

LAS FUNDACIONES DE INTERES PRIVADO COMO INSTRUMENTO ALTERNATIVO AL FIDEICOMISO PARA LA PLANIFICACIÓN PATRIMONIAL

INTRODUCCION

Ramón H. Jurado, autor panameño, en su ensayo “EL LUCRO – CONSTANTE DINÁMICA EN LA CONDUCTA DEL HOMBRE OCCIDENTAL”, NOS DICE QUE “EL LUCRO ES SÓLO LA MANIFESTACIÓN EXTERIOR DE UNA REALIDAD PROFUNDA Y EXIGENTE: LA VIDA HUMANA ESTÁ AMENAZADA POR LA ESCASEZ”.

Y continúa diciendo:

“Así como lo único seguro que el hombre podrá observar en su orden social es su naturaleza cambiante, así llegará muy pronto a descubrir que lo único permanente que lo circunda es la inminencia de la escasez. Y es esta convicción, que la continuidad de la experiencia tornará en instintiva, lo que propiciará el primer acto de egoísmo en el hombre: el almacenamiento. Almacenando, el hombre siente que adquiere seguridad, que está cubierto de lo imprevisto, que se protege contra lo natural desconocido. Esta actitud casi biológica que percibimos en los primeros tiempos se convertirá con el correr de las edades en una actividad racional, es decir aparecerá en el hombre como espíritu de lucro, porque lucro es la acumulación deliberada de excedente – que luego podrán denominarse beneficios.

En otras palabras, esa urgencia por almacenar recursos no es otra cosa que el desesperado esfuerzo por racionalizar el futuro, por organizar y someter lo desconocido, que para el hombre de este momento, es primordialmente la escasez.”

DEL PATRIMONIO PERSONAL Y LA PLANIFICACIÓN PATRIMONIAL

La planificación patrimonial, a nivel individual y sobre todo a nivel familiar, no solo es un acto demostrativo de inteligencia sino principalmente de responsabilidad.

Planificar, en términos generales, consiste en determinar un objetivo y la secuencia de actos que se habrá de llevar a cabo para la consecución del mismo.

En la planificación patrimonial el objetivo es adquirir, conservar, administrar y disponer de lo necesario para garantizar, en todo momento, incluso después de la muerte del cabeza de familia, el bienestar y la seguridad individual y familiar. Para estos efectos, es necesario hacer un cuidadoso análisis de las distintas opciones económicas, financieras, legales y fiscales.

Un estudio realizado por Merrill Lynch este año, indica que existen en el mundo unos 8.3 millones de personas que poseen fortunas superiores al millón de Dólares cada una, acumulando un monto total por el orden de 30.8 billones de Dólares. Este incremento en las fortunas individuales y otros factores que iremos viendo han hecho indispensable la planificación patrimonial.

La doctrina y la práctica han identificado las siguientes cinco razones por las cuales se considera que toda persona debe planificar su patrimonio:

1. Segregar parte del patrimonio personal a efectos de protegerlo de nuestros acreedores, reservando un cierto nivel de control con relación a los mismos.

En el año 428 A.C. se aprobó en el Imperio Romano la famosa ley *Poetelia Papiria* a partir de la cual se prohibió a los acreedores de obligaciones encadenar y/o tomar como esclavo temporalmente al deudor hasta tanto el magistrado decidiera finalmente, ante el no pago de la obligación, entregarle formalmente al deudor para que lo vendiera como esclavo al extranjero o bien para que lo matara. A partir de ese momento, las obligaciones dejan de tener un carácter personalísimo y pasan a tener un carácter patrimonial, de manera que los deudores responden de sus obligaciones solamente con sus bienes presentes y futuros. Esto implica que todos los bienes de una persona están expuestos al pago de todas y cada una de sus obligaciones, lo cual obviamente genera incertidumbre con relación a la situación patrimonial de un individuo y su familia. En este escenario resulta necesario y conveniente segregar parte del patrimonio individual, a fin de que constituya un patrimonio separado al cual los acreedores individuales no puedan alcanzar, asegurando

así cierta estabilidad financiera y económica para el grupo familiar. Pero al mismo tiempo es necesario asegurar un cierto nivel de control con relación a dicho patrimonio.

2. Asegurar el futuro financiero personal y el de nuestra familia y estar preparados para eventos de necesidad económica.

Es muy importante garantizar la continuidad hacia el logro de los objetivos individuales o familiares, sobre todo en aquellas circunstancias en las cuales las fuentes de recursos económicos se vean súbita e inesperadamente mermadas.

El objetivo primario de todo individuo y su familia es su supervivencia y luego la consecución, mantenimiento y hasta mejoramiento, en la medida de lo posible, de un **estándar de vida decente**. Sin embargo, hay toda una variedad de eventos, como por ejemplo en caso de crisis económicas con sus consiguientes aumentos inflacionarios, la incapacidad total o permanente, los despidos laborales, la jubilación, la muerte, las quiebras, etc., que pudieran mermar considerablemente los ingresos individuales o familiares alterando por ende, significativamente, las condiciones de vida alcanzadas y/o proyectadas de un individuo y su familia. Entonces uno planifica para asegurar un mínimo de recursos económicos que ayuden a mantener en todo momento y ante cualquier circunstancia, el estándar de vida deseado. Las tres reglas básicas de la buena administración son planificar, ejecutar y retro-alimentar. Pero todo comienza con una buena planificación.

