

**UNIVERSIDAD ICESI**

**MAESTRÍA EN DERECHO**

**Trabajo de grado para optar el título de maestro en Derecho**

**SILVIO AUGUSTO VELASQUEZ**

**Cali, Mayo 26 de 2015**

## TABLA DE CONTENIDO

CARATULA 1

TABLA 2

3 AGRADECIMIENTOS

3 INTRODUCCIÓN

5 CAPÍTULO 1: Qué son y cómo operan las entidades del tercer sector.  
Antecedentes históricos y normativos.

1.1 Personas Jurídicas de Derecho Privado.

Área de acción.

La naturaleza económica de las organizaciones de las ESAL

Antecedentes de la figura de ONG- Desde un enfoque internacional-

Área de acción

Aspectos respecto al crecimiento de la figura

*Los atributos de la personalidad*

1.4 CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

A. – Personas Jurídicas De Derecho Público.

*Causales de extinción de la personalidad de las corporaciones.*

CAPÍTULO 2: El Marco Normativo de las organizaciones del tercer sector: Un  
enfoque desde el Common Law hasta el Civil law

2.2 Las organizaciones del tercer sector en el Derecho común

2.3 Las organizaciones del tercer sector en el Derecho Civil

2.4 Desarrollo de las decisiones de Estados Unidos

## 2.5. Las normas en el CIVIL LAW. Italia

CAPÍTULO 3: Las formulaciones del código civil colombiano, su contexto y significación.

### 3.1 Aproximación a las orientaciones actuales

*Del concepto de persona jurídica sin ánimo de lucro.*

### 3.2 Gradación de la actividad no lucrativa

*La función del elemento patrimonial .la exigencia de la dotación inicial.*

*Las fundaciones gerenciales y de empresa*

*Transformación y fusión en las ESAL*

*Causales de extinción*

*Cumplimiento del término*

*Régimen tributario*

*Los benefactores*

CONCLUSIONES<sup>60</sup>

BIBLIOGRAFÍA <sup>66</sup>

ABREVIATURAS

## **AGRADECIMIENTOS**

A mis hijos Isabela y Andrés

A Clari

A Lola.

A Paula, mi directora., por sabia y paciente,

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como finalidad investigar soluciones ofrecidas por dos diferentes tradiciones jurídicas, el civil Law y el Common Law acerca del tema de la agencia<sup>1</sup> en las entidades sin ánimo de lucro (ESAL)<sup>i</sup>. En particular, el análisis se centra en la dicotomía derecho civil - derecho común para conocer los principios pertinentes del derecho contractual aplicables a la relación entre los aliados<sup>2</sup> y los administradores. Las relaciones de causa y efecto, de hecho, desempeñan un papel fundamental para determinar la dimensión de estas relaciones contractuales y para identificar cuáles son realmente los términos del propio contrato. Básicamente, se supone que los estatutos del tercer sector contengan cláusulas que obliguen a los administradores a emplear los fondos de acuerdo a los alcances de la propia organización.

Este ejercicio está enfocado en el llamado tercer sector de la economía, que consiste en aquellas instituciones que toman del denominado sector público, el primero y el segundo, el sector privado. El tercer sector toma del segundo su estructura y organización y del primero sus objetivos.

El tercer sector, trata generalmente de los cometidos estatales en áreas como la salud, la educación, la recreación, el medio ambiente, servicios públicos, entre otros. Son actividades que son de alta sensibilidad y deben someterse a regulaciones y formas operativas que no siempre son muy atractivas para el empresario del sector privado y para ello son necesarias ciertas estructuras que permitan canalizar los

---

<sup>1</sup> Agencia : “Una relación fiduciaria creada de manera expresa o tácita, por contrato o por Ley; mediante la cual una parte, denominada Agente, actúa en nombre de otra, denominada Principal siendo las actuaciones de la primera, vinculantes para la segunda”. Así, existen casos en los cuales pueden existir actuaciones en nombre de un tercero que queden dentro del ámbito de la agencia y no por eso puedan considerarse un mandato. Un ejemplo de ello sería la Agencia Oficiosa o la administración de una sociedad comercial, en la cual si bien los administradores actúan en nombre de ella, no puede decirse que su actividad sea propiamente la de un mandatario ni con respecto a los socios ni con respecto a la sociedad misma, aun cuando algunas de las normas del mandato pudieran ser aplicadas por analogía para casos específicos. Black’s Law Dictionary. Eight Edition. Thompson West. 2004. p. 67

<sup>2</sup> Aliados, entendemos aquí como aliados a los principales, financiadores, sponsors, stakeholders, clientes, proveedores ,donantes y , en general , todos aquellos que contribuyen a la creación, puesta en marcha, funcionamiento y operación de las diferentes entidades de TERCER SECTOR

recursos para filantropía, seguridad social y desarrollar nuevas tendencias sociales y de la empresa como son la responsabilidad social empresarial (RSE) y el valor compartido.<sup>3</sup> .

Las organizaciones del tercer sector de la economía han aumentado en los últimos años, originando problemas de asignación de recursos que son normales en el sector privado.

Partiendo de la asimetría de la información entre las partes, los estudiosos consideran que la gestión de la relación administradores/ accionistas se encuentra influenciada, por un "problema de agencia"<sup>4</sup>. Por esta razón, la academia intenta concebir herramientas que permitan reducir los costos de transacción que nacen por la parte más débil contractual.

A la luz de lo anterior, se pretende investigar cómo los intereses de quienes financian una organización del tipo de las ESAL están protegidos de los malos manejos, la desviación de recursos, la inacción y cuando menos identificar los caminos y herramientas que permitan acortar las grandes distancias que se establecen entre los agentes y sus aliados.

Para desarrollarlo, en un primer análisis se mostrarán las peculiaridades de tales organizaciones y se compararán los dispositivos legales que la ley civil y las tradiciones del Common Law utilizan para dar solución al problema de Agencia

---

<sup>3</sup> Entiéndase por valor compartido una teoría revolucionaria que implica hacer un cambio de trescientos sesenta grados en todo lo referente a la empresa, ya que las compañías deben redefinir sus productos y sus cadenas de valor, para satisfacer las necesidades sociales y al mismo tiempo generar mayores ingresos para ellas. Porter y Kramer defienden al valor compartido y dicen que, el valor compartido o Shared Value, es una forma novedosa de gestión de la empresa orientada a la creación de valor para todos los involucrados y no solo para el empresario y accionista.

Lo que implica que las empresas generen un cambio en su manera de pensar y actuar, apoyen a la comunidad, a los proveedores y al medio ambiente para resolver sus problemas y que estos contribuyan a mejorar la situación corporativa y por ende generar un valor extra a la compañía representado en una buena imagen y un prestigio organizacional que producirá consigo una magnífica reputación empresarial que marque la diferencia en contra de las industrias competidoras.

( <http://www.web-mix.ws/pyme/2012/10/la-teoria-del-valor-compartido/>)

<sup>4</sup> Agencia : "Una relación fiduciaria creada de manera expresa o tácita, por contrato o por Ley; mediante la cual una parte, denominada Agente, actúa en nombre de otra, denominada Principal siendo las actuaciones de la primera, vinculantes para la segunda". Así, existen casos en los cuales pueden existir actuaciones en nombre de un tercero que queden dentro del ámbito de la agencia y no por eso puedan considerarse un mandato. Un ejemplo de ello sería la Agencia Oficiosa o la administración de una sociedad comercial, en la cual si bien los administradores actúan en nombre de ella, no puede decirse que su actividad sea propiamente la de un mandatario ni con respecto a los socios ni con respecto a la sociedad misma, aun cuando algunas de las normas del mandato pudieran ser aplicadas por analogía para casos específicos. Black's Law Dictionary. Eight Edition. Thompson West. 2004. p. 67

correspondiente. Básicamente se trata de determinar si existen tipos y cuerpos normativos específicos o si, se utilizan la remisión a las normas utilizadas para otros tipos organizativos existentes en cada familia legal e identificar los principales mecanismos dirigidos a garantizar que el dinero aportado por los clientes es efectivamente empleado de acuerdo con los propósitos expresados en la ley y que sea correspondiente con los valores sociales que promueve implícitamente la propia organización .

Debido a las limitaciones de espacio impuestas por la realización del trabajo, el estudio se centrará la atención sólo en el punto b), lo que implica una discusión detallada sobre la dimensión contractual de las ESAL.

Las motivaciones que han llevado a tomar en cuenta a las ESAL, se basan en el hecho de que se está experimentando una proliferación de organizaciones que, cada vez más, hacen que el sector empresarial involucre una parte significativa de dinero en algunas economías nacionales. (Gibelman y Sheldon, 2000; Cima, 2001)

Los casos que se tomarán como base de este estudio son la ley civil y las tradiciones de derecho común que se considerarán son las jurisdicciones italiana y estadounidense, ambas con enfoques diferentes que son de interés analizar.

El presente trabajo pretende entender, cuál es la importancia y relevancia que las instituciones del tercer sector, ocupan en el espectro normativo internacional y en Colombia. Es importante que se analicen y encuentren las respuestas a la siguiente pregunta ¿Cuál es el tratamiento que reciben los temas de agencia en las ESAL<sup>5</sup> en las grandes familias legales, Common y Civil Law y, subsecuentemente, en Colombia?

Las ESAL no tienen dueño. Esto hace que sea muy complicado de evaluar las responsabilidades institucionales frente a sus aliados y cómo gravitan las

---

<sup>5</sup> ORGANIZACIONES DEL TERCER SECTOR DE LA ECONOMIA, "ESAL": ONG, organizaciones de las instituciones sociedad civil, sector voluntario, no lucrativo, solidario, y sector social

actuaciones de los administradores. Y existen algunas estructuras en las que el problema de agencia es más pronunciado, sobre todo en aquellas en que los donativos para las ESAL provienen del sector empresarial. Por tal razón, en este trabajo nos concentraremos en aquellas ESAL donde los aliados se involucran en la administración de la organización lo cual asegura para ellos un grado satisfactorio de protección (Hansmann, 1980).

Para alcanzar los Objetivos consistentes en: a) Entender el estado del arte del tercer sector de la economía conociendo sus instituciones- b) Identificación del Marco jurídico que las rige en las grandes familias legales, civil y common law. c) A través de las relaciones entre sus asociados y administradores analizar el tratamiento a la figura de la agencia.

Se dividirá este estudio en tres capítulos, en el primero de ellos tratará los antecedentes históricos y normativos del tercer sector. En el segundo, se analizará el tratamiento normativo en los E.E.UU como ejemplo del COMMON LAW y el Marco Italiano como ejemplo del CIVIL LAW. En el capítulo tercero auscultaremos la posición colombiana comparada con estos sistemas normativos.

Así, a través de una metodología consistente en una revisión bibliográfica y normativa, este estudio nos conducirá a una definición jurídica más clara de los deberes fiduciarios; el reconocimiento del derecho a demandar en nombre de los clientes (donantes, patrocinadores, auspiciadores) y una mejora de la funcionalidad de los controles externos. (Tamburrini, 2009). Esta es la utilidad de nuestra investigación.



## CAPÍTULO 1

### **Qué son y cómo operan las entidades del tercer sector. Antecedentes históricos y normativos.**

#### **1.1 Personas Jurídicas de Derecho Privado.**

En la doctrina moderna el nombre recibido comúnmente por este sujeto de derecho es bastante criticado, pues esta “persona jurídica” tiene lugar por la capacidad que se le otorga a una colectividad de tener un papel protagónico y activo en el sistema jurídico. La crítica fundamental de los expertos recae sobre el hecho que la denominada persona natural también posee dicha posibilidad de actuar activamente en el sistema, entonces nos estaríamos enfrentando a un grupo de cualidades similares que dan lugar a definiciones diferentes, lo cual no tendría ningún sentido.

Es importante tener en cuenta para esta parte introductoria que en el derecho nada se norma por el libre albedrío de los legisladores, aquí todo nace para regular algún tipo de relación social, normalmente estipulado en una norma de mayor rango que la nueva que se expide. A este respecto se puede inferir que la institución de la persona jurídica moral nace para articular el derecho fundamental a la asociación, por medio de reglas claras en donde se estipulan las características y los procedimientos para dar surgimiento a una nueva “persona moral”. Para este fin la ley dice crear una ficción legal atribuyendo personalidad bien sea a un patrimonio afectado a un fin determinado, o una colectividad de personas naturales caracterizados por la unión a la realización de un fin común.

Para concluir esta breve pero concisa contextualización es fundamental mencionar las dos características principales de las personas jurídicas colectivas, ficticias, sociales, grupales o morales. Esta son en la doctrina por excelencia: la separación de derechos y obligaciones que existe entre la persona jurídica y los miembros que la componen, y la segunda característica es la separación de uno y otro patrimonio.

Las personas Jurídicas de Derecho Privado son las que tienen origen en la iniciativa y actividad de las particulares con las finalidades más o menos amplias de conformidad con lo que al respecto señale la ley.

La Constitución Nacional en el artículo 38 dice que: "Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad".

Las personas jurídicas se dividen en dos: Las asociaciones sin ánimo de lucro, las cuales buscan un bienestar, ya sea físico, intelectual, moral, social o espiritual de los asociados. Siempre va en procura de un mejoramiento cultural, de la propagación de sus valores y de defender sus intereses profesionales. Según lo que busque y como se conforme, las asociaciones sin ánimo de lucro están divididas en:

**Corporaciones:** Es un ente colectivo formado por un número determinado de personas las cuales buscan el bienestar de los asociados, ya sea físico, moral o intelectual. Un ejemplo de esto es un club.

**Fundaciones:** Es un conjunto de bienes dotados de personería jurídica y destinado a un fin especial de beneficencia o de educación pública. Un ejemplo de esto es un hospital o una universidad. El artículo 5º del decreto 3130 de 1968 dice que la fundación es una institución creada para atender servicios de interés social, conforme a la voluntad de los fundadores.

**Sindicatos:** - Asociaciones que tienen como finalidad la defensa, moral y económica de los intereses de sus afiliados. Es una forma de asociación cuya base es el vínculo profesional y su objetivo es el interés profesional. - El artículo 353 del Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.), establece el derecho de asociarse libremente para defender sus intereses.

Los sindicatos pueden ser de patronos, cuando están integrados por patronos, de obreros, conformados por trabajadores y mixtos que son compuestos por los dos. - Sindicatos de obreros están divididos en: de base que son las de diferentes profesiones en una misma empresa, de industria, personas que prestan servicios

a una misma empresa de una misma rama industrial, gremiales, formadas por personas de la misma carrera y de oficios varios que están formados por trabajadores de diversas profesiones, disímiles o inconexas.

Cooperativas: Tuvo su origen en Rochdale, Inglaterra en el siglo XIX y buscan especialmente ofrecer a los socios bienes y servicios a un precio mucho menor que como lo pueden encontrar en un mercado. - En el artículo 4º del mencionado Decreto 1598 de 1963 dispone que las cooperativas son asociaciones voluntarias de personas en la que se unen esfuerzos con el propósito de beneficiar a los miembros de la cooperativa.

