisión de los actos y actividades que se desempeñen por la Asociación, y por último la figura de la Asamblea General, que es la reunión de todos los asociados o su mayoría en la cual se toman las decisiones y se escuchan los reportes administrativos de la Junta Directiva. La Asamblea de Asociados es el órgano deliberativo y de dirección más importante de una Asociación. Desde esta figura se puede acordar los procedimientos de reforma de los estatutos y de cualquier otra actuación que así haya sido dispuestos en estos.²⁸³

Un detalle importante por resaltar y con relevancia para el presente trabajo de investigación es la comparación entre las asociaciones y las fundaciones. Sobre el tema,

²⁸² Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “No. 218: Ley de asociaciones”, San José, Costa Rica, 18 de noviembre 2010, consultado 10 de marzo de 2018, http://www.pgrweb.go.cr/SCIJ/BUSQUEDA/normativa/normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=32764&nValor3=83259&strTipM=FN, arts. 1 y 4.

²⁸³ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “No. 218: Ley de asociaciones”, San José, Costa Rica, 18 de noviembre 2010, consultado 10 de marzo de 2018, http://www.pgrweb.go.cr/SCIJ/BUSQUEDA/normativa/normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=32764&nValor3=83259&strTipM=FN, arts. 1 y 4.

López- Nieto (1992)²⁸⁴ es claro en reconocer que una fundación tiene adscrito un patrimonio o conjunto de bienes en favor de un fin en específico, mientras que una asociación es una agrupación de personas que persiguen un fin en común.

D.2) Cooperativas

Las cooperativas se encajan dentro de personas jurídicas sin fines de lucro, tal y como se explicará más adelante, porque por definición éstas no han sido creadas para generar riqueza entre sus miembros, sino la simple obtención de mayores beneficios producto de esta asociación, es decir, la agrupación de trabajo e intereses en favor de un mismo fin que conlleve beneficios a sus afiliados.

Sobre el concepto de cooperativas, la Sala Primera de la Corte Suprema de la República de Costa Rica (1995) ha indicado:

(...) la cooperativa constituye un instrumento conforme al cual un grupo de personas deciden unirse y organizarse, a efecto de lograr, de esta manera, su bienestar social y económico. Para alcanzar este propósito, los asociados crean una persona jurídica, con capacidad para realizar, por sí misma, pero con el consenso de la voluntad de sus miembros, la producción, comercialización, suministro, ahorro, crédito, servicios y, en general, cualquier función lícita y compatible con los principios y el espíritu de cooperación, excluyendo cualquier actividad que no se destine al fomento de los intereses económicos, sociales y culturales de los asociados.²⁸⁵

²⁸⁴ Véase más sobre el tema en: Francisco López – Nieto y Mallo, Manual de Asociaciones: Doctrina, Legislación, Jurisprudencia, Formularios, 3ª ed. (Madrid, España: Tecnos, S.A., 1992), 31.

²⁸⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de casación: voto 134-1995; 20 de diciembre 1995, expediente 95-000134-0004-CA, considerando IV.- párr.1. consultado 20 marzo, 2018, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=163810&tem1=¶m7=&strTipM=T&IResultado=1

Como acto cooperativista, Huaylupo Alpizar (2003) lo define como:

La realización de actividades económicas entre cooperativas y sus asociados, carentes de un carácter mercantil utilitario y como tales no sujetas al pago de impuestos sobre la renta, así como que las transacciones efectuadas por actos no cooperativos en las organizaciones si puedan ser sujetas a los tributos correspondientes.²⁸⁶

Las cooperativas se encuentran reguladas en Costa Rica por la ley de Asociaciones

Cooperativas, ley número 4179 de 1968. El artículo segundo de esta ley establece que:

Las cooperativas son asociaciones voluntarias de personas y no de capitales, con plena personalidad jurídica, de duración indefinida y de responsabilidad limitada, en las que los individuos se organizan democráticamente a fin de satisfacer sus necesidades y promover su mejoramiento económico y social, como un medio de superar su condición humana y su formación individual, y en las cuales el motivo del trabajo y de la producción, de la distribución y del consumo, es el servicio y no el lucro.²⁸⁷

Si bien es cierto, el propósito de estas cooperativas es mejorar la situación económica de sus asociados, la misma no se crea a fin de generar riqueza propiamente, y es por esto que la ley establece cuáles son los fines principales de una organización de este tipo.

Sobre este tema Mora, Fernando (1970) ha indicado que las cooperativas se encuentran en un punto medio entre las sociedades mercantiles y las asociaciones, en el sentido

²⁸⁶ Juan Huaylupo Alcázar. "Las cooperativas en Costa Rica". Escuela de Administración Pública. Maestría en Administración Cooperativa, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, (2003). 33, consultado 20 de mayo, 2018, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan033284.pdf>

²⁸⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, "No. 4179: Ley de Asociaciones Cooperativas; 29 abril, 2011", Sinalevi: art. 2, consultado 25 de abril, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=32655&nValor3=85395&strTipM=FN

de que éstas no pueden escapar de cada una de estas condiciones, ya que por una parte las cooperativas se rigen bajo principios idealistas de servicio y cooperación entre los asociados, este acto sí representan un beneficio económico para sus integrantes, no para generar riqueza propiamente, pero sí una percepción mediante la cual no hubiera existido sino formase parte de la cooperativa.²⁸⁸

Según un estudio realizado por Lí Bonilla (2013)²⁸⁹, alrededor de tres cuartas partes de la población entrevistada costarricense no consideran a las cooperativas como un instrumento e importancia para el incremento en la riqueza.

De conformidad con la Ley de Asociaciones cooperativas en su artículo 15, existen diversos tipos de cooperativas, entre ellas: de consumo, de producción, de comercialización, de suministros, de ahorro y crédito, de vivienda, de servicios, escolares, juveniles, de transportes, múltiples y en general de cualquier finalidad lícita y compatible con los principios y el espíritu de cooperación.²⁹⁰

²⁸⁸ Véase sobre el particular: Fernando Mora Rojas, “Sociedad, Asociación y Cooperativa”, *Revista de Ciencias Jurídicas* número 16, (1970): 97, consultado 28 de abril, 2018, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/issue/view/1708>

²⁸⁹ Ver más detalle en: Federico Lí Bonilla, *El modelo Cooperativo Costarricense*. (San José, Costa Rica Universidad Estatal a Distancia, 2003), 127, consultado 4 de marzo, 2018 en: https://www.researchgate.net/profile/Federico_Li_Bonilla/publication/265377945_El_modelo_cooperativo_costarricense/links/57336a6708ae298602dceac8/El-modelo-cooperativo-costarricense.pdf

²⁹⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “No. 4179: Ley de Asociaciones Cooperativas; 29 abril, 2011”, *Sinalevi*: art. 15, consultado 25 de abril, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=32655&nValor3=85395&strTipM=FN

SECCIÓN E: FIGURAS CONTRACTUALES

E.1) Contrato de Fideicomiso

La presente sección por desarrollar versa sobre el concepto del contrato del fideicomiso, partes intervinientes; elementos y características principales y diferentes tipos de fideicomiso que se parecen a la figura de la Fundación de Interés Privado. Por último, se realizará un análisis comparativo con la figura de la Fundación de Interés Privado.

a) Concepto y generalidades

Antes de poder definir al fideicomiso se debe iniciar por estudiar su epistemología.

Manuel José Rufas, en relación con este tema, indica lo siguiente:

La palabra fideicomiso, que procede del vocablo latino fideicomisum, que se descompone en fides (fe) y comissus (encargo o comisión), implica reconocer que esta figura equivale a un encargo que se hace de buena fe. En la actualidad el fideicomiso se entiende, en los países de sistema de código civil, como un contrato a través del cual una persona, que recibe el nombre de fideicomitente, fiduciante o constituyente, transfiere un bien o derecho a un tercero, llamado fiduciario, que se convierte en titular legal del mismo, pero con el encargo de traspasarlo o distribuirlo entre uno o más beneficiarios (llamados también fideicomisarios), en el momento que se haya establecido en el contrato.²⁹¹

²⁹¹ Rufas Vallés, *Análisis de figuras similares al trust anglosajón*, Manuel José Rufas Vallés, “Análisis de figuras similares al trust anglosajón: las Fundaciones de Interés Privado de Panamá y los Stiftung y Anstalt de Liechtenstein; Los fideicomisos latinoamericanos”, *Cuadernos de Formación*, Vol. 21 (2017):278 , consultado 20 de mayo, 2018, http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/2017_21_20.pdf

Según lo expuesto por Óscar Vásquez del Mercado, citado por Ignacio Monge:

El fideicomiso es un contrato por virtud del cual se confieren facultades a un sujeto para que realice actos respecto a determinados bienes, a efecto de lograr un fin específico, en provecho de quien designa aquél que otorga las facultades. Sus antecedentes datan desde el derecho romano y germánico. Desde entonces ya se considera que fideicomiso es un encargo que se confía a la honradez y a la fe ajena (...) El fideicomiso es un mandato de afectación de bienes a un fin.²⁹²

Adicionalmente, continúa explicando sobre los orígenes y naturaleza del fideicomiso Ignacio Monge: “La palabra fideicomiso tiene una antiquísima tradición del Derecho romano, enlazado con la idea de la sucesión testamentaria en sus inicios. “Fiducia” hace referencia a una particular figura jurídica, que comprende la concesión de un poder al fiduciario para lograr el cometido específico”.²⁹³

En esta misma línea de análisis, el autor Federico Torrealba define el contrato de fideicomiso como aquel en el que: “(...) el fideicomitente transfiere, al fiduciario, en propiedad fiduciaria y como un patrimonio autónomo, un conjunto de bienes o derechos para el cumplimiento de determinados fines en provecho de los intereses de determinado(s) beneficiario(s) o fideicomisario(s)”.²⁹⁴

²⁹² Ignacio Monge Dobles, Curso de Derecho Comercial (San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2014), 479.

²⁹³ Ibid. 479.

²⁹⁴ Federico Torrealba Navas, “Contratos Especiales Civiles y Mercantiles” (Monografía Inédita, Universidad de Costa Rica, 2016), 414.

En la legislación costarricense, el Código de Comercio, Ley No. 3284, define esta figura contractual. Lo anterior, mediante el artículo 633 que reza lo siguiente:

“Artículo 633.— Por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo”.

Indica Federico Torrealba en relación con la definición del fideicomiso:

El fideicomiso constituye un esquema comercial que permite aislar un bien o derecho, o un conjunto de ellos, a los fines de constituir un patrimonio autónomo. Los bienes o derechos salen del patrimonio del tradens (el fideicomitente) e ingresan a la esfera jurídica del accipiens (el fiduciario), sin llegar a mezclarse o fundirse con el patrimonio propio de éste. Un modo de entender el fideicomiso es visualizarlo como una bolsa o recipiente que contiene bienes o derechos, que han sido separados para un propósito determinado.²⁹⁵

Desde esta premisa, siguiendo lo indicado por el mismo Federico Torrealba:

el fideicomiso exceptúa el principio de unidad del patrimonio, conforme al cual “todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas”. La figura del fideicomiso permite crear patrimonios separados en cabeza de la misma persona. Por consiguiente, el patrimonio del fiduciario queda dividido en: a) El patrimonio personal; y b) Tantos patrimonios autónomos cuantos contratos hubiere concertado en tal calidad.²⁹⁶

Como se verá a continuación, el artículo 634 del Código de Comercio, preceptúa que los bienes del fideicomiso formarán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso.

²⁹⁵ Ibid., 415.

²⁹⁶ Ibid., 415 -416.

Adicionalmente, como prohibición se consideran prohibidos explícitamente los fideicomisos que se encuentran dentro de las siguientes causales:

a) Los fideicomisos con fines secretos;

b) Los **fideicomisos en los que beneficio se conceda a diversas personas que sucesivamente deben sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso en que la sustitución se realice en favor de personas que, a la muerte del fideicomitente, están vivas o concebidas** ya;

c) Los fideicomisos cuya duración sea mayor de treinta años, **cuando se designe como fideicomisario a una persona jurídica, salvo si ésta fuere estatal o una institución de beneficencia, científica, cultural o artística, constituida con fines no lucrativos;** y

d) Los fideicomisos en los que al fiduciario se le asignen ganancias, comisiones, premios u otras ventajas económicas fuera de los honorarios señalados en el acto constitutivo. Si tales honorarios no hubieren sido señalados, éstos serán fijados por el juez, oyendo el parecer de peritos, en diligencias sumarias especialmente incoadas al efecto y siguiendo los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria. (la negrita y el subrayado son nuestros).²⁹⁷

Por último y tal como se estudiará más adelante, según lo indicado por el inciso a) del numeral 659, una de las causales de disolución del fideicomiso es la realización del fin que éste fue constituido, o por hacerse éste imposible. Dicho esto, una vez que se cumple con ese fin, se debe de disolver ese fideicomiso.

b) Elementos y características principales

Si bien, el fideicomiso podrá tener, según las distinciones especiales, según el tipo que se constituya. No obstante, se puede ver que la mayoría coincide en una serie de

²⁹⁷ Asamblea Legislativa de Costa Rica, "No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964", Sinalevi: art. 661., consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

características que muy bien analiza y sintetiza Irene Chaves, en su tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho. Esta autora indica que los fideicomisos poseen los siguientes atributos:

- Mercantil. Se rige por las normas del Código de Comercio.
- Real. El fideicomiso requiere, para su existencia y ejecución, del traspaso del patrimonio fideicometido, a manos del fiduciario.
- Consensual. Es necesario, para su constitución, el acuerdo expreso de las partes intervinientes; al menos, la voluntad del fiduciario y del fideicomitente.
- Bilateral. Genera, tanto derechos como obligaciones para las partes involucradas, por lo menos, para el fideicomitente y para el fiduciario.
- Formal. El fideicomiso debe ser otorgado, de forma escrita, ya sea en documento privado o público. En los casos en que el fideicomiso estará constituido, al menos en parte, por bienes sujetos a inscripción, deberá otorgarse escritura pública ante un notario y ser inscrita en el Registro Público.
- Típico. Por el hecho de estar contemplado dentro del articulado del Código de Comercio, el fideicomiso goza de tipicidad, en razón de que el Código define la naturaleza del negocio, las obligaciones, los derechos, las maneras de extinción y el fin del contrato²⁹⁸.

Asimismo, esta autora le otorga las siguientes características:

- Intuitu personae. El contrato de fideicomiso está basado en la “consideración de la persona”, toda vez que la confianza sea un elemento básico para el acuerdo y para la ejecución del fideicomiso. El fideicomitente entrega la titularidad de todos, o de algunos de sus bienes y derechos, a otro, quien los recibe para realizar con ellos el propósito manifestado.
- Propósito finalista/temporalidad. El fideicomiso se realiza por un motivo y para lograr un cometido; por lo que todo el actuar de las partes contratantes está destinado al logro de este. El contrato tiene vigencia hasta que se cumpla la condición propuesta inicialmente o por el transcurso de un término.
- Patrimonio Autónomo. El patrimonio fideicometido se convierte en un conglomerado de bienes y de derechos diferentes, completamente

²⁹⁸ Irene Chaves González, “La utilización de ingresos estatales como garantía de liquidez para el financiamiento de obras de infraestructura públicas: el caso de la ampliación y de la modernización de la refinería en Moín” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2018), 103-104, consultado 10 de junio 2018, <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2018/04/Irene-Chaves-Gonzalez-Tesis-Completa.pdf>

separados de la hacienda de las personas que intervienen en el contrato: fiduciario, fideicomisario y fideicomitente.

- Elástico. La enorme elasticidad que presenta la figura del fideicomiso permite llevar a cabo múltiples negocios, de acuerdo con las necesidades del fideicomitente.²⁹⁹

c) Partes Intervinientes

Dentro de cualquier tipo de fideicomiso se logran identificar tres partes principales que son: el fideicomitente, el fiduciario, y el fideicomisario, quienes serán los que otorguen, adquieran la propiedad fideicomitada o la que reciba los beneficios de la misma.

El Fideicomitente

El fideicomitente es la persona que constituye el fideicomiso, transfiriendo sus bienes al fiduciario para que los utilice en la forma establecida en el acto constitutivo del fideicomiso.³⁰⁰ Esta figura contractual nace por la voluntad de este interviniente. La figura del fideicomitente se encuentra regulado por la Ley Costarricense en el artículo 639 del Código de Comercio que reza: “El fideicomitente puede designar varios fiduciarios para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso y establecer el orden y las condiciones en que deben sustituirse”.³⁰¹

²⁹⁹ Ibid

³⁰⁰Fernando Avendaño Anana. “El fideicomiso”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N°. 50 (1996): 345, consultado 10 de junio 2018, http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_050.html

³⁰¹ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, Sinalevi: art. 639., consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

El fiduciario

En la línea de pensamiento de Avendaño indica sobre este interviniente:

el fiduciario es la persona que adquiere la propiedad de los bienes fideicomitidos, asumiendo la obligación de utilizarlos en la forma establecida en el documento de constitución del fideicomiso. El fiduciario no puede ser fideicomisario, salvo en los casos de fideicomiso de titulización, y al igual que en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, solamente pueden actuar como fiduciarios determinadas instituciones.³⁰²

Según el numeral 637, se podrán nombrar como fiduciarios personas físicas, o jurídicas, que podrán contraer obligaciones y derechos. Este artículo dispone: “Puede ser fiduciario cualquier persona física o jurídica, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. En el caso de personas jurídicas, su escritura constitutiva debe expresamente capacitarlas para recibir por contrato o por testamento la propiedad fiduciaria”.³⁰³

En concordancia con el artículo 637, se logra extraer del artículo 640, que se podrán nombrar varios fiduciarios en el fideicomiso. Este artículo indica: “Salvo lo que en contrario se establezca en el acto constitutivo, cuando se designen dos fiduciarios, éstos

³⁰² Fernando Avendaño Anana. “El fideicomiso”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N°. 50 (1996): 345, consultado 10 de junio 2018, http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_050.html

³⁰³ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, Sinalevi: art. 637., consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

deberán obrar conjuntamente. La falta de acuerdo entre ellos será resuelta por el juez competente, siguiendo los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria. Si se designaren tres o más, sus decisiones las tomarán por mayoría. El empate lo decidirá el nombrado en primer lugar”.³⁰⁴

De la cita anterior, se logra apreciar que la legislación costarricense abre la oportunidad para que se nombren varios fiduciarios para la administración del fideicomiso. El mismo artículo, les impone ciertas limitaciones en su actuar cuando se nombren dos o más.

Dentro de las obligaciones del fiduciario se encuentran en virtud de lo expuesto por el artículo 644 del Código de Comercio las siguientes:

- a) Llevar a cabo todos los actos necesarios para la realización del fideicomiso;
- b) Identificar los bienes fideicometidos, registrarlos, mantenerlos separados de sus bienes propios y de los correspondientes a otros fideicomisos que tenga, e identificar en su gestión el fideicomiso en nombre del cual actúa;
- c) Rendir cuenta de su gestión al fideicomisario o su representante, y en su caso, al fideicomitente o a quien éste haya designado. Esas cuentas se rendirán, salvo estipulación en contrario, por los menos una vez al año;
- d) Con preferencia a los demás acreedores, cobrar la retribución que le corresponda; y
- e) Ejercitar los derechos y acciones necesarios legalmente para la defensa del fideicomiso y de los bienes objeto de éste.”³⁰⁵

Según el tipo de fideicomiso, se le impondrán otras obligaciones como lo son la indicada por el artículo 651 del Código de Comercio que preceptúa el pago de los impuestos y

³⁰⁴ Ibid., art. 640.

³⁰⁵ Ibid., art. 644.

tasas correspondientes a los bienes fideicomitidos: “ARTÍCULO 651.- El fiduciario debe pagar los impuestos y tasas correspondientes a los bienes fideicometidos. Si teniendo con qué pagar no lo hiciere, será solidariamente responsable.”³⁰⁶

Fideicomisario

Por último, dentro de los intervinientes del fideicomiso, se encuentra el fideicomisario que será quién finalmente, reciba los beneficios del fideicomiso. Dentro de los derechos legales del fideicomisario se encuentran que dispone la ley costarricense se encuentran los siguientes:

- a) Exigir del fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones;
- b) Perseguir los bienes fideicometidos para reintegrarlos al patrimonio fideicomisado, cuando hayan salido indebidamente de éste; y
- c) Pedir la remoción del fiduciario cuando proceda.³⁰⁷

En nuestro país, se limita la participación de una persona, ya sea física o jurídica para que actúe en calidades de fiduciario y fideicomisario a la vez. Según indica el numeral 656 del Código de Comercio³⁰⁸ que, de llegar a coincidir tales calidades, el fiduciario no podrá recibir los beneficios del fideicomiso en tanto la coincidencia subsista.

³⁰⁶ Ibid., art. 651.

³⁰⁷ Ibid., art. 654.

³⁰⁸ “Artículo 656. El fiduciario no podrá ser fideicomisario. De llegar a coincidir tales calidades, el fiduciario no podrá recibir los beneficios del fideicomiso en tanto la coincidencia subsista.” Ibid., art.656.

Una vez analizadas las partes intervinientes en este contrato, se procederá a analizar los tipos de fideicomisos que serán de relevancia para esta investigación.

d) Tipos de fideicomisos

Lo primero que se debe indicar en esta subsección es que no existe una lista taxativa que clasifique los tipos de fideicomisos. La utilización de cierto tipo de fideicomiso, en muchas ocasiones dependerá de las necesidades de los fundadores y la función específica que se le otorgue a este contrato. Existen, tantos tipos de fideicomiso como necesidades existan, fideicomisos de bienes muebles, inmuebles, de administración, de garantía, de inversión, testamentarios, entre otros.

Una vez explicada esta situación y al ser un proyecto de investigación que pretende enfatizar dos funciones principales de los fideicomisos que son: el manejo patrimonial y hereditario con el fin de realizar una comparación con la FIP, se realizará el examen principal de los fideicomisos de garantía, de administración, y testamentario, sin dejar de lado la importancia de otros tipos y características principales de la figura de otros tipos.

Fideicomiso de garantía

En el fideicomiso de garantía como se explicará a continuación, el fideicomitente le transmite al fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos con el fin de que se cumpla con cierto pago u obligación. Dicho esto, se puede seguir lo indicado por Javier Barbieri al indicar que: “el fideicomiso de garantía es el que constituye el deudor sobre

determinados bienes de su propiedad para garantizar el pago de una deuda o cumplimiento de una obligación. Es la fiducia cum creditore del Derecho Romano.”³⁰⁹

Sobre este particular refiere el artículo 648 del Código de Comercio:

En toda operación que implique adquisición o sustitución de bienes o derechos, o inversiones de dinero o fondos líquidos, debe el fiduciario ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomiso. Cuando las instrucciones no fueren suficientemente precisas, o cuando se hubiere dejado la determinación de las inversiones a la discreción del fiduciario, la inversión tendrá que ser hecha en valores de la más absoluta y notoria solidez. El fiduciario, en tales casos, no podrá invertir en valores con fines especulativos; le es prohibido, asimismo, adquirir valores en empresas en proceso de formación o bienes raíces para revender. Si hiciere préstamos en dinero, éstos habrán de hacerse exclusivamente con garantía hipotecaria de primer grado, y en ningún caso por suma mayor del sesenta por ciento del avalúo del inmueble, realizado por peritos idóneos.

Puede constituirse un fideicomiso sobre bienes o derechos en garantía de una obligación del fideicomitente con el fideicomisario. En tal caso, el fiduciario puede proceder a la venta o remate de los bienes en caso de incumplimiento, todo de acuerdo con lo dispuesto en el contrato.”³¹⁰

Fideicomiso de administración

Según lo indicado por Javier Barbieri, por el fideicomiso de administración se entiende el contrato por el cual: “una persona transmite determinados bienes al fiduciario para que éste administre y aplique su producido a los fines establecidos en el contrato,

³⁰⁹ Javier Barbieri “Origen, concepto y posibilidades del Fideicomiso” en *El fideicomiso de garantía : análisis integral, función y régimen*, 1ª ed. (Buenos Aires;Heliasta: ,2008), 235.

