

LA FUNDACIÓN EN DERECHO PRIVADO MEXICANO

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA*

RESUMEN: Se columbra en nuestro país un futuro halagüeño para la filantropía, particularmente para la fundación, por lo que nos parece obligado difundir su régimen jurídico. Para ello se examinan aspectos relevantes de la misma como antecedentes, concepto, constitución, elementos, naturaleza jurídica, personalidad jurídica, órganos de gobierno, intervención del Estado y régimen fiscal. Particular énfasis se dedica a la aportación del derecho canónico con el surgimiento de la fundación autónoma; así como la declaración unilateral de voluntad (autovínculo) como peculiar rasgo jurídico de la institución aquí examinada.

ABSTRACT: Since our Country holds a bright future for philanthropy, particularly for the foundation, we find ourselves compelled to publish its legal basis. Examined for this purpose, are the relevant aspects thereof, such as antecedents, concept, constitution, elements, legal nature, legal identity, governmental entities, State intervention and tax regulations. Particular emphasis is devoted to the contribution of Canon Law with the development of the autonomous foundation, as well as the unilateral declaration of will (self-connection) as a peculiar legal characteristic of the institution examined here.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Las fundaciones parten del principio de que la democracia y la filantropía denotan conceptos fundamentales.

Enrique ALATORRE

I. PRELIMINAR

Las agrupaciones de carácter privado y las fundaciones surgen espontáneamente de la vida social, como poderosos medios de resistencia y embestida en la eterna conquista de la naturaleza, en la que se agota y engrandece la Humanidad. Pero para que tengan vida legal, jurídicamente productiva, se tienen que modelar según los cánones del derecho privado.¹

Además, las fundaciones son *instrumentos* institucionales que nuestra sociedad estima convenientes, no sólo y no precisamente por sus ventajas fiscales, sino por su utilidad general.

Dicha utilización beneficia a la asistencia privada —aplicación muy solicitada en nuestro medio y de acuerdo con la nueva ley, figura exclusiva— pero también conviene señalar que esta figura es solicitada en España, por ejemplo, en otros sectores inimaginables como pudieran ser la actividades económicas que desarrollan las empresas.

Ahora bien, la doctrina de las personas jurídicas distingue entre universalidades de *personas* y universalidades de *cosas*. Entre éstas se hallan las *fundaciones*, en donde el elemento *definidor* de la ficción jurídica personificadora es un *patrimonio*. El diseño de este tipo de universalidades de bienes se ha aplicado, en algunos países, por vía de ampliación o de simetría y congruencia, a la figura de las sociedades mercantiles. En ellas, es también el *capital* y no las personas que las constituyen, lo que caracteriza la persona moral.²

Efectivamente, hoy en día, es cada vez más frecuente que subsistan grandes capitales cuya sola titularidad genera obligaciones difícilmente llevaderas. Se recurre, entonces, a la ficción jurídica de ocultar la titularidad subjetiva de esa porción de capital con el artificio de una nueva

1 Bevilacqua, Clóvis, *Resumodas Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado*, Bahia, Fonseca Magalhães, 1987, pp. 151 y 152. En el mismo sentido, Ruggiero, R. de, *Instituições de Direito Civil*, trad. de Ary dos Santos, Sariva, 1934, vol. I, pp. 430 y 451.

2 Fernández Hierro, J. M., “La fundación: somero análisis de la ley 12/1994 del Parlamento vasco”, *E. D.*, vol. 44/2, julio-diciembre de 1992, p. 398.

ficción: otra sociedad capitalista que es solamente tenedora de bienes y deviene en cobertura de una titularidad de persona física.³

En tales casos ¿no convendría la desvinculación o ausencia de sujetos con titularidad dominical y con las cargas y gravámenes que ello implica, para determinadas situaciones? Nos hemos enterado que actualmente ya existe un mecanismo legítimo y meramente funcional de gran cantidad de acciones pertenecientes a importantes empresas que se han atribuido a *fundaciones* con el fin de descargar patrimonios personales de activos cuyo significativo paquete de acciones es ostentado por fundaciones, incluso a solicitud de quienes fueron los propietarios o primeros titulares de dichas acciones.⁴

Lo cierto es que una regulación y fomento oportunos del manejo de la institución o por lo menos de la *forma* fundacional en dichas hipótesis, aportaría transparencia y racionalidad a lo que actualmente se hace por vía casi accidental, en los casos de hecho, en donde se requiere la articulación de un valioso patrimonio cuya titularidad al fraccionarse pueda causar problemas, o producir gravámenes y obligaciones desproporcionadas para su eventual adquirente.⁵

Dichas consideraciones nos han motivado para ocuparnos de las *fundaciones* en algunos de sus aspectos, ya que la figura nos resulta prometedora al evolucionar y desarrollarse en nuestro país, de manera que alcance su exacta dimensión en la propia legislación.

En efecto, la pretensión de duración indefinida, el rigor en los mecanismos de extinción del ente, la garantía de perdurabilidad en la forma de perfilar los órganos de administración y representación de dicha institución, quizá permitirán emplear la figura en el futuro, cuando aparezcan situaciones coherentes con las arriba descritas.

II. BOSQUEJO HISTÓRICO

El concepto de fundación (*patrimonio destinado a un fin, al cual la ley atribuye la cualidad de sujeto de derecho*) encuentra las propias raíces en el derecho canónico, pero alcanza una completa elaboración sólo en

³ *Idem.*

⁴ *Ibidem*, p. 399. En España, es bien conocido el caso de “El Corte Inglés”, importante almacén comercial.

⁵ *Idem.*

la época moderna, por obra de la especulación jurídica del s. XIX, particularmente de Heise y Savigny.⁶

La jurisprudencia romana, notoriamente resistente a toda abstracción, no llega —en momento alguno de su historia— a concebir la *personificación* de un patrimonio, o bien la configuración del mismo como *sujeto autónomo* de derechos y obligaciones.⁷ Las *corporaciones*, mas no las instituciones, sí eran personas jurídicas para el derecho romano.⁸ Ello no impidió que los romanos percibieran profundamente la exigencia de destinar determinados bienes a fines de carácter perpetuo, más allá de los límites de esta vida terrenal; es más, ni siquiera puede negarse que ellos hayan atribuido a algunas situaciones una base patrimonial (por ejemplo, las *piā causæ*) con cada una de las funciones de la personalidad. Sin embargo, se advierte inmediatamente que, en el primer caso, dicha exigencia fue satisfecha recurriendo a medios indirectos de diversa índole, antes que utilizar el concepto de *fundación*, y que en el segundo, no se arriba a un reconocimiento general de la *subjetividad jurídica* de los institutos o instituciones. Sentado esto, parece evidente que una indagación dedicada a la *fundación* en el mundo romano debería considerarse equivocada desde el punto de arranque, o bien —lo que es más grave— destinada a desembocar en arbitrarias distorsiones conceptuales.⁹ A pesar de esto, en la época imperial las fundaciones entre vivos o *mortis causa* frecuentemente se utilizaron, aunque conformadas como fundaciones *fiduciarias*.¹⁰ Autores como Brinz se refieren a la constitución de fundaciones alimentarias imperiales (fines del s. I, d. C.) como verda-

6 Cfr. Santalucía, Bernardo, voz: "Fondazione", *E. D.*, t. XVII, G. E., 1968, p. 774. Énfasis nuestro. Heise, *Grundris eines Systems des gem. Civilrechts*, p. 25, cit. por Ferrara, F., *Teoria delle persone giuridiche*, 2a. ed., Turín, UTET, 1923, p. 711; Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. de A. Scialoja, Turín, 1886.

7 En forma diferente piensa E. Petit, al expresar que no sólo las *fundaciones* o *piā causæ*, sino también el propio patrimonio de éstas era considerado por el derecho romano como persona moral. *Tratado elemental de derecho romano*, México, Nacional, 1971, p. 164 (nota 5).

8 Véase Ferrara, *op. cit.*, nota 6, p. 38.

9 Santalucía, *op. cit.*, nota 6. Las cursivas son mías.

10 Véase Ferrara, *op. cit.*, nota 6, p. 39. Un ejemplo de este tipo de instituciones en el derecho griego es el testamento de Teofrastró quien deseando afectar sus jardines a la creación de una escuela filosófica los lega a diez de sus amigos, prohibiéndoles que jamás cambien el destino de dichos bienes. Lo cual no aconteció, puesto que la escuela desapareció desde la segunda transmisión. En cambio, el propio Ferrara —informado en Kohler— nos indica que existió un riquísimo desarrollo de *fundaciones autónomas* en los derechos orientales de la época, particularmente en el derecho islámico, en donde son frecuentes las fundaciones de una mezquita.

deras fundaciones autónomas en el sentido moderno del término, lo cual es poco probable, ya que no estaban dotadas de una *subjetividad jurídica autónoma*, esto es, la masa de bienes carecía de personalidad jurídica, por lo que el emperador era el titular de tales capitales.¹¹

La costumbre de destinar mediante legado o donación *sub modo* (disposición modal) bienes para cumplimentar finalidades de carácter social o cultural declina en el transcurso del siglo tercero para desaparecer casi por completo durante el cuarto; ello debido muy probablemente a la grave crisis económica que siempre afligió más al imperio, aprieto que condujo —por reflejo— a un verdadero agotamiento del vasto fenómeno social que caracterizó los primeros dos siglos de la era cristiana. Otro elemento determinante para la decadencia de las *liberalidades* de la época del principado fue la influencia de la religión cristiana. En efecto, al reconocer Constantino a la Iglesia católica y adquirir pleno reconocimiento legal, es considerada desde entonces *collegium licitum* al que se reintegran todos sus bienes y se permite actuar jurídicamente como tal, y ello, no sólo a la Iglesia universal, sino también a las comunidades eclesíásticas cristianas que por virtud de su capacidad privada, llegaron a ser titulares de patrimonio y pudieron aceptar donaciones, legados, etcétera. Así pues, los preceptos de la caridad y de la beneficencia, enunciados y divulgados por los padres de la Iglesia, propiciaron el surgimiento de instituciones dedicadas al socorro de los pobres y menesterosos. Se constituyeron, entonces, instituciones de beneficencia, de utilidad pública o de carácter social y de culto (iglesias, monasterios, *nosocomia* —*νοσοκομια*— u *hospitales*, *gerontocomia* o asilo de ancianos, *brephotrophia* o establecimientos de recién nacidos, *orphantrophia* o instituciones de huérfanos, *ptochia* o *ptochotrophia* o alojamiento para pobres, *xenodochia* o albergues para viajeros) resultantes de la afectación del patrimonio a fines religiosos o filantrópicos. El origen de dichas entidades se lo debemos, pues, al cristianismo. Estos *pia corpora* eran —según Cossío— verdaderas fundaciones piadosas que la Iglesia administraba.¹²

11 *Idem*; Santalucía, *op. cit.*, nota 6, p. 778.

12 Badenes, G. R., *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, Acervo, 1960, p. 15. Santalucía, *op. cit.*, nota 6, p. 779. *Nosochomium: locus in quo aegroti homines curantur; Gerontocomium:... in quo pauperes et propter senectute solam infirmi homines curantur; Brephotrophium:... in quo infantes aluntur; Orphanotrophium:... in quo parentibus orbatu pueri pascuntur; Ptochium o Ptochtrophium:... in quo pauperes et infirmi homines pascuntur; Xenodochium: o venerabilis*

No parece que dichos institutos (generalmente denominados, con terminología justiniana, *pia causa* —ευσεβεις αιντιοι—), tenían ya la naturaleza jurídica de fundaciones. Quizá —como advierte Gaudemet— los bienes en cuestión continuaban siendo elementos de un patrimonio privado, destinados a obras de caridad, pero sin estatuto jurídico propio, y por tanto sin la garantía de *perpetuidad* de la fundación; por lo que el fin benéfico se debía realizar por intermediación de la iglesia episcopal, la cual ofrecía mayor seguridad en el cumplimiento de la finalidad querida.¹³

La actitud favorable asumida por los emperadores del s. V respecto a los legados *ad pias causas* persiste, mejor dicho se acentúa en la época justiniana. Varias son las disposiciones relativas a dicho asunto. Por lo que se refiere al problema de la personalidad jurídica, la situación no es muy distinta a la que se conoció en la época posclásica.¹⁴

Es verdad que con Justiniano los institutos de beneficencia adquirieron diversas funciones de la personalidad: capacidad de comparecer en juicio, contratar, aceptar donaciones; sin embargo, es evidente que falta en términos absolutos un reconocimiento general de la misma. En particular, falta un claro encuadramiento teórico de las *causas pias* según el perfil de la personificación del patrimonio. En fin, las instituciones, se limitan a conseguir aquí y allá disposiciones esporádicas atinentes a los legados píos sin jamás arriesgar una teorización del fenómeno.¹⁵

Por su parte, Juan Iglesias sostiene que la *concepción* de fundación tiene su origen en la institución romana. La doctrina romanista enseña que: la legislación de Justiniano no atribuye clara y categóricamente la personalidad a los patrimonios fundacionales. Con todo, no se puede negar que en ellos se encuentran *indicios* de autonomía, cuando se les otorgan facultades para heredar, reclamar créditos, iniciar acciones, contratar permutas o alquileres enfiteúticos. Son los pilares en que se sustenta el concepto moderno de fundación *independiente*, esto es, de la verdadera fundación, en el sentido jurídico.¹⁶

domus:... locus venerabilis in quo peregrini suscipiuntur. Cossío, A. de, "Hacia un nuevo concepto de persona jurídica", *ADC*, t. VII, julio-septiembre, MCMLIV, p. 633. Ferrara, *op. cit.*, nota 6, p. 39.

13 "Les fundaciones en Occident au Bas Empire", *RIDA*, 1955, p. 282.

14 Santalucía, *op. cit.*, nota 6, p. 781.

15 *Ibidem*, p. 782.

16 Iglesias, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 6a. ed., Barcelona, Ariel, 1972, pp. 166-168.

Por otro lado:

Parece que el *fideicomiso* ha sido en Roma la primera manera de fundar.

Justiniano, en sus Instituciones, Lib. II, Tít. XXIII, N 1, nos dice que en un principio el fideicomiso carecía de sanción legal; pero que “Augusto, impresionado unas veces por consideraciones personales, otras porque se rogaba al fiduciario que cumpliera la manda por la salud del príncipe, otras, en fin, por la insigne perfidia de ciertas personas, ordenó a los cónsules que interpusieran su autoridad. Este uso pareció jurídico y se hizo popular; poco a poco engendró una jurisdicción permanente, y los fideicomisos llegaron a ser de tal modo favorables que se creó un pretor especial encargado de impartir justicia en materia de fideicomisos y que se llamaba fideicomisario.

Pero fácilmente se comprende que el fideicomiso, aun legalmente reconocido, resultaba *inadecuado para crear una fundación* más allá de la vida del fideicomisario. Para perfeccionarlo se adoptó el sistema griego de las transmisiones sucesivas, y así las Instituciones de Justiniano, Lib. II, Tít. XXIII, N 11, nos dicen que “Se puede rogar a aquel a quien una cosa es restituida, que la restituya a su vez, sea en totalidad, sea en parte, a otra persona, o bien que restituya una cosa diferente”. O en otros términos, que se puede hacer que de generación en generación el fideicomisario, o sea la persona gravada con la manda, y el beneficiario, vayan a su vez transmitiendo los bienes, conforme a la voluntad del fideicomitente, para perpetuar la fundación.

Sin embargo, el derecho romano no admitió de una manera absoluta el sistema de las transmisiones sucesivas, pues la substitución fideicomisaria se limita por los textos del Digesto a una o dos generaciones y a cuatro por la Novela 159.

También el *legado y la donación modales* sirvieron de medios jurídicos para *fundar*. El primer paso se dio derogando, en materia de legados, el principio de que nadie puede estipular para otro, *alteri nemo stipulari potest*, y admitiendo, en consecuencia, la liberalidad testamentaria modal. La ley 2, pr. VI, 45, del Código Justiniano, dice que el Emperador Severo fue el primero en admitir la validez de la carga cuando ésta consistía en la manumisión de un esclavo, y una vez admitida esta excepción humanitaria se extendió en lo sucesivo hasta declarar válida, de una manera general, la liberalidad testamentaria *sub modo*, como lo enseña Ulpiano en la Ley 1, N 6, Tít. I, Lib. XXXII del Digesto.