En el artículo 4 se establece ciertas características que se deben cumplir como a) Que el número de socios es variable, el capital variable e ilimitado y la duración indefinida; b) Que funcionen conforme a principios de autonomía democrática; c) Que asegure la igualdad de derechos y obligaciones de los socios, sin consideración a sus aportes de capital; d) Que los excedentes cooperativos se distribuyan entre los socios en proporción a las transacciones que cada uno realice con la sociedad, o a la participación en el trabajo, según el tipo de cooperativa del que se trate; e) Que el interés del capital, cuando sea reconocido, no sea superior al 6% anual, y; f) Que se proponga impulsar permanentemente la educación.

B. Las asociaciones con ánimo de lucro, son las que constituyen los particulares para la realización de actos permitidos por la ley y con finalidad eminentemente lucrativa. Estas asociaciones se pueden dividir en:

Colectivas: Son formadas por dos o más socios que responden solidariamente e ilimitadamente por operaciones sociales, la administración corresponde a todos. La palabra que acompaña esta asociación es compañía, hermanos, e hijos, entre otras.

En Comandita: Se forma por uno o más socios llamados gestores o colectivos y son los que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otros llamados comanditarios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. La expresión agregada para una asociación en

comandita e compañía o la abreviatura & Cía. Las sociedades en comandita se dividen en dos:

Las simples si el capital social es conformado por los aportes de Los socios comanditarios o con la de los socios colectivos simultáneamente. Por acciones, que es cuando el capital de la asociación está representado en títulos de igual valor (acciones), esta sociedad requiere de cuando menos cinco accionistas para conformarse. Cuando se trate de sociedades por acciones simplificadas, S.A.S. pueden ser constituidas por un accionista.

Anónimas: Es formada por la reunión de un capital o fondo dividido en acciones de igual valor, suministrado por accionistas responsables hasta el valor de sus respectivos aportes, es administrada por gestores temporales y revocables. La palabra que acompaña estas asociaciones es sociedad anónima o la abreviatura S.A. Para que se pueda dar una conformación de esta persona jurídica se necesita de más de cinco accionistas y al conformarse deberá inscribirse no menos del cincuenta por ciento de capital autorizado y pagarse no menos de la tercera parte del valor de cada acción.

La dirección y administración de esta sociedad se da por tres órganos. Primero La Asamblea General, que es la conformada por todos los socios. El segundo, La Junta Directiva que es designada por la Asamblea General y es integrada por no menos de tres miembros, también se establecen por un periodo determinado. Y el tercero un representante legal designado por la Asamblea o por la Junta por un periodo determinado, pueden ser reelegidos o removidos.

De responsabilidad limitada: Conformada por dos o más socios pero sin pasar de los veinticinco, responden por el monto de sus aportes. La palabra que acompaña estas asociaciones es limitada o la abreviación Ltda. El capital de la sociedad que estará dividido en cuotas de igual valor debe pagarse en su totalidad a la hora de su constitución.

Extranjeras: Constituidas bajo la ley de otro país y con su domicilio en otro país. Para que esta empresa pueda funcionar en Colombia debe establecer una sucursal

con domicilio en este mismo territorio. Se debe obtener un permiso de la Superintendencia de Sociedades o de la Bancaria.

De economía mixta: Se constituyen con aportes estatales y de capital privado.

### **Creación de las personas jurídicas**

Sin ánimo de lucro: Acta de constitución y aprobación de los Reglamentos o Estatutos originarios y sus reformas por parte del Estado. En cuanto a los sindicatos estos necesitan reconocimiento de su personalidad jurídica y los requisitos señalados en los artículos 364 y ss. Del Código Sustantivo el Trabajo. Y en cuanto a las cooperativas se requiere del reconocimiento de la personalidad jurídica, el establecimiento de un domicilio ante una notaría y el texto completo de los estatutos y la resolución de reconocimiento (arts. 29 y ss. Del Decreto 1598 de 1963).

Con Ánimo de lucro: Las sociedades mercantiles requieren, unas, de escritura pública y esta debe ser registrada ante el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio. Las sociedades civiles como las de Nombre Colectivo y En Comandita Simple pueden constituirse simplemente por documento privado, pero en el de Responsabilidades Limitadas, Anónimas y En Comandita por Acciones deben sujetarse a las mismas condiciones de las sociedades comerciales, o sea por escritura pública. Al conjunto del sector que integran las ONG se le denomina de diferentes formas, tales como organizaciones de la sociedad civil, sector voluntario, sector no lucrativo, sector solidario, economía social, tercer sector y sector social. Su membresía está compuesta por voluntarios y trabajadores contratados. Internamente pueden tener un bajo o alto grado de organización. El financiamiento de actividades, generalmente proviene de diversas fuentes: personas particulares, Estados y otras Administraciones Públicas, organismos internacionales, empresas, otras ONG, etc.

En un sentido amplio se le considera ONG a cualquier Entidad sin ánimo de lucro (ESAL). Algunas de las más comunes son: Sindicatos, Gremios, Colegios Profesionales, Organizaciones barriales y Grupos religiosos que de alguna manera

buscan el bien común de sus asociados o de la comunidad sin ser su principal interés el económico.

La expresión Organizaciones no Gubernamentales (ONG), nació a raíz de la invitación recibida por algunas organizaciones sociales por parte de la ONU en la década de 1960, para asistir sus asambleas como invitadas. Dado que la ONU es una organización de Estados se buscó diferenciar los niveles, estipulando: " El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas podrá hacer arreglos adecuados para celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen de asuntos de competencia del Consejo "6

Además de participar del sistema de las Naciones Unidas, también lo hacen a nivel de los Estados nacionales que correspondan en calidad de observadores, consultores, ejecutantes de proyectos, como una forma de presión social ciudadana., etc.

#### **La naturaleza económica de las organizaciones de las ESAL**

Las organizaciones de las ESAL de la economía, no tienen dueño. Esto hace que sea muy complicado de evaluar quien es el responsable de la administración. Eso ocurre sobre todo en aquellas estructuras en las que el problema de agencia es más pronunciado, es decir aquellas en que los donativos de las ESAL y las actividades comerciales provienen del sector empresarial. Por tal razón, en este trabajo dejamos a un lado a las ESAL donde la participación de los aliados en la administración de la organización asegura para ellos un grado satisfactorio de protección, como en el caso de los fondos de empleados, sindicatos, gremios, asociaciones ,cooperativas (Hansmann, 1980).

El problema es entender cómo los principios jurídicos del Common Law y civil Law establecen un marco a través del cual se regulan las transacciones económicas

---

<sup>6</sup> El artículo 71 de la Carta constitutiva de las naciones unidas acerca del EL ESTATUS CONSULTIVO DEL CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL

por medio de las cuales los aliados proporcionan fondos para organizaciones no lucrativas.

El primer pensamiento que uno podría tener puede ser el caso más pequeño e insignificante de una persona que cede el cambio en monedas en un supermercado con destino a una actividad benéfica, motivado por un anuncio o a instancias del cajero, normalmente. Sin embargo, es válido pensar en que la donación más grande y espectacular es hecha por una corporación empresarial.

Por otra parte, la recaudación de fondos no implica solamente las donaciones. Las ESAL, en su mayor parte, en el día a día de los negocios, así como dependiendo de sus estructuras, también pueden recibir sus ingresos mediante la venta de bienes o servicios.

Si la donación o compra de servicios / productos, es un aspecto que caracteriza la categoría de las ESAL, eso no los convierte en administradores. La consecuencia más importante de esta acción es que los aliados tienen menos herramientas para ejercer el control sobre la organización y sus actividades y, en particular, tener en cuenta si su dinero está alimentando las ambiciones personales de la administración y no está siendo utilizado con eficacia para los propósitos de la organización. Es por ello que la ley, en Italia y en EE.UU., establece una restricción, es decir, una disposición que prohíbe la distribución de los beneficios a los administradores, funcionarios o miembros de la organización. (Hansmann, 1980). Este fenómeno o característica se define como una falla del mercado. Esto representa la imposibilidad de los aliados para evaluar el rendimiento de las instituciones sin ánimo de lucro que financian. (Hansmann, op. Cit)

Esto es particularmente cierto en lo que concierne a las donaciones de las empresas del sector privado a las instituciones sin ánimo de lucro, por ejemplo, la cruz roja o de la WWF, que prestan habitualmente servicios para terceros. En resumen, los donantes difícilmente sabrán si la organización en realidad entrega los alimentos a las familias desplazadas o si se realizan las actividades para el cuidado de los

ancianos, etc. Así, la restricción de no distribución de utilidades por sí sola no es suficiente para garantizar un empleo razonable de los recursos.

En el caso de los emprendimientos comerciales, por ejemplo de un hospital o una universidad, incluso si el consumidor está en condiciones de ver personalmente el rendimiento (los productos / servicios) para los que está pagando, ella todavía no puede evaluar su eficacia (Hansmann, 1980). Un paciente puede ver al médico y la estructura en la que el médico opera, pero un paciente es apenas lo suficientemente experto para evaluar la calidad de la visita realizada por el médico. De la misma manera, el estudiante que paga la cuota para inscribirse en una universidad no sabe realmente lo que va a ser la calidad de las clases a las que va a asistir. La restricción de no distribución, por lo tanto, una vez más sirve para ratificar que el mercado no es suficiente para garantizar a los consumidores que el precio que están pagando se reinvierte en nombre de la organización, facilitando una mejora en la calidad de las actuaciones o, al menos, para mantenerlos a un nivel determinado.

El análisis anterior sugiere que las donaciones y la apertura comercial de las ESAL les permite a esta últimas desarrollarse y, por lo tanto, entrar en competencia con las empresas convencionales del sector privado en aquellos sectores donde los aliados se sienten que el mercado por sí solo no puede asegurar protección suficiente (Hansmann, 1980).

Lo que este trabajo se puede cuestionar es la eficacia <sup>7</sup> de la restricción de no distribución en sí. En particular, cabe preguntarse: ¿es esa disposición adecuada para disuadir a quien ejerce el control sobre la organización de las ESAL de la

---

7 Definición de eficacia .Del latín *efficacia*, la eficacia es la capacidad de alcanzar el efecto que espera o se desea tras la realización de una acción. No debe confundirse este concepto con el de eficiencia (del latín *efficientia*), que se refiere al uso racional de los medios para alcanzar un objetivo predeterminado (es decir, cumplir un objetivo con el mínimo de recursos disponibles y tiempo). ( <http://definicion.de/eficacia/#ixzz3ct8cRRww> )



malversación de fondos o cualquier tipo de comportamiento?, ¿Los usuarios pueden (también los donantes y los consumidores) fácilmente confiar en ella?

Hay una escuela de pensamiento que ofrece una respuesta negativa (Ortman y Schlesinger, 2002). Tales autores dan mucha más importancia a la reputación de las ESAL. Por ejemplo, un alumno elige una universidad de este tipo, importándole muy poco o ignorando el asunto de la restricción de no distribución, sino más bien sobre la base de las opiniones y reacciones sobre el grado educativo que el instituto ha recibido hasta ahora.

Sin importar el elemento clave que justifica el florecimiento de las empresas del tercer sector, cualquiera que sea la restricción de no distribución o el elemento de reputación o incluso otros factores económicos, en el ámbito de aplicación queda por investigar qué herramientas legales pueden hacer valer los aliados en contra de los comportamientos oportunistas de los administradores.

Un administrador corrupto puede ser perseguido penalmente, pero este tipo de control publicista se limita a casos de apropiación indebida de fondos. La mayoría de las veces, la administración realiza operaciones con conductas que, sin romper ninguna ley penal, no respetan lo que se expresa en las escrituras de constitución y eluden o no cumplen con los valores sociales implícitamente promovidos por la organización en sí y por la filosofía que ha dado un lugar en el mundo económico a estas instituciones.

#### **Antecedentes de la figura de ONG- Desde un enfoque internacional-**

Al conjunto de las organizaciones de las ESAL se les denomina de diferentes formas, como organizaciones de las instituciones de la sociedad civil, sector voluntario, sector no lucrativo, sector solidario, economía social, tercer sector y sector social. Estas personas jurídicas están manejadas por voluntarios y trabajadores contratados, internamente pueden tener un bajo o alto grado de organización. El financiamiento de actividades, generalmente proviene de diversas fuentes: personas particulares, Estados y otras administraciones públicas, organismos internacionales, empresas, otras ONG, entre otras.

En un sentido amplio se le considera ONG a cualquier entidad sin ánimo de lucro (ESAL). Algunas de las más comunes son: Sindicatos, Gremios, Colegios Profesionales, Organizaciones barriales y grupos religiosos que de alguna manera buscan el bien común de sus asociados o de la comunidad sin ser su principal interés el económico.

Las ONG tienen un radio de acción que va desde un nivel local a uno internacional. Cubren una gran variedad de temas y ámbitos que definen su trabajo y desarrollo. Dichos temas están relacionados con ayuda humanitaria, salud pública, investigación, desarrollo económico, desarrollo humano, cultura, derechos humanos, transferencia tecnológica, ecología, etc.

### **Área de acción**

La ONG tiene como radio de acción desde un nivel local a uno internacional. Cubren una gran variedad de temas y ámbitos que definen su trabajo y desarrollo. Dichos temas están relacionados con ayuda humanitaria, salud pública, investigación, desarrollo económico, desarrollo humano, cultura, derechos humanos, transferencia tecnológica, ecología, etc.

No tratan de reemplazar las acciones de los Estados u organismos internacionales en sus correspondientes países sino de cubrir y ayudar en aquellas áreas en las cuales no existen.

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas podrá hacer arreglos adecuados para celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen de asuntos de competencia del Consejo.

Además de participar del sistema de las naciones unidas, también lo hacen a nivel de los Estados nacionales que correspondan, en calidad de observadores, consultores, ejecutantes de proyectos o formando parte de los organismos e instituciones de control ciudadano como las veedurías o los movimientos que se gesten como forma de presión ciudadana

## 1.2. Teorías que explican la personalidad jurídica.

1. La teoría de la ficción: Esta teoría recibe esta denominación debido a que según ella es necesario fingir el fin al cual está destinado la persona jurídica por parte de la ley, para de esta manera atribuirle un estatus de persona. En esta filosofía la personalidad es basada en la voluntad de los seres como premisa fundamental para ser persona. Es decir que no se es persona sin capacidad para manifestar su voluntad, es de esta manera como se ven obligados a tener un representante, principalmente para manifestar su voluntad.

La principal crítica a esta doctrina recae sobre el hecho que en la actualidad se separa cuidadosamente la voluntad de la personalidad, dándole a la primera solo la característica de substrato de la persona jurídica.

2. Teoría del patrimonio afectado a un fin: Esta se crea principalmente porque los problemas sobre la capacidad de la persona jurídica persisten y sus representantes quieren dar solución a ellos por medio de una explicación lógica. Sus principales exponentes son Brinz y Planiol, que dicen que lo que las personas jurídicas buscan es esconder la personalidad colectiva en una individual. Por ende ellos se basan en afirmar que el sujeto de derechos propiamente dicho en una persona jurídica no es otra cosa que el patrimonio afectado a un destino o labor social especial.