³¹⁰ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, Sinalevi: art. 648, consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN.

entregando a su término los bienes al fiduciante o a un tercero. Es la fiducia cum amico de los romanos.”³¹¹

Fideicomiso testamentario

Según lo indicado por Rodrigo Pérez y Andrés Torres, siguiendo a Vivian Navarro y Carolina Roldán, indican que este se realizará en el momento cuando:

el fideicomitente, encontrándose con vida, constituya un fideicomiso. Lo dota de determinados bienes, a fin de que cuando sobrevenga su muerte, el fiduciario los entregue a la persona o personas designadas como fideicomisarios. Con este pacto, los bienes salen del patrimonio del fideicomitente y al instante de su defunción, todos los bienes fideicomitados no forman parte del proceso sucesorio y son distribuidos por el fiduciario y se limitará a seguir las instrucciones dejadas por el fideicomitente y el único requisito para que proceda, es la prueba del fallecimiento.³¹²

Siguiendo esta línea de pensamiento se logra apreciar que será el fideicomiso testamentario la figura que más se asemeja a la Fundación de Interés Privado. No obstante, como se observará en la siguiente subsección existe un elemento diferenciador entre ambas figuras, que le da un elemento a favor a esta figura legal y es la personalidad jurídica.

³¹¹Javier Barbieri “Origen, concepto y posibilidades del Fideicomiso” en *El fideicomiso de garantía : análisis integral, función y régimen* 1ª ed. (Buenos Aires;Heliasta: ,2008), 235.

³¹² Rodrigo Alberto Pérez González; Andrés Torres Bustamante, “Implicaciones y limitaciones del Fideicomiso de Garantía como objeto de Garantía Mobiliaria de conformidad con la ley No. 9246. (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica., 2016), 35, consultado el 12 de junio 2018, http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/implicaciones_y_limitaciones_del_fideicomiso_de_garantia_como_objeto_de_garanti_a_mobiliaria_de_co.pdf

Luego de haber realizado un análisis general de los diferentes tipos de fideicomiso aplicables a la presente investigación, se puede observar que esta figura se diferencia de la Fundación de Interés de Interés privado en varios aspectos. Partiendo de esta afirmación se verá cómo los diferentes autores consultados refieren tres diferencias principales: la personalidad jurídica de la fundación de interés privado, lo que le permite ser sujeto de derechos y obligaciones; los sujetos participantes en la constitución, que como se verá en la Fundación de interés privado es únicamente el fundador, mientras que en el fideicomiso se encuentran el fiduciario y el fideicomitente, y por último, la disposición y manejo de bienes, que en la Fundación de interés privado, el Consejo de Fundación deberá cumplir con los fines estrictamente y en el fideicomiso, pese a que se crea un el objeto de realizar una acción u obligación normalmente se integran al fideicomiso para que sean administrados o dispuestos de alguna manera en particular.

Partiendo de lo anterior, se puede observar lo indicado por Urquizu quien menciona como una primera diferencia entre el fideicomiso y la FIP la siguiente: “La fundación de interés privado es una entidad con personalidad jurídica propia. Una vez que se inscribe el acta fundacional en el Registro Público, tiene personalidad jurídica sin necesidad de ninguna autorización legal o administrativa. Los fideicomisos son actos jurídicos constituidos de acuerdo con las leyes panameñas o extranjeras.”³¹³

³¹³ Ángel Urquizu Caballé. “Inversión En Panamá E Instrumentos Jurídicos: Las Fundaciones De Interés Privado Y Los Fideicomiso” en *La inversión empresarial en la República de Panamá* (Barcelona, España: Bosch, 2013), 262. *Vlex Global*.

Dicho esto, se da una ventaja en relación con los derechos que puede obtener la fundación, así como las obligaciones que detentará la misma. Amplía esta diferencia

Wanger al indicar:

Una de las principales ventajas de la Fundación es que es una persona jurídica y el tema del “fideicomiso simulado {XE “fideicomiso simulado”}” [sic] no surge. Una vez registrada la Fundación existe hasta que se cancele su registro. Un Fideicomiso no tiene personalidad jurídica. Los fiduciarios de los fideicomisos de los países de derecho civil tienden a escoger la Fundación, mientras que los Fundadores de los países de “Common Law” tienden a escoger el fideicomiso. Así que es más una cuestión de origen y de sistema legal el escoger una Fundación o fideicomiso, más que una decisión basada en factores legales o racionales.”³¹⁴

En el caso de la constitución una Fundación de interés privado solamente requiere la existencia del fundador, el fideicomiso requiere del fideicomitente y fiduciario³¹⁵. Para constituir un fideicomiso se requiere de la existencia de dos figuras imprescindibles: el fideicomitente y el fiduciario. En este caso, según lo indicado por Wanger, un fideicomiso podría ser fundador de una Fundación de Interés Privado: “Un Fundador puede ser una persona natural, una corporación o incluso un fideicomiso”.³¹⁶

³¹⁴ Markus Wanger, “La Ley Panameña de Fundaciones de Interés Privado; Un *Comentario para Profesionales con Estatutos y Regulaciones proporcionadas por OMC, y Tratados sobre Liechtenstein, Volumen 25*. Liechtenstein: Wanger Global, 2012: 28, consultado 20 de enero 2018, http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=tl_files/media/downloads/Ley%20Panamena%20de%20Fundaciones%20de%20Interes%20Privado%20-%20Comentario.pdf

³¹⁵ Ángel Urquizu Caballé.” Inversión En Panamá E Instrumentos Jurídicos: Las Fundaciones De Interés Privado Y Los Fideicomiso” en *La inversión empresarial en la República de Panamá*” (Barcelona, España: Bosch, 2013), 261. *Vlex Global*

³¹⁶ Markus Wanger, “La Ley Panameña de Fundaciones de Interés Privado; Un *Comentario para Profesionales con Estatutos y Regulaciones proporcionadas por OMC, y Tratados sobre Liechtenstein, Volumen 25*. Liechtenstein: Wanger Global, 2012: 81, consultado 20 de enero 2018, http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=tl_files/media/downloads/Ley%20Panamena%20de%20Fundaciones%20de%20Interes%20Privado%20-%20Comentario.pdf,

En relación con la disposición y manejo de los fines se puede ver cómo retoma Urquizu A., las funciones del Consejo de Fundación en contraste con el fideicomitente:

El Consejo de Fundación tiene a su cargo el cumplimiento de los fines u objetivos de la fundación. El fundador puede pertenecer al Consejo de Fundación, de manera que el propio fundador puede administrar la fundación. En el fideicomiso, el fideicomitente transfiere los bienes al fiduciario (que suele ser una institución bancaria o una entidad especializada) para que los administre o disponga de ellos en favor de un tercero.³¹⁷

De las tres diferencias apuntadas, se logra extraer como conclusión que se puede ver a la Fundación de Interés Privado como un “fideicomiso mejorado” que podrá ser utilizado por personas físicas o jurídicas para disposición patrimonial. Adicionalmente, al poseer personalidad jurídica la FIP, podrá contraer derechos y obligaciones.

E.2) Contrato Escrow

a) Definición y naturaleza Jurídica

El contrato escrow es una variable disponible en el ordenamiento jurídico costarricense que es utilizado recientemente en las transacciones en donde se requiera un desplazamiento o una ejecución que depende de la realización de un acto por parte de un tercero.

³¹⁷ Ángel Urquizu Caballé. “Inversión En Panamá E Instrumentos Jurídicos: Las Fundaciones De Interés Privado Y Los Fideicomiso” en *La inversión empresarial en la República de Panamá* (Barcelona, España: Bosch, 2013), 261. *Vlex Global*.

Sobre la definición de contrato escrow, López Araya y Sancho Bermúdez (2013)³¹⁸

hacen referencia a que éste consiste en:

Las partes de un contrato de cualquier tipo designan a ese tercero imparcial llamado Agente Escrow, para que custodie dinero o documento y que al cumplirse las condiciones pactadas, ejecute las instrucciones que acordaron entre las partes.

Arce Piñar (2015) establece una definición bastante clara sobre el concepto de contrato escrow, definiéndolo como:

Un contrato mediante el cual dos o más partes, que están en proceso de formalizar una transacción en la cual se debe garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones y/o condiciones, depositan dineros, bienes o documentos, ante un tercero neutral e imparcial junto con instrucciones específicas sobre cómo proceder al momento en que se cumplan o incumplan dichas obligaciones y/o condiciones en relación con lo depositado.³¹⁹

Sobre la naturaleza jurídica del contrato escrow se puede asimilar esta figura contractual al contrato del depósito, diferenciándose en cuanto a que este último se trata de un contrato real, es decir, no se requiere la tradición del bien para que se constituya, en contraposición del contrato escrow, que se basa en el acuerdo consensual entre la parte

³¹⁸ Erica López Araya y Valerie Sancho Bermúdez. “El Contrato Escrow, Figuras Afines y su Aplicación en Costa Rica”. (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003). 9, consultado el 3 de junio, 2018, <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/El-Contrato-Escrow-Figuras-Afines-y-su-Aplicaci%C3%B3n-en-Costa-Rica.pdf>

³¹⁹ José Pablo Arce Piñar. “Las lagunas en la hermenéutica contractual derivadas de la aplicación práctica del Contrato de Escrow en Costa Rica”. (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2015) 21. Consultado 3 de junio, 2018, <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Las-lagunas-en-la-hermen%C3%A9utica-contractual-derivadas-de-la-aplicaci%C3%B3n-pr%C3%A1ctica-del-Contrato-de-Escrow-en-Costa-Rica.pdf>

interesada y el agente escrow, quien es el referente con cumplir las disposiciones pactadas para la liberación y transferencia de bienes, según el cumplimiento de las obligaciones por las partes³²⁰.

De acuerdo con un artículo del Centro de Información Jurídica en Línea de la Universidad de Costa Rica, citando a Xavier Rivas por su artículo “Escrow – Régimen del Contrato” establece que el Contrato Escrow “puede definirse como una especialidad del contrato de depósito regulado por nuestro Código Civil, y, por regla general suele ser retribuido. Su especialidad estriba en que el objeto material del depósito puede ser facilitado a un tercero, a diferencia del depósito genérico, en que la tendencia natural es que el objeto material sea en un futuro reintegrado al depositante.”³²¹

b) Normativa aplicable

En Costa Rica no se encuentra regulación específica sobre el contrato escrow, no obstante, es importante señalar que para que un agente escrow pueda manejar recursos financieros debe de encontrarse inscrito frente a la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF) con el propósito de que dicha administración de recursos se lleve en cumplimiento con la Ley sobre estupefacientes, sustancias

³²⁰ Centro de investigaciones Jurídicas, Contrato Escrow. (Costa Rica, San Pedro,2005), consultado 31 de marzo de 2018 <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MTk2NA>, 2.

³²¹ Centro de investigaciones Jurídicas, Contrato Escrow. (Costa Rica, San Pedro,2005), consultado 31 de marzo de 2018 <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MTk2NA>,.4

psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, ley 8204 de la República de Costa Rica.³²²

La diferencia entre el contrato escrow y la fundación de interés privado es que el agente escrow participa únicamente para custodiar un bien o derecho hasta que sucede alguna condición que libere la obligación de una de las partes para que pueda ser transferida a la contraparte. Desde la anterior figura, no existe la administración patrimonial propiamente, sino que únicamente existe la tenencia del bien, en seguimiento de una única disposición: la liberación y transferencia por el cumplimiento de una obligación recíproca bajo instrucción de las partes.

CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO

Según se estudió en el presente capítulo, la esfera de personas jurídicas disponibles en Costa Rica es bastante amplia, encontrándose aquellas entidades mercantiles según lo dispuesto en el Código de Comercio del país, en donde se estudiaron las personas citadas en el artículo cinco de ese cuerpo normativo a ser: las Sociedades Anónimas, las Sociedades de Responsabilidad Limitada, Empresa de Responsabilidad Limitada de que podría servir, entre otras.

³²² Erica López Araya y Valerie Sancho Bermúdez. “El Contrato Escrow, Figuras Afines y su Aplicación en Costa Rica”. (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003). 16, consultado el 3 de junio, 2018, <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/El-Contrato-Escrow-Figuras-Afines-y-su-Aplicaci%C3%B3n-en-Costa-Rica.pdf>

Estas personas jurídicas no se asemejan a las fundaciones puesto que en estas últimas se da a conocer su interés por el lucro, que, a diferencia de las fundaciones, se crean con el propósito de beneficiar al país.

En cuanto a la figura del contrato escrow, se diferencia con respecto de las fundaciones ya que con el agente escrow lo que se pretende es que éste custodie un bien o derecho hasta que sucede alguna condición que libere la obligación de una de las partes para que pueda ser transferida a la contraparte, mientras que las fundaciones pasan a ser propietarias de un bien destinado a fin determinado que se prolonga a lo largo del tiempo y con vida propia independiente a su fundador.

Con respecto de las personas jurídicas sin fines de lucro como se expuso sobre las asociaciones y cooperativas, éstas se diferencian de las fundaciones ya que consiste en la agrupación de personas que persiguen un mismo fin de interés común, en apoyo y trabajo mutuo, mientras que las fundaciones su tarea es administrar un bien y bienes para el cumplimiento de un fin determinado.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY NO. 17242

RESUMEN DEL CAPÍTULO:

Se realiza un análisis del proyecto de ley y la necesidad de ajustar el proyecto de ley que pretende reformar la actual ley de fundaciones, sustituyéndose su contenido por un texto que incorpore en el ordenamiento jurídico de las fundaciones de interés privado.

SECCIÓN A: ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE LEY NO. 17242

De previo a conocer el análisis del proyecto No. 17242 que pretendió en su momento la modificación de la actual Ley de Fundaciones promulgada en el año 1973, es importante conocer desde la perspectiva histórica, cómo desde la promulgación de la ley, se han modificado las condiciones de las Fundaciones, algunos preceptos importantes, así como algunos cambios reglamentarios y administrativos que se han realizado con el fin de poder hacer operativos este tipo de entes. Este proyecto de modificación a la Ley de Fundaciones reconoció la importancia de la figura y la necesidad de una reestructuración de la regulación legal de las fundaciones:

La vigente Ley de fundaciones, N.º 5338, de 28 de agosto de 1973 constituyó, en su momento, un valioso instrumento que modernizaba el funcionamiento de las fundaciones en Costa Rica. Esta Ley partió del reconocimiento de la existencia de estas organizaciones e introdujo algunas modificaciones registrales, para permitir un marco de acción más amplio y establecer reglas para el proceso de disolución. Buscó modernizar este sector de actividades filantrópicas, o como dice el artículo 1º de la Ley, de “todas aquellas que signifiquen bienestar social”.

Más de tres décadas han pasado desde entonces. En este período las fundaciones se han expandido y diversificado de manera abrumadora. La expansión no es solo un fenómeno nacional. En numerosos países se reconoce la existencia pujante del denominado “tercer sector”, integrado principalmente por un conjunto de organizaciones que sin ánimo de lucro, buscan la materialización de proyectos que permitan alcanzar fines de interés general, desde el ámbito privado.

Nuestra realidad institucional ofrece un significativo contraste con disposiciones jurídicas pensadas antes de esta explosión de esfuerzos y de recursos que hoy muestra el mundo fundacional.³²³

³²³ Este párrafo, se puede consultar en la página 1 del Proyecto de Ley No. 17242, exposición de motivos.

Se puede observar que, desde la promulgación de la Ley de Fundaciones en 1973, se ha utilizado el marco jurídico aplicable a éstas para constituir este tipo de entes con funciones específicas, como lo son las fundaciones públicas. Como parte de las conclusiones que analiza Oriester Abarca, es que las fundaciones públicas se encuentran reguladas únicamente de hecho: “Las fundaciones públicas existen de hecho en Costa Rica, pero no existe un cuerpo normativo que las regule en sus diversos aspectos, tales como constitución, dotación, fines, atribuciones, mecanismos de control y fiscalización.”³²⁴

En esta misma línea de pensamiento, indica este autor:

La Ley de Fundaciones costarricense no indica expresamente si el Estado puede o no constituir fundaciones, pues el art. 2 de ese cuerpo normativo se limita a señalar que “El fundador puede ser una persona física o jurídica, nacional o extranjera”, sin esclarecer si quedan incluidas o no las personas públicas. No obstante, se ha interpretado que la norma se refiere únicamente a personas de Derecho Privado (Sánchez Delgado, 1994: 72) y que la creación de una fundación por parte de una entidad pública requiere de norma legal expresa que así lo autorice. Sin embargo, no puede afirmarse que en la actualidad no existan fundaciones constituidas por entes públicos en Costa Rica, pues existen leyes especiales que han servido de fundamento para su creación. Tal es el caso de la atípica y en principio inconstitucional Norma No. 73 de la Ley No. 7015 y de la Ley No. 7169, ambas de carácter general, o de la Ley No. 8065, de carácter especial en relación con la creación y funcionamiento de la Fundación del Parque Marino del Pacífico. Precisamente, un ejemplo que llama la atención desde el punto de vista de la pureza del concepto fundacional clásico (privatístico) es la Ley No. 8065 (de fecha 27 de enero de 2001, publicada en La Gaceta No. 25 del lunes 5 de febrero del 2001). Esta ley dispone la creación del Parque Marino del Pacífico, como órgano del Ministerio del Ambiente y Energía, pero con personalidad jurídica instrumental a los efectos del manejo y

³²⁴ Oriester Abarca Hernández, “Las fundaciones públicas en Costa Rica. Pautas para una propuesta de Legislación”, *InterSedes*, Vol. III (2002):89, consultado 13 de marzo, 2018, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/intersedes/article/view/760>

la administración financiera de sus bienes y recursos. ³²⁵(la negrita y el subrayado son suplidos).

Adicionalmente, se puede observar que el tema de las fundaciones ha evolucionado por el incremento de la práctica de transferencia de recursos públicos a personas de derecho privado. Lo anterior, es expuesto por Omar Rivera quien propone:

Tales transferencias, en muchos de los casos, tienen por objeto sustraer a la Contraloría General de la República del control y fiscalización que le corresponde realizar sobre los fondos públicos; evadir el uso de los procedimientos y principios de la Ley de Contratación Administrativa, toda vez que los entes privados a los que se les transfieren tales partidas no tienen que acudir a los procedimientos de contratación administrativa, a pesar de estar utilizando fondos públicos y a pesar de que lo hacen en ejercicio de funciones que corresponden al Estado o sus instituciones.

Por otra parte, el Estado y algunas instituciones públicas -tal y como es el caso de la Universidad de Costa Rica-, en procura de agilizar su funcionamiento, han propiciado el surgimiento y proliferación de tales entidades en las cuales delegan parte de sus atribuciones y funciones públicas, facilitándoles al efecto los recursos necesarios.³²⁶

Son varios los casos que demuestran lo anterior:

Uno de estos, es que históricamente al crearse las primeras universidades privadas, se utilizó esta figura. Es más, la Ley 6693 que creó el Consejo Nacional de Enseñanza Superior Universitaria Privada en su artículo estipuló que estos entes privados, debían organizarse de esta manera:

De la misma manera, la Ley de Universidades Privadas, N° 6693, publicada en la Gaceta de 23 de mayo de 1981, fue la que creó el Consejo Nacional de Enseñanza Superior Universitaria Privada y regula la constitución y

³²⁵Ibid., 85.

³²⁶ Ibid., 53.

funcionamiento de esos entes. En el art. 5º se obliga a esas universidades a constituirse como asociaciones o fundaciones: "Artículo 5º.- Para solicitar la autorización de funcionamiento de una universidad privada, deberá constituirse, para ese efecto, una fundación o asociación, cuyo personero presentará la respectiva solicitud, dirigida al Consejo Nacional de Enseñanza Superior Universitaria Privada.³²⁷

Esta disposición fue analizada por la Sala Constitucional y declarada con inconstitucional, por medio de la resolución de este cuerpo colegiado con número 7494-1997, por considerarse contraria a los modelos de organización, la libertad de empresa y la libertad de enseñanza. Esta resolución indicó en lo que interesa:

(...) MODELOS DE ORGANIZACION: Se impugna el artículo 5 en cuanto impone determinados modelos organizativos, eliminando la capacidad negocial de los administrados, vulnerándose de esa forma los artículos 25, 28.2, 46 y 79 de la Constitución Política. **Señala el artículo 5 que para solicitar la autorización de funcionamiento de una universidad privada, deberá constituirse, para ese efecto, una fundación o asociación. Tal norma es inconstitucional, por cuanto vulnera tanto la libertad de empresa que regula el artículo 46 de la Constitución Política, como la libertad de enseñanza consagrada en el numeral 79. Las personas pueden asociarse como mejor crean conveniente para canalizar sus intereses, en este caso, educativos. La libertad de enseñanza, que como se mencionó contempla tanto la libertad de enseñar como la libertad de aprender, exige que quienes deseen constituirse como miembros de una institución de enseñanza superior elijan el modelo societario que mejor se adapte a sus intereses y no resulta contrario a los fines de la educación el que esas empresas tengan como fin el lucro, desde luego que no como primordial, ni de manera tal que se constituya en un valladar para el acceso del interesado al sistema educativo, extremo que se analizará de seguido.**³²⁸ (el subrayado y la negrita son suplidos).

³²⁷ Procuraduría General de la República de Costa Rica, "047-1997 del tres de marzo ,1997", consultado el 10 de enero 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=2869&strTipM=T I.-párr.7

³²⁸ Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia." Acción de inconstitucionalidad: voto 1997-7494 11 de noviembre, 1997", expediente ,94-006229-0007-CO, consultado 10 de mayo,2018, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=82459&strTipM=T&strDirSel=directo IV.párraf.1

Otro de los casos, es la promulgación de la Ley No. 7169, que autorizó desde ese momento, la creación y uso de fundaciones a las universidades públicas para fines específicos. Indica Oriester Abarca:

La Ley No. 7169 vino a autorizar la creación y uso de fundaciones a las universidades públicas para ciertos fines, pero no creó el marco jurídico-administrativo dentro del cual se insertaría la figura fundacional. La intención del legislador fue, prima facie, buena, pero los medios que utilizó, bastante exiguos. El permitir a una institución pública crear fundaciones y utilizarlas puede degenerar en la creación de administraciones públicas encubiertas, sin controles y sin garantías.³²⁹

Este tema fue analizado por la Procuraduría General de la República en Opinión Jurídica No. 74-2004, y concluyó que las universidades se encuentran habilitadas expresamente para constituir fundaciones, que cumplan fines específicos:

Las instituciones estatales de educación superior de nivel universitario están expresamente habilitadas, por la Ley de Desarrollo Científico y Tecnológico (Ley N° 7169 del 26 de junio de 1990), para constituir fundaciones, en el entendido de que tal autorización se realiza con una finalidad específica, sea esta la facilitación de los procesos de venta de bienes y servicios cuyo resultado patrimonial se reinvierta en las actividades que los generaron. Ello queda claramente establecido en la redacción de los artículos 94 y 95 del citado cuerpo legal:

ARTÍCULO 94.- Las instituciones de educación superior universitaria estatal quedan habilitadas y autorizadas para la venta de bienes y servicios ligados a los proyectos de investigación, desarrollo tecnológico, consultorías y cursos especiales. Para mejorar y agilizar la venta de bienes y servicios, dichas instituciones también quedan habilitadas y autorizadas para crear fundaciones y empresas auxiliares.