Finalmente, cuando la teoría del fideicomiso llegó a su más alto grado de perfección, se le sacó de los límites estrechos del testamento, y se hizo extensivo, primeramente, a las donaciones por causa de muerte, *mortis causa*, después a las donaciones entre consortes y, finalmente, a las donaciones entre vivos.¹⁷

17 Un ejemplo de fundación por liberalidad testamentaria modal es la de *Septimio Liberalis*,

Como ya señalamos arriba, es la ciencia canónica quien señala el derrotero a seguir en esta materia. Efectivamente, el derecho canónico elabora por vez primera el concepto espiritual y trascendental de *institución* así como el de *fundación autónoma* como aplicación genérica de instituto.¹⁸ Al elaborar, pues, el concepto de *fundación autónoma*, reconocía sin más que la voluntad privada podía crear fundaciones sin intervención alguna del poder público.¹⁹

Ésta es, argumenta Saleilles,²⁰ la *verdadera*:

Fundación en el sentido técnico y especial de la palabra, y consiste en un patrimonio independiente y autónomo, constituido en vista de un fin estatutario y que no funciona sino en atención al objeto por realizar, perteneciendo así espiritualmente a una entidad ideal, representativa de la afectación dada a la propiedad. Es pues, la autonomía por excelencia, la independencia constitucional de la propiedad. Esta no pertenece idealmente más que a su destino y no depende de ninguna voluntad individual. Es una afectación no solamente perpetua, como en el legado *sub modo*, sino que no está subordinada a la aprehensión de ningún propietario a título individual; que encarna en sí misma a la vez la idea de sujeto y de objeto, identificándose las dos nociones de manera de vincular de tal suerte el sujeto de derecho con el objeto por realizar, que el primero no existe sino en la medida en que realiza el segundo.

por la que instituyó por heredera a *Septimia Prisca*, con la carga de pagar una renta a los decuriones de la ciudad de Arimio. Toda esta información ha sido tomada de Cervantes, M., *Historia y naturaleza de la personalidad jurídica*, México, Cultura, 1932, pp. 270-272. La bastardilla nos incumbe.

18 Ferrara, *op. cit.*, nota 6, núms. 19 y 20. El concepto de *instituto* aparece en el derecho canónico para referirse claramente a un nuevo tipo de persona jurídica, “el de un establecimiento creado y ordenado desde fuera, por una voluntad superior, para conseguir un fin, que forma un nuevo sujeto ideal (*corpus mysticum*)”; tal derecho aplica y difunde dicha concepción a todas las personas jurídicas; *ibidem*, núm. 102.

19 Ferrara, *op. cit.*, nota 6, pp. 69 y 710. Manuel Cervantes no comparte completamente esta idea, ya que para él: “Es indudable que la noción de fundación, considerada como *patrimonio autónomo*, nació dentro de la *esfera de aplicación* de la legislación canónica; pero no tuvo su origen en el estatuto jurídico del patrimonio eclesiástico, sino que fue una idea sugerida por los fundadores mismos, siempre en su deseo de asegurar el cumplimiento de su voluntad y poner a cubierto, contra los ataques de la Iglesia misma, los bienes de la fundación”; amén de que según él no hay texto alguno de derecho romano o canónico que sustente tal afirmación. Cervantes, Manuel, *op. cit.*, nota 17, p. 321.

20 Saleilles, *De la Personalité Juridique*, 2a. ed., París, Rosseau & Co., 1922, pp. 125 y 126.

Besta²¹ enseña que en los testamentos y en las donaciones frecuentemente se asignaban bienes para el levantamiento de un templo, de un hospital, etcétera. El fundador actuaba como si su voluntad produjese un efecto seguro. La *cartula dotalium* tenía sin más un efecto *constitutivo*, esto es, crear la fundación sin intervención estatal alguna.

Los diversos aspectos descritos anteriormente en el derecho romano y canónico se encuentran y se funden en la Edad Media. Dicha amalgama no resultó armónica sino sólo fue el simple enlace mecánico de principios en colisión, o la inserción de una teoría en el pensamiento de la otra.²²

En efecto, el principio fundacional emerge en el Medievo so pretexto de las donaciones para causas pías (*ad pias causas*) que algunos fieles, en vida o por causa de muerte, entregaban a la Iglesia, con la encomienda de socorrer a los pobres, presos o desamparados. Los bienes objeto de la donación conformaban un patrimonio destinado a un fin, que no se confundía con el patrimonio de la Iglesia, sino que subsistía como universalidad distinta y claramente separada del patrimonio eclesial. La Iglesia, a través del obispo (canon 1519), simplemente administraba esos recursos que, estaban afectos al cumplimiento de la voluntad del fundador; situación que ocasionó se otorgara a dichos patrimonios-afectación la *personalidad jurídica*, corporeidad o capacidad para que la Iglesia pudiese adquirir derechos y obligaciones con cargo a tales bienes, sin arriesgar su patrimonio. En tal virtud, *pia opera, pia causæ, pia actiones, etcétera*, fueron las *instituciones constituidas por masas patrimoniales que los fundadores destinan a una de las obras de misericordia*.²³ Por eso, en este tiempo —sostiene Ferrara—, la fundación no se concreta en forma oblicua mediante una disposición modal sino directamente la

21 Besta, *Le persone nella storia del diritto italiano*, Padua, CEDAM, 1931, p. 226.

22 *Ibidem*, núm. 21.

23 Véase Roberto, Alberto de, voz: "Fondazione di culto", *E. D.*, Turín, G. E., 1968, t. XVII, p. 817; Galindo Garfias, Ignacio, *Estudios de derecho civil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, p. 17. Giudice, Vincenzo del, *Nociones de derecho canónico*, trad. de Pedro Lombardía, 1955, p. 254. Las fórmulas que se han encontrado en los testamentos para la creación de la fundación son: "*Voto et ordino quod unum hospitale fiat...cui lego. A volu et voeult ledit Jehn fonder et estorer, fonde et estore ung hospital*"; *cfr.* Lapradelle, Geouffre, *Théorie et pratique des fondations perpetuelles*, París, 1895, p. 48. Con base en el canon 1519, la administración de los bienes comprende tres actos: a) su conservación y mejoramiento; b) la percepción y conservación de los frutos; c) la debida aplicación de los mismos a los *finés* a que se destinan.

fundación es un *acto* de creación, de soberanía.²⁴ Desde entonces *el principio fundacional* estaba fijado para siempre.²⁵

Dicha práctica permaneció inmutable, según algunos al comienzo del s. XVII, para otros hasta fines del s. XVIII.²⁶ El incremento de las corporaciones y fundaciones, principalmente de carácter caritativo y religioso, pero sobre todo el acopio colosal de bienes en manos eclesiásticas (bienes de manos muertas) ocasionó una reacción y avivó el principio de *injerencia y de control estatal en la creación de los cuerpos morales*. Surge, pues, un movimiento en casi todos los países europeos para someter a la autoridad del soberano todos los cuerpos y comunidades. En Francia, por ejemplo, aparecen varios edictos: el de 21 de noviembre de 1629, el de diciembre de 1666, hasta el muy famoso del canciller D'Aguesseau, de agosto de 1749, los cuales ordenaban que todos los colegios, monasterios, hospicios, etcétera, debían conseguir un *permiso expreso* del poder real, acordado por letras patentes, no sólo para la constitución de nuevos entes de beneficencia, sino también para las adquisiciones que los propios establecimientos hicieran. *Personas jurídicas privadas, autónomas y libres no se conciben*. Según tal disposición, no había otra disyuntiva que ser parte del Estado o desaparecer. Claro que existía libertad de toda intrusión estatal, pero también negación del carácter de ente colectivo; se contaba con personalidad jurídica, pero *del Estado, para el Estado y bajo el Estado*.²⁷

Esos mandamientos que en un principio estaban dirigidos a los bienes de manos muertas clericales se extendieron a cualquier entidad, por lo que puede afirmarse que la intromisión estatal proviene de aquellas disposiciones que prohibieron, salvo beneplácito gubernamental, la adquisición de bienes, la aceptación de herencias y de legados por parte de los entes morales.²⁸

24 Ferrara, *op. cit.*, nota 6, núm. 20. Conforme al canon 1489, parágrafo 1, al *erigir* el Ordinario del lugar instituciones de beneficencia concede a éstas *personalidad jurídica* y facultad para poseer y administrar bienes eclesiásticos. Mientras que el canon 1490, parágrafo 1, expresa: "En el instrumento de fundación consignará diligentemente el piadoso fundador la constitución íntegra del instituto, el fin, la dotación, la administración y régimen, el empleo de las rentas y la sucesión en los bienes, en el caso de que el instituto llegue a extinguirse".

25 La afirmación es de Vauthier, *Etudes sur les Personnes Morales*, pp. 74 y 75.

26 Ferrara, *op. cit.*, nota 6, núm. 78; Romanelli, Vincenzo Maria, *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, Nápoles, Dott. Eugenio Jovene, 1935, p. 82, respectivamente.

27 Ferrara, *op. cit.*, nota 6, p. 407.

28 Romanelli, *op. cit.*, nota 26, p. 82.

Dicha inflexible concepción se fue mitigando hasta ser sustituida por la moderna doctrina del Estado jurídico, en donde éste deja de tener el poder omnímodo sobre todo objeto de común utilidad, y reconoce, al tiempo que conserva, a entidades independientes de él, con metas propias, y con una regulación pertinente.²⁹

Desde luego, el carácter del *reconocimiento* se ha ido transformando a lo largo de las centurias. La *autorización*, en derecho romano, era el permiso del derecho de asociación, ya que la personalidad afloraba naturalmente de la existencia del *collegium*; en la jurisprudencia medieval, el beneplácito de la autoridad superior valía como una concesión de privilegio, la cual pertenecía al rey, *ya que sólo el príncipe tenía la potestad de erigir un nuevo colegio*; con la aparición del Estado policía, la merced tiene un matiz político, y se presenta como una incorporación a la administración pública; finalmente, en el derecho moderno, al escindirse el derecho de asociación de la atribución de personalidad, el reconocimiento adquiere su exacta dimensión de *valor normativo*.³⁰

Así, pues, la regla de la libre constitución de fundaciones autónomas, erigidas por simple voluntad del particular, bajo los principios de la doctrina romano-canónica, tuvo plena recepción durante todo el medievo, hasta incrustarse en las modernas legislaciones.³¹

III. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

La participación ciudadana que se relaciona con el concepto de caridad o de tipo asistencial está de alguna forma consagrada en la fracción III del artículo 27 constitucional al estipular:

Las instituciones de *beneficencia*, pública o privada que tengan por objeto el auxilio de los necesitados, la investigación científica, la difusión de la enseñanza, la ayuda recíproca de los asociados, o cualquier otro objeto lícito,

²⁹ Ferrara, *op. cit.*, nota 6, p. 408. El artículo 2o. del Código Civil italiano estableció en un tiempo: "Los comunes, las provincias, los institutos públicos civiles y eclesiásticos y, en general, todos los cuerpos morales legalmente reconocidos, son considerados como personas y disfrutará de los derechos civiles según las leyes y los usos observados como derecho público".

³⁰ Ferrara, *op. cit.*, nota 6, p. 409.

³¹ *Cfr.* Romanelli, *op. cit.*, nota 26, p. 81. Acerca de la influencia de la doctrina romano-canónica en el medievo y su acogida por las distintas naciones, véase Ferrara, *op. cit.*, nota 6, pp. 80 y ss., el cual previene la intervención del Estado sólo para las corporaciones (pp. 87 y ss).

no podrán adquirir más bienes raíces que los indispensables para su objeto, inmediata o directamente destinados a él, con sujeción a lo que determine la ley reglamentaria.

Este apartado, al otorgar a las fundaciones capacidad para adquirir bienes raíces, representa el fundamento legal de la existencia de las mismas.

Sin embargo, al no ser suficiente para algunos lo plasmado en este precepto, se ha sugerido adicionar el texto constitucional con la incorporación expresa del principio de *solidaridad social*, tanto pública como privada, premiando con incentivos fiscales la participación ciudadana en beneficio de la comunidad (agregado al artículo 25 constitucional); y *el impulso decisivo* del Estado, por ejemplo, en la educación que éste imparte, con miras a *fomentar* en el educando la *conciencia de la solidaridad nacional e internacional* (añadido al artículo 3o. constitucional).³²

IV. CONCEPTO

Fundar es “asignar un fondo a perpetuidad a un objeto”.³³ El vocablo fundación alude, pues, a la afectación perpetua de un bien para un fin determinado.³⁴ También se conceptúa como una universalidad de bienes personalizada, en atención al fin que le da unidad.³⁵ O bien, el conjunto de bienes (*universitas bonorum*) destinados a la consecución de ciertos fines y, para tal efecto, dotados de personalidad.³⁶

En forma sucinta se la caracteriza como la “personificación de un patrimonio establemente adscrito a un fin de carácter general”.³⁷

Según Lehmann, se trata de una organización que surge por declaración de voluntad privada para la obtención de un fin duradero, con persona-

32 Cfr. Castro y Castro, F., *Tópicos fundacionales*, México, Fundación Miguel Alemán, A. C., 1994, cit. por Piñar Mañas, J. L. (dir.), *Las fundaciones en Iberoamérica, régimen jurídico*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 307.

33 Lapradelle, Geouffre, *op. cit.*, nota 23, p. 12.

34 Michoud, *La Théorie de la personnalité morale*, 3a. ed., París, LGDJ, 1932, t. I, núm. 76.

35 Bevilacqua, Clóvis, *Código Civil*, Río de Janeiro, 1956, vol. I, 169.

36 *Id.*, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2a. ed., Río de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1929, pp. 158 y 159.

37 Lasarte, C., “Dotación patrimonial e irreversibilidad de los bienes fundacionales”, *Boletín de la Facultad de Derecho* (UNED), Madrid, 2a. época, núm. 4, verano-otoño de 1993.

lidad jurídica independiente, sin mediar alianza de personas, y con recursos patrimoniales para alcanzar el fin establecido en el negocio fundacional.³⁸

Del Vecchio nos brinda una idea concisa al indicar que la fundación es el conjunto de bienes destinados por acto irrevocable de voluntad a un determinado fin, perpetuo o de duración indeterminada.³⁹

Mediante fórmula descriptiva hay quien⁴⁰ la entiende como:

Especie de persona jurídica de origen particular y de interés público, cuyo nacimiento tiene lugar en virtud de un negocio jurídico (llamado fundacional) unilateral y no recepticio, por el que el fundador (o fundadores) declara, ya con carácter irrevocable y sin sujeción a forma si el negocio es inter vivos, ya con facultad de revocación si se instituye en forma testamentaria, su voluntad de que un cierto instituto u obra surja para la realización de uno o varios determinados fines de utilidad o beneficencia, generalmente con carácter de permanencia, a cuyos efectos destina un conjunto de bienes o derechos suficientes.

Con base en el artículo 60 del Código Civil suizo se percibió la fundación como “la afectación de un patrimonio a un objetivo especial y lícito, en general permanente, con una organización material y administrativa comandada por el objetivo a realizar”.⁴¹

La ley francesa sobre el desarrollo del mecenazgo determina que “la fundación es el acto por el cual una o más personas físicas o morales determinan la afectación irrevocable de bienes, derechos o re-

38 Lehmann, *Tratado del derecho civil, parte general*, trad. de José M. Navas, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1956, p. 658.

39 Del Vecchio, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 9a. ed., Milán, Giuffrè, 1953, p. 277. Dicho autor se ha inspirado en lo expresado por Michoud (*op. cit.*, nota 34.) al señalar que el vocablo “fundación, en un sentido general, designa la afectación perpetua de un bien a un fin determinado”.

40 Badenes, *op. cit.*, nota 12, p. 255; las cursivas son mías. Rico Pérez (*Las fundaciones en la Constitución española*, Toledo, 1982, pp. 54 y ss.) la concibe como “aquel patrimonio autónomo que, organizado y destinado por el fundador, a la consecución de un fin general permanente y lícito, es administrado sin ánimo de lucro, en forma de empresa por las personas a quienes corresponda su gobierno, conforme a las prescripciones de los estatutos y que, constituida regularmente, gozará de personalidad jurídica”.