3. Teoría de la realidad jurídica o de la personalidad y el substrato: Esta teoría se basa en afirmar que las personas morales se forman por la unión de dos elementos fundamentales, estos son la personalidad y el substrato. Entonces para estos la personalidad no es el innato en el ser humano, como critica de las otras teorías. La personalidad es una herramienta del sistema jurídico para enmarcar o delimitar los elementos "sujetos" (etimológicamente entendido) a este sistema y que deben regirse por sus normas. De esta manera le dan a la personalidad un sentido unitario, independiente de sobre quien recaiga, una connotación diferente al substrato sobre el cual si va a recaer la personalidad.

Al respeto de este substrato esta teoría dice que para darle a algo el título declarativo de persona es necesario que este ente cumpla una característica como

mínimo y fundamental, esta es la de ser capaz de tener voluntad y por consiguiente, ser capaz de expresar la ya mencionada. Entonces estos tratadistas aclaran que la voluntad de estas personas se realiza por medio de órganos, dispuestos en los estatutos y otorgadas sus potestades para manifestar dicha voluntad, es por esto que también se menciona que dicha voluntad es de carácter artificial. Se ejemplifica claramente diciendo que él representate legal son las manos de dichas personas y su órgano máximo de dirección su cabeza.

#### *Los atributos de la personalidad*

Los atributos de las personas jurídicas en cantidad varían de los de las personas naturales en la no existencia del Estado civil. Los otros se regulan así:

Nombre: Este atributo en la persona jurídica se diferencia entre las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado. Las primeras son bautizadas por el Estado en la norma que lo constituye y las segundas por los socios que la componen, acompañada de una sigla que caracteriza su forma de organización jurídica, por ejemplo: s.a., y Cía., Ltda., etc. En las personas jurídicas de derecho privado el nombre es también llamado “razón social”.

Domicilio: En este caso las implicaciones son iguales a las que tiene en las personas jurídicas, con la diferencia que aquí se establece claramente está en sus estatutos, como lo menciona el artículo 86 del código civil.

Nacionalidad: También aquí es igual a las personas naturales, y la implicación fundamental de esto es la consecuencia de la aplicación de la ley en el espacio, es decir que con base a su nacionalidad lo regirán para su desarrollo las normas establecidas para tal sistema jurídico.

Capacidad: La capacidad de las personas jurídicas es la esencia fundamental de su existencia, como atributo para actuar en el derecho. Aunque con relación a la de las personas naturales varía ligeramente, es decir como en este caso (p. Moral) se le concede la capacidad para determinado fin se puede hablar de un incapacidad

relativa, pues existe ciertos campos en los cuales estas no pueden intervenir bien sea por su objeto social o por la condición colectiva del ente como tal.

Ejemplo de este último, es la incapacidad de actuar frente a derechos tales como el de familia o a los derechos políticos (elegir y ser elegido entre un mar de ellos) entre muchos otros que por su carácter no son susceptibles de actividad por parte de los sujetos de derecho de carácter colectivo. Por esta razón casi siempre se asemeja su capacidad con la de los incapaces relativos (menor infante, demente, etc.).

Patrimonio: Es la misma naturaleza jurídica que el patrimonio en la persona natural (universalidad de derecho y obligaciones en cabeza de una persona), con base al patrimonio de las personas jurídicas se han creado varias teorías, algunas de estas afirman que no puede existir este sin persona, aunque en la doctrina contemporánea esto está muy criticado pues podemos ver como las fiducias no son otra cosa que un patrimonio afectado a fin determinado sin una persona sobre la cual recaiga tal.

#### 1.4 CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

##### A. – Personas Jurídicas De Derecho Público.

Las personas jurídicas de derecho público son las que emanan directamente del Estado y que gozan de derecho de potestad pública y establecen relaciones de subordinación, y tienen por fin la prestación de los servicios públicos y la realización, en el más actual derecho, de ciertas actividades de carácter comercial.

La nación es la más importante persona de derecho público y representa la personificación del ordenamiento jurídico aplicable a todos los colombianos.

Los departamentos son también personas jurídicas, pues emanan del Estado; estas personas tienen un radio de acción más reducido que el de la nación, ya que abarcan circunscripciones territoriales de aquellas en que se divide el territorio de la nación.

Los establecimientos públicos son servicios públicos personificados que carecen de asiento territorial como sucede con la Universidad Nacional, pues tiene varias sedes en distintas ciudades del país.

Las empresas comerciales e industriales del Estado, cuyo fin no es la prestación de un servicio público, sino el desarrollo de actividades mercantiles que antiguamente correspondían a la iniciativa particular; por ejemplo la Federación Colombiana de Cafeteros.

Características de las personas jurídicas de derecho público.

Las personas jurídicas de derecho público se caracterizan de acuerdo a tres notas: el establecimiento o creación, es creada mediante acto estatal (Constitución Política, leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, entre otras).

El patrimonio, es costeado con fondos oficiales que el Estado recauda a través de los impuestos de toda índole.

Los órganos, es administrada y gobernada mediante órganos públicos o estatales como los distintos Ministerios que tiene el Estado.

Extinción de las personas jurídicas y liquidación.

Algunas personas jurídicas pueden tener una duración indefinida, como las de derecho público; las de derecho privado, en general, pueden dejar de existir<sup>8</sup>. En las personas jurídicas de derecho privado es necesario distinguir la extinción de la personalidad en sí, es decir, la capacidad jurídica, de la extinción del substrato material (patrimonio social). El término disolución se refiere en forma especial a la extinción de la personalidad, y el vocablo liquidación, a la extinción patrimonio social.

*Causales de extinción de la personalidad de las corporaciones.*

---

<sup>8</sup> <http://www.gerencie.com/persona-juridica.html>

El acuerdo colectivo de disolución, para su extinción se exige normalmente un acuerdo colectivo proveniente de la asamblea general de asociados. Las sociedades civiles, las colectivas de comercio y las de responsabilidad limitada, necesitan para su disolución el consentimiento unánime de los socios, salvo que en los estatutos se haya pactado otra cosa; al igual que las sociedades anónimas, las cuales pueden disolverse por simple mayoría relativa de la asamblea general de accionistas.

El vencimiento del término señalado en los estatutos (art. 2124 del C.C.), la realización del objeto social o la imposibilidad de realizarlo o continuar realizándolo (arts. 2125, 2126 y 2127 del C.C.). Muerte, renuncia o retiro de uno o varios miembros, en las corporaciones de fines ideales la muerte de la mayoría de los miembros engendra la disolución, si se hace imposible la continuación del objeto social (art. 648 del C.C.).

En las sociedades colectivas – civiles y comerciales – la muerte de cualquiera de los socios acarrea la disolución, salvo que se haya estipulado que continúen con los socios restantes o con los herederos del socio muerto (arts. 2129, 2132, 2134, 2139 del C.C. y 532 del C. de Co.).

Para las fundaciones el art. 652 del C.C. dice que se extingue “por la destrucción de los bienes destinados a su manutención”. Aunque no lo diga la ley, también la imposibilidad de realizar el objeto social o de continuar realizándolo en forma adecuada genera la extinción de la persona jurídica.

Liquidación del patrimonio social.

La disolución de una persona jurídica de lugar a una sucesión de derechos. La sucesión puede ser inter vivos, esta supone siempre dos sujetos vivos y un acuerdo previo de voluntades acerca de la transmisión voluntaria del derecho, y mortis causa la cual sólo se aplica a la transmisión de los derechos de las personas físicas que mueren.

Determinación del sucesor o sucesores, debe determinarse, ante todo, el sucesor o sucesores, es decir, las personas a quienes hayan de pasar los bienes del patrimonio social. En las fundaciones no hay miembros y, además, el objeto social es de utilidad común o pública, en consecuencia el único sucesor es el Estado.

Respecto a las corporaciones que persiguen lucro, es decir, las sociedades civiles y comerciales, los sucesores son los mismos socios (CC, arts. 2129, 2132, 2134, 2139 del C. de Co<sup>ii</sup>, art. 532.). Para las fundaciones el art. 652 del C.C Determinación del haber social y su transmisión a los sucesores, es necesario determinar previamente los bienes de la persona jurídica disuelta, así como las deudas sociales y avaluarlos. También hay que discriminar quiénes son los sucesores y en qué proporción han de recibir tales bienes. La disolución de la personalidad jurídica engendra automáticamente a favor de los sucesores derechos universales con base en el patrimonio social.

Partición y adjudicación de los bienes sociales, el derecho civil estima que durante el período de liquidación subsiste la capacidad jurídica de la corporación o fundación, en tanto que lo exija el fin de la liquidación y hasta que esta termine totalmente. La capacidad jurídica es limitada, pues la disolución hace desaparecer los órganos que expresaban la voluntad de la persona jurídica; por tal circunstancia, el órgano principal y casi exclusivo de una persona jurídica disuelta durante el período de liquidación, es el liquidador o liquidadores.

Al liquidador le corresponde la formación de un inventario de los bienes sociales, la indicación de los bienes con los cuales habrán de cancelarse las deudas sociales; finalmente adjudicar a los sucesores el activo líquido en proporción a sus cuotas de aporte, o según lo establezcan los estatutos.

Termina aquí este capítulo y con ello tenemos una visión clara y muy ilustrativa de qué son y cómo operan las ESAL.



## CAPÍTULO 2:

### **El Marco Normativo de las organizaciones del tercer sector: Un enfoque desde el Common Law hasta el Civil law**

En este capítulo describiremos como se desenvuelven normativamente, las actividades de las ESAL en las grandes familias jurídicas. Primero efectuaremos una descripción general, luego mostraremos como se desenvuelven la ESAL en el derecho común y las instituciones familiares. El problema gira en torno a entender cómo los principios jurídicos del Common Law y civil Law establecen un marco a través del cual se regulan las transacciones económicas por medio de las cuales los clientes proporcionan fondos para organizaciones no lucrativas.

El primer pensamiento que uno podría tener puede ser el caso más pequeño e insignificante de una persona que cede el cambio en monedas en un supermercado con destino a una actividad benéfica, motivado por un anuncio o a instancias del cajero, normalmente. Sin embargo, es válido pensar en que la donación más grande y espectacular es hecha por una corporación empresarial.

Por otra parte, la recaudación de fondos no implica solamente las donaciones de las ESAL, en su mayor parte, e n el día de los negocios así como dependiendo de sus estructuras, también pueden recibir sus ingresos mediante la venta de bienes o servicios.

Si la donación o compra de servicios / productos, un aspecto que caracteriza la categoría de las ESAL, no los convierte en patronos de las ESAL, y no forman parte de la organización, a menos que la misma sea una "mutual" o un fondo de empleados, pero ya se ha especificado que esta forma se tiene en cuenta en la presente Nota] y de esa manera se distinguen de los accionistas de una sociedad anónima.

La consecuencia más importante de esta acción es que los clientes tienen menos herramientas para ejercer el control sobre la organización y sus actividades y, en particular, tener en cuenta si su dinero está alimentando las ambiciones personales

de la administración y no está siendo utilizado con eficacia para los propósitos de la organización. Es por ello que la ley, en Italia y en EE.UU., establece una restricción, es decir, una disposición que prohíbe la distribución de los beneficios a los administradores, funcionarios o miembros de la organización. (Hansmann, 1980)

El rechazo se convierte en necesaria a la vista de lo que Hansmann (1980) define como falla del mercado. Esto representa la imposibilidad de los clientes para evaluar el rendimiento de las instituciones sin ánimo de lucro que financian o patrocinan.

Esto es particularmente cierto en lo que concierne a las donaciones de las empresas del sector privado a las instituciones sin ánimo de lucro, por ejemplo, la Cruz Roja o de la UNICEF (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA), que prestan habitualmente servicios para terceros. En resumen, los donantes difícilmente sabrán si la organización en realidad entrega alimentos a las familias desplazadas o el cuidado de los ancianos, etc. Así para los donantes la restricción de no distribución en el mercado por sí solo no es suficiente para garantizar un empleo razonable de los recursos.

En el caso de los emprendedores comerciales, por ejemplo de un hospital o una universidad, incluso si el consumidor está en condiciones de ver personalmente el rendimiento de los productos / servicios para los que están pagando, todavía es insuficiente para poder evaluar su eficacia (Hansmann, 1980). Un paciente puede ver al médico y la estructura en la que el médico opera, pero un paciente es apenas lo suficientemente experto para evaluar la calidad de la consulta realizada por el médico. De la misma manera, el estudiante que paga la matrícula para inscribirse en una universidad no sabe realmente lo que va a ser la calidad de las clases a las que va a asistir. La restricción de no distribución, por lo tanto, una vez más sirve para garantizar a los consumidores que el precio que están pagando se reinvierten en nombre de la organización, facilitando una mejora en la calidad de las actuaciones o, al menos, para mantenerlos a un nivel determinado.

El análisis anterior sugiere que las donaciones y la apertura comercial permiten a las ESAL, desarrollarse y, por lo tanto, entrar en competencia con las empresas

convencionales del sector privado o de empresas en aquellos sectores donde los clientes o sienten que el mercado por sí solo no pueden asegurarles protección suficiente.

Lo que en este trabajo se puede cuestionar es la eficacia de la restricción de no distribución en sí. En particular, cabe preguntarse: ¿es esa disposición adecuada para disuadir a quien ejerce el control sobre la organización de las ESAL de la malversación de fondos o cualquier tipo de manejo o comportamiento? pueden Los usuarios (también los donantes y los consumidores) fácilmente confiar en ella?

Hay una escuela de pensamiento que ofrece una respuesta negativa (Ortman y Schlesinger, 2002). Tales autores dan mucha más importancia a la reputación de la empresa del tipo de las ESAL, . Por ejemplo, un alumno elige una universidad Perteneciente o estructurada como una organización del tercer sector(Fundación, corporación) no a causa de la restricción de no distribución (artículo 101 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ,TFUE, artículo 101) <sup>9</sup>, sino más bien sobre

---

<sup>9</sup> El apartado 1 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), antiguo apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), prohíbe los acuerdos que puedan afectar al comercio entre los países de la Unión Europea (UE) y todo aquello que impida, restrinja o falsee la competencia. Los acuerdos que creen suficientes beneficios como para superar los efectos contrarios a la competencia estarán exentos de esta prohibición conforme al artículo 101, apartado 3, del TFUE (antiguo artículo 81, apartado 3, del TCE).

Los acuerdos verticales son acuerdos para la compraventa de bienes o servicios suscritos entre empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución. Los acuerdos de distribución entre fabricantes y mayoristas o minoristas son típicos ejemplos de acuerdos verticales. Los acuerdos verticales que simplemente determinan el precio y la cantidad de una transacción de compraventa específica normalmente no restringen la competencia. Sin embargo, puede haber una restricción de competencia si el acuerdo contiene restricciones sobre el proveedor o el comprador; por ejemplo, la obligación que prohíbe al comprador comprar a las marcas competidoras. Las restricciones verticales no tienen por qué tener solo efectos negativos, sino también pueden tenerlos positivos. Por ejemplo, pueden ayudar al fabricante a introducirse en un nuevo mercado, evitar la situación por la que un distribuidor se aprovecha gratuitamente de los esfuerzos promocionales de otro distribuidor o permitir a un proveedor que deprecie la inversión destinada a un cliente particular.