ARTÍCULO 95.- Se deberá establecer un procedimiento para que los recursos recaudados por venta de servicios sean trasladados en forma ágil y efectiva a los propios entes de investigación que los generaron, con el propósito de asegurar

³²⁹ Oriester Abarca Hernández, "Las fundaciones públicas en Costa Rica. Pautas para una propuesta de Legislación", *InterSedes*, Vol. III (2002):85, consultado 13 de marzo, 2018, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/intersedes/article/view/760>

la disponibilidad oportuna de estos fondos y la continuidad de las actividades científicas y tecnológicas. Cuando se trate de la venta de servicios en los centros universitarios, los fondos se invertirán según el criterio de las autoridades universitarias, sin detrimento alguno de la autonomía que los caracteriza.³³⁰

En los reportes que entregaron las instituciones en el momento de que la Comisión Especial de Ciencia y Tecnología, sobre el proyecto se tuvieron las siguientes observaciones importantes, sobre la procedencia del proyecto.

La fundación de Parques Nacionales de Costa Rica indicó en su informe:

Estimamos que el proyecto alcanza el propósito de proponer una mejor reorganización de las disposiciones legales sobre la figura jurídica fundacional, lo que permite el desarrollo de dos aspectos interesantes e innovadores, como lo son la creación de un órgano superior denominado Asamblea de Fundadores y el legislar sobre las organizaciones de origen público.³³¹

De la cita en cuestión se logra extraer que dos de los puntos en los que se innova son la creación de órganos internos para la legislación de la fundación, así como que con la aprobación del proyecto se legislaría sobre las fundaciones públicas, que como se ha visto a lo largo del presente acápite, se han regulado de hecho en nuestro país, por medio de leyes especiales, lo cual generará un sistema de seguridad jurídica para estos entes de naturaleza estatal.

³³⁰ Procuraduría General de la República de Costa Rica. Opinión Jurídica : 073 - J 17 junio, 2004, consultado 13 marzo, 2018, http://196.40.56.11/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=12610&strTipM=T III. Párraf. 1-3

³³¹ Este extracto del informe puede ser consultado en el folio 357 del expediente legislativo de tramitación del proyecto de Ley No. 17242.

En otro de los informes solicitados por la Asamblea Legislativa, en este caso por parte de FUPROVI, éste indicó que “el proyecto viene a llenar el vacío legal que en ciertos tópicos adolece la ley 5338 y actualiza el marco jurídico a la realidad institucional que ha venido imperando en el manejo de las Fundaciones”.³³²

Por su parte indica el Instituto Costarricense de Electricidad en su informe: “con la anuencia de la Presidencia Ejecutiva, me permito indicar que compartimos la iniciativa, sin perjuicio de las mejores que sugerimos al texto, las que se indican en el anexo”³³³

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, indicó:

Del estudio del Proyecto de Ley citado se deduce que la intención de los legisladores promoventes es la de fortalecer y hacer más eficiente a estas personas jurídicas denominadas Fundaciones, a fin de que al ser constituidas, no solo por las personas de derecho privado, sino también por el Estado mismo, sean herramientas más útiles para la consecución de los fines propuestos, fines que deben estar dentro del margen de la ley, convirtiendo a las fundaciones en un mecanismo más eficiente y flexible, librándose de las trabas que en muchas ocasiones provoca la burocracia, con el objetivo de contribuir con al bienestar de los ciudadanos costarricenses y en general al desarrollo integral del ser humano. Todo lo anterior, sin dejar de lado el principio de legalidad que es rector en todas las relaciones donde intervenga algún ente público, y por supuesto manteniendo siempre un estricto control estatal de los fondos y donaciones que manejan estas asociaciones, a fin de evitar el enriquecimiento ilícito por parte de los administradores y la desviación de los fines con las que haya sido creada.”³³⁴

JAPDEVA indicó en su informe lo siguiente:

El presente proyecto de ley de las fundaciones pretende establecer un cuerpo jurídico sustitutivo de la actual ley de Fundaciones. Lo que pretende es darle

³³² Este extracto del informe puede ser consultado en el folio 420 del expediente legislativo de tramitación del proyecto de Ley No. 17242.

³³³ Este extracto del informe puede ser consultado en el folio 519 del expediente legislativo de tramitación del proyecto de Ley No. 17242.

³³⁴ Este extracto del informe puede ser consultado en el folio 526 del expediente legislativo de tramitación del proyecto de Ley No. 17242.

mayor participación a las instituciones del Estado, para de alguna manera agilizar y superar los trámites burocráticos y regulaciones extenuantes con que cuenta las instituciones públicas para ejercer su propia administración.

Con la implementación de este proyecto de ley lo que se busca es ampliar el ámbito de aplicación de dicha ley y darle participación a las instituciones estatales, permitiéndoseles a las instituciones públicas crear fundaciones que se denominarán públicas, reservándose el derecho de administrarla o delimitar su injerencia lográndose así que al permitírsele a las instituciones públicas crear fundaciones ésta se reserva la dirección de dicha fundación, ya que la ley actual de fundaciones no regula las intervenciones de instituciones públicas, en el campo de la fundaciones, sino que se centra en un ente privado de utilidad pública ³³⁵

El Instituto de Vivienda y Urbanismo, indicó en su informe sobre la viabilidad del Proyecto:

La historia reciente de nuestro país está llena de ejemplos positivos de fundaciones creadas por personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, y la misma Ley 7169, artículo 94 de “ La Ley de promoción del desarrollo científico y tecnológico, del 26 de junio de 1990, faculta a las universidades estatales por ejemplo para constituir expresamente fundaciones para mejorar y agilizar la venta de bienes y servicios”, bajo un régimen jurídico de Derecho Privado. Bajo este punto de vista con un nuevo proyecto de Ley de Ley de Fundaciones, sujeto a las disposiciones jurídicas de control que la misma ley prevé, se pretende incentivar la participación de nuevas empresas y benefactores, en fundaciones exitosas en el país.³³⁶

Por lo indicado en el presente acápite, se tiene en el presente proyecto de Ley un medio para poder modernizar la figura de las fundaciones en Costa Rica. No solo creando órganos que como se verá en el próximo acápite le permitirán un mejor funcionamiento,

³³⁵ Este extracto del informe puede ser consultado en el folio 528 del expediente legislativo de tramitación del proyecto de Ley No. 17242.

³³⁶ Este extracto del informe puede ser consultado en el folio 559 del expediente legislativo de tramitación del proyecto de Ley No. 17242

sino que también, la propuesta incluye un apartado que creará esta figura que como se ha observado se ha regulado de facto y al margen de la actual Ley de Fundaciones.

Aunado a lo anterior, si bien, no existen antecedentes históricos que demuestren la necesidad de la integración de la figura de la Fundación de Interés Privado, según se ha dicho y estudiado a lo largo de los capítulos anteriores, la figura es un gran medio de organización patrimonial y disposición hereditaria y, por tanto, se procederá a realizar un análisis del proyecto actual y las posibles medidas para integrar la figura al proyecto de Ley, y consecuentemente, posterior a su aprobación, al ordenamiento jurídico.

SECCIÓN B: ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY NO. 17242

El Proyecto de Ley número 17242, presentado por el diputado Francisco Antonio Pacheco Fernández, denominado Ley de Fundaciones, propone reestructurar toda la regulación vigente que regula a este tipo de persona jurídica en Costa Rica.

Según la exposición de motivos de este proyecto de ley, éste viene a derogar la Ley actual Ley de Fundaciones, ley número 5338, pretendiendo modernizar la regulación vigente y acoplarse a las necesidades que recurren el día a día de la administración de éstas. De conformidad con este proyecto de Ley todas las fundaciones constituidas hasta el momento deberán de acoplarse a los requerimientos, según las nuevas disposiciones que este proyecto de ley pretende imponer.³³⁷

³³⁷ Este párrafo, se puede consultar en la página 12 del Proyecto de Ley No. 17242: *TRANSITORIO I.- Las fundaciones que existan en el momento de la promulgación de esta Ley, contarán con un plazo de un año para adaptarse a lo dispuesto en ella. En este caso, podrán disponer la forma en que será administrada y ordenar la inscripción en el Registro de Fundaciones mediante la protocolización de la parte conducente de la respectiva escritura pública.*

Según este proyecto de Ley, la original ley de fundaciones fue en su momento un instrumento que venía a regular las fundaciones en Costa Rica y que modernizaba su regulación, la cuales, en su momento carecían de regulación específica que las rigiera. Es de recordar que, con anterioridad a la Ley, ya existían fundaciones, las cuales, según el Transitorio de esa ley, deberían de acoplarse a la normativa y recurrir a un juez para que determinara la forma en la como sería administrada las fundaciones preexistentes.

El proyecto reconoce la necesidad de las fundaciones de actualizarse y de poder ser utilizada en aspectos que la legislación actual no prevé y que pueda ser utilizada efectivamente, por entes ya sean públicos o privados. Sobre lo anterior, el proyecto de ley hace referencia a la denominada “huida o escape del derecho administrativo”, que buscan herramientas jurídicas que faciliten la administración pública apoyándose en estructuras de derecho privado como son las fundaciones, a las cuales se les denomina fundaciones públicas, éstas han sido analizadas a lo largo del presente trabajo de investigación.

A pesar de que el proyecto reconoce la necesidad de actualización mantiene el perfil de ser un instrumento en beneficio del interés público, y no para estructuras que su propósito sean los intereses privados como lo es la administración patrimonial en donde cuya ejecución sea mediante una fundación que persiga los intereses del o los fundadores, como beneficiarios finales propios o designando a terceros. Sobre esto, el proyecto considera que “la colaboración entre el así llamado "tercer sector" que integra a grupos no gubernamentales y las instituciones estatales, para el cumplimiento de fines públicos, representa un avance en el funcionamiento de la sociedad y una superación

de la visión dicotómica de la vida colectiva”³³⁸. Entendiendo como único sector al cual pretende seguir regulando bajo la figura de fundaciones.

Uno de los aportes significativos que alcanza este proyecto de ley es la regulación de las fundaciones extranjeras, no obstante, éstas de igual forma deben de perseguir intereses públicos, para el desarrollo de actividades en beneficio de la población, siendo que sus objetivos y planes de trabajo deben de ser previamente calificados para su debida autorización para la ejecución de proyectos o desarrollo de sus intenciones.

Lo preceptuado por el artículo 3 del texto del proyecto de reforma, no se encontraba regulado previamente en la Ley de Fundaciones original ni en las reformas legales posteriores que se le han realizado cuerpo legal. Indica éste:

3.- Una fundación extranjera podrá ejercer sus actividades de manera continua en el país, siempre que cumpla las siguientes condiciones:

a) Que se inscriba en el Registro de Fundaciones, acreditando debidamente que ha sido válidamente constituida en su país de origen y que acompañe un programa de trabajo en el territorio nacional, congruente con su finalidad.

b) Que mantenga un domicilio en territorio nacional.

c) Que su representante tenga poderes suficientes, debidamente ratificados por la Fundación que representa. La inscripción solicitada podrá denegarse por falta de alguno de estos requisitos o cuando sus fines no sean de interés para el Estado costarricense. La participación ocasional en actividades acordes con sus fines, dentro del territorio nacional, es permitida sin necesidad de cumplir con los requisitos de inscripción.

Este numeral que se agrega en el Proyecto de Ley No 17242, es importante por cuanto, actualmente, muchas de las fundaciones extranjeras que operan en el país, lo realizan

³³⁸ Este párrafo, se puede consultar en la página 4 del Proyecto de Ley No. 17242. Artículo 3.

vía representación en el Registro Público Nacional. Indica el Informe técnico jurídico de la Asamblea Legislativa sobre el particular:

Actualmente muchas fundaciones extranjeras que operan en Costa Rica lo hacen inscribiendo una representación en el Registro Público Nacional, lo cual les permite tener personalidad jurídica y un representante para actuar. Sin embargo, no existe mayor regulación sobre sus actividades. Aspecto que se sugiere valorar, máxime que se les permitiría realizar algunas actividades, incluso comerciales (..) ³³⁹.

Llama la atención los términos que indica el artículo en relación con la posible denegatoria de inscripción por parte de la fundación extranjera. Una vez más el redactor del proyecto pretende la utilización de otro concepto jurídico indeterminado; el interés del Estado costarricense. ³⁴⁰ De conformidad con este artículo, entonces, una fundación extranjera preexistente no podría constituirse si sus intereses se fijan para la esfera privada, teniendo que acoplarse a los dispuesto por la normativa que se propone, por lo que podría implicar que fundaciones extranjeras no estén de acuerdo con la intervención y participación de personas fuera de sus intereses y que puedan participar en la toma de decisiones, creando la posibilidad de que no se sigan en apego los intereses para los cuales fueron creadas dichas fundaciones.

Con respecto del tema de las fundaciones extranjeras, existe la normativa que las regula, en este caso, la ley 5219:

Estatus Especial para Fundaciones Extranjeras Establecidas en el País” en el cual se hace referencia al estudio que debe de realizar el Ministerio de Relaciones Extranjeras para la recomendación o no de éstas para la obtención de beneficios

³³⁹ Alex Piedra Sánchez: Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Departamento de Servicios Técnicos, (Informe Técnico Jurídico Proyecto “Ley de Fundaciones” ST.046-2010-J”, 2010), 8

³⁴⁰ Este párrafo, se puede consultar en la página 4 del Proyecto de Ley No. 17242. Artículo 3

fiscales ante el Ministerio de Hacienda. Es de interesante observación que esta ley contempla en su artículo primero la existencia de fundaciones privadas y públicas, en el extranjero, no obstante, mantiene el perfil que debe de requerirse en cuanto a que deben de establecerse con fines culturales, científicos, de bienestar social.³⁴¹

El artículo primero del proyecto es claro en establecer lo señalado en este acápite y es el hecho de que las fundaciones serán reconocidas como entes privados que no persigan actividades de lucro y con fines actividades en beneficio del interés público tales como actividades educativas, culturales, de desarrollo humano, entre otras, dejando por fuera estructuras de fundaciones ya existentes en otras legislaciones y que para este proyecto de ley no han sido tomadas en cuenta, no cumpliendo con lo establecido en los motivos del proyecto de ley que reconocía la necesidad de modernizar las regulaciones de las fundaciones en el país, en apego al avance del tema por otras legislaciones, siendo que se atribuyeron solo una parte de la modernización, y dejando por fuera una estructura de fundaciones que pueden ser integradas en el ordenamiento jurídico costarricense, en beneficio de intereses privados para la administración y disposición patrimonial.

Este proyecto de ley pretende de alguna medida más que mitigar las necesidades de las fundaciones en general en Costa Rica, busca establecer, específicamente, que las fundaciones sean utilizadas por instituciones de Derecho Público. Como se ha analizado con anterioridad, la regulación actual era insuficiente y no había claridad para que los entes de naturaleza pública pudieran constituir fundaciones, por lo que debían

³⁴¹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley 5219 “Estatus Especial para Fundaciones Extranjeras Establecidas en el País”. 1973.

constituirse mediante ley, lo cual dejaba el paso a que éstas se convirtieran en un trámite burocrático, siendo que las fundaciones pudieran ser una herramienta bastante útil para facilitar las gestiones de administraciones públicas que requieren una mayor rapidez para la ejecución de presupuesto, por ejemplo.

Al respecto, y desde el mismo criterio, la Presidencia Ejecutiva de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica considera sobre el proyecto de ley que

(...) la naturaleza jurídica de dicho proyecto de ley es ampliar el marco jurídico en su ámbito de aplicación para con la participación de las entidades estatales en la implementación y constitución de este tipo de organizaciones para que de esa manera que el Estado pueda cumplir con alguno de sus objetivos, sin que solo sea bajo el régimen jurídico de derecho privado que se alcancen fines e intereses generales, dándole así dicho proyecto de ley una reordenación con carácter más jurídico al tema de las fundaciones.³⁴²

Por su parte, Grupo ICE se refirió a que este proyecto de ley es que.

(...) sus principales novedades que son de interés para el sector público, está la figura de las FUNDACIONES PÚBLICAS (artículo 31 y siguiente), con la que se permite a toda entidad pública que no tenga expresamente prohibido hacerlo (Art.6), a crear fundaciones tantas como fines concretos existan, art 33) que podrán contar con aportes privados, públicos o mixtos (Art. 31).³⁴³

La estructura de gobierno de las fundaciones, si bien, cambia con el texto propuesto por el proyecto de ley, en cuanto a la creación de un nuevo órgano denominado Asamblea de Fundadores, quienes tendrán a cargo la designación de la Junta Administrativa, esta

³⁴² Este extracto del informe puede ser consultado en el folio 549 del expediente legislativo de tramitación del proyecto de Ley No. 17242.

³⁴³ Este extracto del informe puede ser consultado en el folio 520 del expediente legislativo de tramitación del proyecto de Ley No. 17242.

última aún mantiene el requisito de completarse mediante la participación de los representantes del Poder Ejecutivo y Municipal, lo cual, tal y como se ha hecho referencia anteriormente, se procura el cumplimiento de los objetivos de las fundaciones en aprovechamiento del interés público, por lo que la posibilidad de crear una fundación de interés privado bajo los parámetros en el que la ley expone sus requisitos se vuelve improcedente. En seguimiento de lo anterior, las fundaciones de conformidad con el proyecto de ley otorgan beneficios tributarios, y en contraposición o en arreglo a la disposición patrimonial se realice de conformidad con el objeto social de la fundación, éstas son fiscalizadas por la Contraloría General de la República, así como también, para recibir donaciones de instituciones públicas deberán demostrar que su patrimonio ha sido utilizado, según las disposiciones constitutivas de éstas.

SECCIÓN C: PROPUESTA DE MODIFICACIÓN AL ACTUAL PROYECTO DE LEY NO. 17242 PARA LA INCLUSIÓN DE LA FIGURA HOMOLOGA A LA FUNDACIÓN DE INTERÉS PRIVADO PANAMEÑA

Lo primero que se debe indicar, es que si bien, se realizó un análisis en torno a todo el proyecto de Ley No 17242, se deberán realizar a éste las recomendaciones en dos vías: la primera en relación con el texto actual del proyecto y la segunda en relación con las fundaciones de interés privado que no fueron contempladas dentro de este proyecto de Ley y que se considera con el fin de dar claridad a la regulación se deberá manejar en un proyecto de Ley por separado que deberá llevar por título : *“Proyecto de Ley para la regulación de las Fundaciones de Interés Privado”*.

Este nueva perspectiva de Proyecto de Ley como se verá a continuación en las recomendaciones a la luz de la Ley panameña, se deberá regular por separado, siendo que la Fundación de Interés Privado, si bien, comparte elementos y características generales con las fundaciones de utilidad pública y publica como tal, posee ciertas particularidades que no son compatibles con el actual texto del proyecto y que por técnica legislativa se considera no serán compatibles y no generarán claridad en el mismo, así como que podrá generar trabas en la tramitación y posible aprobación del proyecto de Ley, que es el fin último de la presente propuesta si se incluye la figura dentro del mismo texto con las fundaciones de utilidad pública y públicas como tal.

En relación con el actual Proyecto de Ley No. 17242 las recomendaciones son: primero se deberán deben definir las dos clasificaciones o tipos de fundaciones que se estudian dentro del proyecto, sean éstas: fundaciones de utilidad pública y fundaciones públicas como tal. Sobre éstas se debe de realizar una distinción clara de las características de cada una, con el fin de incluir correctamente en el proyecto de ley los acápites correspondientes.

Otro de los puntos que se lograron determinar dentro del proyecto, es que existen en él una serie de vacíos legales y aclaraciones que fueron explícitamente analizados en la sección B, que deberán ser corregidos con el fin de darle claridad a la norma y evitarle al operador jurídico, una herramienta de fácil aplicación.

Se deben analizar, también, y delimitar específicamente las funciones de los órganos de estas personas jurídicas, con el fin de evitar duplicidad de funciones entre los mismos, así como contradicciones graves que afecten el funcionamiento de éstas.

Una de las críticas que se le deberán hacer al actual proyecto, que se deberán definir ciertos términos jurídicos indeterminados que indica el proyecto, que en vez de regular esta persona jurídica vienen a entorpecer la acción de las futuras.

Se deben explicar, además, las funciones de los órganos estatales que intervienen en los procesos de las fundaciones. Esto por cuanto, en el proyecto se utilizan indistintamente, las funciones de la CGR y la PGR, cuando éstas ya no son propias de estos o no son necesarias por las modificaciones legales que se han realizado a lo largo del tiempo.

La segunda vía de modificación y siendo que el Proyecto de Ley en cuestión no pretendió en su momento regular la fundación de interés privado, se recomienda sustituir el presente Proyecto de Ley o redactar un nuevo proyecto de Ley, que logre entrar a la corriente legislativa con el fin de regular independientemente la figura de la Fundación de Interés Privado.

Siguiendo la última recomendación esbozada en la sección B , del capítulo actual de la presente investigación, en relación con la figura de la Fundación de Interés Privado, una vez realizado el análisis de la regulación actual de la figura de la fundación en Costa Rica mediante la Ley de 1973, del proyecto de Ley No. 17242 y un exhaustivo estudio doctrinario, y de derecho comparado de la figura de la Fundación de interés privado, como medio de disposición patrimonial, hereditaria y de manejo fiscal, se expone el siguiente análisis-propuesta de modificación tomando como base la Ley No. 25 y el Decreto Ejecutivo 417 de Panamá, ambos promulgados en el año 1995. Lo anterior,

tomando en cuenta el marco de legalidad costarricense y haciendo las salvedades aplicables para que ésta sea concordante con la actual regulación costarricense.

Siguiendo en esta línea argumentativa se puede ver que, si bien, el Proyecto de Ley buscó que se modificará el régimen de fundaciones en nuestro país, éste no analizó un tipo de fundación, que se ha vuelto muy popular en otras latitudes: la fundación de interés privado.

La propuesta que se analiza, a continuación, estudia la figura de la Fundación de Interés Privado. Se puede observar que esta figura ha sido ampliamente utilizada en otros ordenamientos jurídicos y representa un medio legal diferente a los que, actualmente, se logran encontrar en nuestro país para temas de disposición patrimonial, hereditaria y contención fiscal.

Dicho esto, por temas de estabilidad política y seguridad jurídica que poseen nuestro país, al integrar al marco jurídico esta figura con las previsiones que se realizarán a continuación podrá funcionar como medio alternativo para la resolución de problemas que se dan en el día a día de nuestro país. La misma como toda persona jurídica, estará regulada en temas fiscales y además, limitada por la normativa de prevención contra hechos ilícitos.

Adicionalmente, otros sectores productivos como lo son las entidades bancarias, así como particulares podrán estar interesados en utilizar la figura para fines específicos por las características propias de esta figura.

Por último y no menos importante se recuerda que la presente es una iniciativa de ley y que se deberá afinar, según lo indicado por los voceros de los diferentes sectores que

se consideren afectados con el fin de mejorar el contenido final del proyecto y generar una iniciativa que finalmente logre aglutinar sectores, modernizar la figura de la fundación e integrarla a nuestro ordenamiento jurídico. Se tomará como base la Ley No. 25 de Panamá por ser la Ley más desarrollada a nivel latinoamericano, siendo que ésta y el Decreto Ejecutivo 417, que complementa la regulación en este país vecino datan del año 1995.

Una vez dicho esto, se procederá a analizar el artículo primero de la Ley No.25 de 1995, que preceptúa:

ARTÍCULO 1. Podrán crear una fundación de interés privado de conformidad con las formalidades prescritas en la presente Ley, una o más personas naturales jurídicas, por sí o por medio de terceros. Para ello requiere la constitución de un patrimonio destinado exclusivamente a los objetivos o fines expresamente previstos en el acta fundacional. El patrimonio inicial podrá ser aumentado por el creador de la fundación, que se denominará fundador, o por cualquier persona.³⁴⁴

El artículo en cuestión de la ley de fundaciones de interés privado de Panamá establece que las fundaciones podrán ser creadas por una o más personas naturales o jurídicas, por sí o por medio de terceros, y aunado a lo anterior, su artículo cuatro establece

³⁴⁴ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.1. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

también que, las fundaciones de interés privado podrán constituirse para que surtan efectos, desde el momento de su creación o después de la muerte del fundador³⁴⁵.