41 Rossell, V. y Mentha, H., *Manuel du Droit Civil Suisse*, vol. I, núm. 258, p. 171. “Las asociaciones políticas, religiosas, científicas, artísticas, de beneficencia, de recreación u otras que no tengan un fin económico, adquieren la personalidad desde que ellas manifiestan en sus estatutos, la voluntad de ser organizadas corporativamente” (artículo 60, CCS).

cursos para la realización de una obra de interés general y a un fin no lucrativo” (artículo 18, pfo. 1).⁴²

La Ley Española de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General indica que “son fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general” (artículo 1.1).⁴³

La Ley Mexicana de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal (LIAPDF) establece que son fundaciones: “las personas morales que se constituyan, en los términos de esta ley, mediante la afectación de bienes de propiedad privada destinados a la realización de actos de asistencia social” (artículo 2o., fracción V).⁴⁴

V. PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

Al tomar en cuenta la influencia determinante que la doctrina alemana ha impreso sobre este tema, no podemos soslayar que la expresión *negocio de fundación* (*Stiftungsgeschäft*) surgida en el derecho alemán es ajena a nuestra literatura jurídica. Pero la doctrina germana limita dicha expresión a la manifestación de voluntad dirigida a crear la figura típica de persona jurídica privada que conocemos como *fundación*. Mientras que para los entes con carácter corporativo emplean la denominación *Vereinsgründung*. La diversidad terminológica se debe al hecho de que todo el sistema de las personas jurídicas privadas ha sido cimentado por los compiladores del Código Civil alemán sobre dos conceptos: *corporación* (artículos 21-79 del BGB) y *fundación* (artículos 80-88 del BGB). Dichas instituciones también aparecen en las modernas legislaciones, aunque no en orden sistemático como en la legislación germana.⁴⁵

42 Ley núm. 87-571, 23 de julio de 1987, en *J. O.*, 119o. año, núm. 169, p. 240.

43 *BOE*, núm. 282, 25 noviembre de 1994, p. 3273. “La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social” (artículo 99, CC, Perú).

44 *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 14 de diciembre de 1998. Una noción de fundación con base en la legislación mexicana puede verse en Sánchez Medal, R., *De los contratos civiles*, 3a. ed., México, Porrúa, 1976, núm. 191, p. 332; Pina Vara, Rafael de, voz: “Fundación”, *Diccionario de derecho*, 3a. ed., México, Porrúa, 1973, p. 188. El Código Civil del Estado de Guerrero establece: “las fundaciones serán personas jurídicas que se constituyan mediante la afectación de bienes de propiedad particular a fines asistenciales, educativos o culturales” (artículo 2861).

45 Romanelli, *op. cit.*, nota 26, p. 14. Esta bipartición de las personas jurídicas en corporaciones y fundaciones es tradicional; Del Vecchio, *op. cit.*, nota 39, p. 286.

Ciertamente, el Código Civil del Distrito Federal (CCDF), como el Código Civil Federal (CCF), al enumerar en el artículo 25 a las personas morales, no mencionan expresamente a las instituciones de asistencia privada ni a las fundaciones; sin embargo, consideramos que cabe encuadrar en la fracción VI de dicho precepto a las *asociaciones y fundaciones* con fines de asistencia privada, reguladas por la LIAPDF (artículo 1o.; artículo 28 del Código Civil del Estado de Guerrero —CCG—). A propósito de lo anterior, el Código Civil del Estado de Jalisco (CCJ), como su homólogo de Oaxaca, sí enlista expresamente en el catálogo de personas jurídicas a las *fundaciones* (artículo 161, fracción X, y 25, fracción IV, respectivamente). Ejemplo que deben seguir todos los códigos civiles de la república.

Existen, pues, en nuestro régimen jurídico varias figuras que participan del principio asociativo: las asociaciones civiles, las asociaciones mercantiles, las sociedades civiles y las sociedades mercantiles.⁴⁶

Pues bien, al lado de las asociaciones, que tienen como rasgo común el ser agrupaciones de personas, se ubican las *fundaciones*, es decir, universalidades de cosas (*universitas rerum*).

Así que, mientras el principio *asociativo* resulta basamento para unir a una pluralidad de *personas*, al través del principio *fundacional*, se consigue prolongar en el tiempo los efectos de una declaración de voluntad individual, de contenido *patrimonial*, con el objetivo de cumplimentar un fin instaurado anticipadamente.⁴⁷

Efectivamente, la teoría del derecho enseña que:

Sujeto del derecho es cualquier ente capaz de intervenir, como pretensor (titular de facultades) u obligado (pasible de obligaciones), en una relación jurídica. Los sujetos de derecho son los individuos o las colectividades. Substrato de los primeros es el hombre. Sustancia de la persona jurídica puede ser bien un conjunto de individuos (*universitas personarum*), bien de un patrimonio de afectación o destino (*universitas bonorum*).⁴⁸

⁴⁶ Para quienes no consideran a la sociedad cooperativa como un tipo de sociedad mercantil (artículo 1o., VI, LGSM) ella representaría, en tal caso, una figura más.

⁴⁷ Véase Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 23, p. 16.

⁴⁸ García Máynez, Eduardo, *Lógica del concepto jurídico*, México, FCE, 1959, p. 180; Ferrara, *op. cit.*, nota 6, p. 137.

1. *Diferencia entre asociaciones y fundaciones*

A estas alturas nos parece oportuno referirnos a las *diferencias* que distinguen a las instituciones de tipo *asociativo* de aquellas otras de *contextura fundacional*:

A. Mientras que las asociaciones y sociedades evocan un conglomerado de personas (*universitas personarum*), las fundaciones se configuran por un conjunto de bienes (*universitas bonorum*).

B. Si las primeras cuentan con *intereses, fines y medios propios*, las segundas los reciben del fundador, le son ajenos.

C. Por lo que respecta a la *voluntad*, en la fundación es *externa* a ella, ya que proviene del fundador, mientras que en las asociaciones o sociedades es *interna*, pues deriva de los mismos miembros de la entidad que disponen sobre su constitución, gobierno y fin de la persona moral. De ahí que se hable de una voluntad (colectiva) *de la asociación, pero no* de una voluntad de la *fundación* como tal.

Por ello se ha afirmado que la asociación es *autónoma*, puesto que se gobierna a sí misma; mientras que la fundación es *heterónoma*, ya que es administrada por una voluntad *extraña*: por la del fundador, patronato (artículo 2o., LIAP) o junta directiva (artículo 2866, CCG), traducida en acto mediante los estatutos (artículo 8o., LIAPDF).

CH. El *patrimonio* de las asociaciones y sociedades se constituye por las aportaciones o las cuotas de los socios o asociados, ya que el interés es exclusivo de ellos; en tanto que el patrimonio de la fundación se conforma por los bienes que el fundador destina mediante declaración unilateral de voluntad, a la realización del fin elegido por él. Además, este factor desempeña en las dos figuras *distinta función*, ya que en la asociación es un recurso más, meramente *instrumental*, y no necesariamente constitutivo, en razón de que, *conceptualmente*, se puede imaginar una asociación con un patrimonio inicialmente precario, o desproporcionado respecto a los fines que se persiguen, es más, hasta sin patrimonio; mientras que una *fundación* sin patrimonio sería un contrasentido, en virtud de que este ingrediente es esencial, de modo que, en su ausencia, la finalidad de la fundación no se alcanzaría.⁴⁹

D. Los *órganos* de aquellas agrupaciones son dirigentes o *dominantes*, esto es, gozan de amplia libertad deliberatoria; mientras que los órganos

49 Messineo, F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milán, G. E., 1947, p. 165.

de la fundación son *servientes*, es decir, han de sujetarse a los límites delineados por el fundador.

E. En aquéllas, el *fin* puesto que es interno y propio de la entidad, que se constituye para otorgar ventajas a sus agremiados, puede ser *modificado por los socios*; en éstas, al contrario, el interés que se persigue es externo a las mismas y sólo tiene por función realizar ventajas para otros. Amén de que el fin al ser impuesto por el fundador deviene *perenne e inmutable*.

F. Si las asociaciones y sociedades persiguen como *finalidad mediata* el interés *particular* de los socios o asociados, al permitirles disfrutar de ciertos bienes o servicios (en el caso de una asociación) o de los provechos económicos que se llegaren a obtener en el desarrollo de la finalidad social (si se ha formado una sociedad); la fundación, por lo contrario, tiende a satisfacer un interés *general*, superior, normalmente altruista, que no se confunde con el interés personal del fundador, sino que se concretiza en interés de *terceros*.

2. Distinción entre fundación y fideicomiso

Otra distinción que nos parece oportuno *consignar* es la que surge entre la *fundación* y el *fideicomiso*:

A. La fundación está regulada por la Ley de Instituciones de Asistencia Privada; en su defecto por el Código Civil, por ejemplo, el CC de Jalisco; mientras que el fideicomiso se rige por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LTOC; artículos 381-414).

B. La disposición legal que norma la fundación es de carácter *local*; la que rige el fideicomiso es de índole *federal*.

C. La fundación es una institución de naturaleza *civil* que goza de personalidad jurídica y patrimonio propios; el fideicomiso es un *contrato mercantil* que cuenta con patrimonio propio pero no deviene una persona jurídica.⁵⁰

50 Criterios de la corte confirman el carácter de contrato mercantil: Negocio fiduciario, Origen del. El negocio fiduciario es una forma compleja que resulta de la unión de dos negocios de índole y efectos diferentes: a) un *contrato* real positivo, la transferencia de la propiedad, que se realiza de modo perfecto e irrevocable, y b) un *contrato* obligatorio negativo por el cual el fiduciario se obliga a usar en cierta forma el derecho adquirido. *SJF*, 6a. época, vol. XXXVIII, 3a. sala, p. 225. A. D. 1627/60. Hermenegildo Moreno González. 24 de agosto de 1960; 5a. época, t. CV, p. 2047. A.AR/4572/48. Financiera de Construcciones. 31 de agosto de 1950; Fideicomiso. 5a. época, t. CVIII, 4a. sala, p. 1329. A:R:3308/50. Sosa García Efraín. 8 de mayo de 1951. Fideicomiso. Es

CH. Los fines de la fundación son de *asistencia social* por mandato de ley (artículo 2o., fracción V en relación con la fracción I del propio artículo); los del fideicomiso pueden tener carácter *lucrativo*.

D. En el fideicomiso existe el *secreto* fiduciario (artículo 118 relacionado con el artículo 46, fracción XV de la Ley de Instituciones de Crédito); en la fundación no existe sigilo tal.

E. Los elementos *personales* de la fundación son: el fundador, el donatario(s), la fundación, es decir, la persona jurídica que es creada, y el intermediario; fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, los pertenecientes al fideicomiso, que reducidos al mínimo serían los dos primeros (artículo 383, en relación con los artículos 381 y 382, LTOC).

F. Las fundaciones pueden *constituir* fideicomisos, *pero no viceversa*; ya que un fideicomiso cuyos bienes se destinen a la beneficencia pública sigue siendo fideicomiso, por lo que no requiere erigirse en fundación para realizar dicha actividad.

G. La fundación puede constituirse *inter vivos* y *mortis causa*; el fideicomiso es disposición de bienes *entre vivos*, es decir, en el momento en que se crea y no puede ser condicionado a la muerte, permanece como tal, ya que en tal caso, no sería fideicomiso, sino testamento; ello, no obstante el artículo 387, LTOC.

H. En la fundación, el *patronato* es el administrador y representante legal de la IAP; en el fideicomiso ambos roles competen a la *fiduciaria* o al *comité técnico*, si éste llegara a existir.

I. La extinción del fideicomiso por *convenio de las partes* es procedente (artículo 392, fracción V, LTOC); en la fundación tal causal no existe.

J. La fundación se origina por *declaración unilateral de voluntad*, mediante la cual el fundador destina todo o parte de su patrimonio para la realización de un fin que él mismo determina y que por ley es de tipo *asistencial* (artículo 1o., LIAPDF); mientras el fideicomiso es una *operación de crédito* a través de la que el fideicomitente afecta parte de sus bienes a un fin lícito y determinado; se trata, pues, de un *acto de comercio* (artículo 1o., *in fine*, LTOC; artículo 75, fracción XIV en

relación con los artículos 1o., 3o., 9o. y 45, fracción X, de la Ley de Instituciones de Crédito; artículo 22, inciso d, de la Ley del Mercado de Valores —LMV—; además, es un *negocio fiduciario*, gracias al cual se transmite plenamente al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos derechos, “con la limitación de carácter obligatorio de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplimentar el fin a cuya realización se destinan”.⁵¹ Lacónicamente, es un negocio fiduciario que deviene *contrato mercantil, fiduciario y financiero*.

K. En la fundación, la intervención del Estado sólo tiene la función de *reconocer y confirmar* —no de constituir— la voluntad del fundador; en el fideicomiso dicha intromisión se efectúa por vía *directa*, cuando es el propio Estado el fideicomitente (artículo 47, relacionado con los artículos 1o. y 3o. de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, LOAPF), o *indirectamente*, al otorgar *autorización* para que bancos, casas de bolsa, aseguradoras y afianzadoras lleven al cabo las actividades propias de su giro.

VI. CONSTITUCIÓN

El nacimiento de las personas jurídicas requiere el concurso de dos factores: *la existencia de un substrato*, es decir, la presencia de un *patrimonio* consignado para la consecución de un bien general y *la concesión de la personalidad*, lo cual significa la existencia de un precepto legal que atribuya *capacidad jurídica* a dicho patrimonio.⁵²

En el ámbito estrictamente privado hay instituciones cuya base no es una colectividad, sino una obra a realizar, a través de una organización de personas y de bienes, puestos al servicio de la empresa. Por lo tanto, en la fundación, el substrato es creado a iniciativa del que instituye o funda la obra —con carácter de autonomía— la cual habrá de concretarse en lo futuro, precisa el fin y la individualidad, e indica y proporciona

51 Rodríguez Rodríguez, J., *Curso de derecho mercantil*, México, Porrúa, 1947, t. II, p. 531; en el mismo sentido, Barrera Graf, Jorge, *Estudios de derecho mercantil*, México, Porrúa, 1958, p. 317. Al respecto, la opinión de la Corte: Fideicomiso. Naturaleza del. 7a. época, vol. 21, séptima parte, Sala Auxiliar, p. 39. A. D. 3176/65. Elvira Rascón de Macín y coag. 22 de septiembre de 1979. *Informe de 1986*, Pleno, p. 675. A. R. 769/84.

52 Ferrara, *op. cit.*, nota 6, núm. 105.

los medios para su obtención así como también dicta las normas de constitución y funcionamiento. En esto consiste, precisamente, *el negocio de fundación*.⁵³

En México, si varias personas desean asociarse para llevar a cabo legalmente actividades que no tengan carácter preponderantemente económico y sin ánimo especulativo (artículo 2670, CCF), pueden elegir la figura de la asociación civil (AC) o la institución de asistencia privada (IAP) —ya sea la fundación o la asociación—.

Ahora bien, las preferencias para escoger una u otra figura pueden basarse en que mientras la AC tiene en la legislación civil (CCDF y CCF) una regulación flexible que permite a ésta una gran independencia y operatividad, la LIAP exagera al inclinarse por establecer un estricto control.⁵⁴

Entre nosotros, reglamenta las IAP una ley específica sobre asistencia privada, como es el caso del Distrito Federal y Oaxaca, o el código civil local, como sucede con algunos estados de la república: Jalisco (artículos 161 y ss.), Guerrero (artículos 2814 y ss.), etcétera.

Según la LIAPDF, sólo las personas de derecho privado, físicas o jurídicas, podrán constituir fundaciones (artículo 8o., pfs. 1 y 2, relacionado con el artículo 2o., II, LIAPDF); por actos *inter vivos o mortis causa*; debiéndose formalizar, en ambos casos, por solicitud ante la Junta de Asistencia Privada del Distrito Federal (artículos 8o., 10 y ss.).

Ahora bien, la persona jurídica de derecho privado que llamamos fundación, se constituye por dos actos distintos: uno, el de *fundación* —acto público *ad hoc*— (artículo 9o., LIAPDF; artículo 2864, relacionado con el artículo 2862, CCG), *unilateral*, perfecto y válido sin que se requiera *aceptación*, cuyo contenido es la voluntad del fundador como generadora de la institución; acto, como ya indicamos, que puede constar en escritura pública o en testamento, instrumentos de los que se sirve el fundador para crear la entidad; y el otro, el de *dotación* (también unilateral), o sea la *atribución de bienes*, a título gratuito (*donación*, respecto del *donante*) a la futura institución a erigir; y es por ende, acto de *disposición* que especifica el conjunto de bienes destinados a un fin, y la forma como serán administrados (artículos 8o., pfo. 1o., fracciones III-V; 9, pfo. 2 y 10, LIAPDF).⁵⁵

⁵³ *Ibidem*, núm. 107.