El hecho de que un acuerdo vertical restrinja realmente la competencia y que, en ese caso, los beneficios superen los efectos contrarios a la competencia a menudo dependerá de la estructura del mercado. En principio, requiere una evaluación individual. No obstante, la Comisión ha adoptado el presente Reglamento (UE) n° 330/2010, Reglamento de Exención por Categorías (REC), que proporciona un puerto seguro a la mayoría de acuerdos verticales. El REC hace, mediante la exención por categorías, que la prohibición del artículo 101, apartado 1, del TFUE no sea aplicable

la base de las opiniones y reacciones sobre el grado educativo que el instituto ha recibido hasta ahora.

Sin importar el elemento clave que justifica el florecimiento de las ESAL, cualquiera que sea la restricción de no distribución o el elemento de reputación o incluso otros factores económicos, el ámbito de aplicación de lo aquí expuesto, queda por investigar que herramientas legales pueden hacer valer los clientes en contra de los comportamientos oportunistas de los administradores.

Un administrador malo puede ser perseguido por la ley penal, pero este tipo de control publicista se limita a casos de apropiación indebida de fondos. La mayoría de las veces, la administración realiza operaciones con conductas que, sin romper ninguna regla penal, no respetan ni lo se expresa en las escrituras de constitución y de los valores sociales implícitamente promovidas por las ESAL en sí.

## **2.2 Las organizaciones del tercer sector en el Derecho común**

En el derecho común, las jurisdicciones que rodean las exigencias de las instituciones respecto a la seguridad jurídica y la justicia es básicamente resuelta por el principio precedente vinculante, es decir, mirando fijamente las decisiones. A pesar de que importantes estudiosos han puesto de relieve la calidad y vigencia de los estatutos ello ha supuesto una carga imposible en los tribunales, y las doctrinas judiciales todavía deben sentar las bases de principios comunes y fundamentales del derecho. (Calabresi, 1999)

La principal consecuencia de este enfoque es que en la experiencia legal anglosajona, los recursos deben preceder a los derechos (*ibi ius ubi remedium*). Este principio expresa la posición primaria del procedimiento civil y de las decisiones

---

a los acuerdos verticales que cumplen determinados requisitos. La Comisión también ha publicado directrices relativas a las restricciones verticales, que describen el planteamiento seguido en relación con los acuerdos verticales no cubiertos por el REC.

judiciales en el reconocimiento y la ejecución de un derecho reclamado por una persona. La concesión de un remedio confiere relevancia jurídica a la situación que de otro modo podría ser sólo algo moral, religioso, social o literario, pero definitivamente no es legal (Corapi, 2006, de Franchis, 1984).

Por estas razones, pretendemos averiguar si los aliados de las ESAL, tienen derecho a demandar a la administración por incumplimiento de sus deberes fiduciarios, así como para buscar la jurisprudencia pertinente. El análisis toma en consideración las decisiones relativas a las modernas organizaciones de beneficencia y en qué medida éstas y las corporaciones de beneficencia se parecen entre sí más de cerca que sus respectivas contrapartes históricas (ac g, 1978).

En el fideicomiso privado, el fideicomitente no tiene derecho a hacer cumplir los términos del acuerdo. Este resultado se deriva de la percepción histórica de los fideicomisos como un medio de transporte de los bienes, que veía el papel del fideicomitente completo una vez que la propiedad se transmitía (Houston, 2005). El derecho a presentarse a reclamar por el incumplimiento de deberes, corresponde únicamente a los beneficiarios.

Como en el fideicomiso de caridad, los beneficiarios no están seguros o determinados, en los casos de mala administración no habría nadie con derecho a llevar a los administradores ante los tribunales.

Para resolver dicho problema, en *Carmichael vs Bibb* (1937), la Corte Suprema de Alabama, recordando lo que dijo en la enciclopedia de la alegación y de la práctica, ha recordado que donde la confianza es un bien público, y no existiendo ciertas personas que tienen derecho a demandar en su propio nombre debe presentarse en el nombre del Estado o del fiscal general. Confiando en que la caridad es de interés público y el fiscal general es el protector de los intereses del público, o lo que es lo mismo, del cuerpo indefinido y fluctuante de personas que son los fideicomisarios. De hecho, el fiscal general es el único que puede invocar legítimamente el poder de supervisar los tribunales encargados de la administración de dichos fideicomisos.

Este enfoque ha sido confirmado por las decisiones (O'Hara vs gran logia iogt (1931) 213 cal. 131, 139; Brown vs memorial Nat. Home Foundation (1958) 162 cal.app.2d 513, 538.) Subraya que en el derecho común, en efecto, es bien sabido que el fideicomitente de un fideicomiso caritativo que no retiene ningún derecho de reversión en la propiedad fiduciaria no está legitimado para interponer un recurso para hacer cumplir el encargo independientemente de la procuraduría general.

Debido a la semejanza convencional entre los fideicomitentes de un fideicomiso caritativo y los administradores de las ESAL, se deduce que a ninguno de estos últimos se les permitiría presentar demandas ante los tribunales.

En la cuestión de hecho, la actividad de la fiscalía general no ha demostrado su eficacia. La fiabilidad escasa en la función pública ha movido a los juristas y tribunales a tener en cuenta las soluciones que reflejan el carácter privado de los intereses de administradores.

Con esta perspectiva, los jueces han establecido un camino que aclara que en los casos precedentes el principio según el cual el fiscal general fue la única parte con derecho a traer a los administradores de las ESAL Ante los tribunales, no se estableció. En 1977, la corte suprema de Alabama, en Jones vs Grant, dijo que "la cuestión de si cualquier persona está legitimada para interponer una demanda en contra de un fondo de caridad nunca ha sido contestada en Alabama. Por lo tanto, este es un caso de la primera impresión. (...) El punto de vista predominante de otras jurisdicciones es que el fiscal general no tiene facultad exclusiva de imponer un fideicomiso caritativo y que una persona que tenga especial interés suficiente también puede traer una acción para este propósito".

Así, de acuerdo con esto, la pregunta habría sido resuelta sólo mediante la demostración de que los aliados mantienen un interés especial. Eso es todo lo que se quiera, menos una situación simple. En Women Young Christian Association contra Kansas cita et al (1898), por ejemplo, el tribunal de Missouri claramente expuso el principio de derecho común de que una vez que un donativo o regalo se realiza "todo derecho e interés en él o ella se han ido para siempre".

En la investigación y la fundación para la educación lb vs. Ucla fundación et al. (2005), el tribunal de apelaciones de california señaló que:

“A pesar de que una donación pueda tener un fin caritativo, no necesariamente significa que se trate de un fideicomiso de caridad. Así, el dueño de una propiedad puede, en lugar de crear un fideicomiso, transferirlo a otro con la condición de que si éste dejare de realizar un determinado acto, el interés del cesionario y sus se ejecutará ya sea al cedente o un designado terceros. En tal caso, el interés del cesionario está sujeta a una condición y no se mantiene en fideicomiso”. Esta decisión se ha adoptado fundamentada en la tendencia neo-clásica que concibe la responsabilidad de las ESAL como un nexo de contratos, donde en la cuestión de hecho de los aliados mantienen un interés económico que debe ser protegido.

Dicho de otra manera, cuando a los tribunales se les pide enfrentar los temas relacionados con la financiación de las ESAL, pueden seguirse dos tendencias: La primera, que es la más tradicional simplemente considera los aportes empresariales a instituciones como las organizaciones de beneficencia. En tales casos, con la aplicación de la ley de fideicomiso, los donantes carecen de la legitimación para demandar. La organización de las ESAL se representa en una dimensión pública, donde sólo el fiscal general tiene la facultad de intervenir para conciliar los intereses en conflicto. La segunda, al día con la economía convencional, se refiere a la relación entre los aliados y el personal directivo, sobre la base de un contrato. Por lo tanto, con la aplicación de la ley del contrato, a los aliados se les permitiría demandar a los administradores, pero, obviamente, el remedio estaría en contra de la violación del contrato y no en contra de la violación de los derechos.

En el último caso citado (2005), por ejemplo, el juez Hess consideró una donación de US \$1 millón como un regalo condicionado pues estaba previsto para establecer una cátedra en una escuela de medicina. En esta situación, el donante podría haber basado su acción civil sobre la base de un recurso de comiso, en la medida que los administradores no cumplían los términos del acuerdo.

Tal razonamiento jurídico, sin embargo, no siempre es factible ya que no todos los aliados son en realidad los donantes. Una gran parte de los recursos provienen de los consumidores que compran los servicios / productos ofrecidos por las ESAL. En tales casos, no hay duda acerca de la naturaleza de la relación contractual entre las partes. La consideración básica está representada por el intercambio de las promesas: el pago por el servicio / bien. Desde un punto de vista estrictamente legal de los consumidores tienen derecho a presentar demandas contra los administradores únicamente en caso de incumplimiento del contrato relacionado con la transacción propiamente dicha.

Para esta categoría de aliados no se había producido ningún remedio equitativo por incumplimiento de deberes fiduciarios hasta la famosa controversia *Popa v Lucy Webb* (1974). El tribunal para el distrito de Columbia prácticamente introdujo el principio según el cual una clase de usuarios tiene un interés especial suficiente para cuestionar la conducta de los administradores frente al funcionamiento de la institución de caridad basadas en una teoría del abuso de confianza. El problema de la incertidumbre de los beneficiarios tenía que ser resueltos a través de la certificación como clase bajo la regla 23 (b) (2) de las reglas federales de procedimiento civil.

Existen muchas dificultades para reconocer los patrones en la legitimación para demandar, las cuales no están todavía completamente resueltas. De hecho, los tribunales no son realmente libres para concebir un regalo o una donación, como un contrato.

El análisis debe tomar como punto de partida el principio de derecho común, según el cual un contrato implica necesariamente considerar un acuerdo de voluntades. La verdad es que los donantes de las "ESAL" proporcionan fondos a cambio de que se haga algo en su nombre - de lo contrario sería un regalo, y en este caso se aplicarían el derecho contractual. Ellos prefieren proporcionar fondos a cambio de que se haga algo en favor de los beneficiarios los cuales son, normalmente, inciertos.



La solución lógica al problema sería la de considerar todas las donaciones como contraprestación insuficiente y, por lo tanto, negar su naturaleza contractual. Sin embargo, puede haber algunas excepciones.

Uno está representado por la promesa de donación contenida en la escritura. La santidad del acto puede ayudar a que el donante especifique su / sus propios deseos sobre la administración de los fondos que él / ella ofrece sin tener que preocuparse por la falta de consideración. Las donaciones benéficas realizadas en ese sentido, de hecho, son "contratos válidos a pesar de que no existe una consideración válida" (Lloyd, 2007).

En otras palabras, si la organización acepta el regalo, se obliga a observar y respetar lo que se había previsto en el acuerdo. La protección del donante contra los abusos de la administraciones garantizaría mediante la aplicación del derecho regalo. En el caso muy famoso de la donación lee Brass "en nombre de la universidad de Yale, la primera tenía derecho a rescindir el donativo cuando éste admitió que no habría respetado las condiciones pactadas (Brody, 1996).

La segunda excepción se refiere a la transferencia material del objeto de la donación. En estos casos, las donaciones se consideran como contratos ejecutados, independientemente de la presencia de consideración (Sloane, 1913). Estos contratos por lo tanto pueden concebirse como completos, ya que la donación es absoluta y simple. Los donantes no están legalmente reconocidos con derecho a demandar a los administradores, ya que éstos no tienen la obligación de actuar en absoluto. El contrato se ejecuta y queda en firme, lo que significa que la relación termina con la transferencia de la donación.

La última excepción se refiere a una norma específica prevista por la legislación de EE.UU. Las disposiciones pertinentes (artículo 90, inciso segundo, de la reglamentación establecen que, en determinadas circunstancias, las promesas en relación con las donaciones caritativas han de ser consideradas vinculantes, a pesar de la falta de consideración (Archibald, 2004). En otras palabras, se establece que el derecho contractual se aplica independientemente de la utilización de documento

escrito y la transferencia material del dinero. Una promesa sin límites no garantiza a los donantes la protección en caso de incumplimiento de contrato.

Ninguna de las excepciones mencionadas refleja el verdadero problema planteado. La situación de hecho hipotético que está en cuestión se refiere a una donación simple, llevada materialmente a cabo sin ninguna forma solemne (escritura) y el punto básico defendido en esta discusión, es que tal donación no es un contrato ejecutado sino más bien en proceso de ejecutoria, ya que el donante espera un rendimiento a cambio de su contribución.

La magnitud del esfuerzo legal dirigido a identificar una consideración en la transacción realizada por el donante es bastante evidente. De hecho, la tradición del derecho consuetudinario siempre ha basado todo el sistema de análisis de las relaciones contractuales basados en la regla de la prueba condicional, que impone al intérprete para dibujar los términos de un acuerdo mediante el uso de sólo el documento escrito y su significado literal (Peratoner, 2003). Este enfoque implica que si el donante no especifica sus preferencias, o sólo alguna de ellas, entonces la gestión de los administradores del fondo no se restringe en absoluto, o está restringido sólo en parte, en la medida de las cláusulas especificadas.

Este principio ha sido confirmado en la citada decisión del juez Hess en la que se argumentó abiertamente que en los tribunales generalmente se interpreta de tal manera que se genera un problema en lugar de generar confianza y esta sólo se da si el donante manifiesta claramente su intención de hacer un regalo condicional.

Para concluir el debate vale la pena destacar dos conclusiones fundamentales:

a) Los aliados que son donantes tienen el derecho legal de demandar a los Administradores de las ESAL por incumplimiento de contrato. El reconocimiento de la dimensión contractual de los aspectos que constituyen las bisagras de la relación en ciertas circunstancias legales;

B) Los aliados que son consumidores tienen derecho a presentar una demanda contra la administración por incumplimiento de las obligaciones fiduciarias con la

condición de que representen una clase certificada como un beneficiario que tenga un interés especial.

### **2.3 Las organizaciones del tercer sector en el Derecho Civil**

Todas las jurisdicciones del derecho civil comparten el principio rector según el cual las fuentes del derecho constituyen un sistema cerrado cuya dimensión viene dada por los estatutos y por la interpretación sistemática de los propios estatutos.

Los jueces, por lo tanto, se espera que el apoyo de una estructura legislativa completa que les permita hacer frente a todos los casos que merece la aplicación de la ley.

El elemento más característico de la tradición como es el código civil. Esto representa el marco indispensable sistemático donde los valores fundamentales de las instituciones sociedad se trasplantan como principios de orden legal (Corapi, 2003).

La función principal del código civil, y de todos los estatutos que lo rodean es garantizar a los agentes privados a un equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica. Esto requiere un grado determinado de flexibilidad que se alcanza a través de la presencia de normas obligatorias, las normas por omisión y normas supletorias.