3. Asegurar un retiro de la actividad laboral en condiciones económicas satisfactorias y sostenibles.

Ya sea obligados por el deterioro de las condiciones físicas y mentales o bien porque consideremos que después de tantos años de arduo trabajo nos merecemos un descanso, toda persona aspira a retirarse de la vida laboral activa en algún momento de su vida y disfrutar de un ritmo de vida menos exigente a lo largo de los que considera pueden ser sus últimos años de existencia. Aunque para estos efectos se han creado y puesto en ejecución, de manera obligatoria, en todos los Estados, los sistemas de seguridad y previsión social, es bien sabido que este tipo de planes existentes a nivel estatal, solo están en condiciones de proveer recursos económicos limitados y por ende insuficientes para los efectos de mantener el mismo nivel de vida llevado hasta

el momento del retiro. Y ni hablar de las grandes amenazas que se ciernen sobre la gran mayoría de estos programas y que ponen en peligro la efectiva recepción de los recursos económicos por tantos años atesorados. Por esto se ha hecho indispensable contar con una adecuada planificación patrimonial que permita obtener recursos económicos complementarios a los que aportan los planes obligatorios de retiro o jubilación administrados por el Estado.

4. Determinar libremente a quiénes y en qué proporción se habrá de distribuir el patrimonio en el evento de muerte.

Es conveniente asegurar la que, a juicio personal, se considera que será la más conveniente distribución del patrimonio individual, a favor de aquellos quienes nos interesa, en el evento de muerte.

La transmisión de todo patrimonio, en el evento de muerte, está sujeta a reglas que todo Estado soberano establece para que se apliquen a falta de una adecuada y oportuna planificación patrimonial por parte del difunto propietario, estas son las **reglas sucesorias**. Pero resulta que esas reglas sucesorias generales, aplicables a falta de la adecuada y oportuna planificación patrimonial, no siempre resultan ser las más convenientes en cuanto a distribución se refiere, porque el legislador dispone reglas uniformes con relación a quiénes y en qué proporciones sucederán el patrimonio del difunto. Reglas como: “en las herencias, el pariente más próximo en grado excluye al más remoto” (artículo 652 de nuestro Código Civil), “a falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a la ley, heredará el Municipio donde tuvo su último domicilio el difunto” (artículo 692 de nuestro Código Civil), “el viudo o viuda que al morir su consorte no se hallare separado o divorciado, o lo estuviese por culpa del cónyuge difunto, tendrá derecho, si careciere de lo necesario para su congrua subsistencia, a que se le adjudique hasta una quinta parte de la herencia por razón de alimentos” (artículo 813 de nuestro Código Civil), “ si la extinción del régimen de participación en las ganancias es por causa de muerte, al cónyuge sobreviviente le corresponde una cuarta parte del patrimonio final del consorte fallecido en concepto de participación en las ganancias” (artículo 111 del Código de la Familia). Como se ve este régimen sucesorio legal no toma en consideración ciertas particularidades que le pueden interesar a una persona como: las incapacidades que pudieran tener algunos de sus familiares que requieran de mayores recursos económicos, ni el interés que se hubiera podido tener de favorecer más a unos familiares que

otros por sus particulares condiciones económicas, ni el interés de querer favorecer a amistades muy queridas, ni las intenciones o intereses altruistas que hubiera podido tener el difunto. La planificación patrimonial ayuda a disponer lo necesario para lograr una conveniente conservación o distribución del patrimonio a favor de quienes a uno le interesa, en las condiciones que uno quiera y en las proporciones deseadas.

5. Asegurar una manera más efectiva y más eficiente de transmisión del patrimonio individual, a favor de aquellos quienes nos interesa, en el evento de muerte.

Esas **reglas sucesorias** generales que, tal como mencionamos, son aplicables a falta de una oportuna y adecuada planificación patrimonial, no siempre resultan ser las más eficaces, porque **no producen la transmisión del patrimonio de manera expedita**- piénsese en la necesidad de hacer un juicio de sucesión y las complicaciones que se pueden dar en él; o en la eventualidad de tener que vender parte del patrimonio en condiciones de mercado que no son las más favorables, porque simplemente no se puede distribuir de otra manera o porque los herederos no se ponen de acuerdo en cómo repartírselo. Tampoco resultan ser, esas reglas sucesorias, las más eficientes, porque generalmente **obligan a incurrir en toda una serie de gastos que generalmente se pueden evitar**- piénsese en los honorarios de abogados por juicio de sucesión y por las peleas que entre los herederos se puedan dar. De manera que los trámites sucesorios cuestan dinero, toman tiempo, y en la gran mayoría de los casos generan discordias que luego resultan irreconciliables entre familiares y/o amigos.

6. Asegurar la más adecuada conservación y administración del patrimonio

“Ningún coheredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión.. No puede estipularse indivisión por más de diez años...” dice el artículo 908 de nuestro Código Civil.

Las reglas sucesorias obligan a que el patrimonio del difunto irremediamente tenga que dividirse y repartirse, lo cual en muchos casos puede significar la segregación y disposición de activos que con gran esfuerzo se adquirieron, amasaron y combinaron para ser productivos, y que por ende puede resultar conviene mantener unidos, incluso en algunos casos puede tener además un valor sentimental, por constituir un patrimonio heredado por generaciones.