⁵⁴ Cfr. Centro Mexicano para la Filantropía, *La filantropía en México: diagnóstico y propuestas*, cit. por Consuelo Castro Salinas, en Piñar Mañas, J. L. (dir.), *op. cit.*, nota 32, p. 300.

⁵⁵ Meinberg, G. H., “Da natureza jurídica das fundações”, *Justitia*, Brasil, vol. 72, año XXXIII, 1971, p. 64.

Ambos actos pueden incluirse en un mismo documento; sin embargo, son de naturaleza y contenido distintos; pues, el primero es de derecho *personal* (persigue crear la fundación); el segundo es de derecho *real, patrimonial* (busca dotar a la futura fundación de los recursos suficientes para que inicie su funcionamiento).⁵⁶

En ese orden de ideas, el negocio fundacional ha de estar conformado por: *a)* una base *económica*, esto es un conjunto de bienes extraídos del patrimonio del fundador para erigir otro autónomo; *b)* la *organización* elemental y suficiente de dichos recursos para el funcionamiento de la institución; y *c)* la fijación del *fin* al que se supeditan dichos fondos. Por lo antes dicho, pudiera pensarse que estamos frente a tres negocios (actos) (dotación, organización y fijación de fin), tampoco ante dos (dotación y organización para un fin), sino tan sólo frente a uno (dotación estructurada acorde a un fin)⁵⁷ (artículo 2o., fracción V, LIAPDF).

Ahora bien, la fundación puede ser establecida directamente por su fundador, por terceros (albacea o executor testamentario), o por una persona jurídica de derecho privado (artículos 2o., IV; 8o., pfs. 1 y 2, y 15, LIAPDF).

En la anterior ley de instituciones de asistencia privada, la *Junta* (órgano administrativo desconcentrado de la Administración Pública del Distrito Federal, artículo 70, LIAPDF) podía crear una fundación cuando el testador destinaba bienes sin crear una institución o sin designar la institución favorecida (ex artículos 34 y 35 de la ley anterior, *DOF*, 02-01-34); ahora, conforme a la nueva ley, el albacea o executor testamentario suplirá al testador con apego a la voluntad del mismo (artículo 13, LIAPDF); mientras que la Junta, en tal supuesto, sólo puede designar la(s) institución(es) que se beneficiará(n) con bienes destinados genéricamente a la asistencia privada (artículo 21, LIAPDF).

1. *Constitución en vida*

En el proyecto de estatutos anexo a la solicitud habrán de relatarse, entre otros aspectos, los actos de asistencia social, las actividades que la institución habrá de realizar para sostenerse, el patrimonio inicial, el

⁵⁶ Messineo, *op. cit.*, nota 49, p. 168.

⁵⁷ Nart, "La fundación", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1961, p. 495.

personal directivo y de representación, la permanencia o transitoriedad, así como las bases generales de administración (artículo 8o., LIAPDF).

La Junta estudia la solicitud, hace las observaciones pertinentes y de ser procedente autoriza la constitución. Aprobados los estatutos por la Junta, mediante declaratoria, expide una copia certificada de los mismos para que se protocolicen ante notario y se inscriba la escritura correspondiente en el Registro Público de la Propiedad. El notario tiene obligación, dentro de los ocho días siguientes a la fecha de otorgada la escritura, a remitir una copia autorizada de dicho documento a la Junta, así como gestionar en ese mismo lapso la inscripción en el Registro Público de la Propiedad (artículo 99, II y III, LIAPDF). La declaratoria causa la afectación irrevocable de los bienes y engendra la personalidad jurídica de la fundación (artículo 9o., LIAPDF, y artículos 2862 y 2864, CCG).

2. *Constitución por testamento*

La ley prevé que una fundación pueda constituirse en caso de fallecimiento de una persona (artículo 10, LIAPDF; artículo 2862, CCG). Cuando esto suceda ha de mediar un testamento en donde se declare que todos o parte de los bienes estarán encaminados a realizar una obra de carácter social, en tal caso no podrá hacerse valer la falta de capacidad que regula tanto el CCF como el CCDF en los artículos 1313, fracción I, y 1314 (artículo 11, LIAPDF). Además, no se podrá declarar nula una disposición testamentaria que favorezca la asistencia privada por defectos de *forma* (artículo 12, LIAPDF).

Por otro lado, a la muerte del testador-fundador, deberá denunciarse el juicio sucesorio. El notario público o autoridad (un juez, por ejemplo) que conociese de dicho testamento, habrá de comunicarlo a la Junta para que se personifique como parte interesada en el juicio sucesorio (artículos 140, 17 y 25 relacionados con los artículos 96 y 97, LIAPDF).

Concluido el juicio sucesorio, si el testamento no señaló la institución heredera, el Consejo Directivo habrá de definir la institución o instituciones receptoras de tales bienes, o si habrá de crearse una nueva institución (artículos 21 y 24, LIAPDF). En este caso, el Consejo Directivo habrá de elaborar los estatutos y designar los patronos (artículo 81, fracción IV, LIAPDF; ex artículo 35, LIAPDF).

Posteriormente, el albacea o ejecutor testamentario presentará a la Junta una solicitud requisitada más una copia certificada del testamento, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha en que cause ejecutoria el auto de declaratoria de los herederos (artículo 15, LIAPDF).

Presentada la solicitud, la Junta confrontará los datos de aquélla con los del testamento, amén de verificar que se cubran los requisitos del artículo 8o. de la LIAPDF. Si el testamento fuese omiso, el albacea o ejecutor testamentario suplirán los faltantes bajo la consigna de establecer lo que en un momento determinado hubiese decidido el testador. Cumplido lo anterior, se procederá conforme al artículo 9o. de la LIAPDF (artículo 15, LIAPDF).

Previo a la terminación del juicio, la ley permite que los herederos entreguen los bienes a la institución designada por el testador o, en su defecto, la que señale la Junta (artículo 21, LIAPDF).

Resulta pertinente señalar que el Consejo Directivo de la Junta autoriza no sólo el nacimiento, sino también la modificación o extinción de una fundación (artículos 29 y 30, LIAPDF).⁵⁸

VII. ELEMENTOS

El propio Del Vecchio explica que la fundación consta de dos elementos esenciales: *a) el personal*: la voluntad del fundador; *b) el real*: *el patrimonio* encaminado a la consecución del fin. Más adelante acota: “en el caso de la fundación, el elemento personal parece pasar a segunda línea, en tanto que predomina el elemento real”.⁵⁹

58 Manuel Cervantes indicaba en 1932 (*Historia y naturaleza de la personalidad jurídica*, México, Cultura, 1932, pp. 447 y 448) la existencia de un procedimiento único de fundar, independientemente de las formas accidentales que la fundación revista; dicho procedimiento es *siempre* un legado o una donación *sub modo* (modales) (esencia jurídica) hechos al pueblo, ya que éste es a quien los fundadores quieren favorecer al desprenderse de sus bienes; pero tal desasimiento no lo realizan simple y sencillamente, sino con la *carga o modo* de que dichos bienes se dediquen precisamente al fin designado por el fundador. Por lo que el gobierno, como representante del pueblo, puede aceptar la donación o legado modales, pero una vez aceptados no debe cambiar la suerte de tales bienes; si la altera, entonces opera el derecho de reversión no como un caso de excepción, sino por mandato legal expreso. La transmisión modal o fundación no autónoma es un negocio inseguro que al apoyarse en la existencia de una persona obligada, ésta puede faltar o incumplir; *cfr.* Nart, *op. cit.*, nota 57, p. 491.

59 Del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, 11a. ed. rev., Milán, Giuffrè, 1962, pp. 286 y 287. Con respecto a los elementos, véase *supra* nota 52.

Se ha afirmado que toda fundación requiere necesariamente la presencia de tres tipos de personas: *a)* el fundador que hará el papel de donante; *b)* el donatario que será la obra que va a fundarse; y *c)* el intermediario, personaje que sirve para ligar todo y servir de unión (albacea o ejecutor testamentario).⁶⁰

De los conceptos proporcionados por la doctrina y por la legislación podemos inferir los rasgos que distinguen a la institución que nos ocupa.

Ellos son, por un lado, un *fin*, por otro, un *patrimonio*, además, *una personalidad jurídica* con un *órgano* de actuación, todos ellos presuponen una *organización funcional*.

Ahora bien, si estos elementos son suficientes para que los establecimientos existan de *hecho*, para que devenguen capaces, jurídicamente hablando, requieren *autorización legal*, lo cual va a permitirles incorporarse a un régimen jurídico determinado.

En efecto, las legislaciones actuales reconocen como un principio de derecho público, que en toda clase de instituciones de *utilidad pública*, asociaciones o fundaciones (artículo 4o., LIAP) el Estado tiene un derecho sobre ellas de autorización, de vigilancia (artículo 71, LIAP) y de extinción (artículo 81, IV, LIAP).⁶¹

1. *Fin*

Conforme a nuestra ley, los fines de la fundación no pueden ser cualesquiera, ya que el legislador ha establecido terminantemente que consistirán en actos de *asistencia social* (artículos 2o., V, *in fine*; 1o. *in fine*), es decir:

Acciones dirigidas a proporcionar el apoyo, la integración social y el sano desarrollo de los individuos o grupos de población vulnerable o en situación de riesgo, por su condición de desventaja, abandono o desprotección física, mental, jurídica o social. Así como las acciones dirigidas a enfrentar situaciones de urgencia, fortalecer su capacidad para resolver necesidades, ejercer sus derechos y, de ser posible, procurar su reintegración al seno familiar,

⁶⁰ Fernández Castelló, J., *Las fundaciones de beneficencia privada*, México, 1897, p. 49.

⁶¹ Al respecto, véase Lapradelle, *op. cit.*, nota 23, p. 448. Para que exista la persona jurídica deben converger elementos de carácter *sustancial* (reunión de personas o bienes y autonomía patrimonial), más el elemento *formal*, esto es, el reconocimiento legal.

laboral y social. La asistencia social comprende acciones de promoción, previsión, prevención, protección y rehabilitación (artículo 2o., LIAPDF).

En términos parecidos se pronuncia la Ley General de Salud (artículo 167). Aunque la ley no es explícita, evidentemente se trata de fines lícitos (*cf.*, en el caso del fideicomiso, el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o el artículo 25, VI, CCDF); sin propósitos lucrativos, sin beneficiar a personas individualmente determinadas (artículo 1o., *in fine*, LIAPDF), pero con la designación precisa de los actos de asistencia social que deban efectuarse (artículo 8o., III, LIAPDF).

En otras legislaciones, como la española, se indica que:

Las fundaciones deberán perseguir fines de *interés general*: de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o de fomento de la economía o de la investigación, de promoción del voluntariado, o cualesquiera otros de naturaleza análoga (artículo 2o., Ley de Fundaciones...).

2. Patrimonio

Se trata de un conjunto de bienes o derechos que se afectan de manera irrevocable para la realización de esos actos de asistencia, inventariados pormenorizadamente; lo cual ha de constar en los estatutos y en la escritura fundacional (artículos 8o., V; 6o., pfs. 1 y 2; 9o., pfo. 3; LIAPDF). Dichos bienes podrán entregarse como donativos, herencias o legados (artículos 24-28, LIAPDF).

La ley contempla excepciones a la irrevocabilidad cuando la administración pública del D. F. ocupe los bienes materiales y económicos que pertenezcan a las instituciones de asistencia privada o celebre, respecto de dichos bienes, algún contrato, sustituyéndose a los patronatos de las mismas instituciones. En tal caso, los fundadores tendrán el derecho para disponer, en vida, de los bienes destinados por ellos a las instituciones; o establecer en su testamento que si tal infracción acontece, pasarán los bienes a sus herederos (artículo 6o., pfo. 2o., LIAPDF). Otra excepción es la que permite la reducción de las donaciones, cuando perjudiquen la obligación del donante de ministrar alimentos a aquellas personas a quienes los deba conforme a la ley, en la proporción que señale el juez competente (artículo 28, LIAPDF).

Ahora bien, la irrevocabilidad de dichas afectaciones no puede confundirse ni anteponerse a la revocabilidad irrestricta del testamento en el que se hubiera instituido la constitución de una fundación (artículos 1295 y 1493-1495 del Código Civil del D. F., y ex artículo 113, LIAPDF).⁶² Sin embargo, el CC de Guerrero indica que si el testamento fuere *nulo*, la constitución de la fundación será *válida* (artículo 2865); mientras que la LIAPDF indica que “nunca se declarará nula una disposición testamentaria hecha a favor de la asistencia privada por defectos de forma” (artículo 12).

Además, la dotación puede ser en forma de acto único o sucesiva (artículo 8o., LIAPDF). En caso de ésta, el legislador no nos señala plazo máximo para completar la aportación inicial, ni tampoco nos indica monto mínimo.

Se necesita autorización de la Junta para disponer y gravar los bienes o derechos de la testamentaría que vayan a formar parte del patrimonio de la fundación. De igual manera, actuará el Consejo Directivo, cuando se destinen donativos, herencias o legados a la asistencia privada en general; además dicho ente autorizará los donativos a las instituciones siempre que sean onerosos o condicionales; en todos los demás casos, la Junta deberá estar enterada de toda donación que reciban las fundaciones (artículo 26, pfs. 3, 1 y 2, LIAPDF, respectivamente).

Por otra parte, la Junta debería estar enterada de todo tipo de inversiones que pudieran efectuar las fundaciones y no sólo de las que se refieren a la adquisición de valores negociables de renta fija como lo regula específicamente la LIAPDF (artículo 64). El propio Consejo Directivo está autorizado para calificar la transferencia de recursos materiales y financieros entre las instituciones (artículo 66, pfo. 2o., LIAPDF).

3. *Órganos de gobierno*

Fundadores y patronato

La ley conceptúa a estos protagonistas, al considerar como *fundadores* a “las personas que disponen de todos o de parte de sus bienes para crear una o más instituciones de asistencia privada” (artículo 2o., fracción

⁶² Cfr. Sánchez Medal, *op. cit.*, nota 44, p. 332.

VIII, LIAPDF; artículo 63 de la Ley de Instituciones de Asistencia, Promoción Humana y Desarrollo Social Privadas del Estado de Oaxaca, LIAP-Oax).

Patronato (conjunto de patronos de una institución de asistencia privada, ex artículo 47 de la anterior LIAP; artículo 64, LIAP-Oax) que cual órgano colegiado es encabezado por el fundador como presidente, quien determina el rumbo de la institución (artículo 41, IV, LIAPDF).

Pues bien, el *patronato* es “el órgano de administración y representación legal de una institución de asistencia privada” (artículo 2o., VI, LIAPDDF). Algo más, dicha entidad es una pieza clave de la fundación al devenir el órgano administrativo, de asesoramiento, apoyo técnico y control. Mientras que *patronos* son “las personas que integran el órgano de administración y representación legal de las instituciones privadas” (artículo 2o., VII, LIAPDF).

El patronato, estipula la ley, “deberá estar integrado por un mínimo de cinco miembros, salvo cuando sea ejercido por el propio fundador” (artículo 8o., VI, *in fine* LIAPDF). Ello implica que los fundadores pueden desempeñarse también como patronos. Además, son los estatutos los que establecen la forma de sustituir a los patronos.

Esto puede significar que cuando el fundador mismo presida el patronato, éste no será colegiado, por lo que el propio fundador será representante legal y administrador único de la institución de asistencia privada.

Por lo demás, la LIAPDF no dice cómo se distribuirán los cargos cuando el patronato sea colegiado; es de suponerse que un patrono se desempeñará como presidente, otro será el administrador, un tercero ostentará la representación legal, uno más ejercerá como secretario ejecutivo, y el quinto fungirá como comisario de dicho consejo de gobierno.

Por otra parte, el patronato puede designar órganos subordinados auxiliares: directores generales, cajeros tesoreros, etcétera, de acuerdo con las necesidades de la institución.