Partiendo de esta perspectiva, el primer paso que un abogado educado en un país de derecho civil, se espera que haga, cuando se enfrenta a situaciones de hecho hipotéticas, es buscar las respuestas dentro de las disposiciones legales. Se supone que se deberán someter a verificación sus hallazgos a través de una investigación destinada a identificar aquellas decisiones judiciales que han sido tomadas en los temas en cuestión.

En consecuencia, el enfoque de este trabajo toma principalmente en cuenta las normas que el código civil italiano dispone para las entidades no lucrativas, en particular las incluidas entre el artículo 14 y el artículo 35.

En primer lugar, la legislación italiana distingue entre "associazioni" y "fondazioni". No es el propósito de este estudio profundizar en las diferencias pertinentes, a menos que sean fundamentales para evaluar la protección que los aliados reciban, bajo la ley italiana.

Por un lado, el artículo 25 disciplina el control sobre "fondazioni" estableciendo expresamente que debe ser ejercido por la autoridad gubernamental.

Por otro lado, en cuanto a la "associazioni", el artículo 23 trata de las decisiones de la asamblea general, especificando cuándo pueden ser impugnadas. La norma, en realidad, no dice quién tiene el derecho de interponer las demandas correspondientes ante los tribunales. Sin embargo, en la opinión de un académico notable, el "Pubblico Ministero" se espera que intervenga cuando el interés público está en juego (Galgano; 1969).

El control público sobre la "fondazioni" y "associazioni" difiere en la naturaleza (Berlucchi, 2001). En el caso de la primera, el control está esencialmente destinado a proteger el interés (privado) de la organización. En cuanto a la segunda, en cambio, la intervención pública se supone que es para velar por los intereses de la comunidad.

Esta diferencia, sin duda, merecería un análisis más detallado, para determinar si la autoridad pública se había ejercido efectivamente con la potencia prevista por la ley. En la ausencia de tal actividad (Galgano, 1969), esta investigación ha tratado de descubrir si hay algún instituto del código civil que puede ofrecer una protección privada de las ESAL a sus aliados

Con el fin de alcanzar tal meta, el estudioso debe examinar las disposiciones legales con el fin de determinar el cómo ella pretende conferir una dimensión jurídica a las contribuciones financieras concedidas a las organizaciones no lucrativas.

Por un lado, si la contribución se lleva a cabo a través de la intervención de un notario, a continuación, los artículos relativos a la "donación" y las "obligaciones

generales" aplicables. En particular, en la medida en que el donante especifique en la escritura de las condiciones en que debe ser el fondo de él / ella proporciona empleadas (art. 793), él / ella tiene derecho a presentar demandas ante el tribunal para la resolución del contrato y para la compensación (Cass, 1994. N 5983), mientras que de las ESAL Administradores no respetan las condiciones contractuales (art. 1218).

Por otro lado, si la contribución se realiza a través de una simple transferencia de dinero en nombre de la organización las ESAL, entonces, a primera vista, la pregunta surge más bien problemático porque ningún artículo específico del código civil se refiere directamente a la cuestión. Además, ningún fallo del tribunal supremo que podría arrojar algo de luz, hasta el momento, ha sido aprobado.

#### **2.4 Desarrollo de las decisiones de Estados Unidos**

En el derecho común, las jurisdicciones que rodean las exigencias de las instituciones seguridad jurídica y la justicia son básicamente resueltas por el principio del precedente vinculante, es decir, mirar fijamente las decisiones. A pesar de que importantes estudiosos han puesto de relieve cómo la edad de estatutos ha supuesto una carga imposible en los tribunales, las doctrinas judiciales todavía sentar las bases de principios comunes más fundamentales del derecho.

La principal consecuencia de este enfoque es que en la experiencia legal anglosajón , los recursos preceden a los derechos [ibi ius ubi remedium]. Este principio expresa la posición primaria de procedimiento civil y de las decisiones judiciales en el reconocimiento y la ejecución de un derecho reclamado por una persona (De Franchis, 1984). La concesión de un remedio confiere relevancia jurídica a la situación que de otro modo podría ser sólo algo moral, religiosa, social o literario, pero definitivamente no es legal (Corapi, 2006).

Por estas razones, la investigación pretende averiguar si los clientes de las ESAL tienen derecho a demandar a la administración por incumplimiento de deberes fiduciarios necesidades, así como para buscar la jurisprudencia pertinente. El análisis toma en consideración las decisiones relativas modernas organizaciones

de beneficencia y en qué medida éstas y las corporaciones de beneficencia se parecen entre sí más de cerca que sus respectivas contrapartes históricas (AC G, 1978).

En el fideicomiso del sector privado, el fideicomitente no tiene derecho a hacer cumplir los términos del acuerdo. Este resultado se deriva de la percepción histórica de los fideicomisos como un medio de transporte de los bienes, que veía el papel del fideicomitente completo una vez que la propiedad se ha transmitido a la fiduciaria. (Houston, 2005). El derecho a presentarse por el incumplimiento de deberes, corresponde únicamente a los beneficiarios.

Como en fideicomiso de caridad, los beneficiarios no están seguros o determinada, en los casos de mala administración no habría nadie tiene derecho a traer administradores ante los tribunales.

Para cumplir con dicho problema, en *Carmichael v Bibb* (1937), la Corte Suprema de Alabama, recordando lo que dijo en el 22 Enciclopedia de la alegación y de la Práctica, 205, ha recordado que donde la confianza es una caridad pública, no existiendo ciertas personas que tienen derecho al mismo a fin de que pueda demandar en su propio nombre como cestuis Que trustent, un traje con el propósito de contar con la caridad debidamente administrado, debe presentarse en el nombre del estado o del fiscal general, y parece que en todos los casos, el fiscal general podrá mantener el mismo con o sin un relator. Charitable Trust es de interés público y el fiscal general es el protector de los intereses del público, o lo que es lo mismo, del cuerpo indefinido y fluctuante de personas que son fideicomisario. De hecho, el fiscal general es el único que puede invocar legítimamente el poder de superintendencia de los tribunales de la administración de dichos fideicomisos.

Este enfoque ha sido confirmado por las decisiones (*Hara O 'v Gran Logia IOGT* (1931) 213 Cal. 131, 139; *Brown v Memorial Nat. Home Foundation* (1958) 162 Cal.App.2d 513, 538.) Subraya que en el derecho común, en efecto, es bien sabido que el fideicomitente de un fideicomiso caritativo que no retiene ningún derecho de

reversión en la propiedad fiduciaria no está legitimado para interponer un recurso para hacer cumplir la confianza independientemente de la Procuraduría General.

Debido a la semejanza convencional entre los fideicomitentes de un fideicomiso caritativo y los patronos de las ESAL, se deduce que a ninguno de estos últimos se les permitiría presentar demandas ante los tribunales.

Con esta perspectiva, los jueces se han establecido un camino que aclara que en los casos precedentes el principio según el cual el Fiscal General fueron la única parte con derecho a traer a los administradores de las ESAL ante los tribunales no se estableció. En 1977, la Corte Suprema de Alabama, en *Jones v Grant*, dijo que en *Bibb* (1937) "la cuestión de si cualquier persona está legitimada para interponer una demanda en contra de un fondo de caridad nunca ha sido contestada en Alabama. Por lo tanto, este es un caso de la primera impresión. [...] El punto de vista predominante de otras jurisdicciones es que el Fiscal General no tiene facultad exclusiva de imponer un fideicomiso caritativo y que... una persona que tenga especial interés suficiente también puede traer una acción para este propósito".

Así, de acuerdo con esto, la pregunta habría sido resuelta sólo mediante la demostración de que los clientes mantener un interés especial. Eso es todo menos simple. En *Women y sus Christian Association contra Kansas City et al* (1898), por ejemplo, el Tribunal de Missouri claramente el principio de derecho común que una vez que un don, se realiza "todo derecho e interés en él o ella se ha ido para siempre".

El razonamiento jurídico destinado a reconocer un interés especial en nombre de los clientes 'categoría por lo tanto tuvo que ser establecido desde otra perspectiva. En la *Investigación y la Fundación para la Educación LB v UCLA Fundación et al*. (2005), el Tribunal de Apelaciones de California señaló que "a pesar de que una donación pueda tener un fin caritativo, no necesariamente significa que se trate de un fideicomiso de caridad. Así, el dueño de una propiedad puede, en lugar de crear un fideicomiso, transferirlo a otro con la condición de que si éste dejare de realizar un determinado acto, el interés del cesionario y sus se ejecutará ya sea al cedente

o un designado terceros. En tal caso, el interés del cesionario está sujeta a una condición y no se mantiene en fideicomiso”.

Esta decisión se ha basado fundamentalmente en la tendencia neo-clásica que concibe a las ESAL, como un nexo de contratos, donde en la cuestión de hecho los clientes mantienen un interés económico que debe ser protegido.

Dicho de otra manera, cuando a los tribunales se les pide intervenir para hacer frente a la financiación de las ESAL,, pueden seguir dos tendencias:

El primero, que es más tradicional simplemente considera aportes patronales como la institución organizaciones de beneficencia. En tales casos, con la aplicación de la ley de fideicomiso, los donantes carecen de la legitimación para demandar. Así el ámbito de las ESAL se representa en una dimensión pública, donde sólo el Fiscal General tiene la facultad de intervenir para conciliar los intereses en conflicto

La segunda, al día con la economía convencional, se refiere a la relación entre los clientes y personal directivo, sobre la base de un contrato. Por lo tanto, con la aplicación de la ley del contrato, a los clientes se les permitiría demandar a los administradores, pero, obviamente, el remedio estaría en contra de la violación del contrato y no en contra de la violación de los derechos.

En el último caso citado (2005), por ejemplo, el juez Hess ha considerado una donación de \$ 1 millón como un regalo condicionado en la medida en que estaba previsto establecer una cátedra en una escuela de medicina. En esta situación, el donante podría haber basado su acción civil sobre la base de un recurso de decomiso, en tanto que los administradores no cumplían los términos del acuerdo.

Tal razonamiento jurídico, sin embargo, no siempre es factible ya que no todos los clientes son en realidad los donantes. Una gran parte de los recursos provienen de los consumidores que compran los servicios / productos ofrecidos por la organización de las ESAL,. En tales casos, no hay duda acerca de la naturaleza de la relación contractual entre las partes. La consideración es representado por el intercambio de las promesas: el pago por el servicio / bien. Desde un punto de vista



estrictamente legal de los patronos vista tienen derecho a presentar demandas contra administradores únicamente en caso de incumplimiento del contrato relacionado con la transacción.

Para esta categoría de clientes no ha habido ningún remedio equitativo por incumplimiento de deberes fiduciarios hasta la famosa controversia *Popa v Lucy Webb* (1974). El Tribunal de Distrito de EE.UU. para el Distrito de Columbia prácticamente introdujo el principio según el cual una clase de usuarios tiene un interés especial suficiente para cuestionar la conducta de los administradores de funcionamiento de la institución de caridad en una teoría del abuso de confianza. El problema de la incertidumbre de los beneficiarios tenía que ser resueltos a través de la certificación como clase bajo la Regla 23 (b) (2) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil.

## **2.5. Las normas en el CIVIL LAW. Italia**

Todas las jurisdicciones del derecho civil comparten el principio rector según el cual las fuentes del derecho constituyen un sistema cerrado cuya dimensión viene dada por los estatutos y por la interpretación sistemática de los propios estatutos.

Los jueces, por lo tanto, se espera que el apoyo de una estructura legislativa completa que les permita hacer frente a todos los casos que merece la aplicación de la ley.

El elemento más característico de la tradición como es el Código Civil. Esto representa el marco indispensable sistemático donde los valores fundamentales de las instituciones sociedad se trasplantan como principios de orden legal (Corapi, 2003).

La función principal del Código Civil, y de todos los estatutos que lo rodean es garantizar a los agentes del sector privado un equilibrio entre la justicia y la

seguridad jurídica. Esto requiere un grado determinado de flexibilidad que se alcanza a través de la presencia de normas obligatorias, las normas por omisión y normas supletorias.

Partiendo de esta perspectiva, el primer paso que un erudito educado en un país de derecho civil, se espera que haga, cuando se enfrentan a situaciones de hecho hipotéticos, es buscar las respuestas dentro de las disposiciones legales. Se supone que se deben constatar sus hallazgos a través de una investigación destinada a identificar aquellas decisiones judiciales que han sido tomadas con relación a los temas en cuestión.

En consecuencia, el enfoque de este trabajo toma principalmente en cuenta las normas que el Código Civil italiano dispone para las actividades no lucrativas, en particular los incluidos entre el artículo 14 y el artículo 35.

La legislación italiana distingue entre "associazioni" y "Fondazioni", pero, en nuestro caso, las diferencias pertinentes son irrelevantes para evaluar la protección que los clientes reciban, bajo la ley italiana.

Por un lado, el artículo 25 disciplina el control sobre "Fondazioni" estableciendo expresamente que debe ser ejercida por la autoridad gubernamental.

Por otro lado, en cuanto a la "associazioni", el artículo 23 trata de las decisiones de la asamblea general, especificando cuándo pueden ser impugnadas. La norma, en realidad, no dice quién tiene el derecho de interponer las demandas correspondientes ante los tribunales. Sin embargo, en la opinión de una academia notable, el "Pubblico Ministero" se espera aplicar cuando el interés público está en la preocupación (Galvano; 1969).

El control público sobre la "Fondazioni" y "associazioni" difiere en la naturaleza (Berlucchi, 2001). En el caso de la primera, el control está esencialmente destinado a proteger el interés (privada) de la organización. En cuanto a la segunda, en cambio, la intervención pública se supone que es velar por los intereses de la comunidad.

Esta diferencia habría, sin duda, merecía un análisis más detallado, si la autoridad pública se había ejercido efectivamente la potencia prevista por la ley. En la ausencia de tal actividad (Galgano, 1969), por lo tanto, esta investigación ha tratado de descubrir si hay algún instituto del Código Civil que puede ofrecer una protección privada de las ESAL los clientes (donantes, patrocinadores, auspiciadores).

Con el fin de seguir tal meta, el estudioso debe examinar las disposiciones legales como ella quiere conferir una dimensión jurídica a las contribuciones financieras concedidas a las organizaciones no lucrativas.

Por un lado, si la contribución se lleva a cabo a través de la intervención de un notario, a continuación, los artículos relativos a la "donación" y las "obligaciones generales" aplicables. En particular, en la medida en que el donante especifique en la escritura de las condiciones en que debe ser el fondo de él / ella proporciona empleadas (art. 793), él / ella tiene derecho a presentar demandas ante el Tribunal para la resolución del contrato y para la compensación (Cass, 1994; n 5983), mientras que en las ESAL administradores no respetan las condiciones contractuales (art. 1218).

Por otro lado, si la contribución se realiza a través de una simple transferencia de dinero en nombre de la organización de las ESAL., entonces, a primera vista, la pregunta surge más bien problemático porque ningún artículo específico del Código Civil se refiere directamente a la cuestión. Además, ningún fallo del Tribunal Supremo que podría arrojar algo de luz, hasta el momento, ha sido aprobado.