En este caso, se concuerda con lo indicado por este numeral al ser después del análisis de este artículo se puede ver que la Fundación de interés privado podrá ser creada por un único fundador que sea una persona física o jurídica.

Sobre este particular se considera que en caso de que sea una persona física, deberá de poseer capacidad cognitiva y volitiva en el momento de constitución de la Fundación. En el caso de que el acto de fundación se realice por medio de un tercero, éste deberá contar con un Poder Especial, que a su vez, deberá estar inscrito en el Registro, según indica el numeral 1256 del Código Civil de la República de Costa Rica.³⁴⁶

Debe de entenderse que el patrimonio mediante el cual se crea es responsable, únicamente, para las obligaciones mediante las cuales se comprometa a la fundación, y no deberá tener más repercusiones que las garantías que se otorguen para estos efectos. Lo anterior debe de analizarse, también, desde un punto de vista económico y

³⁴⁵ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): arst.3 y 4. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

³⁴⁶ ARTÍCULO 1256.- El poder especial para determinado acto jurídico judicial y extrajudicial, solo facultará al mandatario para los actos especificados en el mandato, sin poder extenderse ni siquiera a los que se consideren consecuencia natural de los que el apoderado esté encargado de ejecutar. El poder especial otorgado para un acto o contrato con efectos registrales deberá realizarse en escritura pública y no será necesario inscribirlo en el Registro. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley No.63 Código Civil ; 30 noviembre,2016” Sinalevi: art.1256., consultado 20 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=106999&strTipM=VS

político, en el sentido que fundaciones extranjeras que consideren a Costa Rica como país objetivo de la implementación de sus actividades e inversiones, podrían retirar su interés por la amenaza latente de ser responsable bajo patrimonio que no le corresponde a la fundación que se pretende crear. Necesariamente, se debe de recordar que las fundaciones no persiguen fines de lucro, por lo que la actividad comercial que realice no debe de estar dirigida a la obtención de créditos que sobrepasen la capacidad de pago de la fundación. Las excepciones a esta regla se deberán indicar en el mismo proyecto de Ley.

Continuando con el análisis, expone el artículo 2 de la Ley No. 25 de Panamá:

ARTÍCULO 2. Las fundaciones de interés privado se regirán por el acta fundacional y sus reglamentos, así como por las disposiciones de esta Ley y demás disposiciones legales o reglamentarias que le sean aplicables. A estas fundaciones no se les aplicarán los preceptos del Título II del Libro I del Código Civil.³⁴⁷

En nuestro país, según lo que se propone las FIP, se regirán, también, por un acta fundacional y por reglamentos internos que se emitan para su regulación interna que no podrán ser contrarios a la presente ley y demás disposiciones legales o reglamentarias aplicables.

³⁴⁷ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.2. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

En el caso de Costa Rica, no le serán aplicables las disposiciones de los Capítulos III al VII del Código de Comercio, que analizan el tema de los diferentes tipos de sociedades que existen en el territorio nacional.

ARTÍCULO 3. Las fundaciones de interés privado no podrán perseguir fines de lucro. No obstante, podrán llevar a cabo actividades mercantiles en forma no habitual, o ejercer los derechos provenientes de los títulos representativos del capital de sociedades mercantiles que integren el patrimonio de la fundación, siempre que el resultado o producto económico de tales actividades sea dedicado exclusivamente a los fines de la fundación.³⁴⁸

El numeral 3 de la Ley de Fundaciones de Interés Privado en Panamá en cuestión, mantiene una característica indispensable de las fundaciones que es la de no poseer fines de lucro. No obstante, por los fines para los cuales se utiliza la figura en la República de Panamá, ésta sí podrá llevar a cabo actividades mercantiles limitadas. Siguiendo lo indicado por Wanger, éstas podrán llevar a cabo actividades mercantiles limitadas definidas como:

Esto es similar al Art. 552 § [sic]1 parágrafo 2 de la nueva Ley de Fundaciones de Liechtenstein. 2) A una Fundación solo se le permite llevar a cabo negocios de naturaleza comercial si sirve directamente al logro de su propósito común o si está permitido sobre la base de un reglamento especial. En lo que a inversión y manejo ordenado de los activos de la Fundación requiere, el establecimiento de una operación comercial es permisible, aún para Fundaciones de Interés Privado.³⁴⁹

³⁴⁸ Ibid., art. 3.

³⁴⁹ Markus Wanger, "La Ley Panameña de Fundaciones de Interés Privado; Un Comentario para Profesionales con Estatutos y Regulaciones proporcionadas por OMC, y Tratados sobre Liechtenstein, Volumen 25. Liechtenstein: Wanger Global, 2012: 35, consultado 20 de enero 2018, http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=tl_files/media/downloads/Ley%20Panamena%20de%20Fundaciones%20de%20Interes%20Privado%20-%20Comentario.pdf

Estas se podrán realizar en dos supuestos: i) cuando las mismas se realicen de manera no habitual o ii) cuando se ejerzan derechos provenientes de los títulos representativos del capital de sociedades mercantiles que integren el patrimonio de la fundación, siempre que el resultado o producto económico de tales actividades sea dedicado exclusivamente a los fines de la fundación.

Por lo anterior, se podrá incluir siguiendo lo indicado por la legislación panameña, con el fin de regular primero, que las FIP en Costa Rica, tampoco tendrán fines de lucro conservando la naturaleza jurídica que se ha analizado dentro de la presente investigación, pero también, las excepciones para que pueda esta figura ejercer actividades mercantiles en supuestos específicos y con ellos cumplir con sus fines. Es decir, ampliar el margen de intervención comercial para las FIP en las cuales no se permita, si bien, la actividad comercial propiamente, pero sí que se amplíe la capacidad de modificación corporativa de ésta, lo cual signifique que la fundación pueda existir a pesar de que los fundadores iniciales no tengan interés en seguir aportando a la causa, y que de tal forma, terceros puedan formar parte de la fundación, y ésta se mantenga vigente, a pesar de los cambios internos y no por esto tener que fallecer de la vida jurídica.

El artículo de la Ley Panameña dispone:

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

- 1) Mediante documento privado suscrito por el fundador, cuya firma deberá estar autenticada por Notario Público del lugar.

2) Directamente ante Notario Público del lugar de su constitución. Sea cual fuere el método de la constitución, deberán cumplirse las formalidades que para la creación de las fundaciones se establecen en la presente Ley.
En caso de que la fundación sea creada, ya sea por documento público o privado, para que surta efectos después de la muerte del fundador, no se requerirán las formalidades previstas para el otorgamiento de testamento³⁵⁰.

En el caso de la posible inclusión de la figura de la Fundación de interés privado, ésta también podrá tener efectos inter vivos desde el momento de su creación o post mórtem.

No obstante, en el texto panameño, se indica que se podrá crear por dos métodos:

“(…)1) Mediante documento privado suscrito por el fundador, cuya firma deberá estar autenticada por Notario Público del lugar.

2) Directamente ante Notario Público del lugar de su constitución. Sea cual fuere el método de la constitución, deberán cumplirse las formalidades que para la creación de las fundaciones se establecen en la presente Ley.

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

Partiendo de lo anterior y con el fin de que la figura pueda tener una aplicabilidad real a la normativa costarricense, se considera que la FIP también podrá constituirse en escritura pública o en documento privado una vez que un notario público autentique la firma del fundador, y en caso de que ésta se pretenda crear mortis causa, no se requerirán las formalidades para el otorgamiento de testamento ni se seguirá el

³⁵⁰ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.4. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

procedimiento estipulado en el Título XI del Código Civil de Costa Rica, denominado de las “Sucesiones”.

Se considera que en caso de que el acto se realice de manera privada, éste podrá ser firmado de manera digital, según las disposiciones de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos No. 8454³⁵¹, y su reglamento. En este caso el

³⁵¹ Artículo 1º-**Ámbito de aplicación.** Esta Ley se aplicará a toda clase de transacciones y actos jurídicos, públicos o privados, salvo disposición legal en contrario, o que la naturaleza o los requisitos particulares del acto o negocio concretos resulten incompatibles. El Estado y todas las entidades públicas quedan expresamente facultados para utilizar los certificados, las firmas digitales y los documentos electrónicos, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “No.8454: Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos; 30 de agosto, 2005”, Sinalevi: art. 1, consultado 23 de marzo, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=55666&nValor3=60993&strTipM=FN

Artículo 3º-**Reconocimiento de la equivalencia funcional.** Cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medios físicos.

En cualquier norma del ordenamiento jurídico en la que se haga referencia a un documento o comunicación, se entenderán de igual manera tanto los electrónicos como los físicos. No obstante, el empleo del soporte electrónico para un documento determinado no dispensa, en ningún caso, el cumplimiento de los requisitos y las formalidades que la ley exija para cada acto o negocio jurídico en particular. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “No.8454: Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos; 30 de agosto, 2005”, Sinalevi: art. 3, consultado 23 de marzo, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=55666&nValor3=60993&strTipM=FN

Artículo 6º-Gestión y conservación de documentos electrónicos. Cuando legalmente se requiera que un documento sea conservado para futura referencia, se podrá optar por hacerlo en soporte electrónico, siempre que se apliquen las medidas de seguridad necesarias para garantizar su inalterabilidad, se posibilite su acceso o consulta posterior y se preserve, además, la información relativa a su origen y otras características básicas.

La transición o migración a soporte electrónico, cuando se trate de registros, archivos o respaldos que por ley deban ser conservados, deberá contar, previamente, con la autorización de la autoridad competente. En lo relativo al Estado y sus instituciones, se aplicará la Ley del Sistema Nacional de Archivos, N° 7202, de 24 de octubre de 1990. La Dirección General del Archivo Nacional dictará las regulaciones necesarias para asegurar la gestión debida y conservación de los documentos, mensajes o archivos electrónico. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “No.8454: Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos; 30 de agosto, 2005”, Sinalevi: art. 6, consultado 23 de

documento privado, tenga efectos post mórtem no podrá tener efectos la firma digital en virtud del mismo cuerpo legal ³⁵²

Asimismo, se considera que se deberán realizar las previsiones en la Ley para utilizar el Portal "*CrearEmpresa*" del año 2013 para que pueda ser utilizado por los notarios en el momento de la constitución de la Fundación de Interés Privado, cuando corresponda. Por último, se deberá prever la modificación al actual Decreto Ejecutivo No. 37593 Reglamento para el Funcionamiento y la Utilización del Portal "*CrearEmpresa*" del año 2013 para estos efectos:

XII. Que el Sistema Crear Empresa será una herramienta digital que le permita al notario público, inscribir registralmente sociedades anónimas y de responsabilidad limitada con mayores mecanismos de seguridad y transparencia. Para ello, el sistema utilizará un formulario electrónico, el cual contendrá información específica de la escritura, lo que le facilitará, al notario, el desempeño de las funciones impuestas por el código notarial. En este sentido, este sistema

marzo, 2018,
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=55666&nValor3=60993&strTipM=FN

³⁵² Artículo 5º—**En particular y excepciones.** No se podrán consignar en documentos electrónicos:

- a) Los actos o negocios en los que, por mandato legal, la fijación física resulte consustancial.
- b) Las disposiciones por causa de muerte.
- c) Los actos y convenios relativos al Derecho de familia.
- d) Los actos personalísimos en general.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, "No.8454: Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos; 30 de agosto, 2005", Sinalevi: art. 5, consultado 23 de marzo, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=55666&nValor3=60993&strTipM=FN

digital no sustituirá la facultad notarial de expedir testimonios, establecida en el artículo 113 del Código Notarial.³⁵³

XI. Que el artículo 113 del Código Notarial, establece la función exclusiva, de los notarios, de emitir testimonios de los instrumentos públicos. Al respecto reza el artículo de marras: "Solamente el notario podrá expedir testimonios de los instrumentos públicos otorgados en su protocolo, mientras el respectivo tomo esté en su poder. Si ya el protocolo hubiere sido devuelto a la oficina correspondiente, los testimonios podrán ser expedidos por el notario o el funcionario encargado de custodiar el tomo, salvo lo dispuesto por el artículo 123".³⁵⁴

Por su parte, el artículo 5 de la Ley No. 25 de Panamá indica una serie de requisitos mínimos que deberá contener el acta fundacional que son los siguientes:

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

³⁵³ Poder Ejecutivo, "Decreto No. 37593: Reglamento para el Funcionamiento y a Utilización del Portal "CrearEmpresa"; 12 de febrero, 2013", Sinalevi, consultado 20 de marzo, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=74439&nValor3=95206&strTipM=TC, XII.

³⁵⁴ Ibid., XI.

- 7) La forma de designar a los beneficiarios de la fundación, entre los cuales puede incluirse al fundador.
- 8) La reserva del derecho a modificar el acta fundacional cuando se considere conveniente.
- 9) La duración de la fundación.
- 10) El destino que se le dará a los bienes de la fundación y la forma de la liquidación de su patrimonio, en caso de disolución.
- 11) Cualquier otra cláusula lícita que el fundador considere conveniente.³⁵⁵

Se considera que para que sea aplicable en nuestro país, se recomienda que requiera los siguientes requisitos:

- a) El nombre, profesión, estado civil del fundador o fundadores, si son personas físicas, y su razón social o denominación si son personas jurídicas, y en ambos casos, su nacionalidad, domicilio y número de cédula. Se consignarán los mismos datos de los apoderados comparecientes, cuando corresponda.
- b) La manifestación de la intención de constituir una fundación, su denominación y su finalidad.
- c) El domicilio de la fundación, el cual deberá de contemplarse en el territorio costarricense, y podría añadirse la capacidad de constituir sucursales fuera del país.
- d) El patrimonio inicial de la fundación, que deberá expresado en cualquier moneda de curso legal, que en ningún caso será inferior a una suma que

³⁵⁵ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.5. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

se determine con el propósito de que la fundación se capaz de adquirir obligaciones y de garantizar cuando sea necesario, siempre y cuando dichas obligaciones se ejecuten en beneficio de la consecución de los objetivos de la fundación.

- e)** Los fines expresos y detallados de la fundación.
- f)** La composición, en forma completa y clara, del Consejo de Fundación, así como las reglas para la designación de nuevos miembros y para su sustitución, las causas de separación o cese y la forma como se tomarán acuerdos. El fundador podrá pertenecer al Consejo de Fundación.
- g)** La forma de designar a los beneficiarios de la fundación, entre los cuales puede incluirse al fundador.
- h)** La reserva del derecho a modificar el acta fundacional cuando se considere conveniente y el procedimiento aplicable
- i)** El plazo social de la fundación.
- j)** El destino que se le dará a los bienes de la fundación y la forma de la liquidación de su patrimonio, en caso de disolución.
- k)** Cualquier otra cláusula lícita que el fundador considere conveniente.

En caso de que se requiera se podrá nombrar en este acto, el nombre y domicilio del agente residente de la fundación en la República de Costa Rica, que deberá ser abogado, quien deberá refrendar el acta fundacional, antes de su inscripción en el Registro Público.

Adicionalmente, se podrán dictar reglamentos internos que regularán a esta persona jurídica, los cuales no necesariamente deban de ser inscritos ante el Registro Nacional, y que traten temas internos de política corporativa de la fundación.

Para el caso de la FIP, el gobierno de ésta existirá un órgano denominado Consejo de Fundación, en el que también se encontrarán el o los fundadores. Deberá estar constituido al menos por tres personas, de conformidad con lo dispuesto en el documento de constitución, que en este caso será el acta fundacional. Existirá una excepción a esta regla, que el Consejo de Fundación, sea una persona jurídica para lo cual no se requerirá este mínimo de personas.

Asumirán las mismas funciones y tendrán la misma denominación quienes sean incorporados con esa categoría, con base en las disposiciones del documento fundacional, las disposiciones reglamentarias dispuestas para estos efectos, y esta Ley. Este Consejo de Fundación, tendrá a su cargo el cumplimiento de los fines de la fundación, salvo que se expresen otras disposiciones en el acta fundacional o los reglamentos internos.

En el caso de las Fundaciones de interés privado, siguiendo lo indicado por el inciso 8) del artículo 5 de la Ley No. 25, el fundador o Consejo de Fundación, podrá reservarse el derecho a modificar el acta fundacional. En este caso, en nuestro país, se podrá realizar esta acción, eso sí deberá indicarse en el momento de la redacción del Acta Fundacional, sino esto sería ilegal. Indica Wanger: “La reserva del derecho a modificar

el Acta Fundacional cuando sea considerado conveniente; Solo si en el Acta Fundacional se reserva el derecho de modificar el Acta Fundacional, puede modificarse o enmendarse el Acta. De otra manera esto sería ilegal“³⁵⁶.

Sobre el particular la ley panameña que es base de la propuesta que se realiza en la presente investigación no define un plazo fundacional específico, solo analiza en su artículo 5 inciso 9, que el acta fundacional deberá de contener “la duración de la fundación”. Se podrán constituir en este sentido, fundaciones de interés privado por un plazo determinado o perpetuo, según sea indicado en el momento de constitución por parte del Fundador.

En relación con el tema de la liquidación de fundaciones de interés privado, se deberá indicar que la Ley base para la presente propuesta que es la ley de Panamá, es omisa y no indica un procedimiento claro, solo analiza que en el acta fundacional, según el artículo 5 inciso 10), se deberá señalar “el destino que se le dará a los bienes de la fundación y la forma de liquidación de su patrimonio”. Dicho esto, se permite citar lo indicado por el comentarista a la Ley Markus³⁵⁷: “Después de la disolución de la Fundación, los procedimientos de liquidación deben ser seguidos. Esto solo es posible si hay activos y si no hay razones para iniciar procedimientos de quiebra”.

³⁵⁶ Markus Wanger, “La Ley Panameña de Fundaciones de Interés Privado; Un Comentario para Profesionales con Estatutos y Regulaciones proporcionadas por OMC, y Tratados sobre Liechtenstein, Volumen 25. Liechtenstein: Wanger Global, 2012: 55, consultado 20 de enero 2018, http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=tl_files/media/downloads/Ley%20Panamena%20de%20Fundaciones%20de%20Interes%20Privado%20-%20Comentario.pdf

³⁵⁷ Ibid., 131.

El autor propone seguir lo indicado por el PGR³⁵⁸ sin embargo, se considera en el caso de nuestro país, aplicar un procedimiento homólogo al que, actualmente, regula las sociedades mercantiles con algunas modificaciones, según lo dispuesto por los numerales 209 al 218 del Código de Comercio de Costa Rica, que deberá quedar expresado en el acta fundacional en el momento de constitución.

En el caso de las FIP, también, podrá aplicarse acción judicial civil de disolución a instancia del Consejo de Fundación, el órgano fiscalizador, el protector, o directamente los beneficiarios en dos supuestos taxativos que son: cuando haya cumplido los propósitos para los que fue creada o por motivo de imposibilidad absoluta en la ejecución de sus finalidades.

Por su parte, sobre el tema de las modificaciones al acta de fundación, analizan los numerales 6 y 7 de la Ley panameña lo siguiente:

ARTICULO 6. El acta fundacional, lo mismo que cualquier modificación que se le haga a ésta, deberá redactarse en cualquier lengua con caracteres del alfabeto latino y cumplir con las normas de inscripción de actos y títulos en el Registro Público, para lo cual ha de ser previamente protocolizada en una notaria de la República. Si el acta fundacional o sus modificaciones no estuvieron redactadas en idioma español, deberán ser protocolizadas, junto con su traducción por un intérprete Público autorizado de la República de Panamá.³⁵⁹

³⁵⁸ Personen- und Gesellschaftsrecht. Este es el cuerpo legal que regula las fundaciones de interés privado en Liechtenstein.

³⁵⁹ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, "No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.6. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

ARTICULO 7. Las modificaciones al acta fundacional, cuando sean permitidas, han de efectuarse y firmarse de acuerdo con lo que en ella se establece. El respectivo acuerdo, resolución o acto de modificación, deberá contener la fecha en que se realizó, el nombre claramente identificable de la persona o de las personas que lo suscriben y las firmas, que deberán ser autenticadas por notario público del lugar donde se firme el documento.³⁶⁰

En relación con las fundaciones de interés privado, la Ley panameña tomada como base para la propuesta para la modificación del Proyecto de Ley si bien indica claramente que el acta fundacional y cualquier modificación que se realice a ésta deberá ser protocolizada por notario público, ésta no indica términos o requisitos de publicación para su validez y eficacia. En caso de la propuesta, se recomienda en el momento de la constitución de la fundación se realice la publicación de un edicto.

Se aplicarán las disposiciones que para sus efectos disponga la Ley de Inscripción de Documentos en Registro Público N° 3883³⁶¹

Se deberá aclarar que las FIP, deberán pagar un derecho de registro ante la instancia correspondiente. Es en numeral 8 de la Ley panameña la que regula este pago:

ARTÍCULO 8. Toda fundación de interés privado deberá pagar derecho registrar y una tasa única anual equivalente a lo que se establecen para las sociedades anónimas en los artículos 318 y 318A del Código Fiscal.

³⁶⁰ Ibid., art. 7.

³⁶¹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “No. 3883:Ley de Inscripción de Documentos en Registro Público, 28 de abril, 2006”, Sinalevi, consultado 24 de abril 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38440&nValor3=70679&strTipM=TC

El procedimiento y la forma de pago, el recargo por mora, las consecuencias por la falta de pago y todas las otras disposiciones complementarias de los preceptos legales antes citados, le serán aplicadas a las fundaciones de interés privado.³⁶²

Al igual que otras personas jurídicas, como lo son las sociedades mercantiles, deberá pagar la Fundación de Interés Privado, un monto por concepto de derechos registrales de inscripción para esto se aplicará lo dispuesto por Ley de Aranceles del Registro Público N° 4564³⁶³. Asimismo, estará la Fundación de Interés Privada, sujeta al impuesto de las personas jurídicas No. 9428 del año 2017³⁶⁴.

Por lo anterior, se deberán realizar las modificaciones pertinentes a este cuerpo legal con el fin de que así se realice.

Se propone que las fundaciones de interés privado devenguen un impuesto al igual que las sociedades mercantiles, las sucursales de una sociedad extranjera o su representante y las empresas individuales de responsabilidad limitada que se

³⁶² Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.8. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

³⁶³ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “ No. 4564:Ley de Aranceles del Registro Público; 18 de diciembre, 2002”, Sinalevi, consultado 28 de abril, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=31339&nValor3=33059&strTipM=TC

³⁶⁴ Artículo.1. Creación. Se establece un impuesto sobre todas las sociedades mercantiles, así como sobre toda sucursal de una sociedad extranjera o su representante y empresas individuales de responsabilidad limitada que se encuentren inscritas o que en adelante se inscriban en el Registro de Personas Jurídicas del Registro Nacional. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica” No. 9428: Impuesto a las personas jurídicas; 21 de marzo, 2017” Sinalevi. Art.1., consultado 28 de mayo, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=83731&nValor3=109934&strTipM=TC

encuentren inscritas en el Registro de Personas Jurídicas del Registro Nacional, según lo indicado por el artículo 3 de este cuerpo legal.³⁶⁵

Es importante analizar que el numeral 7 de la Ley del Impuesto a las Personas Jurídicas de Costa Rica³⁶⁶, dispone la disolución y cancelación de la inscripción por el no pago del impuesto dispuesto por este cuerpo legal. Esta será una causal de disolución legal, que se sumará a las que se explicarán a profundidad más adelante.