El la ley de la materia se señala que los patronos deberán estar designados en el proyecto de estatutos (artículo 8o., VI, LIAPDF); más adelante, en el capítulo VI de dicho ordenamiento se regula la representación y administración de las instituciones de asistencia privada. Ahí se contempla la facultad del fundador o, en su caso, del Consejo Directivo de la Junta, de nombrarlos o sustituirlos (artículos 41, II; 42, I; 42, II;

44, LIAPDF, respectivamente). También en disposición expresa se indican las atribuciones y obligaciones de los patronos (artículo 45, LIAPDF), así como quienes no pueden actuar en dicho cargo, servidores públicos, personas morales o personas que hayan sido removidas de otro patronato (artículo 43, LIAPDF). Además, se prescribe claramente que los patronos en el ejercicio de sus funciones, no se obligan individualmente pero están sujetos a las responsabilidades civiles y penales en que incurran (artículo 46, LIAPDF). Sin embargo, esta ley no es precisa, puesto que muy vagamente recoge el supuesto de la renuncia al cargo de patrón... “cuando las personas designadas... abandonen la institución” (artículo 42, II, inciso c).

Más adelante, el artículo 45 asigna detalladamente las atribuciones y obligaciones de los patronatos (artículo 45, LIAPDF); entre otras, administrar los bienes de las instituciones, ejercitar las acciones y defensas de dichas entidades, etcétera.

Respecto a la administración de la fundación hay que resaltar el importante papel que desempeña el Consejo Directivo de la Junta en la aprobación de los presupuestos de ingresos, egresos e inversiones en activos fijos y sus modificaciones; en programas de trabajo, en la realización de operaciones financieras, tales como préstamos, hipotecas, arrendamiento o adquisición de bienes muebles e inmuebles, etcétera (artículos 49-69, LIAPDF).

La información financiera deberá presentarse a la Junta en forma periódica, así como la relación de los donativos recibidos (artículo 26, pfo. 2o., relacionado con los artículos 49 y 57, LIAPDF).

Las fundaciones, independientemente de realizar las actividades de asistencia propias de su objeto social, podrán al través de los patronatos, dedicarse a aquellas que al suministrarles fondos les aseguren su funcionamiento, tales como otorgar préstamos con garantía hipotecaria, adquirir valores negociables de renta fija, invertir en la construcción de casas, conjuntos habitacionales y condominios; todo esto, de acuerdo con las reglas y los límites establecidos en el propio ordenamiento (artículo 8o., fracción IV; 45, fracción II; 63 y ss., LIAPDF).

La ley también prevé la forma de allegarse fondos mediante la organización de festivales, tómbolas, sorteos, colectas, etcétera, a condición de que destinen íntegramente el beneficio obtenido a la ejecución de su objeto estatutario (artículo 67, LIAPDF).

Por otro lado, las fundaciones que funcionan con superávit pueden financiar —con autorización del Consejo— a sus homólogas que se hallen en situación precaria (artículo 66, LIAPDF).

No queremos pasar inadvertido en este apartado, lo ya expresado respecto a la prohibición constitucional de adquirir más bienes raíces que los imprescindibles para cumplir su objeto institucional (artículo 27, III, de la carta magna).

VIII. CLASIFICACIÓN

De acuerdo con la ley, las fundaciones pueden ser *transitorias o permanentes* (artículo 10, LIAPDF; 3o., LIAP-Oax) Además, pueden constituirse por acto *inter vivos o mortis causa* (artículo 8o., en relación con el artículo 10, LIAPDF; artículos 35-39 y 40-57, LIAP-Oax).

El Centro Mexicano para la Filantropía (Cemefi) registra en su directorio del 2000 a cinco mil instituciones filantrópicas, aun cuando no todas están afiliadas a dicho organismo. Dicho catálogo emplea dos criterios para *clasificar* a dichas organizaciones: por el tipo de *población* a las que atienden, es decir, niños, jóvenes, mujeres y ancianos; por áreas de *acción* en donde desarrollan su trabajo: arte, ciencia, tecnología, desarrollo, ecología, bienestar, derechos humanos, educación y salud.

Además, la *Ley del Impuesto sobre la Renta* (LIR) se refiere a las fundaciones que apoyan económicamente a *otra* institución: “Las fundaciones, patronatos y demás entidades cuyo propósito sea apoyar económicamente a otra institución” (artículo 96, LISR).

IX. NATURALEZA JURÍDICA

La explicación de este importante aspecto ha suscitado una interesante polémica, la cual no se ha interrumpido desde el 1o. de enero de 1900, fecha que marcó la vigencia del Código Civil alemán, cuerpo legal que nos proporcionó una reglamentación cabal de las personas morales.⁶³

Efectivamente, el legislador alemán en la *exposición de motivos del Código Civil* ha expresado: *cuando el derecho concede a un particular el enorme poder que supone el consagrar una masa de bienes a un fin*

63 Badenes, G. R., *op. cit.*, nota 12, p. 68.

*concreto por tiempo indefinido, lo verifica en beneficio y para el fomento de fines que sirvan en común a la sociedad.*⁶⁴

¿Cómo concebir la fundación? es una interrogante incluyente porque permite aplicar las teorías configuradas por la doctrina para explicarse las personas jurídicas en general; estudio que por su vastedad (aspecto ontológico, moral y jurídico) desborda los límites de este ejercicio. En esta oportunidad, nos hemos ajustado sólo a la opinión que —a juicio nuestro— es aplicable a la figura fundación (*Stiftungen*).

Efectivamente, diversas teorías han intentado explicar este trascendental aspecto: la *contractual* (Rosshirt, Brinz, Pfeifer...); la *patrimonialista* (Windscheid, Brinz, Pachioni, Duguit, Barrera Graf...); las que consideran como substrato de la fundación al *fin* (Savigny); *al Estado* (Mirabeau, Chapelier, Stein, Giorgi...) o a los *destinatarios* (Ihering, Planiol, Michoud...); la de la *voluntad objetivada* del fundador (Zitelmann, Miraglia, Gierke, Behrend...); la de la *organización* (Enneccerus, Cosack...); la del *autovínculo* (Siegel, Behred, Lacour et Bouteron, Coviello, Messineo, Borja Soriano, Rojina Villegas, Sánchez Medal...) entre otras.

Conviene apuntar que la tradición jurídica no ha favorecido la obligatoriedad de la declaración unilateral. En efecto, la simple promesa individual no tenía fuerza vinculante para el derecho romano, salvo dos casos claramente identificados: la *pollicitatio* (promesa hecha a un municipio a causa de un honor recibido o a virtud de otra justa causa) y el *votum* (promesa unilateral a favor de la divinidad o dirigida a un fin piadoso). Esta pauta se arraigó tan profundamente en el derecho intermedio que las excepciones fueron esfumándose; sin embargo, se alzaron opiniones discordantes (Grocio, Fabre...) para defender la eficacia de la declaración unilateral. Pero, la aplastante presencia del *concursum voluntarum* terminó por imponerse en las legislaciones. Hasta que Siegel en la segunda mitad del s. XIX (1873) la trae nuevamente a debate.⁶⁵

Al respecto, dos tesis saltaron a la palestra: la *afirmativa* (Siegel, Worns) con dos matices: el amplio o radical, la cual sustenta que la *voluntad unilateral es la única fuente de las obligaciones*; el moderado que reconoce la eficacia de la promesa unilateral única y exclusivamente

⁶⁴ Véase los artículos 80-88 del CC alemán; artículos 52, 80-89, 393.4, 408, 470, 493, 503, 539, párrafo 2 del CC suizo; artículos 12, 14, 15, 16, 17, 25-32, 34 y 35 CC italiano; y artículos 24 a 30 del CC brasileño.

⁶⁵ Puig Peña, F., *Tratado de derecho civil español*, t. IV, vol. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1946, p. 132.

en aquellos casos en que lo exigen los intereses del tráfico (Geny, Baudry-Lacantinerie, von Thuhr); por ejemplo, los títulos a la orden y al portador, las promesas de *fundación* y recompensa, las ofertas de contrato... La *negativa* (Pothier, Planiol, Ripert, Scialoja), la cual definitivamente no admite la teoría de la fuerza vinculante de la declaración unilateral de voluntad.⁶⁶

Si bien es cierto que la opinión que sustenta la declaración unilateral como fuente *única* de las obligaciones resulta desmedida, no lo es el criterio sensato que admite aquélla para explicar los raros supuestos creados con el fin de encauzar los intereses del mercado, fomentar la solidaridad social, etcétera, lo cual requiere consagrarse en las distintas legislaciones. Así lo entendió el Código Civil alemán (*ofertas de contratar dirigidas a un tercero*, artículos 130 y 145, *ofertas de recompensa*, artículo 657), suizo (artículos 3, 5 y 8 revisado de las obligaciones), brasileño de 1916 (*títulos al portador y promesa de recompensa*, artículos 1512-1517), peruano (*promesa de recompensa, de concurso*, artículos 1959 y ss.), mexicano (ofertas al público: de *venta*, artículo 1860, en relación con los artículos 1804 y 1805; de *promesa de recompensa*, artículos 1861-1865; de *concurso con promesa de recompensa*, artículos 1866 y 1867; de *estipulación a favor de tercero*, artículos 1868-1872; los *títulosvalor* regidos por la LTOC, artículo 71) e italiano (*títulos de crédito*, artículos 1992-2027) y las respectivas leyes cambiarias; *la promesa al público*, artículos 1989-91; *la promesa de pago y el reconocimiento de deuda*, artículo 1988; *el acto de fundación*).⁶⁷

Por tanto, la teoría del autovinculamiento (*Sellestbindung*) es una teoría sugerente que a nuestro juicio parece la más pertinente para explicar la naturaleza jurídica de la fundación. Propicio este espacio para ocuparnos de ella.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ *Idem*. El proyecto franco-italiano del Código de las Obligaciones al regular la *promesa unilateral* como fuente de las obligaciones, declaraba —aplicable a ella— todas las reglas de los contratos, excepto —obviamente— las relativas al acuerdo de voluntades. Dicho proyecto requería dos condiciones: 1) que la promesa se hiciese por escrito; 2) que su duración no fuese indeterminada; Planiol (con la colaboración de Ripert), *Traité élémentaire de droit civil*, 11a. ed., París, LGDJ, vol. II, núm. 834, 1932. Para Branca (en Scialoja e Branca, *Commentario del Codice Civile, Libro Cuarto: Delle Obligationi*, Roma, Zanichelli-SEFI, 1966, p. 354) no tiene efectos obligatorios verdaderos y propios. Véase además, Messineo, *op. cit.*, nota 49, t. III, parágrafo 164 (nota 4), inciso d), y t. II, parágrafo 20 (nota 7).

Conviene indicar que las primeras construcciones que se esforzaron por reducir el negocio de fundación a un acto de carácter patrimonial, consideraban la manifestación de voluntad del particular (fundador) como elemento constitutivo de un negocio *bilateral*.⁶⁸

Mientras que Roth⁶⁹ afirma que la fundación no es un negocio bilateral, en donde el Estado interviene como contratante en nombre de la fundación a erigirse, sino que opera como factor de formación del derecho de donde surge una ley especial.

El principal mérito de esta construcción unilateral que realiza un indudable progreso, y que es admitida tanto por juriconsultos alemanes (Eneccerus)⁷⁰ como por italianos (Ferrara)⁷¹ fue abrir el camino hacia la valorización de la voluntad del fundador, la cual debería hallar posteriormente su principal desarrollo en la teoría de la creación (Kuntze).⁷²

En la fundación, el acto de disposición sobre el patrimonio es un componente del negocio que en unión con otros elementos forma un todo inseparable. La unidad de dichos elementos constituye, precisamente, el negocio de fundación (*Stiftungsgeschäft*). No sería, pues, lícito fraccionar las partes constitutivas de un negocio ni mucho menos tratarlas independientemente unas de otras.⁷³

Jellineck y Behrend⁷⁴ han afirmado que el derecho privado constituye el ordenamiento que valida la voluntad humana y más precisamente que justiprecia la voluntad de los particulares.

La doctrina alemana ha intentado demostrar la existencia de dos especies o formas fundamentales a través de las cuales la voluntad privada,

68 Rosshirt habló de contrato con la fundación que se iba a crear; mientras que Brinz y Pfeifer expresan que el contrato se realiza con el Estado como representante de la fundación que debe surgir... Esta concepción es análoga a la de la fundación pía que consignó en algún momento el código del derecho canónico: *Fundatio legitime acceptata, naturam inducit contractus synallagmatici "do ut facias"* (La fundación legítimamente aceptada deviene un contrato sinalagmático: *doy para que hagas* canon 1544, parágrafo 2 —antes 1466, parágrafo 2—). Miguélez Domínguez, Lorenzo *et al.*, *Código de derecho canónico*, Madrid, BAC, MCMLVII; además *cfr.* Romanelli, Vincenzo Maria, *op. cit.*, nota 26, p. 88.

69 Cit. por Romanelli, *op. cit.*, nota 26, p. 89.

70 Véase Eneccerus, Ludwig *et. al.*, *Tratado de derecho civil*, trad. de Antonio Hernández Gil, Barcelona, Bosch, 1955, p. 276, entre otros.

71 Ferrara, *op. cit.*, nota 6, p. 792; Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, 3a. ed., Milán, SEL, 1924, p. 219.

72 Romanelli, *op. cit.*, nota 26, p. 89.

73 *Ibidem*, p. 91.

74 Cit. por *ibidem*, núm. 12.

dirigida a producir efectos jurídicos, tiene trascendencia en el derecho. Dichas formas basilares, que dominan la completa formación de todo sistema jurídico, se encuentran en la constitución de particulares instituciones del derecho privado. Ellas son “según revela Behrend” el *autovínculo* (*Selbsbindung*) y *el vínculo frente a la voluntad ajena* (*die Bindung gegenüber freirndem Willen*). Así, pues, el particular puede autovincular su voluntad o vincularla frente a otra voluntad.⁷⁵

Ya Siegel, en un famoso trabajo —*La promesa como fuente de obligaciones*—, había demostrado que la promesa hecha unilateralmente —la palabra no aceptada (*das nicht empfangene Wort*)— era productora de consecuencias jurídicas para su autor. La concepción de Siegel fue tan influyente que varios juristas, al revisar muchas construcciones doctrinales, la aplicaron a bastantes instituciones jurídicas; por ejemplo, los títulos de crédito.⁷⁶

Siegel al no desarrollar su pensamiento hasta sus últimas consecuencias, prácticamente otorgó dicho mérito a Behrend. Éste autor, como ya se ha señalado, estableció dos formas básicas de manifestar la voluntad personal. Éstas, aparecen en determinadas instituciones jurídicas y atañen —en palabras del propio Behrend— al *commercium inter vivos* y al *commercium mortis causa*.⁷⁷

En tal virtud, la fundación se ubica en la categoría de negocios unilaterales⁷⁸ de autovínculo.⁷⁹ El contenido de dicho acto es forjado por el fundador, quien asigna el fin, proporciona el patrimonio y determina la administración. La voluntad del particular, manifestada y externada así, deviene inmediatamente irrevocable (artículo 16 *in fine* relacionado con los artículos 6o. y 9o., LIAPDF). Esto resulta evidente en las fundaciones

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ La renombrada obra de Siegel fue *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, Berlín, 1863; *cf. ibidem*, p. 93. Atribúyese a Siegel la primacía en el desarrollo de esta teoría. Por su parte, René Worms configuró en Francia la obra clásica sobre la voluntad en 1891, *cf. Busso, Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1944-1951, t. III, pp. 88 y 89.

⁷⁷ Romanelli, *op. cit.*, nota 26, p. 94.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 98. Nuestra LIAPDF no contempla otras fundaciones que las constituidas por testamento o por donación. La fundación *inter vivos* hecha en forma de donación no pierde la naturaleza jurídica de acto unilateral porque, como justamente advierte Coviello, las leyes no requieren la aceptación. En la fundación *inter vivos* se requiere, sin embargo, la forma del acto público. Coviello, *op. cit.*, nota 71, p. 218.