Suponiendo que una solución legal debe existir, ya que el sistema es completo, la idea que surge de razonamiento jurídico en concebir las contribuciones de estos *financiadores* como "donazioni indirette", lo que subraya el papel tan importante que juega la academia jurídica en materia civil .

La Donazione " indiretta " está representada por un acto gratuito destinado a lograr un alcance que va más allá del mero enriquecimiento de la otra parte (Cendon y Baldassarri, 2007). En el caso de las contribuciones patronales a las organizaciones no lucrativas, es evidente que el alcance de la primera es para proporcionar ventajas

para los beneficiarios de las actividades, sin embargo los clientes no cumplen con las donaciones directamente a los beneficiarios, prefieren utilizar las ESAL, sin ánimo de lucro como dispositivo de intermediación. Al hacer esto, ellos no se dan cuenta de una donación simple - es decir, su acto no cumple con los requisitos establecidos en los artículos (769ss) que se ocupan del contrato de donación, sino que crear otro tipo de relación contractual que refleja la esquema del "mandato" [este esquema contractual de alguna manera presenta características que en la ley están relacionados con la equidad de la relación de agencia y / o de confianza].

Este estudio afirma que los dones conferidos a las ESAL, sin ánimo de lucro son todo menos un contrato de Mandato cuyos términos específicos se incluyen las cláusulas de los estatutos.

Por lo tanto, las normas que se aplican a las relaciones entre patronos y administradores son los previstos por el Código Civil propio para este tipo contractual. (Torrente, 2006).

Esto significa básicamente que la administración no ejecutar el contrato de acuerdo con las normas (en realidad) bajos fijados por el art. 1710, que puede ser demandado por abuso de autoridad, lo que implica la terminación del contrato (art. 1453) y la correspondiente indemnización por los clientes (art. 1218).

Si por un lado esta iniciativa legal tiene éxito en el reconocimiento de alguna manera una protección privada a los clientes (donantes, patrocinadores, auspiciadores), por el otro difícilmente podría justificar una acción civil para aquellos clientes que son consumidores de una organización DE LAS ESAL,. De hecho, en tal hipótesis, el esfuerzo hermenéutico debe asumir que el contrato tiene una causa doble:

- a) la compra de bienes o servicios
- b) los fondos en nombre de la organización a fin de mejorar las prestaciones ofrecidas.

Es bastante obvio que el punto b) representa una condición implícita contractual que es probablemente imposible de aplicar.

El ordenamiento jurídico italiano, así como los tribunales italianos aún no se han enfrentado directamente el problema de la protección de los clientes del sector privado. Sin embargo y dado que las tradiciones de derecho civil se apoyan en un sistema completo de normas sugiere quedado el caso, los jueces serán capaces de encontrar el camino de hacer cumplir los deberes. La magnitud del esfuerzo legal dirigido a identificar una consideración en la transacción realizada por el donante es bastante evidente. De hecho, la tradición de derecho consuetudinario siempre ha basado todo el sistema de análisis de las relaciones contractuales de la regla de la prueba condicional, que impone al intérprete para dibujar los términos de un acuerdo mediante el uso de sólo el documento escrito y su significado literal (Peratoner, 2003). Este enfoque implica que si el donante lo / ella misma no especifica su / sus preferencias, o especificar sólo algunos de ellos, entonces la administración de los administradores. Del fondo no se restringe en absoluto, o que está restringido sólo en parte - en la medida de las cláusulas especificadas.

Este principio ha sido confirmado en la citada decisión del juez Hess en el que se argumentó abiertamente que los tribunales generalmente se interpretan como un medio de transporte a una enfermedad en lugar de en la confianza sólo si el donante manifiesta claramente su intención de hacer un regalo condicional. Sólo en estos casos que la intención de ser honrado.

Para concluir el debate que vale la pena destacar dos conclusiones fundamentales:

- a) Los donantes tienen el derecho legal de demandar a los administradores de las "ESAL" por incumplimiento del contrato. Es el reconocimiento de la dimensión contractual de las bisagras de la relación en ciertas circunstancias legales;
- b) Los clientes que son consumidores tienen derecho a presentar una demanda contra la administración por incumplimiento de las obligaciones fiduciarias con la condición de que representen una clase certificada beneficiario que tenga un interés especial.

Suponiendo que una solución legal debe existir, ya que el sistema es completo, el razonamiento jurídico a que conduce este trabajo es plantear que se conciben las

contribuciones de estos financiadores como "donazioni indirette", lo que subraya el papel tan importante que juega la academia jurídica en materia civil.

La donazione " indiretta " está representada por un acto gratuito destinado a lograr un alcance que va más allá del mero enriquecimiento de la otra parte (Cendon y Baldassarri, 2007). En el caso de las contribuciones empresariales a las organizaciones no lucrativas, es evidente que el alcance de la primera es para proporcionar ventajas para los beneficiarios de las actividades. Sin embargo los aliados no otorgan sus donaciones directamente a los beneficiarios, sino que prefieren utilizar las organizaciones de las ESAL de la economía, como dispositivo de intermediación. Al hacer esto, ellos no se dan cuenta de que se trata de una donación simple; es decir, su acto no cumple con los requisitos establecidos en los artículos (769 ss.) que se ocupan del contrato de donación, sino que crean otro tipo de relación contractual que refleja el esquema del "mandato" (este esquema contractual de alguna manera presenta características que en la ley están relacionados con la equidad de la relación de agencia y / o de confianza).

Este estudio afirma que las donaciones otorgadas a las organizaciones de las ESAL de la economía, son todo menos un contrato de mandato cuyos términos específicos se incluyen en las cláusulas de los estatutos.

Por lo tanto, las normas que se aplican a las relaciones entre administradores y aliados son los previstos por el código civil propio para este tipo contractual. (Torrente, 2006).

Esto significa básicamente que la administración al no ejecutar el contrato de acuerdo con las normas (en realidad) bajo los criterios fijados por el art. 1710, puede ser demandada por abuso de autoridad, lo que implica la terminación del contrato (art. 1453) y la correspondiente indemnización a los aliados (art. 1218).

Si por un lado esta iniciativa legal tiene éxito en el reconocimiento de alguna manera una protección privada a los aliados, por el otro difícilmente podría justificar una acción civil para aquellos aliados que son consumidores de una organización de

las ESAL de hecho, en tal hipótesis, el esfuerzo hermenéutico debe asumir que el contrato tiene una causa doble:

a) la adquisición de los bienes o servicios que provea la entidad, si fuere el caso,

B) la provisión de fondos y otros recursos en nombre de la organización a fin de mejorar tanto las prestaciones ofrecidas, bienes o servicios, así como el desarrollo de la actividad propia de la entidad, su "core business".

Es bastante obvio que el punto b) representa una condición implícita contractual que es probablemente imposible de aplicar.

El ordenamiento jurídico italiano, así como los tribunales italianos aún no se han enfrentado directamente el problema de la protección de los aliados privados. Aún en el supuesto de que las tradiciones de derecho civil se apoyan en un sistema completo de normas sugiere que, si fuere el caso, los jueces serían capaces de encontrar el camino para hacer cumplir los deberes.

La comparación entre los enfoques de los Estados Unidos y el italiano subraya claramente que en los Estados Unidos, ya se ha desarrollado una doctrina legal. Por supuesto, esto se debe a la función tan importante que las organizaciones de las ESAL de la economía, ocupan en el mercado americano.

Con la decisión tomada en 2005, la Corte de apelaciones de California ha reconocido finalmente una dimensión contractual a las donaciones realizadas por los aliados. Sin embargo, el imperio de la Ley señalado de esta sentencia establece que no todos los aliados tienen derecho a solicitar al tribunal de justicia por incumplimiento de contrato, es decir sólo aquellos que han especificado su donación bajo el cumplimiento de una condición.

Es probable que los tribunales avancen hacia un enfoque más liberal aún, teniendo en cuenta la subcondition como una condición implícita contractual que se deriva de la escritura de constitución.

En Italia, el sector sin fines de lucro se encuentra todavía en una etapa de evolución. A diferencia de los EE.UU., las universidades y los hospitales están normalmente a cargo del Estado y, por tanto, se sostienen con dinero público.

Considerando que la evolución de la transformación de estas estructuras en las organizaciones no lucrativas se hizo más importante, las acciones civiles en contra del abuso de autoridad de los administradores, como se ha visto, de acuerdo con la ley italiana, sería más fácil reconocer la dimensión contractual de la relación entre los aliados y administradores a través de una interpretación extensiva del art. 809 (donazioni indirette). Esto daría derecho a los primeros a demandar a estos últimos por violación de las normas relativas al mandato.

Al mismo tiempo, el razonamiento legal basado en el concepto de donazioni indirette no podría funcionar en nombre de los aliados que son, finalmente, consumidores de la organización sin fines de lucro. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, su contribución sólo representa el importe a pagar por los servicios o productos que compran. La causa de su operación que es la función socio-económica (funzione socio-economica), es el intercambio de dinero por una actuación específica. Sólo sobre el rendimiento específico tal, un abuso de autoridad puede dar derecho a los consumidores a demandar a la organización por incumplimiento de contrato. Esto pone de relieve cómo el enfoque Estadounidense, basado en la idea de que los beneficiarios que mantienen un interés especial podrán solicitar a la corte por el incumplimiento de las obligaciones fiduciarias (independientemente de la existencia de una relación contractual que permita aplicar por incumplimiento de contrato), sería asegurar un sistema más completo de dispositivos de monitorización.

La comparación entre los enfoques de los Estados Unidos y el italiano subraya claramente que en el primero ya ha desarrollado una doctrina legal. Por supuesto, esto se debe a la parte importante que las organizaciones de las ESALDE LA ECONOMIA, ocupan en el mercado americano.

Con la decisión tomada en 2005, la Corte de Apelaciones de California ha reconocido finalmente una dimensión contractual a las donaciones realizadas por



los clientes<sup>10</sup> . Sin embargo, el imperio de la ley señalado en esta sentencia establece que no todos los clientes tienen derecho a solicitar al Tribunal de Justicia por incumplimiento de contrato, sólo aquellos que han especificado el subcondition de su regalo.

Es probable que los tribunales den un paso más hacia un enfoque más liberal aún, teniendo en cuenta la subcondition como una condición implícita contractual que se deriva de la escritura de constitución.

En Italia, el sector sin fines de lucro se encuentra todavía en una etapa de evolución. A diferencia de los EE.UU., las universidades y los hospitales están normalmente a cargo del Estado y, por tanto, con dinero público.

Considerando que la evolución de la transformación de estas estructuras en las organizaciones no lucrativas se hicieron más importantes las acciones civiles en contra de abuso de autoridad de los administradores .Como se ha visto, de acuerdo con la ley italiana, sería más fácil reconocer la dimensión contractual de la relación entre los clientes y administradores a través de una interpretación extensiva del art. 809 (donazioni indirette). Esto daría derecho a los primeros a demandar a este último por violación de las normas relativas al mandato.

Al mismo tiempo, el razonamiento legal basada en el concepto de donazioni indirette no podía trabajar en nombre de los clientes que son consumidores de la organización sin fines de lucro. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, su contribución sólo representa el importe a pagar por los servicios o productos que compran. La causa de su operación que es la función socio-económica (funzione socio-economica), es el intercambio de dinero por una actuación específica. Sólo sobre el rendimiento específico tal, un abuso de autoridad puede dar derecho a los consumidores a demandar a la organización por incumplimiento de contrato. Esto pone de relieve cómo el enfoque estadounidense, basado en la idea de que los beneficiarios que mantienen un interés especial podrán solicitar a la Corte por el

---

<sup>10</sup> clientes :donantes, patrocinadores, auspiciadores

incumplimiento de las obligaciones fiduciarias (independientemente de la existencia de una relación contractual que permita aplicar por incumplimiento de contrato), sería asegurar un sistema más completo de dispositivos de monitorización.

Suponiendo que una solución legal debe existir, ya que el sistema es completo, el razonamiento jurídico a que conduce este trabajo es plantear que se conciben las contribuciones de estos financiadores como "donazioni indirette", lo que subraya el papel tan importante que juega la academia jurídica en materia civil.

La donazione " indiretta " está representada por un acto gratuito destinado a lograr un alcance que va más allá del mero enriquecimiento de la otra parte (Cendon y Baldassarri, 2007). En el caso de las contribuciones empresariales a las organizaciones no lucrativas, es evidente que el alcance de la primera es para proporcionar ventajas para los beneficiarios de las actividades. Sin embargo los aliados no otorgan sus donaciones directamente a los beneficiarios, sino que prefieren utilizar las organizaciones de las ESAL de la economía, como dispositivo de intermediación. Al hacer esto, ellos no se dan cuenta de que se trata de una donación simple; es decir, su acto no cumple con los requisitos establecidos en los artículos (769 ss.) que se ocupan del contrato de donación, sino que crean otro tipo de relación contractual que refleja el esquema del "mandato" (este esquema contractual de alguna manera presenta características que en la ley están relacionados con la equidad de la relación de agencia y / o de confianza).

A través de los enunciados de este capítulo hemos visto como se trata en las grandes familias jurídicas el tema de las ESAL y el subyacente de la agencia aplicado a las mismas instituciones. Veremos en el próximo capítulo qué sucede en Colombia con tales instituciones y cómo opera el sistema normativo.

## CAPÍTULO 3

### **Las formulaciones del código civil colombiano, su contexto y significación.**

Veremos en este capítulo el tratamiento que reciben las ESAL en Colombia y qué sucede con tales instituciones y cómo opera el sistema normativo.

#### **3.1 Aproximación a las orientaciones actuales**

El art. 633 del cc precisa que “se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.

De esta afiliación a la teoría de la Ficción, se derivaron efectos como el del art 1504 que indica que la personas jurídicas son incapaces relativos. O la exigencia de creación, para que las fundaciones pudieren considerarse personas jurídicas, (CC art. 634). o la incapacidad absoluta para la adquisición de bienes por parte de comunidades, corporaciones, asociaciones y entidades religiosas, no obstante su condición de personas jurídicas. (CC, Art. 644) , la restricción en materia de enajenación de bienes raíces de las corporaciones,(CC arts. 643,645), todas ellas tributarias de la clásica teoría de la ficción. Estos condicionamientos o han desaparecido o se han atenuado en virtud de legislación posterior<sup>11</sup> y del nuevo contexto constitucional inspirado en nuevas concepciones políticas, sociales y jurídicas.

La CN (art 189, núm. 26) prevé como función del Presidente de la República la inspección y vigilancia de sobre entidades de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en lo esencial se cumpla la

---

<sup>11</sup> (Concretamente estas normas fueron derogadas por el artículo 45 de la Ley 57 de 1887)

voluntad de los fundadores. Además, en el art 355 autoriza la contratación con estas entidades con el fin de impulsar programas de interés público, esto en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal.

En forma no muy específica la CN de 1991, art. 103 parece haber introducido la noción de ONG “Asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales...”