³⁶⁵ Artículo 3 **Tarifa**. Anualmente, se pagará una tarifa como se indica: **a)** Las sociedades mercantiles, así como toda sucursal de una sociedad extranjera o su representante y las empresas individuales de responsabilidad limitada, que estén inscritas en el Registro de Personas Jurídicas del Registro Nacional no inscritos en el Registro Único Tributario en la Dirección General de Tributación, pagarán un importe equivalente al quince por ciento (15%) de un salario base mensual, según el artículo 2 de la Ley N.º 7337, Crea Concepto Salario Base para Delitos Especiales del Código Penal, de 5 de mayo de 1993. **b)** Las contribuyentes en el impuesto a las utilidades, cuya declaración del impuesto sobre la renta inmediata anterior a que ocurra el hecho generador de este impuesto, con ingresos brutos menores a ciento veinte salarios base, pagarán un importe equivalente a un veinticinco por ciento (25%) de un salario base mensual, según el artículo 2 de la Ley N.º 7337, Crea Concepto Salario Base para Delitos Especiales del Código Penal, de 5 de mayo de 1993. **c)** Las contribuyentes en el impuesto a las utilidades, cuya declaración del impuesto sobre la renta inmediata anterior a que ocurra el hecho generador de este impuesto, con ingresos brutos en el rango entre ciento veinte salarios base y menor a doscientos ochenta salarios base, pagarán un importe equivalente a un treinta por ciento (30%) de un salario base mensual, según el artículo 2 de la Ley N.º 7337, Crea Concepto Salario Base para Delitos Especiales del Código Penal, de 5 de mayo de 1993. **d)** Las contribuyentes en el impuesto a las utilidades, cuya declaración del impuesto sobre la renta inmediata anterior a que ocurra el hecho generador de este impuesto, con ingresos brutos equivalente a doscientos ochenta salarios base o más, pagarán un importe equivalente a un cincuenta por ciento (50%) de un salario base mensual, según el artículo 2 de la Ley N.º 7337, Crea Concepto Salario Base para Delitos Especiales del Código Penal, de 5 de mayo de 1993. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica” No. 9428: Impuesto a las personas jurídicas; 21 de marzo, 2017” Sinalevi. Art.3, consultado 28 de mayo, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=83731&nValor3=109934&strTipM=TC

³⁶⁶ Artículo 7 párraf. 1 Disolución y cancelación de la inscripción. El no pago del impuesto establecido en la presente ley por tres períodos consecutivos será causal de disolución de la sociedad mercantil, la empresa individual de responsabilidad limitada o la sucursal de una sociedad extranjera o su representante. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica” No. 9428: Impuesto a las personas jurídicas; 21 de marzo, 2017” Sinalevi. Art.1., consultado 28 de mayo, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=83731&nValor3=109934&strTipM=TC

ARTÍCULO 9. La inscripción del acta fundacional en el Registro Público le otorgará a la fundación personalidad jurídica sin necesidad de ninguna otra autorización legal o administrativa. La inscripción en el Registro Público constituye, además, medio de publicidad frente a terceros. En consecuencia, la fundación podrá adquirir y poseer bienes de toda clase, contraer obligaciones y ser parte en procesos administrativos y judiciales de todo orden, con arreglo a lo que establecen las disposiciones que resulten aplicables.³⁶⁷

Este numeral regula el tema de la personalidad jurídica de las FIP, una vez que se inscribe el acta fundacional. Se concuerda con el numeral al indicar que Fundación de interés privado, adquirirá la misma desde el momento de su inscripción en el Registro Público, cuando podrá ser sujeto de derechos y obligaciones, y no necesitará de otra autorización legal u administrativa por parte de otras instancias para la validez de sus actos.

Para estos efectos, el Registro deberá crear la Sección de Fundaciones. Para crear esta Sección el Registro contará con un plazo de un año a partir de la promulgación de esta Ley, lo cual consideramos es razonable siendo que se requieren una serie de aprobaciones y obtención de recursos que deberá la institución obtener o modificar de su presupuesto interno para la creación. Adicionalmente, la Ley deberá dotar de los medios para crear este nuevo Departamento.

ARTÍCULO 10. Una vez que la fundación ha adquirido personalidad jurídica, el fundador o terceros que se han obligado a aportar bienes a la fundación, por si mismos o a petición de cualquier persona con interés en la fundación, deberán formalizar la transferencia a la fundación de los bienes a que se obligaron. Cuando la fundación sea constituida para surtir efectos a partir del fallecimiento

³⁶⁷ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, "No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.9. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

del fundador, se considerará que ha existido con anterioridad a su muerte, con respecto a las donaciones que éste le haya hecho a la fundación.³⁶⁸

ARTÍCULO 11. Para todos los efectos legales, los bienes de la fundación constituirán un patrimonio separado de los bienes personales del fundador. Por tanto, no podrán ser secuestrados, embargados ni objeto de acción o medida cautelar, excepto por obligaciones incurridas o daños causados con ocasión de la ejecución de los fines u objetivos de la fundación, o por derechos legítimos de sus beneficiarios. En ningún caso responderán por obligaciones personales del fundador o de los beneficiarios.³⁶⁹

De los numerales 10 y 11 citados supra, analizan la posibilidad y constitución de un patrimonio autónomo una vez que la Fundación de interés privado adquiere personalidad jurídica (una vez que se inscribe en el Registro).

Adicionalmente, al constituirse este patrimonio autónomo, los bienes que se integren al mismo no podrán ser secuestrados, embargados o sujetos de acciones o medidas cautelares. El mismo articulado indica que la excepción a la regla y analiza que se podrá en casos de que se cause daños en virtud del cumplimiento de los fines y objetivos de la Fundación.

Otro elemento importante que analiza el numeral 11, es la limitación expresa de responsabilidad de la fundación, por cuanto indica que ésta no responderá por las obligaciones personales del fundador o de los beneficiarios. Se comparte este punto y

³⁶⁸ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.10. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

³⁶⁹ *Ibid.*, art. 11.

siendo que se crea este patrimonio autónomo la Fundación de Interés Privado al igual que otras figuras costarricenses, únicamente responderá con el mismo.

El articulado de la Ley No. 25 panameña, en sus numerales 12 y 13, analiza el tema de la revocabilidad y expresamente indica las causales por las cuales procederá ésta.

Indican éstos:

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

- 1) Cuando el acta fundacional no ha sido registrada en el Registro Público.
- 2) Cuando se establezca expresamente lo contrario en el acta fundacional.
- 3) Por cualquiera de las causales de revocación de las donaciones. Las transferencias que se hagan a las fundaciones serán irrevocables por quien haya hecho la transferencia, salvo que se establezca expresamente lo contrario en el acto de transferencia.³⁷⁰

ARTÍCULO 13. En adición a lo dispuesto en el artículo anterior cuando la fundación ha sido creada para que surta efectos después de la muerte del fundador, éste tendrá en forma excluyente e ilimitada, el derecho de revocarla. Los herederos del fundador no tendrán derecho a revocar la creación o las transferencias, aún en caso de que la fundación no haya sido inscrita en el Registro Público antes del fallecimiento del fundador.³⁷¹

En relación con las causales de la revocación de las donaciones, se aplicará lo dispuesto por el Código Civil de Costa Rica, en sus artículos 1405 y 1406:

ARTÍCULO 1405.- Una vez aceptada no puede revocarse sino por causa de ingratitud en los casos siguientes:

1º.- Si el donatario comete alguna ofensa grave contra la persona u honra del donador, sus padres, consorte o hijos.

2º.- Si el donatario acusa o denuncia al donador, su consorte, padres o hijos.³⁷²

³⁷⁰ Ibid., art. 12.

³⁷¹ Ibid., art. 13.

³⁷² Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, "Ley No.63 Código Civil ; 30 noviembre,2016" Sinalevi: art.1405., consultado 20 de enero, 2018,

ARTÍCULO 1406.- Rescindida la donación, se restituirán al donador los bienes donados, o si el donatario los hubiere enajenado, el valor de ellos al tiempo de la donación. Los frutos percibidos hasta el día en que se propuso la demanda de revocación, pertenecen al donatario.

La revocación de la donación no perjudica ni a las enajenaciones hechas por el donatario ni a las hipotecas y demás cargas reales que éste haya impuesto sobre la cosa donada; a no ser que tratándose de inmuebles se hayan hecho las enajenaciones o constituido las cargas o hipotecas después de inscrita en el Registro la demanda de revocación.³⁷³

Dicho esto, se deberán incluir en este artículo, estas disposiciones.

ARTÍCULO 14. La existencia de disposiciones legales en materia hereditaria en el domicilio del fundador o de los beneficiarios, no será oponible a la fundación, afectará su validez ni impedirá la realización de sus objetivos, en la forma prevista en el acta fundacional o sus reglamentos.³⁷⁴

Este numeral será de aplicación parcial en nuestro país. Se debe de indicar que éste se deberá analizar a la luz de lo dispuesto por el artículo 595 del Código Civil que preceptúa el principio de “herencia forzosa en materia de alimentos”. Éste indica:

ARTÍCULO 595.- El testador podrá disponer libremente de sus bienes, con tal de que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo; además, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten. Si el testador omite cumplir con la obligación de proveer alimentos, el heredero solo recibirá de los bienes lo que sobre, después

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=106999&strTipM=VS

³⁷³ Ibid., art. 1406.

³⁷⁴ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.14. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

de dar al alimentario, previa estimación de peritos, una cantidad suficiente para asegurar sus alimentos.

Si los hijos, los padres o el consorte poseen, al morir el testador, bienes suficientes, el testador no estará obligado a dejarles alimentos.³⁷⁵

Se deberá hacer la salvedad de estas dos situaciones, para claridad del artículo en el proyecto.

Se debe de indicar que la Fundación de Interés Privado, se crea para cumplir con ciertos fines que fueron previamente encomendados a ésta en el Acta Fundacional.

ARTICULO 15. Tendrán derecho a impugnar los aportes o las transferencias de bienes en favor de una fundación los acreedores del fundador, o de un tercero, cuando la transferencia constituya acto en fraude de acreedores. Los derechos y acciones de dichos acreedores prescribirán a los tres (3) días, contados a partir del aporte o la transferencia de los bienes a la fundación.³⁷⁶

Se debe indicar que este plazo de prescripción se ampliará cuando los aportes se den en abierto fraude de acreedores. Siguiendo a Wanger se debe indicar que:

Los acreedores pueden ser aquellos del Fundador o de cualquier tercero. La condición es que el aporte o transferencia haya sido hecho en favor de la Fundación por un deudor.

³⁷⁵ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, "Ley No.63; 30 noviembre,2016" Sinalevi: art.595, consultado 20 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=106999&strTipM=VS

³⁷⁶ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, "No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.15. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

Además, dicha transferencia solo podrá ser impugnada si constituye fraude de acreedores. Si la transferencia a la Fundación no es un acto de fraude de acreedores, la contribución no puede ser impugnada.³⁷⁷

Aunado a lo anterior, se deberán realizar las aclaraciones al numeral e incluirlas dentro del cuerpo del mismo expresamente con el fin de darle claridad al operador jurídico de la futura norma.

ARTÍCULO 16. El patrimonio de la fundación puede originarse en cualquier negocio jurídico lícito y podrá estar constituido sobre bienes de cualquier naturaleza, presentes o futuros. También podrán incorporarse al patrimonio sumas periódicas de dinero u otros bienes por parte del fundador o de terceros. La transferencia de bienes al patrimonio de la fundación puede realizarse por documento público o privado. No obstante, si se tratare de bienes inmuebles, la transferencia se ajustará a las normas sobre transmisión de bienes inmuebles.³⁷⁸

Se concuerda con este numeral, en el caso de nuestro país, deberán, además de pagarse todos los tributos e impuestos aplicables. Adicionalmente, se deberá considerar aplicar lo indicado por el numeral 32 del Código de Comercio.³⁷⁹

³⁷⁷ Markus Wanger, "La Ley Panameña de Fundaciones de Interés Privado; Un Comentario para Profesionales con Estatutos y Regulaciones proporcionadas por OMC, y Tratados sobre Liechtenstein, Volumen 25. Liechtenstein: Wanger Global, 2012: 93, consultado 20 de enero 2018, http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=t_files/media/downloads/Ley%20Panamena%20de%20Fundaciones%20de%20Interes%20Privado%20-%20Comentario.pdf

³⁷⁸ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, "No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.16. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

³⁷⁹ Artículo 32.- Cuando el aporte fuere en dinero, pasará a ser propiedad social. Si fuere en créditos u otros valores, la sociedad los recibirá, a reserva de que se hagan efectivos a su vencimiento, y si así no ocurriere los devolverá al socio que los haya aportado, con el requerimiento de que debe pagar el aporte en dinero dentro de un término que le fijará y que no será menor de un mes. Si no hiciere el pago dentro de ese plazo, se le excluirá de la sociedad, y cualquier entrega parcial que hubiere hecho quedará en favor de la compañía como indemnización fija de daños y perjuicios. Si el aporte consistiere en bienes

De previo por analizar los numerales que regulan el Consejo de Fundación en Panamá y conocer su aplicabilidad en nuestro país, se deberá indicar que éste es el órgano administrador de la Fundación y llevará a cabo los fines de ésta. Según ya se indicó supra en el análisis del artículo 5 de la Ley de Panamá³⁸⁰, deberá indicar el acta fundacional la manera como se designará este Consejo Fundacional, y la individualización de los miembros de éste.

Los numerales 17 al 20 dan una serie de características de este órgano, así como las funciones legales que se le imponen. Indican estos numerales:

“ARTICULO 17. La fundación deberá tener un Consejo de Fundación, cuyas atribuciones o responsabilidades serán establecidas en el acta fundacional o en sus reglamentos. Salvo que fuese una persona jurídica, el número de miembros del Consejo de Fundación no será menor de tres (3).³⁸¹

muebles o inmuebles, el traspaso deberá ser definitivo y en firme, sin más gravámenes o limitaciones que los existentes al ofrecerlos como aporte y que hayan sido aceptados por los otros socios. Si el aporte fuere la explotación de una marca de fábrica, de una patente, de una concesión nacional o municipal u otro derecho semejante, debe expresarse si lo que se aporta es sólo el uso o la explotación de la misma, conservando el socio su calidad de dueño, a fin de que le sea devuelta al vencer el plazo estipulado en el contrato, o si por el contrario el traspaso es definitivo en favor de la sociedad. Si sobre este particular se guardare silencio o el contrato no fuere suficientemente claro, se entenderá que el traspaso se ha hecho de modo total y definitivo a la sociedad. Si el aporte consistiere en trabajo personal o conocimientos, deberán estipularse los plazos y condiciones en que serán puestos a disposición de la sociedad. Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, Sinalevi: art. 32., consultado 18 de enero, 2018., http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN

³⁸⁰Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.5 .Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

³⁸¹ Ibid., art. 17.

Siguiendo lo indicado por Markus Wanger:

El Consejo de Fundación es el responsable del cumplimiento del propósito de la Fundación bajo las disposiciones del Acta Fundacional. Los miembros del Consejo de Fundación tienen que actuar tan correcta y ordenadamente en el ejercicio de la administración de la Fundación así como lo harían con su propio negocio. Deben cumplir sus obligaciones, tomar responsabilidad por sus actos y son responsables por sus decisiones.³⁸²

Si se sigue el análisis realizado por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa sobre la figura homóloga en la fundación de utilidad pública, siguiendo lo indicado por el artículo 11 de la Ley vigente de Fundaciones, el cargo ocupado debería ser gratuito: “En el artículo 11 de la actual Ley N° 5338, Ley de Fundaciones, se establece que el cargo es gratuito. Artículo 11.- La administración y dirección de las fundaciones estará a cargo de una Junta Administrativa (...) El cargo de miembro de la Junta Administrativa será gratuito.”³⁸³

En esta misma línea de pensamiento indica el numeral 18 de la Ley No. 25 de Panamá, sobre las obligaciones generales del Consejo de Fundación:

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

- 1) Administrar los bienes de la fundación, de acuerdo con el acta fundacional o sus reglamentos.
- 2) Celebrar actos, contratos o negocios jurídicos que resulten convenientes necesarios para cumplir el objeto de la fundación, e incluir en los contratos, convenios y demás instrumentos u obligaciones, cláusulas y condiciones necesarias y convenientes, que se ajusten a los fines de la fundación y que no sean contrarios a la ley, la moral, las buenas costumbres o al orden público.
- 3) Informar a los beneficiarios de la fundación de la situación patrimonial de ésta, según lo establezca el acta fundacional o sus reglamentos.
- 4) Entregar a los beneficiarios de la fundación los bienes o recursos que a su

³⁸² Markus Wanger, “La Ley Panameña de Fundaciones de Interés Privado; Un Comentario para Profesionales con Estatutos y Regulaciones proporcionadas por OMC, y Tratados sobre Liechtenstein, Volumen 25. Liechtenstein: Wanger Global, 2012: 97, consultado 20 de enero 2018, http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=tl_files/media/downloads/Ley%20Panamena%20de%20Fundaciones%20de%20Interes%20Privado%20-%20Comentario.pdf,

³⁸³ Piedra Sánchez: Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Departamento de Servicios Técnicos, (Informe Técnico Jurídico Proyecto “Ley de Fundaciones” ST.046-2010-J”, 2010), 15

favor haya establecido el acta fundacional o sus reglamentos.

5) Realizar los actos o contratos que esta Ley y demás disposiciones legales o reglamentarias que le sean aplicables, le permiten a la fundación.³⁸⁴

Se considera que las obligaciones estatuidas por la Ley panameña podrán aplicar en nuestra legislación por lo que se recomienda se incluyan en el Proyecto de Ley para su discusión legislativa, sobre si reducir o ampliar las éstas.

ARTÍCULO 19. El acta fundacional o sus reglamentos podrán disponer que los miembros del Consejo de Fundación sólo puedan ejercer sus facultades con la autorización previa de un protector, comité o cualquier otro órgano de fiscalización, designado por el fundador o por la mayoría de los fundadores. Los miembros del Consejo de Fundación no serán responsables por la pérdida o deterioro de los bienes de la Fundación, ni por los daños o perjuicios causados, cuando la mencionada autorización haya sido obtenida.³⁸⁵

Según se ha indicado en la presente investigación, la Fundación de interés privado podrá tener dentro de sus órganos, uno que realizará funciones de fiscalización. Se concuerda con lo indicado por el numeral que deberá ser este designado por el fundador, o mayoría de los fundadores cuando sean varios, en el Acta Fundacional. Al ser un órgano de control, es adecuada la disposición de que en caso de que se nombre éste, y se le encomiende la obligación de otorgar permisos o autorizaciones al Consejo de Fundación, se deba respetar ésta. La disposición de otorgar permisos u autorizaciones, también, podrá disponerse en los reglamentos internos o estatutos:

ARTÍCULO 20. Salvo que se disponga otra cosa en el acta fundacional o en sus reglamentos, el Consejo de Fundación deberá rendir cuentas de su gestión a los beneficiarios y, en su caso, al órgano de fiscalización. Si el acta fundacional o en

³⁸⁴ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.18 .Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

³⁸⁵ Ibid., art. 19.

sus reglamentos nada establecieron sobre el particular, la rendición de cuentas deberá hacerse anualmente. Si la cuenta presentada no se objetare dentro del término previsto en el acta fundacional o en sus reglamentos, o en su defecto, se considerará que ha sido aprobada, dentro de noventa (90) días contados a partir del día en que se recibió, para lo cual se dejará constancia de este plazo en el informe de rendición de cuentas. Transcurrido dicho período o aprobada la cuenta, los miembros del Consejo de Fundación quedarán exonerados de responsabilidad por su gestión, salvo que no hubiesen actuado con la diligencia de un buen padre de familia. Tal aprobación no los exonera frente a los beneficiarios o terceros que tengan interés en la fundación, por los daños causados por culpa grave o dolo en la administración de la fundación.³⁸⁶

En relación con el tema de la remoción de los miembros del Consejo de Fundación son los numerales 21 al 23 de la Ley panameña que analizan estas situaciones y presupuestos:

ARTÍCULO 21. En el acta fundacional, el fundador podrá reservarse para sí mismo, o para otras personas, el derecho de remover a los miembros del Consejo de Fundación, lo mismo que designar o adicionar nuevos miembros.³⁸⁷

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

- 1) Cuando sus intereses fuesen incompatibles con los intereses de los beneficiarios o del fundador.
- 2) Si administraran los bienes de la fundación sin la diligencia de un buen padre de familia.
- 3) Si fueren condenados por delito contra la propiedad o la fe pública. En este caso, mientras se tramita el proceso penal, se podrá decretar la suspensión temporal del miembro procesado.
- 4) Por incapacidad o imposibilidad para ejercer los objetivos de la fundación, desde que tales causales se configuren.
- 5) Por insolvencia quiebra o concurso.³⁸⁸

³⁸⁶ Ibid., art. 20.

³⁸⁷ Ibid., art. 21.

³⁸⁸ Ibid., art. 22.

ARTÍCULO 23. Pueden pedir la remoción judicial de los miembros del Consejo de Fundación, el fundador y el beneficiario o los beneficiarios. Si los beneficiarios fuesen incapacitados o menores de edad, estos podrán ser representados por quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad o la tutela, en su caso. La sentencia del tribunal que decreta la remoción deberá designar nuevos miembros en reemplazo de los anteriores, quienes deberán ser personas con suficiente capacidad, idoneidad y reconocida solvencia moral para administrar los bienes de la fundación, de acuerdo con los fines establecidos por el fundador.

En relación con las FIP a la luz del texto base de la Ley panameña, se puede ver que existen tres numerales que proveen las causas de remoción de los miembros del Consejo de Fundación. Si bien, la fundación de interés privado como se ha indicado no responde a fines públicos, sino más bien a particulares, el fundador podrá reservarse para el mismo o para terceros, en el acta fundacional el derecho de remover o adicionar a los miembros de este Consejo.

Adicionalmente, los artículos 22 y 23 del mismo cuerpo legal supra citados, analizan el tema de la remoción judicial de los miembros del Consejo de Fundación, las causales para poder proceder, así como las personas legitimadas para poder ejercer esta solicitud, en este caso, el fundador y el beneficiario o los beneficiarios.

Es importante, retomar aquí lo indicado supra sobre las causales que indica este texto para la remoción judicial de los miembros del Consejo de Fundación, las cuales incluyen:

- 1) Cuando sus intereses fuesen incompatibles con los intereses de los beneficiarios o del fundador.
- 2) Si administraran los bienes de la fundación sin la diligencia de un buen padre de familia.
- 3) Si fueren condenados por delito contra la propiedad o la fe pública. En este caso, mientras se tramita el proceso penal, se podrá decretar la suspensión temporal del miembro procesado.

- 4) Por incapacidad o imposibilidad para ejercer los objetivos de la fundación, desde que tales causales se configuren.
- 5) Por insolvencia quiebra o concurso.³⁸⁹

Dicho esto, se puede concluir que a las Fundaciones de Interés privado que se pretenden regular, se les aplicará el procedimiento no contencioso ante el juez civil, por el requerimiento de los legitimados para estos efectos. En el caso de la FIP, se considera que se estimen para remoción judicial las mismas causales que se tipifican en Panamá.

Al igual que otras figuras que se pueden encontrar en la legislación costarricense, se puede ver que el artículo 24 de la Ley No. 25 regula un órgano de fiscalización que velará por el buen funcionamiento de la fundación y que tendrá una serie de prerrogativas con el fin de llevar a buen término la misma en caso de que el Consejo de Fundación antes estudiado, hiciere imposible la consecución de los fines fundacionales.