⁷⁹ Romanelli, *op. cit.*, nota 26, p. 98. Todos los actos de autovínculo —expresa Behrend— son incondicionalmente negocios (actos) jurídicos unilaterales. Pero no todos los negocios (actos) jurídicos unilaterales son actos de autovínculo. *Cfr. Romanelli, op. cit.*, en esta misma nota.

mortis causa, en las que, con la muerte del *de cuius* (testador) termina toda libertad de disposición y los herederos no tienen posibilidad de revocación.⁸⁰

Antes de que acontezca la muerte del *de cuius*, la revocabilidad de la fundación, por parte del fundador, deriva de los principios del derecho hereditario, de los cuales no se puede prescindir del todo porque, como se ha dicho, éstos son los medios técnicos que la ley nos ofrece.⁸¹

Mas también en las fundaciones *inter vivos* se verifica precisamente lo mismo. Para éstas se requiere, en nuestro régimen jurídico, el acto público (artículo 9o., LIAPDF). Expresada la voluntad particular (fundador) —conforme a la ley— deviene irrevocable y permanece vinculada (artículo 6o., relacionado con el artículo 9o., pfo. 3o., y el artículo 16 *in fine*, LIAPDF).

En fin, en el negocio de fundación privatístico se hallan todas aquellas características individualizadas por Behrend para los negocios jurídicos unilaterales de autovínculo.

Éstas características son: a) la indeterminación de los destinatarios; b) la complejidad de las formas, para las que se requiere formas públicas o participación de autoridades públicas; c) las cuales, no siempre, pero sí muchas veces, aguardan el momento de perfeccionar el vínculo negocial.⁸²

Ninguna duda cabe respecto a tales requisitos, donde, como se ha dicho, para las fundaciones *inter vivos* se necesita siempre la forma de acto público, y la voluntad así manifestada deviene irrevocablemente vinculada.⁸³

Así, pues, según Scialoja,⁸⁴ para que la declaración unilateral obligatoria pueda verificarse, se requiere que el contenido del negocio sea forjado por el deudor, de modo que tenga plena eficacia cimentada en la fuerza de su voluntad y que el ordenamiento jurídico intervenga, sólo para el reconocimiento y aprobación de esta eficacia.

⁸⁰ No sucede así en el derecho alemán en donde se admite, tanto para las fundaciones *inter vivos* como *mortis causa*, un derecho de revocación del fundador o de sus herederos y en la última hipótesis con límites muy restringidos. *Ibidem*, p. 99.

⁸¹ *Idem*.

⁸² *Ibidem*, p. 100.

⁸³ *Idem*. En el testamento ológrafo, como se sabe, a la simplicidad de la formalidad corresponde un inflexible rigor de su observancia.

⁸⁴ Scialoja, “La dichiarazione unilaterale di volontà come fonte di obbligazione”, *Saggi di diritto*, Roma, SEFI, 1927, vol. I, p. 60.

Apoyados en tales consideraciones, no puede negarse totalmente cuanto ha sido afirmado acerca de la naturaleza jurídica del negocio (acto) de fundación en el derecho privado. En efecto, el fundador fragua el contenido de aquél, mientras la intervención estatal, como se verá, *sólo* tiene la función de reconocer y confirmar (*Konfirmatorischen*) (no de constituir —*konstitutiven*—) la voluntad del fundador.⁸⁵

Ahora bien, el propio Scialoja explica: una obligación surge por voluntad unilateral, cuando el vínculo, determinado en su contenido por voluntad del deudor, consigue su plena eficacia jurídica sin el concurso de otras voluntades (y en la especie, sin la voluntad del acreedor). De ahí que la ley en el origen de este nexo deberá intervenir sólo para *reconocer* y sancionar el resultado del acto humano de la voluntad, así como lo hace en general para todo negocio jurídico de interés privado.⁸⁶

Baudry-Lacantinerie, clásico iuscivilista francés, al reflexionar sobre el tema aceptaba la declaración de voluntad unilateral como fuente de las obligaciones, pues, parecíale la única satisfactoria para explicar “*cier-to* número de obligaciones válidas” como las que surgen de los testamentos, de las promesas de gratificar, de los títulos al portador, etcétera. Además, encontraba justificada la idea de que la voluntad del obligado en las obligaciones contractuales, genera la obligación, ya que la otra parte se circunscribe a aceptarla y usufructuarla. Cabe, ahora, una pregunta: ¿por qué esa misma voluntad, manifestada claramente, no podría obligarse válidamente, antes de que el futuro beneficiario de la obligación haya aceptado la oferta, ya que el único efecto de la aceptación es hacer irrevocable la oferta? Se refuta que toda obligación presupone un acreedor y que en los supuestos ya mencionados no existe, en el momento de suscribir la obligación, un acreedor definitivo que se beneficie de ella. Mas esto —añade— poco importa, pues para que surja una obligación, sólo se requiere que en el acto jurídico que la crea, estén los elementos suficientes para concretar en el futuro al acreedor, independiente de la voluntad del deudor, siendo éste el caso de las hipótesis contempladas.⁸⁷

85 Romanelli, *op. cit.*, nota 26, p. 101.

86 Scialoja, “La dichiarazione...”, *cit.*, nota 84, pp. 59 y 60.

87 Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit Civil*, 7a. ed., París, Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et Desarrets, 1899-1900, t. II, núm. 790.

Al respecto, Josserand se pronuncia favorable al explicar claramente que la voluntad aislada reviste, en *contadas ocasiones*, fuerza obligatoria, esto es, una persona puede llegar a ser tanto acreedora como deudora, por manifestación unilateral de voluntad; ello no debe extrañarnos, puesto que es de explorado derecho que la propiedad misma puede obtenerse mediante dicha figura; claro ejemplo de ello es la *ocupación*, es decir, la toma de posesión consciente de un bien mueble. Luego, entonces, si podemos apropiarnos de las cosas sin mediar acuerdo, no hay que asombrarse de que esporádicamente devengamos deudores o acreedores por decisión espontánea e iniciativa propia. De ahí que “los contratos no son todos los actos jurídicos; por debajo de ellos, existen actos de formación unilateral que, como aquéllos, tienden a la creación de relaciones obligatorias y que, como aquéllos también, realizan efectivamente ese objetivo”.⁸⁸

La doctrina enseña que los negocios jurídicos, en consideración a los elementos que les dan vida, se distinguen en negocios unilaterales y bilaterales.

Son unilaterales:

Aquellos en que la voluntad de una sola parte es suficiente para que surjan consecuencias jurídicas. Decimos *parte* y no personas, ya que una parte puede estar representada por una o más personas: *parte* es la persona o el conjunto de personas que obran por el mismo interés propio; por lo que es única si el interés es único, y dos, si los intereses son dos. En consecuencia, es acto unilateral aún la manifestación de voluntad de varias personas si tienen un solo interés como por ejemplo, la renuncia de varios propietarios a la cosa común.⁸⁹

Por lo que respecta a la doctrina mexicana, Barrera Graf se incorpora a la corriente patrimonialista al sentenciar categórico: “puesto que en nuestro derecho cabe atribuir personalidad y constituir un patrimonio separado, de afectación, en el caso de las fundaciones”.⁹⁰

Los sustentadores de esta opinión expresan que:

⁸⁸ Josserand, *Cours de droit civil...*, 2a. ed., París, Recueil Sirey, 1933, t. II, p. 205. Demogue, Geny, Colin y Capitant y von Tuhr están de acuerdo con dicho criterio.

⁸⁹ Coviello, N., *Manuale di diritto civile italiano, parte general*, 4a. ed., Milán, SEL, 1929, núm. 102.

⁹⁰ Barrera Graf, Jorge, *Las sociedades en derecho mexicano*, México, UNAM, 1983, p. 190.

El concepto de *afectación* equivalente a *destinación* que usa nuestra ley, ya sea de acuerdo con la doctrina francesa representada por Lepaulle y Planiol, o de la doctrina mexicana como interpretación de las leyes de asistencia y beneficencia privada, tiene por verdadero contenido una transmisión de propiedad, o mejor dicho de *titularidad*, pues no todos los bienes fideicomitibles son susceptibles de propiedad. *Afectar* un bien, dice Planiol, consiste en aportarlo a una personalidad jurídica diferente del aportante, según la doctrina francesa y según las leyes de beneficencia y asistencia. *Destinar* un bien a un fin lícito y determinado, como en la creación de una fundación, lo que también se describe como *afectar* ese bien, equivale a transmitir su propiedad, la propiedad del fundador sobre el bien, a la fundación como personalidad jurídica diferente de aquél.⁹¹

En efecto, ésta es la naturaleza jurídica que proyecta la fracción V del artículo 2o. de la LIAPDF; artículo 190, CCJ; artículo 2o. de la Ley de Instituciones... de Oaxaca; artículo 11 de la Ley para Beneficencia Pública de Oaxaca; artículo 2861 del CC Guerrero.

La fundación —afirma Sánchez Medal—⁹² nace a la vida jurídica por *declaración unilateral de voluntad*; no existe, pues, el substrato de la unión de personas físicas que como socios integran una institución altruista. Así que, la persona moral *fundación* deviene una entidad que se configura por tres elementos: una *finalidad* altruista, con determinación precisa de los actos que habrán de efectuarse, pero sin aspiraciones de lucro ni nominación individual de los beneficiarios; un *patrimonio* destinado irrevocablemente a la realización de actos de asistencia social; y un *patronato* (artículo 8o., fracciones II, III, V y VI, LIAPDF).

Como ya lo indicamos antes, la *declaración unilateral de voluntad* es —entre nosotros— una *fuentes legal* de las obligaciones civiles y mercantiles, aunque doctrinalmente no existe criterio uniforme en cuanto a su eficacia.

En efecto, nuestros connotados civilistas Borja Soriano y Rojina Villegas admiten la manifestación unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones, pero difieren por cuanto el primero la acepta como *numerus clausus*, es decir, sólo reconoce las que expresamente recoge el Código Civil; mientras que el segundo se pronuncia por el *numerus*

91 Fuentes Torres, I., "Elementos reales del fideicomiso", en varios autores, *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*, México, Banco Mexicano Somex, MCMLXXXII, p. 191.

92 Sánchez Medal, *op. cit.*, nota 44, p. 332.

apertus, esto es, para él, la enumeración del Código es únicamente ejemplificativa, pues existe la posibilidad legal de formular manifestaciones de voluntad *innominadas*, tales son: la oferta libre a persona indeterminada, el acto dispositivo unilateral gratuito y la promesa abstracta, o implícitamente como acontece con los títulosvalor.⁹³ El fundamento legal que esgrime Rojina para sustentar su tesis está en el artículo 1859 del Código Civil Federal y del Código Civil del D. F.: “Las disposiciones legales sobre los contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se oponga a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”.

Dicho autor expresa que ya la Ley de Beneficencia Privada para el Distrito y Territorios Federales preveía que estas dos formas (promesa de fundación o su constitución misma, que puede hacerse durante la vida del fundador o por testamento, artículo 21) surgiesen por acto unilateral.⁹⁴

El Código Civil del Estado de Morelos recoge claramente la tesis de la declaración unilateral de voluntad como fuente general de las obligaciones (artículos 1274-1311), ya que en dicha normativa Rojina Villegas imprimió su huella indeleble.

Efectivamente, ahí se consagran varios principios, y los distintos tipos de declaración unilateral de voluntad:

Artículo 1274. Declaración unilateral de voluntad como fuente autónoma de obligaciones. La *declaración unilateral de voluntad* se reconoce por este Código como fuente *autónoma* de obligaciones, fuera de los casos expresamente exceptuados en el presente capítulo. En consecuencia, *toda persona capaz* puede obligarse por su simple declaración de voluntad, siempre y cuando se trate de obligación lícita y posible.

⁹³ Borja, *Teoría general de las obligaciones*, 14a. ed., México, Porrúa, 1995, núm. 538, para los títulosvalor núm. 578; Rojina Villegas (*Derecho civil mexicano*, 7a. ed., México, Porrúa, 1998, t. V, vol. I, p. 439) sostiene el carácter general de dicha fuente, aunque considera que la teoría sustentada por Borja es la dominante en México. R. de Pina (*Elementos de derecho civil mexicano*, 13a. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 67, 68 y 69) y Gutiérrez y González (*Derecho de las obligaciones*, 8a. ed., México, Porrúa, 1991, núm. 479) suscriben la teoría sustentada por Rojina. Gutiérrez, al referirse a los títulosvalor, sustenta que “la ley sola (*sic*) y la conducta material de suscribir el título, son las que hacen surgir la obligación y no una declaración unilateral de voluntad” (núm. 513).

⁹⁴ Rojina Villegas, *op. cit.*, nota anterior. Rojina no indica el año de la Ley de Beneficencia Privada. Posiblemente sea el artículo 51 de la de 28011926, ya que la de 1943 no contempla en el artículo 21 los dos supuestos a los que se refiere el autor.

Artículo 1275. Aplicación de disposiciones sobre acto jurídico y contratos. Son aplicables a la *declaración unilateral de voluntad* las reglas establecidas por este Código para los actos jurídicos en general y para los contratos, exceptuando los casos expresamente declarados en este capítulo.

Artículo 1276. Formas de declaración unilateral de voluntad. Se reconocen como formas *generales* de declaración unilateral de voluntad, el acto dispositivo a título gratuito, la oferta libre a persona indeterminada y la promesa abstracta de deuda.

Este código regula específicamente el acto dispositivo a título gratuito (artículos 1277-1281), la oferta a persona determinada (artículos 1282-1287), la promesa abstracta de deuda (artículos 1288-1296), la oferta a persona determinada (artículo 1297), la oferta de venta (artículo 1298), la promesa de recompensa (artículos 1299-1303), y la expedición de documentos a la orden y al portador (artículos 1304-1311).

Se considera que la aceptación de la herencia también es una declaración unilateral de voluntad (artículos 1656 y 1670 del Código Civil del D. F.).⁹⁵

En el ámbito mercantil, concretamente en materia cambiaria, el legislador registra la teoría de marras. Efectivamente, “el crear la cambial —*acto jurídico unilateral*—, el añadirle una firma —*también acto jurídico unilateral*— es la *fente* de la obligación”.⁹⁶

Así, pues, el derecho del portador dimana, sin más, de la obligación que el suscriptor asume para con él, por la *creación* del documento, declarando su voluntad de disponer, a favor de dicho portador, de una parte de su patrimonio. El suscriptor, al confeccionar y firmar el título, efectúa una promesa *unilateral* cuya eficacia está condicionada a que un tercero entre en posesión del documento. Hasta ese momento el suscriptor podría, destruyendo el título, aniquilar el origen de su obligación. Pero una vez que el documento ha incursionado en la circulación, la promesa en él contenida deviene irrevocable, vincula directamente al suscriptor con cualquier tenedor del título. Por lo tanto, la génesis de la obligación del suscriptor de un títulovalor surge por la creación del documento y no por la celebración del contrato subyacente.⁹⁷

⁹⁵ Así lo estima Rojina Villegas, *Compendio de derecho civil*, 25a. ed., México, Porrúa, t. II, p. 363.

⁹⁶ Mantilla Molina, *Títulos de crédito cambiarios*, México, Porrúa, 1977, p. 32.

⁹⁷ Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, 2a. ed., París, Dalloz, 1921-1924, t. I, núms. 1071 y 1121; y t. II, núms. 1287 y 1288. Este autor sigue el pensamiento de Einer y Kuntz.

El artículo 228M de la LTOC ordena con toda nitidez que “la emisión [de los certificados de participación] se hará previa *declaración unilateral de voluntad* de la emisora, expresada en escritura pública...” y todos los derechos y obligaciones, modalidades, etcétera, se regulan por los artículos 228A y 228B. Lo mismo sucede respecto de las *obligaciones* que emiten las sociedades anónimas (artículo 213, LTOC), bonos bancarios (artículos 63, 106, fracciones XV, bis 1 y XV bis 2 de la Ley de Instituciones de Crédito) y demás títulosvalor.

El negocio de fundación —estamos conscientes— no es, pues, asunto de heredero o legatario, tampoco de donación, sino un negocio que, examinado en sí y por sí, y con base en la finalidad que se propone (asistencia social), asume una figura característica que le proporciona un contenido y autonomía propios.⁹⁸

Desafortunadamente no hemos encontrado un pronunciamiento de nuestros tribunales sobre esta temática. Nos parece muy importante que nos indique pautas, ya sea para sostener la tesis de la declaración unilateral de voluntad o para argumentar en favor de otra opinión.