El derecho colombiano establece que entidades sin ánimo de lucro de iniciativa estatal, asociaciones de entidades públicas, o mixtas, se sometan a las disposiciones del CC. Que son reguladas por el Título XXXVI y las disposiciones complementarias

*Del concepto de persona jurídica sin ánimo de lucro.*

Los fundadores y los partícipes o miembros han de perseguir propósitos diferentes al ánimo de lucro, para lo que establecen la adecuada política de precios, o que, si eventualmente los obtiene, lo dedican a la misma actividad sin fin de lucro.

Debe distinguirse entre lucro subjetivo y lucro objetivo: en la asociación no debe existir lucro, pero solo cuando se entiende el lucro en sentido subjetivo, es decir, lucro de los socios. El lucro social, o lucro objetivo sin distribución del mismo entre los asociados, no desnaturaliza la esencia de la asociación

Sobre el particular el Consejo de Estado ha sostenido que “el criterio de lucro o las finalidades de lucro no se relacionan,... a las utilidades obtenidas, sino a las destinación que se le dé a las mismas <sup>12</sup>...” (Tafur Galvis, p8)

De las fundaciones también se halla proscrito el fin lucrativo, aunque estas entidades no reúnen miembros o asociados.

Respecto a lo anterior, distinguimos varias posibilidades, desde las llamadas empresas con núcleo fundacional o asociativo, pasando por la participación en asociaciones y fundaciones como socios, inclusive mayoritarios, en sociedades

mercantiles, hasta la situación de directa e inmediata titularidad de la empresa por parte de aquellas instituciones.

A la fecha consideramos a la Fundación como instrumento jurídico flexible, útil para muy diversos propósitos en aras siempre de del interés general. Esta conclusión la sacamos de la proliferación de estas en diferentes ámbitos de la vida política y económica del país. Hasta el punto que la comisión de expertos del gobierno colombiano designada por el gobierno para acometer una reforma integral al régimen tributario nacional, ha puesto como uno de sus objetivos fundamentales un rediseño del esquema contributivo de las ESAL. Así encontramos las Fundaciones de empresa, patrocinadas por estas, y las fundaciones de desarrollo comunitario

La propuesta doctrinaria descrita ha sido también reconocida en el Derecho colombiano y en tal sentido se acepta que además de los actos necesarios de conservación patrimonial, se acepta que las instituciones sin ánimo de lucro no pierden ese carácter a pesar de que usualmente celebren actos comerciales. En el ámbito tributario, deben someterse al régimen especial propio a las entidades sin ánimo de lucro que realizan actividades de captación y colocación de recursos financieros y deben estar sometidas a la vigilancia de la Superintendencia financiera, estatuto tributario, artículo 19-2, con las modificaciones de la ley 863 de 2003.

### 3.2 Gradación de la actividad no lucrativa

Según las características del régimen específico la finalidad de interés general desborda el concepto de filantropía caritativa, (propia del derecho inglés). Por ejemplo en el derecho de los Estados Unidos se distinguen cuatro tipos de Fundaciones: Independientes, destinadas a prestar ayuda social, religiosa, educativa y otras actividades similares, de ejecución, Investigaciones o prestación directa de servicios, de carácter comunitario, sufragadas por particulares, o instituciones que conceden ayudas de carácter social, religioso o con otros fines filantrópicos dentro de una comunidad o región específica. Según estas

modalidades hay variedad en el origen de los fondos independientes, con aportes de particulares, corporativo o patrocinadas por empresas (son organizaciones específicas y autónomas para conceder ayudas, pero mantienen vínculos estrechos con las empresas de financiación).

Dentro de los fines de las ESAL, nuestra ley circunscribe las finalidades de la Fundación a la beneficencia pública( art 633 CC) y al ámbito un poco más amplio de la utilidad común( art. 3 , D 054 de 1974, y de interés social ( art 30 CN), dentro de los cuales caben, beneficencia, lo científico, deportivo, cultural, recreativo, educativo, literario, religioso( art. 44 CN ) y otras no necesariamente altruistas como la defensa de un gremio, profesión u oficio.

En ocasiones el propio Estado determina que para la prestación de determinadas actividades y servicios, se de la definición de utilidad común, como en el caso de las instituciones de educación superior-ley 30 de 1992.

En el derecho comparado se requiere la declaratoria formal de utilidad pública por el estado, la cual habilita para el ejercicio de ciertas actividades y la aplicación de un régimen especial.

Esta declaratoria, en los regímenes donde se prevé, debe ser solicitada luego de un término mínimo de existencia e implica la adopción de Estatutos. Tipo, fijados por el estado, cuyo incumplimiento puede desembocar en la revocación de su reconocimiento.

*La función del elemento patrimonial .la exigencia de la dotación inicial.*

Acerca de la necesidad de que la declaración de voluntad fundacional vaya acompañada de la efectiva dotación o asignación de los bienes destinados a la consecución de sus fines, parece existir opinión generalizada en la doctrina. Sin perjuicio de que esta pueda complementarse o ampliarse en actos posteriores, pero está claro que la dote no puede provenir solo de la afluencia futura de disponibilidades sin la existencia de un patrimonio propio inicial, lo cual no encaja en el concepto jurídico de fundación. Así lo es en Colombia, en donde este requisito

funge como esencial para el otorgamiento de la personería jurídica. (Decreto 1831 de 1988).

#### *Las fundaciones gerenciales y de empresa*

Recientemente han surgido las fundaciones denominadas de "tipo gerencial", como las de promoción y financiamiento que ponen su acento en la capacidad de generar fondos y de atraer recurso, trasladando el punto clave de la dotación, a la organización de la fundación. En el derecho francés se regula por la ley 90.559 del 4 de julio de 1990 para facilitar el mecenazgo efectuado por sociedades mercantiles con medios más débiles que los de las fundaciones tradicionales. Ha sido ej.: España Ley 30 ya mencionada y proyectos de fundaciones en Italia y Portugal. Destacamos la institución del silencio administrativo positivo si en 4 meses no se responde a la solicitud de autorización y la existencia de un control muy estricto de las cuentas, a través del comisario de cuentas.

En los EE.UU existen una multitud de fundaciones de empresas, inclusive de familias que no comportan dotación alguna de capital y que son alimentadas por aportaciones anuales de los fundadores. Estas fundaciones deben ser GRANT MAKING FOUNDATIONS (cuyo patrimonio se integra mediante el compromiso de asignaciones y subvenciones por parte de los fundadores y no OPERATING FOUNDATIONS (con asignación inicial de capital).

En el Derecho colombiano existe un auge de esta modalidad de fundaciones mediante las cuales se realiza la "RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL" (R.S.E.). Cito como ejemplo a la fundación Restrepo barco, Carvajal, compartamos por Colombia, Éxito, corona, ideas para la paz, Mario santo Domingo, Saldarriaga Concha, social, fundauniban, grupo bolívar, compartir, luker, con variedad de objetos específicos pero que responden al concepto mencionado.

#### *Transformación y fusión en las ESAL*

No existe previsión en tal sentido en el código civil, ni Las disposiciones ulteriores que rigen la materia de manera general. Sin embargo, el legislador bien puede

establecer supuestos específicos al respecto, como sucede con las cooperativas y organismos de economía solidaria con las leyes 545 de 1998 y b975 de 2003, art 102. También, con los órganos competentes de las ESAL, dentro de los límites de la ley que las regula y salvo las prohibiciones expresas, decidir sobre los supuestos en mención.

Así las cosas, podemos afirmar que las ESAL no pueden ser transformadas en personas jurídicas con fin lucrativo o viceversa. Tampoco será posible la fusión de una entidad lucrativa con una asociación sin ánimo de lucro. Las fundaciones no pueden ser transformadas o fusionadas con asociaciones, puesto que en la primera lo esencial es la existencia de un patrimonio afectado a un fin pre establecido y en las asociaciones la esencia radica en el elemento personal. Lo anterior no obsta para que se constituyan asociaciones cuyo objetivo sea la búsqueda de un interés general (instituciones de educación superior) o fundaciones en las cuales el elemento "organización" (que no asociativo, stricto sensu) desplaza la preponderancia del elemento patrimonial.

Las asociaciones sometidas a regímenes especiales por razón de su finalidad u objeto, pueden transformarse en asociaciones sometidas a régimen común, previa modificación del objeto y con las autorizaciones pertinentes. Las asociaciones del régimen común, pueden modificar su objeto, siempre y cuando, en razón del nuevo objeto resulten sometidas a un régimen especial. ( estatuto tributario , artículo 505) .

En el caso de las fundaciones, cuando el fin previsto llegue a ser de imposible cumplimiento, o los bienes y medios resulten insuficientes o las reglas del fundador resulten inadecuadas( avances científicos, por ejemplo, permite que la autoridad , de manera motivada, ya sea el legislador ( Art. 62 CN) O El P. de la R.( art 189-26 CN), el primero mediante la asignación a una entidad similar de carácter fundacional o una pública con fines similares y el segundo disponer modificaciones dirigidas al cabal logro del fin, cumpliendo en lo esencial la voluntad de fundador. La fusión puede ser voluntaria y ha de constar en escritura pública registrada, u obligatoria mediante decisión judicial a instancias de la autoridad de control



### *Causales de extinción*

Sólo la destrucción de los bienes destinados a la manutención de la fundación comporta la extinción de esta. Así que la insuficiencia o inadecuación de los bienes no puede ser invocada como causal. Sin embargo no existe obstáculo constitucional para que el legislador establezca esta circunstancia, la insuficiencia o inadecuación, como causal de extinción atendiendo Las características del objeto desarrollado, tal como se ha hecho con las fundaciones dedicada al El art 648 de CC establece que la autoridad que legitima la existencia de asociaciones o corporaciones, debe proveer la continuidad y subsistencia jurídica de las mismas.

En principio bastara con la voluntad de los asociados, de acuerdo al estatuto, para decretar su extinción, y su posterior inscripción y registro. Lo anterior sin perjuicio de que en ciertas circunstancias la autoridad pueda ordenar la cancelación de la personería o promover la misma ante el juez competente.

Cuando se dé la circunstancia de que se ha cumplido íntegramente el fin dispuesto por el fundador, en Colombia los bienes podrán ser destinados a una finalidad similar sin necesidad de la extinción o destinar los recursos a otra institución que cumpla finalidades similares. Existen legislaciones que prevén esta como causal obligatoria de extinción. Es lo que conocemos como Fundación agotada.

La imposibilidad de cumplimiento de la finalidad establecida la regula el art. 650 del CC<sup>iii</sup> que ofrece la posibilidad de adecuación de los fines originariamente previstos o la actuación de la autoridad estatal, art 189,26, en concordancia con al art. 62 de la CN.

### *Cumplimiento del término*

La ley vigente, decreto ley 2150 de 1995, art. 40 prevé el termino de duración, al final del cual debe extinguirse la persona jurídica disposición aludida pone de presente la posibilidad de “modelización”, en especial las asociaciones, cuyos partícipes pueden pactar condiciones resolutorias o términos de acaecimiento que lleve a la extensión de la persona.

En cuanto a las fundaciones es claro el hecho de permanencia e irrevocabilidad del acto fundacional, hasta el punto que en el acto constitutivo se debe expresar que su duración es indefinida- párrafo 1º, art.1º del Decreto 427 de 1.996.

En España la ley 30 de 1994, de las fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, en el Art. 29 señala que la fundación se extingue cuando expire el plazo para el que fue constituida, poniendo en evidencia la presencia de la FUNDACION TEMPORAL, así que, transcurrido el tiempo, la fundación se extingue de pleno derecho (art. 30 de la misma ley).

También en el derecho francés las llamadas fundaciones de empresa (ley de 4 de julio de 1990), se pueden constituir las fundaciones de empresa para una duración determinada y su programa de actividad debe ser desde su origen financiado (con una cuantía mínima)

#### *Régimen tributario*

La ley 75 de 1986, modifico sustancialmente el anterior régimen, Decreto 2053 de 1974 y el estatuto tributario (decreto ley 624 de 1989) en el marco de la misma ley estableció un régimen normativo especial frente al general aplicable a las sociedades, y por otra, regímenes internos de excepción que permiten en algunos casos la exención del gravamen y en otros su reconocimiento de no contribuyentes.

Dispuso el Estatuto Tributario que las cajas de compensación, fondos mutuos, de empleados, pensiones de jubilación y asociaciones gremiales se sometían al impuesto sólo “ con respecto a los ingresos provenientes de actividades industriales y de mercadeo”<sup>13</sup>. Y determina que no son contribuyentes del impuesto de renta y complementarios exceptuó a los sindicatos, instituciones de educación superior, asociaciones de padres de familia, sociedades de mejoras públicas,, el ciat, hospitales, asociaciones de alcohólicos anónimos, juntas de acción comunal, defensa civil, juntas de copropietarios asociaciones de ex alumnos, religiosas y

---

<sup>13</sup> artículo 19 del Estatuto Tributario

políticas, fondos de pensionados y asociaciones y corporaciones de dedicación exclusiva al trabajo social, solidario, cultural y científico, los partidos y movimientos políticos aprobados por el CONSEJO NACIONAL ELECTORAL, las ligas de consumidores . También las entidades que realicen actividades de salud y obtengan permiso de funcionamiento del ministerio de salud y sus excedentes se destinen totalmente a programas de salud, al igual que las Asociaciones de Hogares comunitarios autorizadas por el ICBF.

Las ESAL que realizare actividades financieras y se encontraren vigiladas por la Supe financiera estaban sujetas al impuesto salvo que se tratara de entidades del sector cooperativo, salvo que destinaren sus excedentes en forma diferente a lo establecido en la legislación cooperativa (art. 32, numeral 2°, par. 4°).

#### *Los benefactores*

La legislación se ha orientado en el sentido de permitir invocar como deducciones solo las donaciones efectuadas a favor de determinadas entidades que tuvieran como objetivo asociativo ciertas actividades de interés general (art 126-2 del Estatuto Tributario. Así, entre otras, la ley 223 de 1995, art. 278, dispuso que los contribuyentes que hagan donaciones a organismos del deporte aficionado: clubes deportivos, promotores, comités, asociaciones, federaciones, Comité olímpico colombiano, debidamente reconocidos, tiene derecho deducir el 125% del valor de la donación,

La ley 488 de 1998, dice que quienes hagan donaciones a la Corporación Gustavo Matamoros D 'Acosta y a las organizaciones de densa de los derechos humanos y acceso a la justicia, tienen derecho a deducir el 125% del valor de la donación hecha en el periodo gravable.

Dejamos así descrita la figura de las ESAL en la institucionalidad colombiana, incluyendo, por supuesto el marco normativo en que tales instituciones se desenvuelven.

## **CONCLUSIONES**

En el presente documento se ilustró sobre el tercer sector de la Economía, sector en el cual nacen y viven todas las instituciones sin ánimo de lucro, ESAL, las cuales por su carácter mixto, en la medida en que toman de los otros dos

sectores, el Público y el privado, diferentes elementos que al juntarse en este híbrido generan una serie de relaciones, y estructuras propias de estas y por consiguiente fenómenos y figuras jurídicas de alta complejidad y verdaderamente sensibles para el funcionamiento de ellas.

