

Comisión Bicameral para la Reforma,
Actualización y Unificación de los Códigos
Civil y Comercial de la Nación

Ponencia: "La legislación sigue en deuda con las ONGs"

Autor: Gabriel M. Astarloa

Abogado especializado en la atención de entidades sin fines de lucro
Miembro integrante de la Mesa para la Mejora del Marco Legal, Fiscal y Laboral
de las Organizaciones de la Sociedad Civil, que funciona dentro del ámbito de la
Confederación General de la Sociedad Civil.

Director titular del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires
Director suplente del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal

1. Introduccion

Es un dato por todos reconocido y aceptado que en la últimas tres décadas el sector de las organizaciones sin fines de lucro ha tenido una creciente importancia en nuestro país. En rigor, a lo largo de nuestra historia siempre han estado presente las obras de beneficencia, el espíritu solidario y la existencia de diversas iniciativas sociales, de variados signos ideológicos, para perseguir fines altruistas y de bien común, pero debemos admitir que existieron mas puntualmente dos períodos históricos en los que este fenómeno se ha manifestado de modo mas significativo.

El primero ocurrió desde fines del siglo XIX y se extendió hasta los años treinta de la siguiente centuria, cuando con la llegada de la gran ola de inmigrantes estos comenzaron a conformar diversas iniciativas para nuclearse y proteger intereses comunes. Nacieron así sociedades de socorros mutuos, cooperativas, escuelas, clubes, sociedades de beneficencia, etc. Tiempo después, con la formación de los suburbios tras la expansión de las grandes ciudades se fundaron nuevas poblaciones, y con ellas las sociedades de fomento, juntas vecinales, cooperativas para la provisión de servicios, etc. A finales de este periodo, este crecimiento se vio reflejado desde el punto de vista legal con la sanción de una ley de exención del impuesto a los réditos a las entidades sin fines de lucro, la creación del primer registro de entidades de bien público y una reglamentación sobre subsidios.

La otra gran explosión del sector es precisamente la actual, que podría decirse comienza con la reinstauración democrática de 1983, creció en la década de los noventa debido a los cambios sociales generados por la políticas económicas adoptadas, y se vi  fuertemente incrementada a partir de la grave crisis de finales del año 2001. Así, proliferan en la actualidad de nuestro paisaje social decenas de miles de organizaciones sociales sin fines de lucro de todo tipo, bajo distintas formas jurídicas, que persiguen diversas finalidades sociales, cívicas, educativas, culturales, deportivas, de salud, de protección del medio ambiente, defensa del consumidor, defensa de derechos, transparencia, etc.

Este vasto espacio social, diferenciado de las familias (primer ámbito natural de la sociabilidad humana) del Estado y del mercado, es lo que constituye la "sociedad civil". Existen también otros conceptos para denominar este mismo universo, que suelen definirse por contraposición a otros sectores o espacios. Así algunos se refieren al "tercer sector", para diferenciarlo del Estado y del mercado. Otros hablan de las organizaciones no gubernamentales (ONGs), reconociendo el interés público de las iniciativas aunque diferenciado del aparato estatal. Y finalmente queda también la expresión del "sector sin fines de lucro", que enfatiza la libre voluntad como impulsora de las iniciativas, distinta del fin de lucro propio de la empresas.

2. Las deficiencias del actual marco regulatorio

Claramente puede afirmarse que el actual crecimiento del sector social, cualquiera sea la denominación que se utilice, no ha sido capturado en toda su significado y dimensión por la normativa hoy vigente, tanto en lo que respecta al marco regulatorio en materia legal, como también impositiva y laboral. Son muchos los detalles que podrían mencionarse para justificar esta aseveración, aunque ello escapa a los propósitos de esta presentación. Solo mencionar, a mero título ejemplificativo, que si una organización social de base o comunitaria debiera contratar empleados se le aplica el mismo régimen laboral y previsional que a una gran empresa comercial.

Muchas de estas organizaciones, en función de su propia naturaleza y características, se rigen por leyes especiales. Tales las mutuales, asociaciones de trabajadores y de consumidores, bibliotecas populares, bomberos voluntarios, cooperadoras escolares y hospitalarias, etc. Pero la gran mayoría de ellas adopta, en general, la forma de asociaciones civiles y de fundaciones, que son precisamente las figuras tratadas en la proyectada legislación de fondo que motiva esta presentación.