1. *La intervención del Estado en el negocio de fundación privada*

Cuando interviene el Estado en la fundación *inter vivos* como *mortis causa* se halla frente a una manifestación de voluntad del particular, que ya está irrevocablemente determinada en el contenido del negocio. Efectivamente, ella ha fijado el fin, establecido el patrimonio, y dictado disposiciones atinentes a la administración, de modo que el concurso de la voluntad estatal no ejerce ni puede ejercitar influencia alguna. Se trata de relaciones entre particulares que no afectan el patrimonio jurídico estatal.⁹⁹

Ahora bien, al examinar la influencia que ejerce el concurso de la voluntad estatal, en el momento en que nacen las fundaciones privadas, nos percatamos que aquélla no toca para nada el contenido de la relación que, en los límites de la ley, viene fijado, sólo y exclusivamente, por la voluntad del particular, de modo que aquélla se refiere únicamente al *si* (condicional —*auf das Ob*— *condicio iuris*) de los efectos jurídicos,

⁹⁸ Romanelli, *op. cit.*, nota 26, p. 12.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 103.

el cual tiene por cometido suspender la eficacia del negocio.¹⁰⁰ De aquí que la voluntad estatal sólo concierne al requisito de eficacia.

Y dado que el concepto de requisito de eficacia todavía no existe al momento de concluir el negocio, entonces se identifica con el de *condicio iuris*, de tal modo que se puede afirmar que la voluntad estatal es precisamente una *condicio iuris* de la eficacia del negocio.¹⁰¹

Y puesto que la voluntad estatal se limita a hacer factible la producción de los efectos jurídicos provenientes de la voluntad del particular, entonces no constituye a favor de éstos ni nuevos poderes o derechos, tampoco influye en el ejercicio de los derechos (que por lo demás ya se han ejercitado, al emitirse el acto) ni amplía el espacio de las posibilidades jurídicas del particular.¹⁰² Lo cual excluye que el acto estatal pueda ubicarse entre los constitutivos o innovadores.

En coherencia con lo arriba expresado, el acto del Estado debe colocarse entre los actos de verificación. Mediante un juicio encaminado a comprobar las condiciones establecidas por la ley y los requisitos a través de los cuales se ha determinado la voluntad del particular, el Estado posibilita los efectos del negocio, es decir, viene a determinar sólo una situación jurídica en el ámbito de una relación ya existente.¹⁰³

Karlowa adopta una postura ecléctica al señalar que el reconocimiento estatal no tiene el carácter constitutivo ni declarativo, sino *confirmativo*.

100 En Roma, la *condicio iuris* era un requisito impuesto por el derecho para la validez de una transacción. La *condicio iuris* se distingue de la *condicio facti* sólo porque la subordinación de la producción de los efectos del negocio condicionado al evento futuro está determinado por la ley, antes que por las voluntades que se expresan en el negocio (acto). La *condicio iuris* funciona de forma semejante a la condición voluntaria; Oertmann, cit. por *ibidem*, p. 106.

101 *Idem*.

102 No se trata, pues, ni de una concesión, tampoco de una autorización, como sostiene la doctrina dominante. Por autorización, como es sabido, se entiende una medida por la cual una autoridad administrativa, tomando en cuenta las circunstancias a través de las cuales se quiere explicar una actividad material, o si se quiere poner en existencia una declaración de voluntad por un determinado sujeto de derecho, remueve las limitaciones que la ley había impuesto para la libre expresión de dicha actividad o dicha declaración de voluntad. Ranelletti, cit. por *ibidem*, p. 108. Para Fiorini ("Noción fundamental de la concesión, la autorización y el permiso", *RDAM*, Buenos Aires, 1944, 1070) es el *reconocimiento* por la administración a un particular para que desarrolle una actividad de necesidad pública. En el caso de la fundación, el particular ya ha ejercitado el poder con la emisión del acto. El código y la doctrina germanas hablan de *aprobación*. Las aprobaciones, sin embargo, no son verdaderos y propios actos de voluntad, sino simples verificaciones de la existencia de las condiciones permisibles de ciertos actos, y por ende no se amalgaman con las autorizaciones. Fiorini, *op. cit.*, en esta misma nota.

103 Forti, *Diritto amministrativo*, Nápoles, Casa Editrice DEJ, 1947, vol. II, pp. 109 y ss.

Ello significa que cuando el derecho reconoce a una persona, lo que hace es confirmar la existencia de una realidad jurídica anterior, por lo que, realizada la confirmación, los actos ejecutados antes de ésta por el ente colectivo resultan convalidados. Efectivamente, al nacer las corporaciones y fundaciones, colaboran tanto los particulares como el Estado; los primeros, a través de un acto autonómico de constitución o fundación; el segundo, en virtud de un acto accesorio de confirmación (*Bestätigung*).¹⁰⁴ Estamos frente a un acto adjuntivo que complementa la eficacia; un *sello de legalidad* semejante, según Auriti a la marca de la moneda.¹⁰⁵

De acuerdo con lo ya expuesto, se puede concluir que el surgimiento de las fundaciones privadas es obra exclusiva de la voluntad de los particulares y que el concurso de la voluntad estatal no busca más que confirmar la existencia de condiciones para que la voluntad privada pueda producir los efectos jurídicos queridos por el fundador.¹⁰⁶

2. Personalidad jurídica

Puesto que los grupos humanos se constituyen para alcanzar fines comunes mediante la colaboración de sus integrantes, puede afirmarse que éstos, por analogía, participan del concepto de persona. En la sociedad, como señala Donald Pierson, existen las notas características de consenso, solidaridad, acción conjunta, posición y función en grupo, trato entre los individuos mediante entendimientos y sentimientos compartidos, con el propósito de desarrollar personalidades y actuar conjuntamente en la realización de fines comunes.¹⁰⁷

En ese orden de ideas, las corporaciones y las fundaciones existen para permitir al ser humano el pleno desenvolvimiento de sus potencialidades. De esta manera, tienen sus raíces en los fines existenciales humanos. A este respecto, Johanes Messner enseña que la estructura natural de la sociedad, en su totalidad, encierra un pluralismo social, y por ende las comunidades y las sociedades menores, que tienen sus raíces en los

104 Karlowa, "Zur Lehre v. der jurist. Personen", *Zeits. f. das privat und öffentl. Recht*, t. XV, pp. 403 y ss., cit. por Badenes, *op. cit.*, nota 12, p. 110; y García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 8a. ed. rev., México, Porrúa, 1958, p. 293. Las cursivas son mías.

105 Auriti, *Giornale Delle Leggi*, t. IX, núm. 1, cit. por Badenes, *op. cit.*, nota 12, p. 110.

106 Romanelli, *op. cit.*, nota 26, p. 109.

107 Cfr. Pierson, Donald, *Teoría e Pesquisa em Sociologia*, 18a. ed., Melhoramentos, 1981, pp. 151-156.

finés humanos existenciales, están dotadas de rasgos de dignidad y libertad propias de la persona humana.¹⁰⁸

Dichos trazos característicos permiten que las sociedades se consideren personas por analogía. Desde luego que las fundaciones comparten esta idea. Éstas constituyen entidades que tienen raíces, en última instancia, en la vida social. Los mismos fundamentos que justifican la atribución de la personalidad jurídica a las sociedades deben prevalecer para las fundaciones. Afirma categóricamente Karl Larenz: si el ordenamiento jurídico atribuye a la fundación capacidad jurídica, tratándola como sujeto del derecho, al igual que lo hace con la persona física, esto se sustenta en una analogía según la cual la voluntad del fundador es objetivada al constituir la fundación, y actualizada una y otra vez por la actividad de los órganos que cumplen la referida voluntad; por tanto, también en este caso, al igual que en la asociación, se puede encontrar una unidad de actuación en el sentido de una realidad objetivo-inmaterial y sociológica.¹⁰⁹

Por su parte, García Maynez enseña que: “sujeto del derecho es cualquier ente capaz de intervenir, como pretensor u obligado, en una relación jurídica”. Y añade: los sujetos del derecho son los individuos o las colectividades. Substrato del primero es el hombre. Sustancia de la persona jurídica puede ser un conjunto de individuos (*universitas personarum*), o un patrimonio de afectación o destino (*universitas bonorum*). La tipología de las personas jurídicas es materia que se incluye entre los conceptos jurídicos fundamentales. Fundación es, pues, un concepto lógico jurídico fundamental.¹¹⁰

También Ferrara entiende que la personalidad es una categoría jurídica, una forma jurídica de unificación de relaciones. El derecho objetivo reconoce personalidad a la agrupación de seres humanos que se asocian para la consecución de objetivos comunes. Las sociedades llegan a tener, entonces, personalidad distinta de los elementos que la componen.¹¹¹

108 Messner, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Madrid, 1978, p. 239.

109 Larenz, Karl, *Derecho civil, parte general*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1978, p. 239.

110 García Máynez, Eduardo, *Lógica del concepto jurídico*, FCE, 1959, pp. 157 y ss.

111 *Cfr. id.*, *Teoría general del derecho*, 16a. ed., México, Porrúa, 1969, p. 290.

Dichas colectividades se componen de individuos que tienden a alcanzar fines comunes. Al concederles personalidad, el derecho unifica su actuación y favorece su desenvolvimiento y expansión.

No es cosa distinta lo que acontece con las fundaciones. El derecho las considera personas jurídicas para unificar las actividades concernientes a los servicios para los que fueron constituidas por el fundador.

Ahora bien, la personalidad jurídica no se otorga por el acto del fundador ni siquiera por el otorgamiento de la escritura pública ni por la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, sino *ex lege*, cuando la Junta de Asistencia Privada del D. F. haya aprobado su constitución y estatutos (artículo 9o., particularmente el último párrafo de la LIAPDF, en relación con los artículos 25, VI; 1668, pfo.1, y 2687, CCDF).

X. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS PATRIMONIOS

En el caso de modificación, los patronatos someterán la propuesta al Consejo Directivo, quien resolverá (artículo 29, LIAPDF; artículos 89 y 90, LIAP-Oax).

Ahora bien, la extinción podrá proceder si media resolución del Consejo Directivo; y el procedimiento de extinción podrá iniciarse de oficio por el Consejo o a petición del patronato correspondiente. Por causas como imposibilidad de cumplir su objeto social o por quedar dicho objeto consumado, etcétera (artículo 30, LIAPDF; artículo 94, LIAP-Oax).

Una vez que el Consejo Directivo resuelve la extinción de la fundación, ordenará su liquidación, nombrará un liquidador por el patronato y otro por la Junta; ella misma fijará los honorarios de los liquidadores, los cuales se cubrirán con fondos de la institución extinta (artículos 33-35, LIAPDF). Siete son los requisitos para ser liquidador; varias son las facultades y las obligaciones que les asigna la ley (artículos 36 y 37, LIAPDF).

Así que al extinguirse una fundación, sus bienes se destinarán a lo que haya previsto el fundador. En su defecto, los recursos restantes irán a la(s) institución(es) que designe el Consejo Directivo; preferentemente a aquella que tenga un objeto similar (artículo 39, LIAPDF; artículo 207, CC. de Jalisco; artículo 2569, CC. de Oaxaca; artículo 103, LIAP-Oax); y si no existiere, se aplicarán a fines generales de beneficencia. Ahora bien, si el Estado intentase apoderarse de ese haber o destinarlo a otro fin, entonces, opera el derecho de reversión y regresan los bienes al fundador o a sus herederos (artículo 6o., pfo. 2o., LIAPDF).

XI. RÉGIMEN DE CONTROL SOBRE LAS FUNDACIONES

Resuelta la extinción por el Consejo Directivo, éste ordenará la liquidación, nombrará los liquidadores y si hubiere remanentes de la liquidación ordenará se transfieran a otra fundación que tenga un objeto análogo a la extinta, salvo lo dispuesto por el fundador (artículos 33 y 39, LIAPDF; 92 y ss., LIAP-Oax).

La *Junta* es un órgano facultado para vigilar, asesorar y coordinar las instituciones de asistencia privada (artículo 71, LIAPDF).

Diversas son sus atribuciones y obligaciones como: promover ante las autoridades cualesquiera clase de estímulos, representar y defender los intereses de las instituciones, llevar un registro de las mismas, etcétera (artículo 72, LIAPDF).

El presidente y el Consejo Directivo conforman la Junta (artículo 73, LIAPDF). El Consejo se compone por un presidente, un secretario ejecutivo y doce vocales (artículo 74, LIAPDF).

Su presidente es su representante legal, el cual es designado por el jefe de gobierno del Distrito Federal, de una terna que le presenta el Consejo Directivo, siempre que cubra los requisitos señalados por la ley (artículo 79, LIAPDF). Permanece tres años en su cargo, después de los cuales no podrá ser reelecto, aun cuando puede ser removido en cualquier momento (artículo 76 LIAPDF). Tiene las obligaciones y atribuciones señaladas en el artículo 82 como elaborar y proponer al Consejo Directivo los manuales de organización y de procedimiento de la Junta, convocar a sesiones, representar a la Junta, ejecutar los acuerdos, etcétera.

El Consejo Directivo celebra sesiones por lo menos una vez al mes y se reúne por convocatoria de su presidente o tres de sus miembros. Deben concurrir, en primera convocatoria, por lo menos la mitad más uno; en segunda convocatoria es suficiente con los que estén. Las determinaciones exigen mayoría de votos, salvo que se requiera por ley mayoría calificada. El presidente tiene voto de calidad (artículo 75, LIAPDF).

Son obligaciones y atribuciones del Consejo Directivo: proponer las políticas en materia de asistencia privada; definir prioridades; elaborar y aprobar su reglas de operación interna; autorizar la creación, transformación, fusión o extinción de las instituciones, así como sus estatutos y reformas de los mismos; aprobar el informe de labores de la Junta y de las instituciones; establecer un registro de las IAP; entre otras (artículo 81, LIAPDF).

XII. FACULTADES DE LA JUNTA

La importancia que este órgano reviste está patente en la LIAPDF al dedicarle diecisiete preceptos. Se trata de un “órgano administrativo *desconcentrado* [por función] de la Administración Pública del D. F., con autonomía técnica y operativa, jerárquicamente subordinado al Jefe de Gobierno del D. F.”. La principal tarea que ha de desempeñar es la de *vigilar y controlar* las actividades de las IAP (artículo 72, LIAPDF). Dicha misión llega a concretarse al través de las visitas de inspección que la propia ley regula en los artículos 88 y 89.

XIII. INTERVENCIÓN DE NOTARIOS Y JUECES

La ley señala ciertas obligaciones para estos funcionarios públicos con la idea de que participen en la tutela de la asistencia privada.

Los notarios, por ejemplo, deberán contar con autorización escrita de la Junta para que puedan protocolizar actos jurídicos en que intervengan las IAP; notificar a la Junta la existencia de algún testamento público abierto que contenga instrucciones para constituir una IAP, así como cuando se revoque un testamento en el que esté de por medio la asistencia privada, remitiéndole la documentación pertinente (artículo 99, LIAPDF).

También los jueces del D. F. han de notificar a la Junta de la radicación de los juicios sucesorios en donde se afecten los intereses de la asistencia privada (artículo 100, LIAPDF). Se puede pensar que esta disposición es extensiva a los miembros del cuerpo consular mexicano con funciones notariales; y a los jueces del ramo penal cuando en el proceso pueda perjudicarse a una IAP (ex-arts. 114 y 118, LIAPDF).

XIV. RÉGIMEN FISCAL DE LAS FUNDACIONES¹¹²

En principio, podemos señalar que dicho régimen beneficia a las IAP en dos sentidos: las exenta de la obligación de contribuir al impuesto sobre la renta (ISR), al considerarlas como *personas morales no contribuyentes*; y las faculta para emitir recibos deducibles de impuestos a sus donantes al reputarlas como *donatarias autorizadas*.

¹¹² Cfr. al respecto, Piñar Mañas y García García, *op. cit.*, nota 32, pp. 324 y ss.

1. Exención del ISR y autorización para emitir recibos

Para que una fundación pueda aprovecharse de estas dos ventajas legales, su objeto social debe dirigirse a cumplimentar actividades como educación formal, salud, fomento a las bellas artes, promoción ecológica, investigación científica y tecnológica, atención a personas de escasos recursos, entre las que se encuentra el cuidado de niños, ancianos y discapacitados,¹¹³ farmacodependientes o readaptación social (respecto a la exención, artículo 93 relacionado con el artículo 95, fracciones VI, XII, XIX y XX, LISR). No están exentas de pagar los impuestos por los ingresos provenientes de la enajenación de sus bienes, de los ingresos por intereses, y de los ingresos por la obtención de premios (artículo 94, LISR).