7. Minimizar la carga tributaria con relación al patrimonio.

Aunque los impuestos que afectan al patrimonio varían de Estado a Estado, se puede decir que hay por lo menos **seis tipos de impuestos que generalmente lo pueden afectar**: (a) el impuesto sobre la **renta**; (b) el impuesto de **donaciones**; (c) el impuesto de **inmuebles**; (d) el impuesto de **sucesiones**; (e) el impuesto sobre el **patrimonio**; y (f) el impuesto a las **transferencias**.

Si bien es cierto todo buen ciudadano debe contribuir económicamente para sufragar los gastos del Estado, también es cierto que con frecuencia el Estado abusa en el monto de lo que cobra y además mal utiliza los fondos públicos. Este sentimiento de cobro excesivo y de mala utilización de los impuestos incrementa la natural resistencia a su pago e incentiva a todo individuo a buscar las maneras de pagar la mínima cantidad de impuestos posible. Como dijo el juez estadounidense Learned Hand “Cualquiera puede arreglar sus asuntos de tal manera que sus impuestos sean los más bajos posibles; no está obligado a escoger el modelo que más pague al Estado; no es siquiera un deber patriótico el incrementar el pago de nuestros impuestos.”

El crecimiento de las fortunas personales, sumado a la popularización de la banca de inversión y de la planificación patrimonial internacional han hecho accesible a mucha gente el conocimiento de las distintas opciones legales, financieras y fiscales disponibles a nivel internacional, que pueden ser utilizadas para minimizar el impacto fiscal negativo.

En este contexto de la planificación patrimonial nos preguntamos entonces qué ventajas puede ofrecer la fundación de interés privado. El propósito de nuestro análisis es simplemente el de ofrecer una descripción de este versátil instrumento jurídico, a efectos de que, conociéndolo adecuadamente, podamos tenerlo como una de las alternativas existentes en materia de planificación patrimonial. Comencemos por revisar sus antecedentes históricos y su concepto para tener un mejor entendimiento de esta figura jurídica y luego ver en más detalle sus demás particularidades que hacen de él un útil instrumento de planificación patrimonial.

LA FUNDACIÓN DE INTERES PRIVADO



Antecedentes Históricos

La Fundaciones en general, aparecen en el escenario jurídico en la época del Imperio Romano, más concretamente durante el cristianismo, y en aquellos tiempos no tuvo otro objeto que fines de beneficencia y de piedad.

No obstante lo anterior, nuestra Fundación de Interés Privado no descende de aquella institución romano-cristiana, descende de las Fundaciones Familiares y Mixtas del Principado de Liechtenstein. Estas instituciones, ascendientes de la nuestra, tuvieron una evolución histórica un poco distinta a la de sus similares del Derecho Romano, de ahí su diferencia con aquellas.

Durante la Edad Media tanto los Fideicomisos como las Fundaciones de origen romano evolucionaron negativamente en forma tal que desvirtuaron su naturaleza inicial y se constituyeron en el medio más eficaz para segregar y perpetuar el patrimonio en manos de unos pocos, en manos de grupos familiares y de la Iglesia. Se abusó tanto de estas figuras que se llegaron a aborrecer por considerar que con ellos se desarrolló un sistema totalmente antieconómico e inconveniente que trajo consigo el estancamiento de la riqueza, principalmente la inmobiliaria, en manos de las familias aristocráticas o de instituciones que se les llegó a conocer como “manos muertas” dado que adquirían el patrimonio con la condición de no poder enajenarlo, quedando por lo tanto “muerto” al comercio jurídico. El abuso en el uso de estas instituciones trajo consigo que las mismas se contrapusieran a los principios de la Revolución Francesa y que por ende quedaran posterior y definitivamente abolidas del sistema jurídico, situación que receptamos todos los países de tradición romana por vía de la legislación francesa.

Esto en realidad fue un error toda vez que las llamadas “sustituciones fideicomisarias”, que fue el sistema que en verdad pretendió perpetuar la propiedad en manos de unos pocos, en realidad era solo una modalidad de dichas instituciones. Quizás por estar conscientes de esto, estas instituciones tuvieron otra suerte en otras legislaciones.

En los países anglosajones, una figura semejante al Fideicomiso romano, el *trust*, evolucionó en una forma favorable, quizás por la naturaleza propia de su sistema jurídico, en el que las normas jurídicas se van creando vía jurisprudencial, y sentaron así las bases para lo que posteriormente fue el *rule against perpetuities* (ley contra las perpetuidades) que lidió de manera más práctica con el problema de la inmovilización de la riqueza.

Por su parte, las Fundaciones sobrevivieron en algunos países de Europa Occidental, y posteriormente evolucionaron hacia instituciones con fines no lucrativos pero distintos a la beneficencia y la piedad. Es el caso de Suiza, Austria y Alemania, países en los que pudo evolucionar sin problemas dado que se reguló adecuadamente el tema del carácter perpetuo de las vinculaciones patrimoniales. De estos países, el Principado de Liechtenstein introdujo, entre otras, la figura de las Fundaciones Familiares, en 1926, en su "Ley de Personas y Sociedades". Luego otros países, como Holanda, las Antillas Holandesas y Panamá también la receptaron.