Indica el numeral 24 en cuestión:

El acta fundacional o sus reglamentos podrán prever la constitución de órganos de fiscalización, que podrán estar constituidos por personas naturales o jurídicas, tales como auditores, protectores de la fundación u otros similares. Las atribuciones de los órganos de fiscalización se establecerán en el acta fundacional o en sus reglamentos y podrán incluir, entre otras, las siguientes:

- 1) Velar porque se cumplan los fines de la fundación por parte del Consejo de Fundación y por los derechos e intereses de los beneficiarios.
- 2) Exigir rendición de cuentas al Consejo de Fundación.
- 3) Modificar los fines y objetivos de la fundación, cuando estos resultasen de imposible o gravosa realización.
- 4) Designar nuevos miembros en el Consejo de Fundación por ausencia temporal, definitiva o extinción del período de alguno de ellos.
- 5) Nombrar nuevos miembros del Consejo de Fundación, en casos de

³⁸⁹ Ibid., art. 22.

ausencia temporal o accidental de alguno de ellos.

6) Aumentar el número de los miembros del Consejo de Fundación.

7) Refrendar los actos adoptados por el Consejo de Fundación indicados en el acta fundacional o sus reglamentos.³⁹⁰

Como ya se indicó supra, según el Acta Fundacional o los reglamentos internos dictados para estos efectos, el fundador o la mayoría de los fundadores, podrán designar un órgano de fiscalización. En virtud de lo indicado por el artículo 20 de mismo cuerpo legal, y salvo que se disponga lo contrario en su acta fundacional, el Consejo de Fundación deberá rendir cuentas de su gestión a los beneficiarios, al órgano de fiscalización anualmente. Por lo anterior, con el fin de que se integre la figura al proyecto de modificación de la Ley se deberá incluir, esta disposición.

Artículo 25. La fundación se disolverá por:

1. La llegada del día indicado en que deba terminar la fundación de acuerdo con el acta fundacional.

2. El cumplimiento de los fines para los cuales fue constituida o por hacerse imposible su realización.

3. Encontrarse en estado de insolvencia, cesación de pagos o haberse declarado judicialmente el concurso de acreedores.

4. La pérdida o extinción total de los bienes de la fundación.

5. Su revocación.

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

³⁹¹.

Artículo 26. Todo beneficiario de la fundación podrá impugnar los actos de la fundación que lesionen los derechos que ésta le confiere, denunciando dicha circunstancia al protector o a otros órganos de fiscalización si los hubiere; o en su defecto, promoviendo directamente la reclamación judicial correspondiente, ante el juzgado competente del domicilio de la fundación.³⁹²

³⁹⁰ Ibid., art. 24.

³⁹¹ Ibid., art.25.

³⁹² Ibid., art. 26.

Se considera que lo dispuesto por el artículo se encuentra acorde con la legislación costarricense. Se hace la aclaración que no deberá el beneficiario de previo a su reclamo ante la autoridad judicial correspondiente, presentar su impugnación ante el órgano fiscalizador de la Fundación.

Artículo 27. Estarán exentos de todo impuesto, contribución, tasa, gravamen o tributo de cualquier clase o denominación, los actos de constitución, modificación o extinción de la fundación, así como los actos de transferencia, transmisión o gravamen de los bienes de la fundación y la renta proveniente de dichos bienes o cualquier otro acto sobre ellos, siempre que tales bienes constituyan: 1. Bienes situados en el extranjero. 2. Dinero depositado por personas naturales o jurídicas cuya renta no sea de fuente panameña o no sea gravable en Panamá por cualquier causa. 3. Acciones o valores de cualquier clase, emitidos por sociedades cuya renta no sea de fuente panameña, o cuando su renta no sea gravable por cualquier causa, aun cuando tales acciones o valores estén depositados en la República de Panamá. También estarán exentos de todo impuesto, los actos de transferencia de bienes inmuebles, títulos, certificados de depósito, valores, dinero o acciones efectuadas por razón del cumplimiento de los fines u objetivos o por la extinción de la fundación, a favor de los parientes dentro del primer grado de consanguinidad y del cónyuge del fundador.³⁹³

En nuestro país, las disposiciones de este numeral serán aplicables a la realidad costarricense para las siguientes situaciones: 1. Bienes situados en el extranjero. 2. Dinero depositado por personas naturales o jurídicas cuya renta no sea de fuente costarricense o no sea gravable en Costa Rica por cualquier causa. 3. Acciones o valores de cualquier clase, emitidos por sociedades cuya renta no sea de fuente costarricense, o cuando su renta no sea gravable por cualquier causa, aun cuando tales acciones o valores estén depositados en la República de Costa Rica. Lo anterior, por

³⁹³ Ibid., art. 27.

cuanto en nuestro país se aplicarán las reglas de renta territorial indicadas por la Ley del Impuesto sobre la Renta No. 7092 ³⁹⁴

A contrario sensu, si no se dan estos supuestos y tomando en cuenta que las FIP podrán llevar a cabo actividades mercantiles en forma no habitual, o ejercer los derechos provenientes de los títulos representativos del capital de sociedades mercantiles que integren el patrimonio de la fundación, siempre que el resultado o producto económico de tales actividades sea dedicado exclusivamente a los fines de la fundación, podrán ser sujetos y llevar a cabo el hecho generador para este Impuesto sobre la Renta según la misma normativa.

³⁹⁴Artículo 1.- Impuesto que comprende la ley, hecho generador y materia imponible. Se establece un impuesto sobre las utilidades de las empresas y de las personas físicas que desarrollen actividades lucrativas. (Así adicionado el párrafo anterior por el artículo 102 de la Ley de Presupuesto Extraordinario, N° 7097 del 18 de agosto de 1988)

El hecho generador del impuesto sobre las utilidades referidas en el párrafo anterior, es la percepción de rentas en dinero o en especie, continuas u ocasionales, provenientes de cualquier fuente costarricense. (Así reformado y corrida la numeración del párrafo anterior por el artículo 102 de la Ley de Presupuesto Extraordinario, N° 7097 del 18 de agosto de 1988, que lo traspaso del párrafo primero al segundo)

Este impuesto también grava los ingresos, continuos o eventuales, de fuente costarricense, percibidos o devengados por personas físicas o jurídicas domiciliadas en el país; así como cualquier otro ingreso o beneficio de fuente costarricense no exceptuado por ley, entre ellos los ingresos que perciban los beneficiarios de contratos de exportación por certificados de abono tributario. La condición de domiciliado en el país se determinará conforme al reglamento. Lo dispuesto en esta ley no será aplicable a los mecanismos de fomento y compensación ambiental establecidos en la Ley Forestal, N° 7575, del 13 de febrero de 1996. (Corrida la numeración del párrafo anterior por el artículo 102 de la Ley de Presupuesto Extraordinario, N° 7097 del 18 de agosto de 1988, que lo traspaso del párrafo segundo al tercero)

(Así reformado el párrafo tercero anterior por el artículo 1° de la ley N° 7838 del 5 de octubre de 1998)

Para los efectos de lo dispuesto en los párrafos anteriores, se entenderá por ventas, ingresos o beneficios de fuente costarricense, los provenientes de servicios prestados, bienes situados, o capitales utilizados en el territorio nacional, que se obtengan durante el período fiscal de acuerdo con las disposiciones de esta ley. (Corrida la numeración del párrafo anterior por el artículo 102 de la Ley de Presupuesto Extraordinario, N° 7097 del 18 de agosto de 1988, que lo traspaso del párrafo tercero al cuarto). 1. Asamblea Legislativa de Costa Rica, "No. 7092: Ley del Impuesto sobre la Renta, 18 de setiembre, 2017", consultado 2 de junio, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/SCIJ/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=10969&nValor3=0&strTipM=FN

Según se analizó previamente las FIP, no se encontrarán exentas del Impuesto a las personas jurídicas y se le aplicarán todas las disposiciones de la Ley 9428.³⁹⁵

Por último, se considera que la Ley panameña, es acertada al crear una exoneración de todo tipo de impuesto a los actos de transferencia de bienes inmuebles, títulos, certificados de depósito, valores, dinero o acciones efectuadas por razón del cumplimiento de los fines u objetivos o por la extinción de la fundación, a favor de los parientes dentro del primer grado de consanguinidad y del cónyuge del fundador. Lo anterior, por dos razones: la naturaleza de la Fundación de interés privado normalmente la revestirá de la característica de que actúa sin fines de lucro y la segunda, es que se realiza expresamente la excepción de que solo será a favor de los parientes del primer grado de consanguinidad y del cónyuge del fundador en una situación específica.

Los numerales 28 al 32 de la Ley de Fundaciones de Interés Privado panameña analizan el tema de la Re domiciliación interna y externa de este tipo de Fundaciones. Lo anterior, según indica Wanger en sus comentarios, se da con el fin de que FIP de otras latitudes se trasladen al país vecino. Indica este autor: “Este Artículo refleja el deseo de atraer Fundaciones existentes y animarlas a transferir su domicilio a Panamá. El objetivo eran obviamente las Fundaciones de Liechtenstein. Liechtenstein permitía la transferencia al extranjero y tenía una cantidad significativa de Fundaciones. Este Artículo establece que

³⁹⁵ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica” No. 9428: Impuesto a las personas jurídicas; 21 de marzo, 2017” Sinalevi, consultado 28 de mayo, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=83731&nValor3=109934&strTipM=TC

cualesquiera Fundaciones constituidas de conformidad con una ley extranjera pueden someterse a las disposiciones de esta Ley. Esto significa que desde un punto de vista panameña tales Fundaciones extranjeras pueden transferir su domicilio a Panamá.”³⁹⁶

Dicho esto, indican los numerales en cuestión:

Artículo 28. Las fundaciones constituidas de conformidad con una ley extranjera, podrán acogerse a las disposiciones de esta Ley. ³⁹⁷

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

1. El nombre de la fundación y la fecha de su constitución.
2. Los datos de su inscripción o depósito registral en su país de origen.
3. La declaración expresa de su deseo de continuar su existencia legal como una fundación panameña.
4. Los requisitos que para la constitución de fundaciones de interés privado estipula el Artículo 5 de esta Ley. ³⁹⁸

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

1. La copia del acta original de constitución de la fundación que exprese su deseo de continuar en Panamá, junto con cualquier modificación posterior.
2. El poder otorgado a un abogado panameño para que lleve a cabo los trámites para hacer efectiva la continuación de la fundación en Panamá. La certificación de continuación, así como los documentos adjuntos a que hace referencia esta Ley, deberán ser debidamente protocolizados e inscritos en el Registro Público,

³⁹⁶ Markus Wanger, “La Ley Panameña de Fundaciones de Interés Privado; Un Comentario para Profesionales con Estatutos y Regulaciones proporcionadas por OMC, y Tratados sobre Liechtenstein, Volumen 25. Liechtenstein: Wanger Global, 2012: 152, consultado 20 de enero 2018, http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=tl_files/media/downloads/Ley%20Panamena%20de%20Fundaciones%20de%20Interes%20Privado%20-%20Comentario.pdf

³⁹⁷ Asamblea Legislativa de la República de Panamá, “No. 25: Ley por la cual se regulan las fundaciones de interés Privado; 12 de junio, 1995, *La Gaceta*, No. 22804 (14 junio, 1995): art.28. Consultado 10 de diciembre, 2017, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/25-de-1995-jun-14-1995.pdf>

³⁹⁸ Ibid., art. 29.

para que la fundación continúe su existencia legal como una fundación de interés privado de la República de Panamá.³⁹⁹

Artículo 31. En los casos previstos en el artículo 26, las responsabilidades, deberes y derechos de la fundación, adquiridos con anterioridad al cambio de domicilio o de legislación, continuarán vigentes, así como los procesos que se hubieren instaurado en su contra, o los que la fundación hubiere promovido, sin que resulten afectados tales derechos y obligaciones con el cambio autorizado por las citadas disposiciones legales.⁴⁰⁰

ARTÍCULO 32. Las fundaciones constituidas de conformidad con la presente ley, así como los bienes que integran su patrimonio, podrán trasladarse o someterse a las leyes y jurisdicción de otro país, según lo disponga el acta fundacional o en sus reglamentos.⁴⁰¹

De los anteriores artículos se logra extraer que una Fundación que se encuentre en otro país, se podrá re domiciliar interna como externamente y se considera que tomando en cuenta la Ley Panameña se deberán solicitar los mismos requisitos.

Si bien, ya se ha analizado el tema de la inscripción, de las FIP al registro correspondiente, analiza la Ley panameña que se deberá crear una sección administrativa para la inscripción de éstas:

ARTÍCULO 33. Las inscripciones relacionadas con las fundaciones de interés privado se efectuarán en el Registro Público en la sección especial que se denominará "Sección de Fundaciones de Interés Privado". El Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Gobierno Justicia, expedirá el reglamento aplicable a esta sección.⁴⁰²

³⁹⁹ Ibid., art. 30

⁴⁰⁰ Ibid., art. 31.

⁴⁰¹ Ibid., art. 32.

⁴⁰² Ibid., art. 33.

Según ya se indicó previamente las Fundaciones de Interés Privado, se inscribirán en la Sección de Fundaciones. Dentro del plazo de un año se deberá reglamentar la presente Ley para su creación.

Uno de los puntos más importantes de una Fundación de Interés Privado, es que sus fines deberán ser lícitos y no podrán ser contrarios a la moral ni al orden público. En este sentido, la Ley No. 25 de Panamá reguló mediante un cuerpo especial que es el Decreto Ejecutivo No.468 de 1994 la normativa aplicable para combatir el lavado de dinero y otras actividades ilícitas.

Indica el numeral 34 de la Ley No. 25: “Para evitar el uso indebido de las fundaciones interés privado se aplicarán, para su funcionamiento todas las disposiciones legales contenidas en Decreto Ejecutivo No.468 de 1994 y cualquier otra norma vigente destinada a combatir el lavado de dinero procedente del narcotráfico.”⁴⁰³

Partiendo de lo anterior, en nuestro país se le deberá aplicar a la Fundación de Interés Privado, toda la normativa sobre temas relacionados con la prevención del lavado de dinero y actividades ilícitas. En particular, le será aplicable la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso No Autorizado, actividades Conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo No. 7786 de 1998.

⁴⁰³ Ibid., art. 34.

En relación con el tema de la confidencialidad es el artículo 35 de la Ley panameña que regula las Fundaciones de Interés Privado la que realiza un análisis sobre el particular:

ARTÍCULO 35. Los miembros del Consejo de Fundación y de los órganos de fiscalización, si los hubiere, así como los servidores públicos o privados que tuviesen conocimiento de las actividades, transacciones u operaciones de las fundaciones, deberán mantener reserva y confidencialidad al respecto, en todo momento. Las infracciones a este deber serán sancionadas con prisión de 6 meses y multa de cincuenta mil balboas (B/.50,000.00), sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente. Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de las informaciones que deberán revelarse a las autoridades oficiales y de las inspecciones que éstas deban efectuar en la forma establecida por la ley.⁴⁰⁴

En relación con la cita del artículo 35 de la ley base para la redacción del proyecto de Ley, se deberá indicar que no se considera que se tenga que imponer la pena de prisión a los funcionarios públicos o a los privados que violen la confidencialidad. En virtud de la responsabilidad civil, se deberá indicar que aplicarán todas las normas relacionadas con ésta. En casos graves que la información se filtre de autoridades oficiales, se deberá aplicar un procedimiento administrativo sancionador, previa denuncia el fundador, beneficiarios o del órgano fiscalizador de la Fundación.

El numeral 36 del texto de la Ley No 25 panameña, viene a innovar en indicar un elemento importante en relación con la resolución de controversias que surjan dentro de la FIP, desde su promulgación ya que se previó la resolución vía arbitraje. Indica este numeral:

ARTÍCULO 36. Toda controversia que no tenga señalada en esta Ley un procedimiento especial, será resuelta por los trámites del juicio sumario. Podrá establecerse en el acta fundacional o en los reglamentos de la fundación, que

⁴⁰⁴ Ibid., art. 35.

cualquier controversia que surja sobre la fundación, será resuelta por árbitros o arbitradores, así como el procedimiento a que ellos deban sujetarse. En caso de que no se hubiere establecido tal procedimiento, se aplicarán las normas que al respecto contenga el Código Judicial.⁴⁰⁵

En el caso de nuestro país se considera que en casos que no se disponga un procedimiento especial en el acta fundacional, se deberán aplicar las disposiciones del Código Procesal Civil, según el tipo de controversia que surja. Adicionalmente se concuerda con que será voluntad de el o los fundadores prever en el acta fundacional, una cláusula arbitral o indicar cualquier otro medio de resolución alterna de conflicto, que deberá expresamente indicar el procedimiento por seguir y para esto se deberán seguir las disposiciones previstas en la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC, No. 7727 de 1997.

CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO:

El proyecto de ley 17242 se trata de una propuesta para una reforma integral para la actual ley de fundaciones, con el propósito de actualizar el sistema de constitución y administración, así como las disposiciones de los diferentes usos que pueda recibir esta figura de las fundaciones, como lo son las de utilidad pública frente a las fundaciones públicas.

Las fundaciones de interés privado no son reconocidas dentro del texto del proyecto de ley, y sus disposiciones intrínsecamente prohíben la utilización de éstas con la intención

⁴⁰⁵ Ibid., art. 36.

de constituir una persona jurídica con las mismas características de una fundación de interés privado, al mantener disposiciones como lo son el requerimiento de la participación de representantes estatales y municipales, así como la prohibición de reforma de los estatutos de una fundación.

Se concluye que la figura de la fundación de interés privado puede funcionar en mejor medida que la actual propuesta seguida a través del proyecto de ley 17242, al acoplarse las necesidades actuales de un vehículo de administración patrimonial como lo son las fundaciones de interés privado que no se encuentran en el país.

CONCLUSIONES

Una vez terminada la presente investigación sobre la posibilidad de modificar un Proyecto de Ley No. 17242, presentado en el año 2012, por el entonces diputado Francisco Antonio Pacheco, se ha llegado a la conclusión general de que es viable la inclusión de la figura de la Fundación de interés Privada, a la legislación costarricense y que esta figura podría constituir una salida viable a las actuales figuras, tanto societarias como contractuales que existen en el ordenamiento jurídico costarricense para disposición patrimonial y distribución hereditaria.

En la misma línea, de la investigación se concluye, en general, que las fundaciones en Costa Rica son una figura legal con poco estudio y regulación en el país, donde las necesidades han sido abarcadas con poca complejidad, como es el caso de las fundaciones públicas, evitando una técnica legislativa más integral y que resguarde el interés de personas que buscan disponer de patrimonio para una actividad de interés público sin necesidad de formar parte de una entidad pública.

En nuestro país, por lo menos a nivel académico, ésta es la primera investigación, que se realiza sobre el tema, lo cual nos deja como conclusión que podrá ser un aporte al estudio de un nuevo tipo de fundaciones.

SOBRE LAS FUNDACIONES EN GENERAL: Es importante resaltar que la figura de la fundación ha adquirido personalidad y características que la diferencian de otras figuras jurídicas creadas con el fin de administrar un patrimonio, lo cual se analizará a profundidad en el segundo capítulo de este trabajo de investigación.

En términos generales, las fundaciones nacieron a partir de la necesidad de destinar cierto patrimonio a un fin determinado bajo la dirección del postor, a quien debía de seguir sus instrucciones al pie de la letra, donde en sus inicios esta práctica fue incursionada desde la similitud de un fideicomiso, con fines de administración de patrimonio, por ejemplo, a favor de la Iglesia, o bien, para temas hereditarios.

Si existiera una legislación más actualizada a las necesidades actuales la figura de la fundación de utilidad pública y pública respectivamente serían más utilizadas en nuestro país.

SOBRE LAS FUNDACIONES EN COSTA RICA: En nuestro país, se puede decir que el desarrollo de la figura de las fundaciones se da con la promulgación de la Ley No.5338 de 1973. Si bien, se indicaron algunos antecedentes que se dan con anterioridad a este acontecimiento, como lo fueron la Fundación Barroeta y el Asilo de Ancianos de Heredia.

El hecho que marca un antes y un después en la historia de la figura es la regulación normativa que hicieron los señores diputados hace más de 45 años. No obstante, más de 40 años después continuamos con la misma regulación. La ley pese a que se enfrentan nuevos retos y modificaciones en materia legal, y reglamentaria no ha cambiado sustancialmente y este marco jurídico en vez que generar un ambiente positivo, genera trabas para los usuarios de las fundaciones.

Sobre el particular tema de las fundaciones en Costa Rica se hace notar que esta figura requiere de una actualización y detalle en su cuerpo normativo que le permita acoplarse a las necesidades actuales de un ente jurídico con vida propia que requiere flexibilidad en el manejo de su administración y dirección, que de acuerdo con la ley actual es rígida,

y a su vez, escueta, dejando sin analizar y determinar aspectos como lo son las tomas de decisiones, actualización de nombramientos, imposibilidad de administración, fundaciones públicas, entre otras. Por lo que queda en evidencia la necesidad de tomar, como ejemplo, las modificaciones y regulaciones actuales de esta figura y acoplarlas a las necesidades que se requieren en la actualidad, así como ser más llamativas para su utilización en Costa Rica.

Si bien, el marco jurídico aplicable al tema de las fundaciones ha tratado de ser completado vía administrativa, mediante circulares emitidas por el Registro Público, en los cuales se ha tratado de adecuar e interpretar los vacíos que se tienen del cuerpo normativo que únicamente posee 19 numerales.

Es necesario reforzar el tema de la administración y dirección de las fundaciones, en el sentido de que la estructura rígida que se crea a partir de la constitución de las fundaciones es intocable, lo cual le quita la practicidad de la vida activa que tiene todo tipo de persona jurídica.

SOBRE LA FUNDACIÓN DE INTERÉS PRIVADO: Se concluye que es una figura que posee como características básicas importantes que la hacen particular y funcional. La primera de las características es la personalidad jurídica, que como se observó en la investigación la diferencia de figuras como el fideicomiso y la asemeja a las sociedades mercantiles. Partiendo de esta premisa, la Fundación de interés privado, podrá ser sujeto de derechos y podrá tener obligaciones. Otra de las características es que no posee fines de lucro. No obstante, de la investigación se logra extraer que a como se ha regulado internacionalmente en otras latitudes la misma en supuestos específicos

podrá llevar a cabo actividades mercantiles limitadas para llevar a cabo sus fines. Por último, la figura posee una serie de exenciones fiscales para los bienes domiciliados en el extranjero y posee ciertas ventajas en comparación con otras figuras como su constitución fácil, y resolución alterna de conflictos vía arbitraje. Dicho esto, se podría indicar de manera genérica que es un fideicomiso mejorado.

Adicionalmente, si bien, se ha tratado de ver a la Fundación de Interés Privado como una figura que se presta para actividades ilícitas como lo son el blanqueo de capitales, retención indebida y ocultamiento de estos, se debe indicar que las figuras legales, nunca se crearán con fines ilícitos o que sean contrarios, la moral o al orden público. En este caso, la figura que se propone crear vendrá a buscar ser una salida a problemas de disposición patrimonial y hereditaria, respetando el marco jurídico actual y el orden público. No se pretende con la figura de la Fundación de interés privado, la estructuración de operaciones ilícitas, ni el resguardo de bienes que provengan de actividades ilícitas.

Se puede observar el gran éxito que ha tenido la figura en otras legislaciones, por ejemplo, Panamá y Liechtenstein. Día con día, son más y más las legislaciones que por la versatilidad y funcionalidad de la figura la integran a sus ordenamientos.

SOBRE LA MODIFICACIÓN AL PROYECTO DE LEY NO. 17242: se debe partir de la premisa que en Costa Rica hasta el día de hoy no se analizado la inclusión de las fundaciones de interés privado. Si bien, existen en el ordenamiento jurídico costarricense otras figuras legales que han funcionado para la solución de problemas de distribución patrimonial y con fines hereditarios, como lo son las sociedades

mercantiles, o contratos como lo son el de fideicomiso, se analizará en el presente acápite una figura que no existe, actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico; ésta es la fundación de interés privado.