Además de estas actividades, existen otras que escapan a la LISR, mismas que algunas fundaciones están realizando hoy en día, como la promoción de los derechos humanos, y un muy amplio espectro de actividades educativas y culturales que en una futura reforma debe incluir el legislador para exentarlas.

En la LISR existen tres tipos de autorizaciones para emitir recibos deducibles. Primeramente para las fundaciones y otras entidades *que apoyan económicamente* a otras instituciones. Tales entidades están limitadas a otorgar donativos sólo a instituciones que operen programas directos y que tengan autorización de la Secretaría de Hacienda para recibirlos (artículo 96, LISR).

En segundo lugar, las *donatarias* que operen programas directos conforme al artículo 97, LISR, cuando cumplan ciertos requisitos que demuestren que sus fondos se dedicarán a causas filantrópicas.

En esa virtud, la escritura constitutiva o los estatutos deben incluir cláusulas referentes a:

- Que el objeto social no será con fines de lucro.
- Que no se puede repartir el remanente distribuible, es decir, las utilidades, entre los integrantes de la fundación (artículo 97, fracción III, LISR).

¹¹³ Organizaciones como: Organismo Mexicano Promotor del Desarrollo Integral de los Discapacitados Visuales (IAP); Fundación Mexicana para la Rehabilitación del Enfermo Mental; Fundación Teletón, que cada año reúne millones de pesos para construir en los estados de la república centros de rehabilitación para la niñez mexicana. La Fundación “Vamos México” se constituyó el 24 de septiembre del 2001 como una asociación civil, y no precisamente como una institución de asistencia privada.

- Que en caso de liquidación de la fundación, el total del patrimonio se entregará a entidades donatarias autorizadas para recibir donativos deducibles (artículo 97, fracción IV).

Además, las donatarias autorizadas: no deben recibir ingresos en cantidades excesivas por concepto de arrendamiento, intereses, dividendos o regalías, o por actividades en las que no esté implicado su objeto social (artículo 97, fracción I, LISR); no pueden participar en actividades políticas, propagandísticas o destinadas a influir en la legislación (artículo 97, fracción II, LISR); y sólo pueden destinar el 5% de los ingresos anuales para cubrir los gastos de administración; esto con el propósito de que los fondos se destinen a los fines para los que se crearon (artículo 14-C, RISR). Además, las donatarias deberán expedir comprobantes foliados, señalando los datos a que se refiere el artículo 40 del Reglamento al Código Fiscal de la Federación (artículo, 14-C, último párrafo).

Es oportuno indicar que conforme a la ley, los gastos de administración no podrán ser superiores al 25% del importe de los servicios asistenciales. Dicho porcentaje fue establecido en la nueva ley de 1998, lo cual fue un acierto del legislador, ya que el ordenamiento anterior fijaba el tope hasta el importe [total] de los servicios asistenciales (ex-artículo 58, LIAPDF) lo cual era muy peligroso. Dicha reforma, posiblemente, fue tomada del artículo 73 de la Ley de Instituciones de Asistencia, Promoción Humana y Desarrollo Social Privadas del Estado de Oaxaca.

Finalmente, las instituciones *que otorguen becas* dentro de lo que se considera como educación formal, siempre que los beneficiarios sean seleccionados por concurso público (artículo 98, LISR).

Ahora bien, si una donataria autorizada que concede becas se liquidara, deberá proceder en los mismos términos que las donatarias ya descritas en el artículo 97, LISR).

Procedimiento por el que se solicita la autorización para recibir donativos deducibles del Impuesto sobre la Renta

La administración jurídica local del domicilio fiscal de la fundación es la oficina ante quien se tramita la solicitud de autorización para emitir recibos de donativos que sean deducibles de impuestos. En el caso de las IAP, la Junta es quien diligencia dicho trámite.

No está por demás indicar la documentación anexa a la petición de autorización: carta de solicitud; escritura constitutiva de la institución; copia del Registro Federal de Contribuyentes; constancia de representación legal; pruebas que demuestren la actividad que se realiza; en su caso, registro SEP o Conacyt, en fin, convenio(s) de colaboración con una alguna entidad gubernamental o de beneficencia, si existiesen.

Una vez que la Secretaría de Hacienda consienta la autorización, no tiene más que ordenar su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*. Por su parte, la institución ya podrá imprimir los comprobantes foliados de donativos que contengan la información requerida por el Reglamento al Código Fiscal de la Federación (artículo 40).

2. Exención de otros impuestos

Las donatarias autorizadas pueden ahorrarse pagar el Impuesto al Valor Agregado, el Impuesto al Comercio Exterior, el Impuesto al Predial y al Agua.

A. Impuesto al Valor Agregado (IVA)

Las donaciones y la transmisión de propiedad *mortis causa* no pagan dicho impuesto (artículo 8, pfo. 2o., LIVA). De aquí que las instituciones sin fines de lucro generalmente no enteran a Hacienda este impuesto, ya que emiten comprobantes de donativos, salvo que presten servicios remunerados o vendan productos.

Tampoco pagan el IVA: la prestación de servicios de enseñanza impartidos en planteles con validez oficial de estudios conferida por la SEP (artículo 15, IV), ni las actividades científicas, políticas o culturales dirigidas por asociaciones civiles (artículo 15, XII, e), LIVA).

Aquí también debemos contemplar la exención del IVA cuando hay importación de bienes donados —a instituciones autorizadas— por residentes en el *extranjero* (artículo 25, IV, LIVA).

B. Impuestos al Comercio Exterior

Aquí podemos encuadrar a las donatarias autorizadas —las IAP o las AC— quienes no pagan tal impuesto, por importación o exportación de mercaderías:

IX. Que sean donadas para ser destinadas a fines culturales, de enseñanza, de investigación, de salud pública o de servicio social, que importen organismos públicos, así como personas morales no contribuyentes autorizadas para recibir donativos deducibles del Impuesto sobre la Renta, siempre que cumplan con los siguientes requisitos:

- a) Que formen parte de su patrimonio.
- b) Que el donante sea institución no lucrativa o entidad pública extranjera.
- c) Que cuenten con autorización de la Secretaría.
- d) Que, en su caso, se cumpla con las demás obligaciones en materia de regulaciones y restricciones no arancelarias (artículo 61 de la Ley Aduanera).

C. Impuesto predial y agua

Ciertos municipios de las entidades federativas exentan a las instituciones no lucrativas del pago de estos impuestos. En el caso del D. F., reciben subvención en el pago del servicio del agua, mediante convenio que celebran con el gobierno del D. F.

3. Obligaciones fiscales

Las instituciones de beneficencia tienen obligaciones fiscales específicas.

A. Contabilidad

Desde luego, las instituciones no lucrativas deben llevar un sistema de contabilidad (A. 101, I, LISR). Pueden optar por cualquiera de los sistemas de registro manual, mecanizado o electrónico, esto es, con dispositivos magnéticos (artículos 28, CFF; 27, RCFF; 86, I, LISR) y registrar en libro foliado los ingresos, egresos, inversiones y deducciones, así como los bienes y deudas relacionándolos con la documentación comprobatoria correspondiente (artículo 32, RCFF, relacionado con el artículo 71, RLISR).

B. Declaración anual

Por ley, el 15 de febrero es el indicado para que estas instituciones presenten su declaración anual ante Hacienda (artículo 10, II, pfo. 2o.; artículo 86, VI, 101, fracción III, y 101, pfo. 3o., LISR). En esta de-

claración se determinan los ingresos en el ejercicio y el total de ellos, las deducciones autorizadas y la parte del remanente distribuible por el que se pagan impuestos.

Hay ciertas partidas o conceptos sobre el remanente distribuible que han de declararse ante Hacienda y pagar el impuesto correspondiente. Se refieren a:

El importe de las omisiones de ingresos o las compras no realizadas e indebidamente registradas.

Las erogaciones que efectúen y no sean deducibles de conformidad en los términos del Título IV de esta Ley (es decir, que no cumplan con los requisitos de las deducciones permitidas) (artículo 95, pfo. último, LISR).

Ello implica que si de la utilidad que registre una institución no lucrativa existen compras que no puede comprobar, o egresos que según la ley no son deducibles del ISR, debe pagar impuestos.

El pago ha de efectuarse el 15 de febrero del año siguiente en que se determine, y se considerará como impuesto definitivo. El impuesto a pagar se calcula aplicando al remanente distribuible determinado la tasa actual del 32% (artículo 95, pfo. último, relacionado con el artículo 177, LISR).

C. Declaraciones informativas

Las IAP deben presentar durante febrero de cada año, la información relativa a las donaciones que hubieran otorgado en el año anterior (artículo 86, IX, b), LISR).

CH. Información disponible al público

Las instituciones autorizadas para recibir donativos deben mantener a disposición del público, en el domicilio fiscal y durante el horario normal de trabajo:

- Los documentos presentados a Hacienda por los que se obtuvo de esa dependencia la autorización para recibir donativos deducibles.
- Los dictámenes simplificados y las declaraciones anuales correspondientes a los últimos tres años.

D. *Obligaciones relacionadas con empleados*

Las instituciones que cuentan con trabajadores deberán afiliarlos al IMSS, INFONAVIT y SAR; amén de efectuar los pagos correspondientes.

Además, las instituciones que han cubierto los requisitos antes señalados podrán solicitar la autorización para emitir recibos deducibles en Estados Unidos de América, para efectos de los impuestos que deben pagar sobre los ingresos que se obtengan en México.

4. *Convenio para evitar la doble tributación entre México y Estados Unidos de América*

El Convenio para evitar la Doble Tributación e Impedir la Evasión Fiscal en Materia de Impuesto sobre la Renta, celebrado entre México y Estados Unidos de América entró en vigor el 1o. de enero de 1994.

Conforme a dicho convenio las personas físicas o morales residentes en alguno de los dos países pueden deducir el ISR cuando entreguen donativos a organizaciones dedicadas exclusivamente a fines de beneficencia, religiosos, literarios, científicos y educativos y que sean residentes en el otro país. Ahora bien, únicamente las instituciones autorizadas por la LISR como donatarias exentas, son las que pueden recibir donativos deducibles del ISR.

Así que las instituciones no lucrativas residentes en México que están autorizadas por la LISR para recibir donativos deducibles del ISR, de acuerdo a este convenio, están facultadas para recibir donativos de personas físicas residentes en los Estados Unidos de América, los cuales pueden ser deducibles del ISR en dicho país (y viceversa) de los ingresos que obtengan en México.

Por otro lado, las autoridades fiscales mexicanas y americanas establecieron que las instituciones a quienes se otorga autorización para recibir donativos deducibles en Estados Unidos de América son las que funcionan con idénticas reglas a las *public charities* americanas. Es más, el artículo 17 del protocolo del convenio estipula que las disposiciones del artículo 70 B de la LISR son equivalentes a la sección 509 (a) (1) y (2), excepto las organizaciones religiosas descritas en la sección 170 (b) (1) (A) (i).

Existen otros ordenamientos aplicables a las IAP que no queremos dejar de mencionar, como la *resolución miscelánea* donde se establecen

reglas aplicables cada año a las donatarias autorizadas (reglas 3.13, 1 a 3, 14.4); la *disposición* sobre la obligación de que las IAP dictaminen sus estados financieros por contador público autorizado conforme al artículo 32-A, fracción II del Código Fiscal de la Federación; el anexo 1 relativo a las formas oficiales aprobadas para cada año —el 2000, por ejemplo— para presentar las declaraciones correspondientes (DOF, 8.03.99). Tienen particular interés, para el sector filantrópico: a) declaración anual del ISR de las personas morales con fines no lucrativos (forma SIR-71); b) aviso múltiple para la donación de mercancías que han perdido su valor (formato 45).

XV. OTRAS CONSIDERACIONES

Ya hemos señalado que el legislador, con motivo de la reforma a la ley de la materia, delimitó el alcance que ha de tener la *finalidad* tanto de las asociaciones como de las fundaciones, al señalar que habrán de dedicarse sólo a la asistencia social, la cual comprende “acciones de promoción, previsión, prevención, protección y rehabilitación” para los individuos o grupos de población desprotegidos física, mental, jurídica o socialmente (artículo 2o., LIAPDF).

En tal virtud, las instituciones de asistencia privada deberán actuar sin ánimo de lucro y sin designar individualmente beneficiarios (artículo 1o., LIAPDF).

Ya que las fundaciones persiguen un fin noble en beneficio de la sociedad, el legislador las considera de *utilidad pública*, privilegiándolas con exenciones, subsidios y facilidades administrativas (artículo 4o., LIAPDF).

Reiteramos el carácter *irrevocable* que adquieren los bienes afectos al fin implantado por el fundador (artículo 9o., pfo. 3, LIAPDF); mientras que las *obras caritativas (piæ causæ)* practicadas por una persona física o moral, exclusivamente con fondos propios, no estarán sujetas a la presente ley (artículo 5o., LIAPDF).

Las formalidades establecidas por la ley para la constitución o dotación de los bienes no son sacramentales, por lo que una *falla* en la *forma* no acarreará la *nulidad*, de modo que en todo caso se respete la voluntad del testador (artículo 12, LIAPDF).

La Junta de Asistencia Privada, por disposición de la ley, habrá de llevar un riguroso y detallado control del comportamiento de los patronatos (artículos 44, 45, XVI, 71 y 72, LIAPDF).

XVI. APUNTES CONCLUSIVOS

Unas cuantas reflexiones finales sobre esta figura de rancio abolengo y futuro promisorio.

La fundación, antes de ser una institución perteneciente al derecho civil, deviene una categoría elaborada por la teoría general del derecho.

Esto permite ubicar a las “corporaciones” (asociaciones y sociedades) en la tipología de las personas morales. Y la caracterología de éstas es materia que se incluye en los conceptos jurídicos fundamentales. De ahí que las estructuras —corporaciones y fundaciones— constituyan categorías estudiadas por la teoría general del derecho.

Los elementos constitutivos de la fundación (patrimonio, fin específico impuesto por el fundador, así como la indicación de cómo administrar y la aprobación de los estatutos por el Estado) revelan que se trata de un negocio jurídico *unilateral*, típico del derecho civil.

Existe en las fundaciones una duplicidad del interés general que hemos de tener presente: por un lado, está el interés del que se decide a instaurar una fundación, y por el otro, el interés que tiene la actividad realizada por dicha institución.

El análisis de la funcionalidad de la *forma fundación* arranca de una evidencia: *toda fundación presupone un capital*.

La *vinculación del capital a un fin*, es decir, la adscripción estable y voluntaria de un capital a una finalidad determinada, es una peculiaridad de esa institución.

La *titularidad impersonal del capital* en las fundaciones representa otra característica especial.

La *suficiencia del capital, la estabilidad y su garantía, la finalidad general, así como la organización*, reclaman también garantizarse normativamente.

Tanto en la figura societaria como en la fundacional, existe una tensión y una dinámica finalista, con dos polos de interacción coincidentes: capital y actividad. Lo que sucede es que la dirección de esta tensión y dinamicidad es claramente opuesta: *tensión y subordinación dinámica de la actividad hacia el capital, en la sociedad, tensión y subordinación del capital hacia la actividad en la fundación*.

Como ya lo indicábamos al inicio de este ensayo, la paulatina ampliación a otros fines de índole general: cultural, educativo, artístico (que han aprobado su encaje y correcta articulación) nos llevan a pensar en

su aplicación a fines de carácter general, como ya ocurre en Alemania y Suiza. No específicamente altruistas o culturales, sino otros distintos como los económicos. En tales hipótesis el criterio selectivo de la fórmula (hay que puntualizar que la fundación *no sirve para todo*) es la significatividad, estabilidad y preponderancia del fin perseguido sobre los instrumentos materiales (capital) puestos de manifiesto en su presencia.

La filosofía política liberal admite la *beneficencia pública* como la única finalidad que justifica las fundaciones.

Finalmente, la *forma fundación* implica, por sus caracteres de desvinculación de la subjetividad interesada y particularista, la estabilidad, la racionalidad de la supremacía del objeto sobre la aleatoriedad de la decisión y la participación fragmentada, incluso con abstracción del interés general que libre y voluntariamente se haya querido perseguir, una serie de ventajas derivadas de su propia *entidad y naturaleza* que la convierten en merecedora de una *protección* del sistema jurídico, económico y fiscal del Estado.