En Panamá, las Fundaciones de Interés Privado están reguladas por la Ley N°25 del 12 de junio de 1995 y su reglamento para efectos de Registro Público, es el Decreto Ejecutivo N°417 del 8 de agosto de 1995.

Naturaleza Jurídica

Tanto en el Derecho Romano, como en la legislación de Liechtenstein y en la legislación panameña, las Fundaciones constituyen "**personas jurídicas**, ficticias o morales". Pero cabe señalar que las Fundaciones no son sociedades ni asociaciones pues no requieren necesariamente de la concurrencia de dos o más voluntades sino que basta con la manifestación de voluntad de una sola persona natural o jurídica. En este sentido constituye una persona jurídica constituida mediante un "acto jurídico unilateral", es decir el Fundador o los Fundadores mediante un acto unilateral de declaración de voluntad y de disposición de bienes vincula(n) estos a la realización de un fin predeterminado, que no es el ánimo de lucro, y da(n) lugar al nacimiento de una persona jurídica que es la organización que ejecutará los fines previstos para dicho patrimonio.

Las Fundaciones gozan de ciertos atributos, algunos de los cuales, solo algunos, son compartidos también por los Fideicomisos, pese a que estos no tienen personalidad jurídica, otros de estos atributos son compartidos con las sociedades y otros son características muy particulares a las Fundaciones.

Veamos:

- (a) Al igual que las sociedades y a diferencia de los Fideicomisos, las Fundaciones de Interés Privado tienen una personalidad jurídica propia, independiente de la de su Fundador y de las personas que integran sus órganos de administración.

- (b) La personalidad jurídica de que gozan las Fundaciones de Interés Privado presupone la constitución de un patrimonio autónomo, o sea que la constitución del patrimonio autónomo mediante la disposición de bienes, que debe hacer el Fundador, es un requisito esencial para la existencia de la Fundación como persona jurídica y es en cabeza de ésta persona jurídica así constituida donde radican los derechos de propiedad de dicho patrimonio.
- (c) A diferencia de las sociedades, la voluntad de las Fundaciones de Interés Privado, como persona jurídica, no es autónoma, es, como dice Enneccerus, heterónoma, es decir que “sus órganos de administración han de respetar la voluntad del Fundador, deviniendo en mejores ejecutores de ella, sin que puedan variar el destino ni la organización de la fundación.”.
- (d) En las Fundaciones de Interés Privado su finalidad no puede ser lucrativa, el patrimonio dispuesto por el Fundador para constituir la Fundación está afecto a la realización de los fines establecidos por el Fundador, pero estos no pueden ser lucrativos.

Concepto

De lo que llevamos expuesto hasta ahora, podemos aproximarnos a un concepto de la Fundación de Interés Privado, como una figura jurídica *sui generis* que goza de muchos de los atributos de las sociedades y de los fideicomisos sin identificarse plenamente con ellas.

Consistente en una persona jurídica, constituida unilateralmente por una o más personas naturales o jurídicas, actuando por sí o por interpuesta persona, y a la cual se le encomienda la conservación, administración y disposición de un patrimonio, a través de un órgano interno de administración, para la realización de los fines previstos por los mismos Fundadores, que no podrá ser el lucro.

Formalidades De Constitución

A nuestro juicio, las Fundaciones de Interés Privado son actos jurídicos unilaterales sucesivos porque requieren del agotamiento de varias etapas, a saber: (a) una primera etapa consistente en la declaración de la voluntad de constituir la Fundación y de encomendar un patrimonio. Esta etapa solo afecta al o los Fundadores; (b) una segunda etapa consistente en la adquisición de la personería jurídica. Esta etapa

surte efectos frente a terceros; y (c) una tercera etapa consistente en la constitución del patrimonio fundacional autónomo.

Consideramos que la primera etapa, es un acto solemne pero a la vez flexible.

La solemnidad consiste en que la declaración de voluntad del o los Fundadores debe constar por escrito en un acta denominada Acta Fundacional. Conforme a nuestra Ley, para constituir una Fundación de Interés Privado sólo se requiere de un Acta Fundacional, que podrá ser redactada en cualquier parte del mundo y en cualquier idioma, y que deberá estar firmada por el o los Fundadores. Conforme a la Ley, el Acta Fundacional deberá contener la siguiente información básica: (a) el nombre de la Fundación, que podrá estar expresado en cualquier idioma cuyo alfabeto tenga los mismos caracteres que el español; (b) el patrimonio inicial que en ningún caso podrá ser inferior a US\$10,000.00; (c) los miembros integrantes del Consejo de Fundación; (d) el domicilio de la Fundación; (e) el nombre del agente residente en Panamá, que deberá ser un abogado o firma de abogados; (f) los fines de la Fundación; (g) la forma de designar a los beneficiarios; (h) la forma de modificar el Acta Fundacional; (i) la duración de la Fundación; (j) la revocabilidad o irrevocabilidad de la Fundación; (k) las causales de disolución de la Fundación; (l) el destino que se le dará al patrimonio de la Fundación en caso de disolución, así como la forma de llevar a cabo la liquidación. El Acta Fundacional podrá contener cualquier otra cláusula que el o los Fundadores consideren conveniente introducir.

En adición a lo anterior, la Ley exige, como formalidad *ad probationem*, que la firma en el Acta Fundacional sea autenticada por Notario Público. Más adelante analizaremos la posibilidad de constituir una Fundación con efectos *Inter vivos* o *mortis causa*.