Como se ha analizado con anterioridad, la regulación actual era insuficiente y no había claridad para que los entes de naturaleza pública pudieran constituir fundaciones, por lo que debían constituirse mediante ley, lo cual dejaba el paso a que éstas se convirtieran en un trámite burocrático, siendo que las fundaciones pudieran ser una herramienta bastante útil para facilitar las gestiones de administraciones públicas que requieren una mayor rapidez para la ejecución de presupuesto, por ejemplo.

Esta nueva perspectiva de Proyecto de Ley como se verá a continuación en las recomendaciones a la luz de la Ley panameña, se deberá regular por separado, siendo que la Fundación de Interés Privado, si bien, comparte elementos y características generales con las fundaciones de utilidad pública y pública como tal, posee ciertas particularidades que no son compatibles con el actual texto del proyecto y que por técnica legislativa consideramos no serán compatibles y no generarán claridad en éste, así como que podrá generar trabas en la tramitación y posible aprobación del proyecto de Ley, que es el fin último de la presente propuesta si se incluye la figura dentro del mismo texto con las fundaciones de utilidad pública y públicas.

En relación con el actual Proyecto de Ley No. 17242 se concluye que éste, si bien, viene a realizar un avance a la regulación de las fundaciones, al incluir a las Fundaciones Públicas que no fueron estudiadas en 1973, quedan algunas lagunas y vacíos en el proyecto, que podrían ser retomadas por otros investigadores y extraer del proyecto que

entró a corriente legislativa otra abundante y densa investigación, específicamente de las fundaciones públicas.

Algunos de los vacíos que se indican en el proyecto están: Falta de claridad en el momento de definir las dos clasificaciones o tipos de fundaciones que se estudian dentro del proyecto, sean éstas: fundaciones de utilidad pública y fundaciones públicas como tal. Sobre éstas se debe de realizar una distinción clara de las características de cada una, con el fin de incluir correctamente en el proyecto de ley los acápites correspondientes.

No se especifican las funciones de los órganos de estas personas jurídicas, con el fin de evitar duplicidad de funciones entre estos, así como contradicciones graves que afecten el funcionamiento de éstas.

Existe en el proyecto una serie de conceptos jurídicos indeterminados que son mencionados en el articulado del proyecto y que en vez de regular esta persona jurídica vienen a entorpecer la acción de los futuros operadores del derecho.

Se deben explicar, además, las funciones de los órganos estatales que intervienen en los procesos de las fundaciones. Esto por cuanto, en el proyecto se utilizan indistintamente, las funciones de la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República, cuando éstas ya no son propias de estos o no son necesarias por las modificaciones legales que se han realizado a lo largo del tiempo.

La segunda vía de modificación y siendo que el Proyecto de Ley en cuestión no pretendió en su momento regular la fundación de interés privado, se recomienda sustituir el presente Proyecto de Ley o redactar un nuevo proyecto de Ley, que logre

entrar a la corriente legislativa con el fin de regular independientemente la figura de la Fundación de Interés Privado. Según se analizará en las recomendaciones, el presente estudio realiza una propuesta concreta de proyecto de ley con las formalidades exigidas para poder ser entregado al Departamento encargado y que pase a estudio.

Dicho esto, por temas de estabilidad política y seguridad jurídica que poseen nuestro país, al integrar al marco jurídico esta figura con las previsiones que se realizarán a continuación podrá funcionar como medio alternativo para la resolución de problemas que se dan en el día a día de nuestro país. La misma como toda persona jurídica, estará regulada en temas fiscales y además, limitada por la normativa de prevención contra hechos ilícitos.

Adicionalmente, otros sectores productivos como lo son las entidades bancarias, así como particulares podrán estar interesados en utilizar la figura para fines específicos por las características propias de esta figura.

Consideramos razonable, justo y adaptada a las nuevas exigencias actuales, que la Fundación de Interés Privado podría ser una herramienta legal, versátil y funcional para materia de disposición patrimonial y hereditaria.

RECOMENDACIONES

En relación con las fundaciones en Costa Rica, realizar un estudio de los diferentes tipos de fundaciones que se logran identificar en la realidad costarricense, porque como se estudió, ya no solo existen en el país fundaciones de utilidad pública, sino que se ha diversificado y con base en esta figura se han desarrollado un nuevo tipo como lo es la

fundación pública, que debe cumplir con principios de derecho administrativo y fiscalización por parte de entes estatales.

En relación con la inclusión de la figura de la fundación de interés privado: Realizar una propuesta de Proyecto de Ley para la modificación e inclusión de la figura de interés privado: La presente investigación, después del estudio pormenorizado y una adaptación armonizada entre del articulado de la Ley No. 25 de Panamá, que como se ha estudiado es el cuerpo legal más desarrollado hasta el momento y más compatible con la legislación costarricense, y las normas que imperan en nuestro país, permitió generar un borrador de Proyecto de Ley, que se encuentra como anexo I.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. Aramouni, Alberto *Práctica del derecho societario; Contratos y sus variantes con explicación doctrinaria y jurisprudencial*” (Buenos Aires, Argentina, Astrea, 1996).
2. Brenes Córdoba, Alberto, *Tratado de los contratos: 5ta Edición con estudio preliminar de Gérard Farjat, Profesor de Derecho de la Universidad de Niza, revisada y actualizada por Gerardo Trejos y Marina Ramírez, San José, Costa Rica: Juricentro, 1998.*
3. Calvo Marroquín Octavio y Arturo Puente y Flores, *Derecho Mercantil: Cuadragésima Edición, México D.F. Banca y Comercio, 2001.*
4. Certad Maroto, Gastón *La sociedad de Responsabilidad Limitada, 1ª. Edición (San José Costa Rica, UACA Verbvm: 1995.*
5. Certad Maroto, Gastón *Temas de Derecho Comercial 3ª.Ed, (San José, Costa Rica: Juricentro, 2007.*
6. Estribi Chavarría, Heriberto *Fundaciones de Interés Privado; Guía Práctica Panamá: Litho Editorial Chen, 2002.*
7. Farina, Juan M. *Derecho de las sociedades comerciales: 1 Parte general , Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2011.*
8. Francisco López – Nieto y Mallo, *Manual de Asociaciones: Doctrina, Legislación, Jurisprudencia, Formularios, 3ª ed. (Madrid, España: Tecnos, S.A., 1992)*
9. Monge Dobles, Ignacio, *Curso de Derecho Comercial (San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2014.*

10. Mora Rojas, Fernando *Introducción al Derecho Comercial*, San José, Costa Rica: Juritexto.
11. Paolillo, Alfredo, *Las Fundaciones en el Derecho Uruguayo*; Prólogo de Eduardo J. Couture, Montevideo, Uruguay: Martin Bianchi Altuna, 1956.
12. Panico, Paolo, "Introduction: The World of Private Foundation", en *Private Foundations: Law and Practice, 1a. ed* (Great Claredon Street, United Kingdom: Oxford University Press, 2014), consultado 08 de abril 2018, <http://www.pbookshop.com/media/filetype/s/p/1394289636.pdf>
13. Víctor Pérez Vargas, "Derecho Privado", Cuarta Edición (San José, Costa Rica: Litografía e imprenta LIL, 2013.

Artículos de revista

1. Avendaño Anana, Fernando "El fideicomiso", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N°. 50 (1996): 343-365, consultado 10 de junio 2018, http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_050.html
2. Abarca Hernández, Oriester "Las fundaciones públicas en Costa Rica. Pautas para una propuesta de Legislación", *InterSedes*, Vol. III (2002):83-91, consultado 13 de marzo, 2018, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/intersedes/article/view/760>
3. Barbieri, Javier "Origen, concepto y posibilidades del Fideicomiso" en *El fideicomiso de garantía : análisis integral, función y régimen* 1ª ed. (Buenos Aires; Heliasta: ,2008)
4. Blanch Nougés, Jose María "Sobre La Personalidad Jurídica De Las "Fundaciones" En Derecho Romano", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, No. 16,

(2007):9-28. Consultado 04 de abril, 2018,
<https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6091/6552>

5. Avendaño Anana, Fernando “El fideicomiso”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N°. 50 (1996): 345, consultado 10 de junio 2018, http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_050.html
6. Huaylupo Alcázar, Juan “Las cooperativas en Costa Rica”. Escuela de Administración Pública. Maestría en Administración Cooperativa, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, (2003), consultado 20 de mayo,2018, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan033284.pdf>
7. Johannes Gasser y Batliner “Asserting beneficiaries’ rights in a Liechtenstein Family Foundation”, *Revista Trusts & Trustees*, Vol. 9, (2003): 12-14, consultado el 10 de abril,2018, :
http://gasserpartner.com/sites/default/files/asserting_beneficiaries_rights_in_a_lichtenstein_family_foundation-gasser-012003.pdf
8. Johannes Gasser y Julia Moser “How to protect the assets of a Liechtenstein foundation from the onslaught of creditors and forced heirs”, *Revista Trusts & Trustees*, No. 6, Vol. 20, (2014):595-600, consultado 10 de mayo, 2018, http://gasserpartner.com/sites/default/files/trust_trustees.pdf
9. Llorente Gonzalbo, Miguel *Cuadernos de Derecho y Comercio. Extraordinario*; (diciembre, 2013): 383-402, consultado 20 de mayo,2018. Vlex Global.
10. Mora Rojas, “Sociedad, Asociación y Cooperativa”, *Revista de Ciencias Jurídicas* número 16, (1970): 51-101, consultado 28 de abril, 2018, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/issue/view/1708>

11. Rufas Vallés, Manuel José “Análisis de figuras similares al trust anglosajón: las Fundaciones de Interés Privado de Panamá y los Stiftung y Anstalt de Liechtenstein; Los fideicomisos latinoamericanos”, *Cuadernos de Formación*, Vol. 21 (2017):275-300, consultado 20 de mayo, 2018, http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/2017_21_20.pdf
12. Unquera Barreda, María Jesús “Las Fundaciones”, *Publicaciones de la Institución Tello Téllez de Meneses*. No. 61. (1990):639-703, consultado 26 de febrero, 2018, <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/177979>
13. Urquizu Caballé, Ángel “Inversión En Panamá E Instrumentos Jurídicos: Las Fundaciones De Interés Privado y Los Fideicomiso” en *La inversión empresarial en la República de Panamá*” (Barcelona, España: Bosch, 2013), 237-264. Vlex Global.

Tesis de grado

1. Arce Piñar, José Pablo, “Las lagunas en la hermenéutica contractual derivadas de la aplicación práctica del Contrato de Escrow en Costa Rica”. (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2015). Consultado 3 de junio, 2018, <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Las-lagunas-en-la-hermen%C3%A9utica-contractual-derivadas-de-la-aplicaci%C3%B3n-pr%C3%A1ctica-del-Contrato-de-Escrow-en-Costa-Rica.pdf>
2. Badilla Lizano, Carolina, “La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y su Reforma en el Código de Comercio de Costa Rica”, (Tesis para optar por el grado de licenciada en Derecho , Universidad de Costa Rica, 2009), consultado 28 de mayo, 2018, <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/La-Empresa-Individual-de-Responsabilidad-Limitada-y-su-Refor.pdf>

3. Chaves González, Irene “La utilización de ingresos estatales como garantía de liquidez para el financiamiento de obras de infraestructura públicas: el caso de la ampliación y de la modernización de la refinería en Moín” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica,2018),103-104, consultado 10 de junio 2018, <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2018/04/Irene-Chaves-Gonzalez-Tesis-Completa.pdf>
4. López Araya, Erica y Valerie Sancho Bermúdez. “El Contrato Escrow, Figuras Afines y su Aplicación en Costa Rica”. (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003). 9, consultado el 3 de junio, 2018, <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/El-Contrato-Escrow-Figuras-Afines-y-su-Aplicaci%C3%B3n-en-Costa-Rica.pdf>
5. Pacheco Guerrero, Diego Alonso y Gustavo Adolfo Tellini Mora, “Deficiencias del sistema societario costarricense: el derecho de información dentro de las sociedades anónimas” (Tesis de Licenciatura en Derecho,Universidad de Costa Rica, 2008) Consultado 13 de mayo 2018, <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/Derecho-Informacion-SA.pdf>
6. Pérez González; Rodrigo Alberto Andrés Torres Bustamante, “Implicaciones y limitaciones del Fideicomiso de Garantía como objeto de Garantía Mobiliaria de conformidad con la ley No. 9246. (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica., 2016), 35, consultado el 12 de junio 2018, http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/implicaciones_y_limitaciones_del_fideicomiso_de_garantia_como_objeto_de_garantia_mobiliaria_de_co.pdf
7. Rojas Rodríguez, Georgina Georgina y Milena Vargas Rivera, . “Análisis jurídico y Registral de las Asociaciones”. (Tesis para optar por el grado de Licenciados en Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 1996.

8. Sauvé Normandin, Simón “El capital Social de las Sociedades Anónimas en Costa Rica, Análisis de su Naturaleza Jurídica: ¿Un Mero Formalismo Para su Constitución?” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2016), consultado el 08 de mayo 2018, <http://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/tesis - capital social 29-2-2016 - version para imprimir 157.pdf>
9. Vásquez Alvarado, Eliécer “El fideicomiso y la fundación de interés privado el problema de la elección de la Ley Aplicable”. Tesis para optar por el grado de Maestría en Derecho, Universidad de Panamá, República de Panamá, 2011

Artículos en línea

1. Centro de investigaciones Jurídicas, Contrato Escrow. (Costa Rica, San Pedro, 2005), consultado 31 de marzo de 2018 <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=MTk2NA>
2. García Alvarado, Carlos Las fundaciones: Boletín 2-2002, artículo 3º, consultado el 4 de junio 2018, Consultado el 4 de junio de 2018, <http://ocu.ucr.ac.cr/images/ArchivosOCU/Boletines/2002/2002-Boletin2-3.pdf>
3. International Financial Services Commission, “*International Foundations Act, 2010; A brief note*” consultado el 20 de mayo de 2018, <http://www.ifsc.gov.bz/wp-content/uploads/downloads/2013/06/BriefingNote-InternationalFoundationsAct2010-15Nov101.pdf>
4. Lí Bonilla, Federico, El modelo Cooperativo Costarricense. (San José, Costa Rica Universidad Estatal a Distancia, 2003), 127, consultado 4 de marzo, 2018 en: https://www.researchgate.net/profile/Federico_Li_Bonilla/publication/265377945_El_modelo_cooperativo_costarricense/links/57336a6708ae298602dceac8/EI-modelo-cooperativo-costarricense.pdf

5. Piedra Sánchez: Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Departamento de Servicios Técnicos, (Informe Técnico Jurídico Proyecto “Ley de Fundaciones” ST.046-2010-J”, 2010.
6. Wanger, Markus “La Ley Panameña de Fundaciones de Interés Privado; Un Comentario para Profesionales con Estatutos y Regulaciones proporcionadas por OMC, y Tratados sobre Liechtenstein, Volumen 25. Liechtenstein: Wanger Global, 2012. Consultado 20 de enero 2018, http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=tl_files/media/downloads/Ley%20Panameña%20de%20Fundaciones%20de%20Interes%20Privado%20-%20Comentario.pdf

Artículos y monografías inéditas

1. Fábrega Polleri, Juan Pablo “La Fundación de interés privado panameña como vehículo para planificación patrimonial y sucesión hereditaria: Tercera Edición”. Monografía inédita, Panamá, 2017.
2. Torrealba Navas, Federico “Contratos Especiales Civiles y Mercantiles”, Monografía Inédita, Universidad de Costa Rica, 2016.

Leyes y Decretos

1. Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 3284: Código de Comercio; 25 de mayo, 1964”, Sinalevi, consultado 18 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=105748&strTipM=FN
2. Asamblea Legislativa de Costa Rica, “N° 5338: Ley de Fundaciones; 28 de agosto, 1973”, San José, 05 de mayo, 2010”, consultado el 10 de enero, 2018

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=2683&nValor3=0&strTipM=TC

3. Asamblea Legislativa de Costa Rica, “N° 5219: Estatus Especial para Fundaciones Extranjeras Establecidas en el País; 25 de junio, 1973”. San José, 03 de julio, 1973”, consultado el 20 de enero, 2018

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=8529&nValor3=9149&strTipM=TC

4. Poder Ejecutivo, “Decreto ejecutivo 24333-MP:Regula Designación de Representante del Poder Ejecutivo en Fundaciones; 23 de mayo, 1995”, consultado 28 de marzo, 2018,

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=20055&nValor3=21352&strTipM=FN

5. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “ No. 4564: Ley de Aranceles del Registro Público; 18 de diciembre, 2002”, Sinalevi, consultado 28 de abril, 2018,

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=31339&nValor3=33059&strTipM=TC

6. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “No.8454: Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos; 30 de agosto, 2005”, Sinalevi: consultado 23 de marzo, 2018,

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=55666&nValor3=60993&strTipM=FN

7. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “No. 3883:Ley de Inscripción de Documentos en Registro Público, 28 de abril, 2006”, Sinalevi, consultado 24 de abril 2018,

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38440&nValor3=70679&strTipM=TC

8. Belice, “Ley de Fundaciones Internacionales; 01 de abril, 2010” consultado 20 de mayo, 2018, <http://www.ifsc.gov.bz/wp-content/uploads/downloads/2017/04/International-Foundation-Act-2010.pdf>
9. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “No. 4179: Ley de Asociaciones Cooperativas; 29 abril, 2011”, Sinalevi, consultado 25 de abril, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=32655&nValor3=85395&strTipM=FN
10. Poder Ejecutivo, “Decreto No. 37593: Reglamento para el Funcionamiento y a Utilización del Portal "CrearEmpresa"; 12 de febrero, 2013”, Sinalevi, consultado 20 de marzo, 2018.
11. Ministerio de la Presidencia, República de Panamá; “Decreto Ejecutivo N° 809; 03 de octubre, 2014”, Gaceta Oficial Digital, consultado 20 de enero, 2018, http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/27636-A_2014.pdf
12. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Ley No.63 Código Civil ; 30 noviembre, 2016” Sinalevi, consultado 20 de enero, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=106999&strTipM=VS
13. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica” No. 9428: Impuesto a las personas jurídicas; 21 de marzo, 2017” Sinalevi, consultado 28 de mayo, 2018,

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=83731&nValor3=109934&strTipM=TC

14. Asamblea Legislativa de Costa Rica, “No. 7092: Ley del Impuesto sobre la Renta, 18 de setiembre, 2017”, consultado 2 de junio, 2018, http://www.pgrweb.go.cr/SCIJ/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=10969&nValor3=0&strTipM=FN

15. Ministerio de Gobierno, República de Panamá “Decreto Ejecutivo No. 62 del 30 de marzo, 2017”. Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Panamá del día 31 de marzo, 2017. Consultado 19 de mayo, 2018, https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28249_A/GacetaNo_28249a_20170331.pdf (Considerando Primero)

16. Poder Ejecutivo, “Decreto Ejecutivo N° 29494-J :Reglamento al Artículo 11 de la Ley de Fundaciones; 18 de mayo, 2001”, consultado 18 de diciembre 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=46350&nValor3=48918&strTipM=TC (No vigente).

Jurisprudencia judicial

1. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia “Recurso de Casación; voto 364-90; 26 diciembre 1990, 14:10 horas, expediente 90-000364-0004-CI, Considerando I párraf 1, consultado 10 mayo, 2018, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_selectiva.aspx

2. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de casación: voto 69-1994; 17 de agosto 1994, 15:00), expediente 94-150069-0004-CI.

3. Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia.” Acción de inconstitucionalidad: voto 1997-7494 11 de noviembre, 1997”, expediente ,94-006229-0007-CO, consultado 10 de mayo,2018, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=82459&strTipM=T&strDirSel=directo
4. Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, “Caso Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción de La Corte Suprema De Justicia: 21 de septiembre 1998”, consultado 10 de abril de 2018, VLEX GLOBAL.
5. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Casación; voto 128-1998; 12 de diciembre, 1998, 14:40 horas, expediente 98-000128-0004-CI, consultado 10 de febrero 2018, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=190051&tem1=¶m7=&strTipM=T&IResultado=1
6. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de Amparo: resolución 02032-2003; 12 de marzo 2003, 15:49 horas”, expediente 03-001288-0007-CO.
7. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral (pleno), “Caso Nulidad de la Corte Suprema De Justicia - Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral; 23 de junio 2008”, consultado 10 de abril de 2018, VLEX GLOBAL.
8. Sentencia Pleno de Corte Suprema De Justicia (Pleno), “Caso Acción De Inconstitucionalidad de La Corte Suprema De Justicia: 12 de abril 2007”, consultado 15 de febrero 2018, VLEX GLOBAL

9. Sala 2ª de lo penal de la Corte Suprema de Justicia (pleno), “Caso sentencia de la Corte Suprema de Justicia:29 de diciembre, 2015”, consultado 10 de abril de 2018, VLEX GLOBAL.

Jurisprudencia administrativa

1. Procuraduría General de la República de Costa Rica, “Dictamen C-147-80; 01 de Julio, 1980”, consultado el 10 de enero 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=6435&strTipM=T
2. Procuraduría General de la República de Costa Rica, “047-1997 del tres de marzo, 1997”, consultado el 10 de enero 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=2869&strTipM=T
3. Procuraduría General de la República de Costa Rica. “Dictamen C-126-1994; 3 de agosto, 1994”, consultado el 20 de enero 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=2347&strTipM=T
4. Procuraduría General de la República de Costa Rica, “Dictamen C-252-2001; del 20 de setiembre, 2001”, consultado el 25 de enero 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=10675&strTipM=T
5. Procuraduría General de la República de Costa Rica, “Dictamen C-079-2002; 22 de marzo, 2002, consultado el 20 de marzo 2018,

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=11063&strTipM=T

6. Procuraduría de la Administración de la República de Panamá, “Dictamen C-278-2004; 2 de diciembre, 2004”, consultado el 04 de abril, 2018, <http://vocc.procuraduria-admon.gob.pa/sites/default/files/C-278-04.PDF>

7. Procuraduría General de la República de Costa Rica, “Dictamen C-19-2007; 29 de enero, 2007. consultado el 25 de marzo 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=14353&strTipM=T

8. Procuraduría General de la República de Costa Rica, “Dictamen C-222-2007; 04 de Julio, 2007”, consultado el 25 de marzo 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=14620&strTipM=T

Proyectos de Ley

1. Proyecto de Ley, Expediente N° 5361 “Ley de Fundaciones”, consultado el 11 de enero de 2018, http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Proyectos%20de%20Ley.aspx?Numero_Proyecto=17242

Circulares administrativas

1. Registro Nacional de Costa Rica; Registro de Personas Jurídicas, “Circular DR-PJ-004-2001: Asientos de inscripción; 22 de marzo, 2001”, consultado 13 de mayo, 2018,

https://www.rnpdigital.com/personas_juridicas/documentos/circular/Circulares%202001.pdf

2. Registro Nacional de Costa Rica; Registro de Personas Jurídicas, “Circular DR-PJ-004-2001: Asientos de inscripción; 22 de marzo, 2001”, consultado 13 de mayo, 2018, https://www.rnpdigital.com/personas_juridicas/documentos/circular/Circulares%202001.pdf
3. Registro Nacional; Dirección Registro de Personas Jurídicas, “Circular DPJ-005-2015: Asuntos Varios (Modificación de los Estatutos de una Fundación; Exoneración de Fundaciones y Asociaciones; Capital Autorizado), 26 de marzo, 2015, consultado el 13 de mayo, 2018, https://www.rnpdigital.com/personas_juridicas/documentos/circular/Circulares%202015.pdf
4. Superintendencia de Bancos de Panamá, “Acuerdo No. 005-2015 : Prevención del uso indebido de los servicios brindados por otros sujetos obligados bajo la supervisión de la Superintendencia de Bancos, 26 de mayo, 2015, consultado 24 de mayo 2018, https://www.superbancos.gob.pa/superbancos/documentos/leyes_y_regulaciones/acuerdos/2015/Acuerdo_05-2015.pdf
5. Registro Nacional de Costa Rica; Registro de Personas Jurídicas; “Circular DPJ-006-2016: Calificación e inscripción de Fundaciones”; 19 de julio, 2016, consultado el 13 de mayo, 2018, https://www.rnpdigital.com/personas_juridicas/documentos/circular/Circulares%202016.pdf
6. Registro Nacional de Costa Rica; Registro de Personas Jurídicas; “Circular DPJ-005-2016: Captura del nombre o denominación de los fundadores en el Sistema de Inscripción”; 17 de junio, 2016, consultado el 15 de marzo, 2018,

https://www.rnpdigital.com/personas_juridicas/documentos/circular/Circulares%202016.pdf

7. Registro Nacional de Costa Rica; Registro de Personas Jurídicas; “Circular DPJ-006-2016:Calificación e inscripción de Fundaciones”; 19 de julio, 2016, consultado el 13 de mayo 2018, https://www.rnpdigital.com/personas_juridicas/documentos/circular/Circulares%202016.pdf

Páginas Web

1. Registro Público de Panamá, “Número de Fundación de Interés Privado Inscritos y disueltos 2017”, consultado 20 de mayo 2018, <https://www.registro-publico.gob.pa/estadisticas/funpri.php>

ANEXOS

Anexo I. “Borrador de Proyecto de Ley para la inclusión al ordenamiento jurídico de la figura de la Fundación de Interés Privado”

PROYECTO DE LEY

LEY PARA LA INCLUSIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA FIGURA DE LA FUNDACIÓN DE INTERÉS PRIVADO

ASAMBLEA LEGISLATIVA:

Actualmente, las fundaciones se regulan por la Ley No. 5338, del 28 de agosto de 1973, la cual en su momento dieron origen a las fundaciones y reconociendo a las ya existentes organizaciones que se encontraban en Costa Rica bajo tal denominación y registrándolas bajo esta calificación.