De lo anterior logramos concluir que la institución de la agencia –agency-, surge con una mayor problemática. Como dijimos esta tiene su origen en la Inglaterra del medioevo. La agencia del Common Law, se ha intentado traducir en los países ligados al Civil Law, como mandato; sin embargo, la definición se queda corta frente a lo que en realidad constituye la agencia en el Common Law.

Al analizar la estructura de la agencia, surge el tema de los costos de transacción ligados a este tipo de relación jurídica. Asimismo surge el problema de la asimetría de información y del riesgo moral entre La administración y el principal<sup>14</sup>, en la medida en que el primero puede ocultar información sobre su labor, para utilizarla en su propio beneficio en vez de hacerlo en beneficio de aquel con quien tiene una relación fiduciaria. Estas conductas por parte del agente, generan unos mayores costos de transacción para los principales y si se habla del ámbito societario es indudable que se hace más onerosa la operación social dadas las divergencias entre administradores y socios. De acuerdo con esta tesis, la Escuela de Análisis Económico del Derecho, ha identificado tres problemas derivados de la agencia y de cuya solución depende una operación eficiente de la empresa y una mayor eficiencia en la obtención de recursos por parte de los socios. El primero de estos problemas surge de la relación entre los socios con sus administradores. Allí, el problema radica, como ya se enunciaba, en que los administradores muchas veces buscan satisfacer sus propios intereses, pasando el beneficio de los socios a un segundo plano y desnaturalizando la función para la que se constituye la sociedad: el beneficio de los socios.

---

<sup>14</sup> Entendemos por principal la persona, jurídica o natural, singular o plural, que contribuye a la formación de los entes sociales, económicos, sociales, institucionales: promotores, socios, auspiciadores, patrocinadores, financiadores etc.

El segundo de los problemas, se da en la relación con los diferentes grupos de accionistas que puede haber en una sociedad. En primer lugar está el abuso de la posición de las mayorías. Este no es extraño para el ordenamiento jurídico colombiano, pues algunas decisiones de la Superintendencia de Sociedades ya han comenzado a hacer referencia al mismo. En el Common Law, se ha dicho que las mayorías tienen la posición de agente con respecto a las minorías y tienen con ellos ciertos deberes como el de lealtad y buena fe. En segundo lugar están los bloqueos a las decisiones societarias, que se dan básicamente en el enfrentamiento entre grupos de accionistas con el mismo poder de voto y en los cuales la posición de agente es en cierto sentido recíproca. En tercer lugar están los problemas derivados de los bloqueos producidos por grupos de accionistas minoritarios que aprovechan las mayorías calificadas para impedir el buen funcionamiento de la sociedad. En este caso, el grupo minoritario asume la posición de agente y los demás accionistas la posición de principales.

El tercer problema de agencia hace referencia a la posición de los acreedores externos con respecto a la sociedad. La sociedad al tener débitos, debe actuar en la posición de una agente que administra el patrimonio de un tercero. En este problema, la sociedad asume la posición de agente y los acreedores externos la de principal. Este tercer problema es en gran medida desarrollo de los dos anteriores, en la medida en que por ejemplo en el caso de los concursos, los acreedores externos se comportan como grupos de accionistas y el promotor o liquidador según el caso, se comporta como un administrador, por lo tanto le son imputables las categorías ya descritas.

En palabras de Hansmann y Kraakman, “el núcleo del problema de agencia es que dado que La administración en general tiene una mejor información que el principal, sobre hechos relevantes de la compañía, el principal, no puede, sin incurrir en costos adicionales asegurarse de que el desempeño de La administración será el prometido”.

Mediante el estudio del primer problema de agencia se puede comprender que el objeto de estudio de la institución de los administradores, no es analizar su

estructura formal dentro de las sociedades de capital. Más bien se trata de entender el problema de agencia que existe entre los socios y los administradores, que en términos de Berle y Means se puede expresar como la separación de la propiedad accionaria y el control de la sociedad.( Berle y Means, 106).

Se trató de demostrar que los deberes fiduciarios ayudan a cerrar un poco la brecha que deja tal separación o, si se quiere, a solucionar el problema de agencia entre socios y administradores. Sin embargo los mencionados deberes deben ser aplicados por los jueces con absoluta precaución, atendiendo a la regla de la discrecionalidad -business judgement rule-, y deben ser consagrados en las legislaciones bajo un régimen especial de responsabilidad que no limite la asunción de riesgos inherentes a la actividad empresarial.

Queda entendido que hay relaciones fiduciarias de muchos tipos. Aun así, donde cobra importancia la existencia de los deberes fiduciarios, es en las relaciones donde no hay posibilidad de control por parte del sujeto delegante de las funciones objeto de la relación. De todos modos, aunque el problema de agencia entre socio y administrador, es relevante en países de tradición jurídica romano germánica, tiene menos importancia que en países como Estados Unidos, donde la dispersión de la propiedad del capital es mayor y por lo tanto surge la necesidad de controlar. Sin embargo, a medida que los mercados de inversión se siguen abriendo, y Colombia cobra mayor relevancia, también lo hace la necesidad de controlar a los administradores y por ende se hace más necesaria la adopción de la doctrina explicada.

El segundo problema de agencia implica como el primero y el tercero, costos de transacción bastante altos y cuya solución se encuentra en la mayoría de las ocasiones en las manos de quienes costean la persistencia de dicho problema. Sin embargo, como bien lo ha anotado la escuela del Análisis Económico del Derecho, las motivaciones egoístas son lo suficientemente fuertes como para preferir agregados económicos menores a los que se podrían obtener si existiera cooperación. Sin embargo, el problema no puede pasarse por alto, cayendo en la falacia conformista de dejar las cosas tal y como están por ser esta la naturaleza de

los accionistas con posiciones de poder en una sociedad. En un mercado naciente y con perspectivas como el colombiano, es necesario crear un marco en el cual las inversiones, desde las pequeñas hasta las mayores sean respaldadas por un sistema judicial capacitado para resolver conflictos especializados, como los descritos.

El segundo problema de agencia, constituye tal vez el más sensible de los tres problemas pues involucra el poner en cuestión el poder ilimitado que en general otorga la acción a su propietario. Sin embargo, hay que resaltar que las limitaciones al derecho de voto, si bien son presentadas de manera muy sencilla por la mayoría de los autores, hay que decir que su aplicación requiere de una muy responsable aplicación del criterio de los deberes fiduciarios, con el fin de no convertir la protección a los grupos accionarios en una vía para la proliferación de demandas temerarias.

Las relaciones de la sociedad con sus acreedores merecen especial atención dentro del análisis propuesto. De dichas relaciones pueden resultar excepciones a la regla de la responsabilidad limitada, regla vital para el funcionamiento de las sociedades de capital, pero que debe ser utilizada con precaución, de tal forma que no se incentiven actuaciones oportunistas de los socios.

La diferencia entre compañías solventes e insolventes es importante al momento de analizar el tercer problema de agencia. Para evitar el mencionado problema en las compañías solventes, se debe partir de que, la compañía no sólo debe ser dirigida en interés de sus socios, sino que hay que tener en cuenta que hay otros agentes que tienen interés en que la compañía se conduzca hacia el éxito económico, porque de eso depende su propio bienestar. En las compañías que se encuentran en un estado de insolvencia, hay que analizar dos tipos de problemas: (i) el que se refiere a los conflictos entre el administrador del concurso y los socios. Este tema se soluciona bajo el esquema de la relación fiduciaria y sus deberes intrínsecos; y (ii) el problema entre los acreedores cuando estos pasan a tomar posesión de la compañía que se soluciona bajo el esquema propuesto en el segundo problema de



agencia, relativo a los abusos de las posiciones de los grupos de accionistas para ejercer el derecho de voto.

La aplicación de las estrategias para resolver el tercer problema de agencia es incipiente en Colombia. Las figuras que se encuentran vigentes en el ordenamiento nacional, carecen de la modernización que tienen sus pares en Estados Unidos, especialmente en lo que respecta a las transacciones de las compañías en proceso de constitución.

La proliferación incesante de las organizaciones del tercer sector de la economía, indica problemas organizativos, misionales, y más claramente, de asignación de recursos que son comunes en el sector privado. La diferencia está en que para los últimos se han desarrollado herramientas legales con el fin de permitir a los accionistas reclamar directamente la responsabilidad de sus consejos de administración, mientras que los consejos de administración de las “ESAL” siguen funcionando con un sistema muy débil de supervisión.

En esta forma, a través de este trasegar por los vericuetos normativos y estructurales que rigen a las entidades sin ánimo de lucro, en Colombia, comparado con el tratamiento que reciben estas instituciones en las grandes familias legales, Civil y Common Law, tomando como ejemplo la legislaciones Italiana y estadounidense, encontramos que Colombia no se encuentra lejos de ellas tanto en el ordenamiento positivo como en las falencias y dificultades que ellas generan al interior de nuestra sociedad, siendo el problema de agencia el eje central de su problemática y la necesidad de ajustar los procedimientos y leyes a la creciente importancia de las ESAL en la economía.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### Referencias

ACG [1978/], “The Fiduciary Duties of Loyalty and Care Associated with the Administrators and Trustees of Charitable Organizations”, *Virginia Law Review*, Vol. 64, No. 3.

Archibald, James [2004], "Pledges of Voluntary Contributions to the United Nations by Member States: Establishing and Enforcing Legal Obligations", the George Washington International Law Review, Vol. 36.

BERLE, Adolf A. y MEANS, Gardiner C. The Modern Corporation & Private Property. 1932.

Berlucchi, A. [2001], "Prime brevi riflessioni in tema di controllo sulle fondazioni alla luce della normativa vigente e delle prospettive di riforma", Giustizia Civile, Vol. I.

Black's Law Dictionary. Eight Edition. Thompson West. 2004.

Brody, Evelyn [1996], "Institutional Dissonance in Non-profit Sector", Villanova Law Review. Vol. 41.

Calabresi, Guido [2000/September], "A Common Law for the Age of Statutes", Law book Exchange.

Cendon, Paolo and Augusto Baldassarri [2007], "Codice Civile Annotato con la Giurisprudenza", Utet Giuridica.

Corapi, Diego [2003], "L' Unificazione Parziale del Codice di Commercio e del Codice Civile in Brasile", Rivista di Diritto Commerciale, Vol. I.

Corapi, Diego [2006], Lectures on Private Comparative Law for Undergraduate Students.

Cima, Stefano [2001/November], "Il profilo del non-profit italiano dai dati del primo censimento" in: Bruni, L. (ed.) IL settore non-profit: una risorsa per IL mercato e per la società, "Working Paper" no. 36, Università degli Studi, Bicocca.

De Franchis, Francesco [1984], "Dizionario Giuridico-Law Dictionary", Vol.I: Inglese-Italiano, Giuffrè, Milano (ed.).

Fama, Eugene and Michael Jensen [1983/June], "Agency Problems and Residual Claims", Journal of Law and Economics, Vol. 26.

Galgano, Francesco [1969], "Delle persone giuridiche" en: Commentario del Codice Civile, A. Scialoja and G. Branca (eds.).

Gibelman, Margaret and Sheldon Gelman [2000/July], "Very Public Scandals: An Analysis of How and Why Nongovernmental Organizations Get in Trouble", A Working Paper, presented at the International Society for Third-Sector Research (ISTR) Fourth International Conference, Dublin, Ireland.

Hansmann, Henry [1980/April], "The Role of Non-profit Enterprise", the Yale Law Journal, Vol. 89, No. 5.

Hansmann, Henry [1981/January], "Reforming Non-profit Corporation Law", the University of Pennsylvania Law Review, Vol. 129, No .3.

Hansmann, Henry, Rainier Kraakman et al. [2004/March], the Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach, Oxford University Press. CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

STUART ETHERINGTON (2008) does a strong and independent third sector mean a strong and healthy civil society

Escuela de negocios de la Universidad Duque::) A Bree Guide to Understanding the Social Sector

De Piero, Sergio. Organizaciones de las instituciones sociedad Civil. Buenos Aires, Paidós, 2005. Pag. 41

Houston, Michael [2005], "Estate of Wall v. Commissioner: An Answer to the Problem of Settlor Standing in Trust Law?" Northwestern University Law Review, Vol. 99, No. 4.

Lloyd, Duhamel [2007/May], "Part 3: Consideration & Deeds". Se encuentra en <http://www.duhaime.org/LegalResources/Contracts/LawArticle-88/Part-3-consideration-Deeds.aspx>.

Ortman and Schlesinger [2002], "Trust, Repute, and the Role of Non-profit Enterprise", E n: Ben-Nerd, Aver and Helmut Achier (eds.), the study of Non-profit Enterprise: Theories and Approaches, Kluwer/Plenum.

Peratoner, Ricardo [2003], "Le Dimensiona Implicita del Contrato". Se encuentra en [http://disge.unipmn.it/ricerca/papers/IMPLICIT\\_DIMENSION\\_OF\\_CONTRACT.pdf](http://disge.unipmn.it/ricerca/papers/IMPLICIT_DIMENSION_OF_CONTRACT.pdf).

Romano, Roberta [2005/May], "The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance", the Yale Law Journal, Vol. 114.

Sloan, Charles [1913], "Civil Jurisprudence: Gratuitous transfer, or gift of ownership of property", The Original Catholic Encyclopedia. Se encuentra en [http://oce.catholic.com/index.php?title=Donation\\_\(in\\_civil\\_jurisprudence\)](http://oce.catholic.com/index.php?title=Donation_(in_civil_jurisprudence)).

TAFUR GALVIS, Alvaro. Personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro. Editorial Temis, 1990.

Tamburrini, Giovanni [2009/January], "The Agency Problem in Non-profit Corporations", International Journal Civil Society Law. Vol. VII, Issue I.

Torrente, Andrea [2006], "La Donazione", Trattato di Diritto Civile e Commerciale, Giuffrè.

Cite as: Giovanni Tamburrini, Non-profit Organizations and Patrons ' Protection: A Comparative Legal and Economic Analysis of Civil Law and Common Law Systems, vol. 1 3. 3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW , (September 200 9), <<http://www.ejcl.org/1 31 /art1 33 - 8 pdf>

ZULUAGA FELIPE y, MIGUEL LOTERO ROBLEDO, UNIVERSIDAD EAFIT, ESCUELA DE DERECHO, MEDELLIN, 2010, LOS PROBLEMAS DE AGENCIA EN MATERIA SOCIETARIA: ANÁLISIS COMPARADO, Trabajo de grado para optar al título de Abogado

---

#### ABREVIATURAS

CPC Código DE PROCEDIMIENTO CIVIL COLOMBIANO

<sup>ii</sup> C. de Co: CODIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA

ET: Estatuto Tributario

CC : <sup>iii</sup> Código Civil CODIGO CIVIL COLOMBIANO

<sup>iii</sup> CN:CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

ESAL: EMPRESAS SIN ANIMO DE LUCRO