Para los efectos de la segunda etapa –adquisición de personería jurídica- la Ley exige como una formalidad de publicidad, que el Acta Fundacional sea protocolizada junto con una traducción al español, de ser necesario, en una Notaría de Panamá, y que la misma sea inscrita en el Registro Público. Es a partir de la inscripción en el Registro Público que la Fundación adquiere personería jurídica y surte efectos frente a terceros. Es a partir de este momento que la Fundación podrá adquirir toda clase de bienes, contraer obligaciones y/o ser parte en procesos de cualquier naturaleza, con independencia de sus Fundadores.

Conforme a la Ley, una vez adquirida la personería jurídica, el o los Fundadores tendrán que ejecutar el traspaso de los bienes comprometidos, para constituir el

patrimonio fundacional, entrando así en la tercera etapa. Este traspaso de los bienes podrá hacerse en documento público o privado, seguido de la entrega de los mismos, según se requiera dependiendo de la naturaleza de los bienes. A partir de la formalización del traspaso de los bienes a la Fundación, éstos dejan de estar en la esfera patrimonial del o los Fundadores y pasan a estar en la esfera patrimonial de la Fundación.

Es necesario indicar que cualquier modificación al Acta Fundacional deberá satisfacer las mismas formalidades requeridas para esta, más aquellas previstas en la misma Acta Fundacional.

Los Reglamentos

Conviene hacer notar que las Fundaciones de Interés Privado, se regulan por dos tipos de instrumentos básicos: (a) el **Acta Fundacional**, que es la que le da vida; y (b) los **Reglamentos**, que gobiernan muchos de sus aspectos internos y sensitivos.

Esta dualidad es importante, porque los Reglamentos constituyen documentos de carácter privado que no requieren notarización ni inscripción en el Registro Público, y por ende permiten mantener la confidencialidad con relación a una gran cantidad de información que el Fundador puede considerar sensitiva con respecto a la distribución de su patrimonio, como puede ser: la identidad de los Beneficiarios; las atribuciones, responsabilidades, obligaciones y deberes del Consejo de Fundación; la designación de un Protector u órgano de fiscalización, así como la especificación de sus atribuciones y deberes; las causas de remoción de los integrantes del Consejo de Fundación; pactar cláusulas arbitrales, etc.

Figuras Relevantes

En las Fundaciones de Interés Privado destacan principalmente tres figuras importantes e indispensables: (a) el o los **Fundadores**; (b) el **Consejo de Fundación**; y (c) los **Beneficiarios**.

De manera opcional la Ley permite la designación de uno o más **Protectores** o de un **Comité de Fiscalización**, que pueden ser creados en el Acta Fundacional o en los Reglamentos

EL FUNDADOR

Podrá ser una o varias personas, naturales o jurídicas, actuando por sí o por medio de terceros, las cuales deberán transferir o comprometerse a transferir, en calidad de aportes, bienes por un monto no inferior a B/.10,000.00.

La Ley permite que el Fundador sea Beneficiario y que además forme parte del Consejo de Fundación, de manera que, aunque no se menciona expresamente en la Ley, no hay razón para impedir que una misma persona jurídica sea Fundador, Consejo de Fundación y Beneficiario a la vez.

El Fundador tiene por Ley las siguientes facultades y deberes: (a) obligación de aportar los bienes que él haya prometido en el Acta Fundacional; (b) revocar la Fundación en casos en que el Acta Fundacional no haya sido inscrita en el Registro Público o en caso de configurarse cualquiera de las causales de revocación de las donaciones (v.g. si el beneficiario incumple alguna de las condiciones que le fueron impuestas; si el beneficiario cometiera algún delito contra la persona, honra o bienes del Fundador; si el beneficiario imputare al Fundador algún delito perseguible de oficio; si el beneficiario negare indebidamente alimentos al Fundador, conforme a los artículos 964 y 965 de nuestro Código Civil); (c) designar al Protector o integrantes del órgano de fiscalización; (d) remover judicialmente a los miembros del Consejo de Fundación; (e) cualquier otra establecida en el Acta Fundacional o los Reglamentos.

EL CONSEJO DE FUNDACIÓN

Debe estar integrado por un mínimo de tres personas naturales o una persona jurídica, y es el que tiene la responsabilidad de dar cumplimiento a los fines y objetivos de la Fundación.

Aunque no lo dice expresamente la Ley, asumimos que los miembros designados para el Consejo de Fundación no están obligados a asumir el cargo y asumen sus responsabilidades en el momento en que lo aceptan.

Sin perjuicio de que el Acta Fundacional o los Reglamentos especifiquen las obligaciones y deberes del Consejo de Fundación, la ley prevé los siguientes: (a) la administración del patrimonio fundacional de conformidad con los fines de la Fundación; (b) celebrar los contratos que sean necesarios para el cumplimiento de los fines de la Fundación; (c) informar a los Beneficiarios sobre la situación patrimonial de la Fundación; (d) entregar a los Beneficiarios los bienes o recursos de la Fundación

según lo dispuesto en el Acta de Fundación o los Reglamentos; (e) rendir cuentas a los Beneficiarios y al órgano de fiscalización, por lo menos una vez al año.