En Costa Rica, las fundaciones no han ido evolucionando tal y como sucede en otras legislaciones, siendo necesaria la modernización y ajustes al ordenamiento jurídico costarricense que permita la inclusión de las fundaciones de interés privado como una variante a la posibilidad de la administración y disposición de patrimonio, tanto de nacionales como extranjeros en el país.

Se reconoce que en el ordenamiento jurídico costarricense se carece de una persona jurídica que pueda suplir las características y ofrecimientos que pueda llegar a obtenerse a través de la incorporación de las fundaciones de interés privado.

Se pretende subsanar todas las carencias que ocurre la vigente ley de fundaciones con el propósito de que la regulación aquí propuesta se acople y sea suficiente en sí misma para regular el funcionamiento de las fundaciones de interés privado en el país.

Por último, comprendemos que a lo largo de la discusión y tramitación de la presente iniciativa se deberán escuchar a los voceros interesados, el fin último de la entrada a la corriente legislativa del presente proyecto de Ley.

Por las razones supra expuestas, presentamos a ustedes señores diputados el proyecto de ley que se detalla a continuación:

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1.- Las fundaciones de interés privado serán entes privado que se establezcan sin fines de lucro y con el objeto de realizar o ayudar a realizar, mediante el destino de un patrimonio fines específicos que se determinarán en el acta fundacional o los reglamentos internos que se dispongan para estos efectos. Las mismas estarán reguladas por la presente ley y gozarán personalidad jurídica propia desde su inscripción en el Registro Nacional.

Únicamente las fundaciones que se describirán en la presente ley, y debidamente inscritas en el Registro correspondiente, utilizarán la denominación “Fundación de Interés Privado” en su razón social.

ARTÍCULO 2.- Las fundaciones de interés privado se regirán por la presente Ley, y demás disposiciones legales o reglamentarias que por su naturaleza le sean aplicables. El acta fundacional y los reglamentos internos que se dictarán regirán la organización interna de la Fundación de Interés Privado. A las fundaciones indicadas en la presente

Ley no les será aplicable lo dispuesto en los Capítulos III al VII del Código de Comercio de la República.

ARTÍCULO 3.- Las fundaciones que se describen en la presente Ley no cumplirán fines de lucro. Sin embargo, podrán realizar actividades mercantiles limitadas y excepcionales para aumentar su patrimonio de manera no habitual o ejercer los derechos provenientes de los títulos patrimoniales de las sociedades mercantiles que integren el patrimonio de la fundación. Los ingresos que se obtengan de estas actividades deberán ser destinado exclusivamente a la realización de los propios objetivos de la fundación.

El patrimonio de las las Fundaciones de interés privado descritas en la presente ley, según lo dispuesto en el artículo 1, destinado exclusivamente a los objetivos establecidos en el acta fundacional y los reglamentos internos que se dicten para estos efectos. Este patrimonio inicial podrá ser aumentado por el fundador, o por cualquier otra persona.

Artículo 4.- El acto de inscripción del acta fundacional en la Sección de Fundaciones Registro Público le otorgará a la fundación personalidad jurídica propia, sin necesidad de ninguna otra autorización legal o administrativa adicional. La inscripción en el Registro Público constituirá el medio de publicidad frente a terceros.

CAPÍTULO II

DE LA CONSTITUCIÓN Y GOBIERNO DE LA FUNDACIÓN DE INTERÉS PRIVADO

Artículo 5.- Podrán crear una Fundación de Interés Privado, de conformidad con las disposiciones y formalidades de la presente ley, una o más personas naturales o jurídicas, ya sea por sí mismos o por medio de un tercero, quien deberá contar con el respectivo poder, según las disposiciones aplicables del Código Civil. En caso de que el fundador sea una persona jurídica, se requerirá del acuerdo expreso del órgano

competente para disponer de los bienes de conformidad con sus estatutos y la legislación comercial aplicable.

ARTÍCULO 6.- Medios de constitución. Las fundaciones de interés privado se podrán constituir para que surjan efectos desde el momento de su creación inter vivos o post mortem al momento del fallecimiento de su fundador, por los siguientes métodos:

- a) Mediante un documento privado que será suscrito por el fundador, y cuya firma deberá encontrarse autenticada por un notario público según indica la normativa notarial aplicable. No obstante, el documento privado que no tenga efectos post mortem, podrá encontrarse de manera electrónica y encontrarse firmado de manera digital según dispone la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos No. 8454.
- b) Directamente ante Notario Público del lugar de su constitución, que deberá respetar las disposiciones aplicables para estos efectos.

Sea cual fuere el método de la constitución, deberán cumplirse las formalidades que para la creación de las fundaciones se establecen en la presente Ley. En caso de que la fundación sea creada, ya sea por documento público o privado, para que surta efectos post mortem, no se requerirán las formalidades para el otorgamiento de testamento ni se seguirá el procedimiento estipulado en el Título XI del Código Civil de Costa Rica, denominado de las “Sucesiones”.

En caso de que la constitución de la Fundación de Interés Privado se realice directamente ante notario público será obligatoria la utilización de la Plataforma *Crear Empresa*, lo cual no sustituirá la facultad notarial de expedir testimonios en el artículo 113 del Código Notarial.

En virtud de la presente Ley, se realizarán las modificaciones legales y reglamentarias para estos efectos.

Artículo 7.- Requisitos del Acta Fundacional. Toda Fundación de interés Privado que se constituya en los términos de la presente ley, deberá contar con los siguientes requisitos mínimos:

- a) El nombre, profesión, estado civil del fundador o fundadores, si son personas físicas, y su razón social o denominación si son personas jurídicas, y en ambos casos, su nacionalidad, domicilio y número de cédula. Se consignarán los mismos datos de los apoderados comparecientes, cuando corresponda.
- b) La manifestación de la intención de constituir una fundación, su denominación y su finalidad.
- c) El domicilio de la fundación, el cual deberá de contemplarse en el territorio costarricense, y podría añadirse la capacidad de constituir sucursales fuera del país.
- d) El patrimonio inicial de la fundación, que deberá expresado en cualquier moneda de curso legal, que en ningún caso será inferior a una suma que se determine con el propósito de que la fundación sea capaz de adquirir obligaciones y de garantizar cuando sea necesario, siempre y cuando dichas obligaciones se ejecuten en beneficio de la consecución de los objetivos de la fundación.
- e) Los fines expresos y detallados de la fundación.
- f) La composición, en forma completa y clara, del Consejo de Fundación, así como las reglas para la designación de nuevos miembros y para su sustitución, las causas de separación o cese y la forma como se tomarán acuerdos. El fundador podrá pertenecer al Consejo de Fundación.
- h) La forma de designar a los beneficiarios de la fundación, entre los cuales puede incluirse al fundador.
- i) La reserva del derecho a modificar el acta fundacional y los estatutos o reglamentos, cuando se considere conveniente, y el procedimiento aplicable.
- j) El plazo social de la fundación.

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

Si se requiere nombrar un agente residente, se deberá indicar el nombre y domicilio del mismo. Este deberá ser abogado, y deberá refrendar el acta fundacional, antes de su inscripción en el Registro Público.

En caso de que no se indique alguna de los requisitos que establece el presente artículo podrá el Fundador adicionarlo en cualquier momento. El Registro Público no inscribirá el Acta Constitutiva hasta que se cumplan con los requisitos legales establecidos.

Artículo 8.- **Sobre la inscripción.** Como trámite previo para su inscripción en el Registro, se deberá publicar en el Diario Oficial un edicto con un extracto de los términos bajo los cuales se constituye la fundación, la dotación patrimonial asignada y la composición, en forma completa y clara, del Consejo de Fundación. Igualmente se publicarán su modificación, fusión o disolución.

Las inscripciones relacionadas con las fundaciones de interés privado se efectuarán en el Registro Público de la Propiedad en la sección que se denominará "Sección de Fundaciones de Interés Privado".

Artículo 9.- El acta fundacional, así como sus modificaciones se realizarán en el Idioma Español. En caso de que se encuentren en un idioma extranjero se deberán protocolizar junto con su traducción oficial a este idioma.

Las mismas deberán ser protocolizadas por un Notario Público, y cumplir con las normas dictadas para estos efectos, según indica la Ley Sobre inscripción de documentos en el Registro Público No. 3883.

Las modificaciones indicadas en el párrafo primero deberán estar expresamente autorizadas en el Acta Fundacional. El acto de modificación deberá contener la fecha en que se realizó, el nombre claramente identificable de la persona o de las personas que lo suscriben y las firmas, que deberán ser autenticadas por notario público del lugar donde se firme el documento.

Artículo 10.- En el momento de la constitución de la Fundación de Interés Privado se podrán dictar los reglamentos o estatutos internos para su regulación. Para la modificación se deberá seguir el procedimiento indicado en el acta fundacional.

Artículo 11.- Del Consejo de Fundación. Para el gobierno de la Fundación existirá un órgano denominado Consejo de Fundación, en el que estarán los fundadores. Deberá estar constituido al menos por tres personas, de conformidad con lo dispuesto en el Acta Fundacional. Asumirán las mismas funciones y tendrán la misma denominación quienes sean incorporados con esa categoría, con base en las disposiciones del documento fundacional, las disposiciones reglamentarias y esta Ley.

Cuando no exista disposición expresa del fundador o mayoría de fundadores, los miembros del Consejo de Fundación ejercerán su cargo gratuitamente. Sin embargo, podrán ser reembolsados los gastos en que incurran en el desempeño de sus funciones.

Artículo 12.- Responsabilidades y atribuciones del Consejo de Fundación. Las responsabilidades y atribuciones del Consejo de Fundación se expresarán en el Acta Fundacional.

Este Consejo de Fundación, tendrá a su cargo el cumplimiento de los fines de la Fundación. Los miembros de éste tendrán las siguientes obligaciones generales:

1) Administrar los bienes de la fundación, de acuerdo con el acta fundacional o sus reglamentos.

2) Celebrar actos, contratos o negocios jurídicos que resulten convenientes necesarios para cumplir el objeto de la fundación, e incluir en los contratos, convenios y demás instrumentos u obligaciones, cláusulas y condiciones necesarias y convenientes, que se ajusten a los fines de la fundación y que no sean contrarios a la ley, la moral, las buenas costumbres o al orden público.

3) Informar a los beneficiarios de la fundación de la situación patrimonial de ésta, según lo establezca el acta fundacional y sus reglamentos o estatutos. Si el acta fundacional o en sus reglamentos o estatutos, no se estableció nada sobre el particular, la rendición de cuentas deberá hacerse anualmente.

4) Entregar a los beneficiarios de la fundación los bienes o recursos que a su favor haya establecido el acta fundacional o sus reglamentos o estatutos.

5) Realizar los actos o contratos que esta Ley y demás disposiciones legales o reglamentarias que le sean aplicables, le permiten a la fundación.

Artículo.-13 **Causas de remoción de los miembros del Consejo de Fundación.**

Los miembros del Consejo de Fundación podrán ser removidos por las siguientes causales:

a) Por la propia voluntad del Fundador. En el acta fundacional, el fundador podrá reservarse para sí mismo, o para otras personas, el derecho de remover a los miembros del Consejo de Fundación, lo mismo que designar o adicionar nuevos miembros.

b) Por acción judicial. Cuando no se establezca el acta fundacional o los reglamentos sobre el derecho y las causas de remoción de los miembros del Consejo de Fundación, estos podrán ser removidos judicialmente, mediante los trámites del procedimiento no contencioso ante el juez civil, por las siguientes causas:

1) Cuando sus intereses fuesen incompatibles con los intereses de los

beneficiarios o del fundador.

- 2) Si administraran los bienes de la fundación sin la diligencia de un buen padre de familia.
- 3) Si fueren condenados por delito contra la propiedad o la fe pública. En este caso, mientras se tramita el proceso penal, se podrá decretar la suspensión temporal del miembro procesado.
- 4) Por incapacidad o imposibilidad para ejercer los objetivos de la fundación, desde que tales causales se configuren.
- 5) Por insolvencia quiebra o concurso

Artículo .-14 Sobre la remoción judicial de los miembros del Consejo de Fundación.

Podrán pedir la remoción judicial de los miembros del Consejo de Fundación, el fundador y el o los beneficiarios designados en el acta fundacional. Cuando los beneficiarios fueran menores de edad o incapaces se aplicará la legislación sobre representación por patria potestad, la tutela, o en su caso la curatela.

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

Artículo .-15 Otros órganos de la Fundación de Interés Privado. Al momento de constitución de la Fundación de interés privado en el acta fundacional o sus reglamentos, o estatutos se podrá nombrar un órgano de fiscalización o protector.

Este órgano podrá estar conformado por personas físicas o jurídicas como auditores o protectores de la fundación. Las atribuciones de este órgano, se establecerán en el acta fundacional o en sus reglamentos y podrán incluir, entre otras, las siguientes atribuciones:

- 1) Velar porque se cumplan los fines de la fundación por parte del Consejo de Fundación y por los derechos e intereses de los beneficiarios.

- 2) Exigir rendición de cuentas al Consejo de Fundación.
- 3) Modificar los fines y objetivos de la fundación, cuando estos resultasen de imposible o gravosa realización.
- 4) Designar nuevos miembros en el Consejo de Fundación por ausencia temporal, definitiva o extinción del período de alguno de ellos.
- 5) Nombrar nuevos miembros del Consejo de Fundación, en casos de ausencia temporal o accidental de alguno de ellos.
- 6) Aumentar el número de los miembros del Consejo de Fundación.
- 7) Refrendar los actos adoptados por el Consejo de Fundación indicados en el acta fundacional o sus reglamentos.

Si así se reguló en el Acta Fundacional, podrá el Órgano Fiscalizador, también podrá disponer que los miembros del Consejo de Fundación sólo puedan ejercer sus facultades con su autorización previa.

CAPÍTULO IV. SOBRE EL PATRIMONIO Y LOS APORTES

ARTÍCULO 15. Una vez que la fundación ha adquirido personalidad jurídica, el fundador o terceros que se han obligado a aportar bienes a la fundación, por sí mismos o a petición de cualquier persona con interés en la fundación, deberán formalizar la transferencia a la fundación de los bienes a que se obligaron. Cuando la fundación sea constituida para surtir efectos a partir del fallecimiento del fundador, se considerará que ha existido con anterioridad a su muerte, con respecto de las donaciones que éste le haya hecho a la fundación.

ARTÍCULO 16.-El patrimonio de la fundación puede originarse en cualquier negocio jurídico lícito y podrá estar constituido sobre bienes de cualquier naturaleza, presentes

o futuros. También podrán incorporarse al patrimonio sumas periódicas de dinero u otros bienes por parte del fundador o de terceros. La transferencia de bienes al patrimonio de la fundación puede realizarse por documento público o privado. No obstante, si se tratare de bienes inmuebles, la transferencia se ajustará a las normas sobre transmisión de bienes inmuebles.

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

Artículo 17. Impugnación de aportes. Tendrán derecho a impugnar los aportes o las transferencias de bienes en favor de una fundación de interés privado, los acreedores del fundador, o de un tercero únicamente cuando la transferencia constituya acto en fraude de acreedores. Los derechos y acciones de dichos acreedores prescribirán a los tres (3) días, contados a partir del aporte o la transferencia de los bienes a la fundación.

CAPÍTULO V. SOBRE EL PAGO DE DERECHOS Y TRIBUTOS

Artículo 18. Las fundaciones de interés privado deberán pagar el correspondiente derecho de registro equivalentemente a las sociedades mercantiles, según indica la normativa registral aplicable. Asimismo, les serán aplicables las disposiciones dictadas a su efecto por la Ley del impuesto a las Personas Jurídicas No 9228.

Artículo 19. Estarán exentos de todo impuesto, contribución, tasa, gravamen o tributo de cualquier clase o denominación, los actos de constitución, modificación o extinción de la fundación, así como los actos de transferencia, transmisión o gravamen de los bienes de la fundación y la renta proveniente de dichos bienes o cualquier otro acto sobre ellos, siempre que tales bienes constituyan: 1. Bienes situados en el extranjero. 2. Dinero depositado por personas naturales o jurídicas cuya renta no sea de fuente costarricense o no sea gravable en Costa Rica por cualquier causa. 3. Acciones o valores de cualquier clase, emitidos por sociedades cuya renta no sea de fuente costarricense, o cuando su renta no sea gravable por cualquier causa, aun cuando tales acciones o valores estén depositados en la República de Costa Rica. También estarán exentos de todo impuesto, los actos de transferencia de bienes inmuebles, títulos, certificados de depósito, valores, dinero o acciones efectuadas por razón del cumplimiento de los fines u objetivos o por la extinción de la fundación, a favor de los parientes dentro del primer grado de consanguinidad y del cónyuge del fundador.

Se aplicará a las Fundaciones de Interés Privado, la normativa fiscal y tributaria, para todos sus efectos y según sea el caso, si no se encuentra en las excepciones indicadas en el párrafo primero.

CAPÍTULO V. SOBRE LA REVOCABILIDAD E IMPUGNACIONES EN LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO

Artículo 20.- Las fundaciones de interés privado reguladas en la presente ley, serán irrevocables, salvo en los siguientes casos:

- 1) Cuando el acta fundacional no ha sido registrada en el Registro Público.
- 2) Cuando se establezca esta potestad en el acta fundacional.

Artículo 21.- En adición a las causales indicadas en el artículo anterior, se podrá revocar una Fundación de interés privado cuando:

- 1) Si el beneficiario cometa alguna ofensa grave contra la persona u honra del fundador sus padres, consorte o hijos.
- 2) Si el beneficiario acusa o denuncia al fundador, su consorte, padres o hijos.

Las transferencias que se hagan a las fundaciones serán irrevocables por quien haya hecho la transferencia, salvo que se establezca expresamente lo contrario en el acto de transferencia.

En adición a lo anterior, cuando la fundación ha sido creada para que surta efectos post mortem del fundador, éste tendrá en forma excluyente e ilimitada, el derecho de revocarla.

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

Artículo 22.- La existencia de disposiciones legales en materia hereditaria en el domicilio del fundador o de los beneficiarios, no será oponible a la fundación, afectará su validez ni impedirá la realización de sus objetivos, en la forma prevista en el acta fundacional o sus reglamentos, excepto cuando estas disposiciones sean contrarias al ordenamiento jurídico nacional en materia de manutención al que hace referencia el Código Civil o cualquier norma de orden público.

Artículo 23.- Todo beneficiario de la fundación podrá impugnar los actos de la fundación que lesionen los derechos que ésta le confiere, denunciando dicha circunstancia al protector o a otros órganos de fiscalización si los hubiere; en caso de que este órgano no actué o resuelva la situación, el beneficiario, podrá promover la acción judicial correspondiente, ante el juzgado civil competente.

CAPÍTULO VI. SOBRE LA DISOLUCIÓN

Artículo 24. La fundación de interés privado se disolverá por:

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

El destino que se le dará a los bienes de la fundación y la forma de la liquidación de su patrimonio, en caso de disolución se expresarán en el Acta Fundacional.

CAPÍTULO VII.FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO CONSTITUIDAS MEDIANTE LEY EXTRANJERA

25.-Las Fundaciones de Interés Privado constituidas con Ley extranjera podrán acogerse a las disposiciones de esta Ley y ejercer sus actividades de manera continua en el país, siempre que cumpla las siguientes condiciones:

- a) Que se inscriba en el Registro de Fundaciones, acreditando debidamente que ha sido válidamente constituida en su país de origen y que acompañe con la declaración expresa de continuar su deseo como una fundación costarricense.
- b) Que mantenga un domicilio en territorio nacional.

c) Presente los requisitos para constitución que se estipulan en el artículo 7 de la presente ley.

d) Se otorgue un poder a un abogado costarricense para que el mismo lleve a cabo los trámites para hacer efectiva la continuación de la fundación en Costa Rica.

Las fundaciones extranjeras no pueden iniciar sus actividades permanentes en el país sin la previa aprobación de la inscripción a que se refiere este artículo. El funcionamiento de las mismas queda sometido al régimen establecido para las fundaciones constituidas en el país, salvo en lo relativo a la inscripción.

Artículo 26.- Las fundaciones constituidas de conformidad con la presente ley, así como los bienes que integran su patrimonio, podrán trasladarse o someterse a las leyes y jurisdicción de otro país, según lo disponga el acta fundacional o en sus reglamentos o estatutos.

CAPÍTULO VIII. USO DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO Y CONTROVERSIAS

Artículo 27.- Los fines de la Fundación de Interés Privado deberán ser lícitos y no podrán ser contrarios al orden público.

Con el fin de evitar el uso indebido de las fundaciones interés privado se aplicarán, las disposiciones legales contenidas en la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso Autorizado, actividades Conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y cualquier otra norma vigente destinada a combatir el lavado de dinero procedente del narcotráfico.

Artículo 28.- Toda controversia que no tenga señalada en esta Ley un procedimiento especial, será resuelta por los trámites del proceso sumario indicado en el Código Procesal Civil. Podrá establecerse en el acta fundacional o en los reglamentos de la fundación, que cualquier controversia que surja sobre la fundación, será resuelta por

árbitros o arbitradores, así como el procedimiento a que ellos deban sujetarse. En caso de que no se hubiere establecido tal procedimiento, se aplicarán las normas que al respecto contenga la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC.

CAPÍTULO IX. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

TRANSITORIO ÚNICO.- Con la entrada en vigencia de la presente Ley, el Registro Público en el plazo de doce meses deberá crear la Sección de Fundaciones de Interés Privado y dictará, de oficio las normas prácticas que sean necesarias para la aplicación de la presente Ley.