La Ley no dispone nada con relación a la remuneración de los miembros del Consejo de Fundación, por lo que es importante contemplar este tema en el Acta Fundacional.

Los miembros integrantes del Consejo de Fundación pueden ser libremente removidos o por las causas previstas en el Acta Fundacional o los Reglamentos, por el Fundador o por un tercero autorizado para tales efectos, cuando así lo prevea expresamente el Acta Fundacional o los Reglamentos. Igualmente podrán ser removidos judicialmente, por el Fundador o los Beneficiarios, por las causas expresamente establecidas en la Ley. (v.g. incompatibilidad de intereses; mala administración; condena por delitos contra la propiedad o la fe pública; incapacidad; insolvencia, quiebra o concurso). Adicionalmente, la Ley prevé la posibilidad de que el Acta Fundacional autorice al Fundador o a un tercero para adicionar nuevos miembros al Consejo de Fundación.

La Ley no trata el tema de la renuncia de los miembros del Consejo de Fundación por lo que debe regularse el tema en el Acta Fundacional.

El estándar de responsabilidad exigido a los miembros del Consejo de Fundación es el de la diligencia de un buen padre de familia. Así lo dispone la Ley al establecer como causal de remoción judicial la falta de diligencia de un buen padre de familia. Conforme a nuestro Código Civil la diligencia de un buen padre de familia corresponde a la culpa leve la cual se ubica entre el dolo y la suma diligencia o cuidado, es decir que corresponde al cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Cabe señalar que la Ley exime de responsabilidad al Consejo de Fundación cuando actúan sobre la base de una autorización dada por el Protector, Comité u Órgano de Fiscalización. También se les exonera de responsabilidad una vez aprobada las cuentas rendidas o transcurridos 90 días luego de presentadas, salvo que mediare culpa grave o dolo.

LOS BENEFICIARIOS

Los Beneficiarios pueden ser personas naturales o jurídicas y tienen conforme a la Ley los siguientes derechos: (a) derecho a ser informados por parte del Consejo de Fundación, de la situación patrimonial de la Fundación; (b) derecho a exigir al Consejo de Fundación, rendición de cuentas anualmente; (c) derecho a objetar, en un término de 90 días, las cuentas rendidas; (d) derecho a solicitar judicialmente y por las causas previstas en la ley, la remoción de los miembros del Consejo de Fundación; (e) derecho a impugnar los actos de la Fundación que lesionen sus derechos ya sea

mediante denuncia al Protector u Órgano de Fiscalización o mediante acción judicial directa; (f) derecho a secuestrar, embargar, ejercer acciones legales o medidas cautelares con respecto a los bienes de la Fundación, en defensa de sus derechos legítimos.

EL AGENTE RESIDENTE

Nuestra Ley exige que toda Fundación de Interés Privado tenga un Agente Residente, que deberá ser un abogado o Firma de abogados y quien deberá refrendar el Acta Fundacional previo a su inscripción en el Registro Público.

Sin perjuicio de las facultades que el o los Fundadores le quieran atribuir en el Acta Fundacional, la Ley solamente le reconoce como función principal del Agente Residente, la de servir de representante jurídico de la Fundación ante las autoridades nacionales. Es una especie de vínculo o agente de comunicación entre las autoridades nacionales y los Fundadores, sobre todo tomando en cuenta que estos pueden ser extranjeros no domiciliados en Panamá.

Por otro lado, nuestra legislación le impone al Agente Residente la responsabilidad de conocer al cliente y mantener información suficiente para identificarlo ante las autoridades competentes (entiéndase funcionarios del Ministerio Público u Organo Judicial con competencia para conocer de delitos de narcotráfico o lavado de dinero, en relación a casos iniciados en Panamá o seguidos por razón de algún tratado de asistencia legal) cuando así sea requerido.

FIGURAS OPCIONALES

PROTECTOR, COMITÉ U ORGANO DE FISCALIZACIÓN

La Ley permite el nombramiento de un Protector, Comité u Órgano de Fiscalización, que puede ser una persona natural o jurídica. Sin perjuicio de lo que establezca el Acta Fundacional o los Reglamentos, sus responsabilidades son: (a) velar por el cumplimiento de los fines de la Fundación; (b) velar por los derechos e intereses de los Beneficiarios; (c) exigir la rendición de cuentas al Consejo de Fundación; (d) modificar los fines de la Fundación cuando resulten imposibles o de gravosa realización; (e) designar nuevos miembros del Consejo de Fundación; (f) aumentar el número de miembros del Consejo de Fundación; (g) custodiar los bienes de la Fundación; (h) excluir Beneficiarios y adicionar otros .

REPRESENTANTE LEGAL

Nuestra Ley no contempla la figura del Representante Legal de la Fundación, pero nada impide que en el Acta Fundacional se nombre uno. Consideramos que esta figura resulta muy conveniente a efectos de centralizar en una sola persona ciertas facultades de representación de la Fundación ante terceros. Es quizás en esta figura en la que puede recaer, por ejemplo, la facultad de certificar los Reglamentos, los Beneficiarios, la existencia o no de órganos de fiscalización, etc. de la Fundación.

DIGNATARIOS

Aunque la Ley no exige que la Fundación de Interés Privado tenga dignatarios, dado que los órganos internos de administración y fiscalización pueden ser colegiados (v.g. integrados por varias personas) puede resultar conveniente que se prevea, ya sea en el Acta Fundacional o en los Reglamentos, la designación de dignatarios (v.g. Presidente, Secretario, Tesorero, Vocales) con facultades y responsabilidades determinadas en los Reglamentos. Esto facilita mucho el buen desempeño de las reuniones de los órganos colegiados de administración y fiscalización.

Patrimonio y su Afectación

Las Fundaciones de Interés Privado pueden constituirse con bienes de cualquier naturaleza, presentes o futuros, los cuales obviamente deben tener como origen un negocio lícito, y los cuales serán aportados o prometidos aportar por el Fundador o por terceras personas, al momento de constituir la Fundación. Si los bienes fueron prometidos aportar, los mismos deberán ser efectivamente aportados luego de inscrita el Acta Fundacional en el Registro Público. En todo caso deberán cumplirse las formalidades generales requeridas por las leyes para el traspaso de bienes según su naturaleza. El mínimo requerido por Ley para constituir la Fundación es de US\$10,000.00.

La Ley no regula el tema del saneamiento por evicción o vicios redhibitorios, por lo que conviene regular este tema en el Acta Fundacional, sobre todo en casos de aportes por terceros.

Los bienes aportados a la Fundación pasan a constituir un patrimonio separado y autónomo, de manera que estos bienes salen de la esfera patrimonial del Fundador o del tercero aportante y entran en la esfera patrimonial de la Fundación. En este sentido, los bienes aportados a la Fundación no podrán ser secuestrados, embargados

ni objeto de acción o medida cautelar, excepto por obligaciones incurridas o por daños causados por la misma Fundación en desarrollo de sus objetivos. En ningún caso, estos bienes podrán responder de obligaciones del Fundador ni de los Beneficiarios.

La Ley dispone que los aporte o transferencias de bienes a la Fundación sólo podrán ser impugnados por los acreedores del Fundador o de un tercero aportante, cuando la transferencia se hubiere hecho en fraude de acreedores y en todo caso hasta un término de tres (3) años contados a partir de la transferencia de los bienes.

La Ley establece como regla general que las transferencias de bienes a una Fundación serán irrevocables salvo que en el mismo acto de transferencia se disponga lo contrario.

Conforme a la Ley, le corresponde al Consejo de Fundación, sólo o con el refrendo del Protector u Organo de Fiscalización, la conservación, administración y disposición de los bienes de la Fundación. En todo caso, el Consejo de Fundación y el Protector u Organo de Fiscalización quedan sujetos a los fines de la Fundación. Por lo que si bien pueden administrar y hasta dispones de los bienes, sus facultades de administración y disposición están supeditadas a los fines del Fundación.

Los Fines

Las Fundaciones de Interés Privado pueden constituirse para cualquier fin que no contravenga la moral, el orden público o las leyes, y en ningún caso pueden perseguir fines lucrativos, aunque sí pueden realizar de manera no habitual actos de comercio. Nuestra legislación mercantil (v.g. Código de Comercio) determina expresamente qué actos son considerados actos de comercio. La doctrina más respetada considera que la habitualidad se configura cuando hay reiteración y la cuando la actividad se hace como un medio de subsistencia.

Dadas las posibilidades que ofrece de asegurar protección, control y confidencialidad, con respecto a bienes, generalmente se les reconocen, entre sus utilidades básicas, las siguientes: (a) la posibilidad de ser medio idóneo y discreto para ejecutar actos de liberalidad; (b) como medio idóneo para segregar patrimonios y mantenerlos bajo control (tipo Holding Company) o bien someterlos a la administración profesional de terceros; (c) como medio sucesorio idóneo; (d) como medio idóneo de garantía frente a terceros.

No obstante lo anterior, las Fundaciones de Interés Privado han tenido un gran éxito como medio idóneo de administración patrimonial.

Efectos Inter Vivos o Mortis Causa

Las Fundaciones de Interés Privado pueden constituirse para que produzcan efectos *inter vivos* o *mortis causa*, y para tales efectos la Ley dispone que se pueden constituir por medio de documento privado o público y que para los casos en que la constitución de la Fundación habrá de surtir efectos después de la muerte del Fundador, no se requiere cumplir con las formalidades previstas para el otorgamiento de un testamento. Entendemos que una vez constituida la Fundación con efectos *mortis causa*, todos los efectos propios de la constitución de una Fundación de este tipo (p.ej. la efectiva transferencia de los bienes, el funcionamiento de los órganos de administración y fiscalización, el cumplimiento de los fines, el reparto de los beneficios, la exigibilidad en el cumplimiento de las obligaciones propias de cada parte, etc.) quedarán suspendidos hasta que se produzca la muerte del Fundador y es a partir de ese momento en que se producirá, de pleno derecho, tanto la efectividad de la transmisión de los bienes o la obligatoriedad de transferir los bienes prometidos, como el inicio de su funcionamiento.

La Ley permite que el Acta Fundacional con efectos *mortis causa* se inscriba en el Registro Público en vida o después de la muerte del Fundador, y en caso de que sea después de la muerte del Fundador, la Ley protege las transferencias de bienes hechas a la Fundación pese a que aún no haya adquirido su personería jurídica. Tan es así, que la Ley establece que los herederos no podrían, en tal caso, revocar la creación de la Fundación o la transferencia de bienes hecha por el Fundador difunto. Nuestra Ley protege a los Fundadores de las normas sucesorias que rijan en su país de origen o en el país de origen de los Beneficiarios, al decir que las mismas no le serán oponibles a la Fundación. Esto garantiza la liberalidad de la disposición de bienes por parte del Fundador y la efectividad del cumplimiento de su última voluntad.

Revocabilidad

Las Fundaciones de Interés Privado son generalmente irrevocables. Es decir, que a falta de una disposición en contrario en el Acta Fundacional, la Ley dispone que serán

irrevocables. No obstante lo anterior, la Ley dispone que podrán revocarse en los siguientes casos: (a) si el Acta Fundacional no ha sido inscrita en el Registro Público; (b) por cualquiera de las causa de revocación previstas para las donaciones; y (c) cuando la Fundación deba surtir efectos después de la muerte del Fundador.

La revocación de una Fundación sólo implica la disolución y liquidación de la Fundación más no necesariamente la revocación de los actos de transferencia de bienes, a menos que así lo haya previsto expresamente el mismo acto en que se formaliza la transferencia.

Confidencialidad

La Ley le impone, a los miembros del Consejo de Fundación y a los de los Organos de Fiscalización, así como a cualquier servidor público o privado que tenga conocimiento de las actividades, transacciones u operaciones de la Fundación, un deber de confidencialidad sin límite de tiempo. La Ley contempla una sanción de prisión de seis (6) meses y multa de cincuenta mil Dólares (US\$50,000.00), sin perjuicio de la responsabilidad civil que pueda derivar de la infracción de este deber.

Uso Indevido de las Fundaciones - Normas sobre Lavado de Dinero

Las Fundaciones de Interés Privado no escapan del alcance de las normas establecidas para impedir el uso de instituciones jurídicas para el lavado de dinero o blanqueo de capitales como ahora se le denomina.

Desde el mismo momento de su constitución la Ley obliga a los abogados a conocer a suficiencia y conservar evidencias de identificación, de los Fundadores de toda Fundación de Interés Privado que ellos colaboren en constituir; y posteriormente, la Ley somete a las Fundaciones de Interés Privado a los mismos requerimientos que se le exigen a cualquier otra persona que utilice los servicios del sistema bancario nacional o financiero en general.

Aspectos Fiscales

En materia fiscal es importante determinar si los bienes aportados a la Fundación están físicamente en Panamá o si producen renta considerada de fuente panameña.

En general, conforme a nuestra legislación fiscal, todo acto traslativo de dominio que se dé dentro del territorio nacional, con relación a bienes, está sujeto al pago de

impuestos. En el caso de las transferencias de bienes corporales muebles dentro del territorio de la República de Panamá, el Impuesto sobre la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y Prestación de Servicios puede tener incidencia; y tratándose de transferencias de bienes inmuebles dentro del territorio de la República de Panamá, el Impuesto de Transferencia de Bienes Inmuebles igualmente tiene incidencia.

Por otro lado, la inscripción en el Registro Público del acto de constitución de una Fundación de Interés Privado y de la transferencia de bienes están sujetas al pago de derechos de registro, los cuales son progresivos en función de los valores del patrimonio de la Fundación.

No obstante, la Ley contempla una exoneración de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones, a los actos de constitución, modificación o extinción, así como los actos de transferencia o gravamen, siempre que se trate de bienes que no están ubicados físicamente en Panamá, o de dineros procedentes de personas naturales o jurídicas que no obtengan rentas de fuente panameña, o de valores de cualquier clase emitidos por sociedades que no generen renta de fuente panameña.

La incidencia fiscal que pueda tener la aportación de bienes a una Fundación de Interés Privado o el simple hecho de ser Beneficiario, conforme a las leyes extranjeras, es un tema que debe ser consultado con un profesional idóneo en la respectiva jurisdicción.

Continuación o redomiciliación de la Fundación

Nuestra Ley permite que las Fundaciones de Interés Privado constituidas conforme a la Ley Panameña y que así lo dispongan en su Acta Fundacional o en sus Reglamentos, puedan acogerse a una legislación y jurisdicción extranjera, a efectos de que sea esa ley y jurisdicción extranjera la que la rija en todos sus aspectos, como si se tratara de un cambio de nacionalidad para una persona natural. Igualmente, permite nuestra Ley, que una Fundación de Interés Privado constituida conforme a una ley extranjera se acoja a la ley panameña.

Lo mismo sucedería con relación al patrimonio fundacional.

Esto es lo que se denomina “continuación”.

La Ley exige la elaboración de un certificado de continuación, expedido por los órganos competentes, para tales efectos, según el Acta Fundacional, que deberá cumplir con los requerimientos del Acta Fundacional, el cual debe acompañarse de

una copia del Acta de Fundación original y sus modificación y un poder otorgado a un abogado panameño, todo lo cual deberá ser protocolizado en una notaría en Panamá e inscrito en el Registro Público.

Extinción

La Ley tipifica las causales de extinción, sin perjuicio de que en los respectivos instrumentos constitutivos se prevean otras por voluntad de los Fundadores.

En este sentido la Ley prevé como causales de extinción las siguientes: (a) vencimiento del término de duración; (b) cumplimiento de los fines previstos; (c) insolvencia, cesación de pagos o concurso de acreedores de la Fundación; (d) pérdida o extinción total de los bienes aportados; (e) revocación.