Así, para circunscribirnos pues a lo estrictamente legal, cabe mencionar que la mayoría de las organizaciones sociales sin fines de lucro hoy existentes han sido creadas bajo la forma de asociaciones civiles, y que por ende desde hace más de 140 años ellas están reguladas por unas muy pocas disposiciones del Código Civil y por la normativa dictada por la autoridad administrativa de aplicación. Otras se han constituido como fundaciones, y se encuentran regidas por una norma especial (Ley N°19836) que data de hace y a casi 40 años.

Entre los múltiples desafíos que este sector social enfrenta para su crecimiento y desarrollo, uno es precisamente el de lograr una mejora del marco regulatorio para que sea más ágil y transparente, que permita potenciar el ejercicio de la virtud de la solidaridad, contando para ello con organizaciones fuertes que expresen la riqueza, pluralidad, y dinamismo de la sociedad, y permitiendo al Estado cumplir con mayor eficiencia su necesaria función de contralor.

A estos efectos, se espera del proyectado Código unificado que pueda proporcionar las normas legales generales adecuadas para el funcionamiento de las principales formas asociativas, procurando receptor las ricas experiencias que surgen del intenso desarrollado acumulado en estos años, y servir como base y fuente inspiradora de toda la normativa complementaria que deba dictarse a partir de la misma. Sin embargo, debe señalarse que la primera

impresión que genera la lectura del proyecto es que, al menos en lo que respecta a las organizaciones sin fines de lucro, este nuevo Código no parece encontrarse a la altura de las expectativas mencionadas.

Entre los fundamentos, ciertamente escuetos, no se evidencia el esperado impulso renovador. No consta que haya existido durante la tarea de la comisión redactora del anteproyecto un proceso de diálogo y consulta abierta con las organizaciones más representativas del sector. El acelerado trámite que se ha establecido para la discusión pública del proyecto en el Congreso no permite abrigar expectativas en cuanto a la apertura de una etapa de discusión franca y amplia previa a la sanción del proyecto de ley. Es verdad que una parte considerable del marco normativo adecuado que requieren las ONGs se compone de leyes especiales, y de reglamentaciones dictadas por el poder administrador, tanto en el ámbito nacional como provincial y municipal. Pero no es menos cierto tampoco que, pese a lo proclamado, en esta temática la proyectada nueva codificación no luce a primera vista como el mejor ejemplo de modernización de la normativa. Sin ir más lejos, el propio proyecto reconoce haber incorporado al nuevo Código el texto de la actual ley de fundaciones con muy escasas modificaciones, pese a la manifiesta conveniencia de considerar analizar con mayor debate su necesaria actualización.

Siguiendo la propia expresión alegórica utilizada en los fundamentos, no parece que este nuevo Código del siglo XXI, de ser sancionado, sea en la materia “un sol que ilumine” a las restantes leyes especiales y demás reglamentación complementaria que, con el tiempo deberían irse modificando y adecuando en consecuencia a la luz recibida.

3. Los aspectos más cuestionables del proyecto

Exponemos seguidamente algunos de los puntos del proyecto de ley que entendemos deberían ser reconsiderados, o cuando menos, sobre lo que efectuarse una reflexión más profunda y exhaustiva en forma previa a su aprobación.

3.1. Asociaciones civiles

La norma proyectada establece que la asociación civil “no puede perseguir el lucro como fin principal”, lo que parece implicar que si podría tal vez hacerlo como finalidad secundaria o accesorio, lo cual debería claramente descartarse conforme a los más sanos principios doctrinarios y jurisprudenciales vigentes en la materia. Distinto es admitir la posibilidad de que, para el cumplimiento de su objeto, las entidades puedan llevar a cabo una actividad “lucrativa”, siempre y cuando la misma guarde proporción con las actividades sociales propias, y los ingresos que generen se destinen exclusivamente a los fines estatutarios y no se

distribuyan entre sus miembros. Esta ha sido, por lo demás, la solución brindada por la doctrina y variada jurisprudencia (inclusive aplicable a casos similares de fundaciones) sobre la que sería mas apropiado guiarse en aras de permitir esta cada vez mas necesaria alternativa de financiamiento a muchas organizaciones.

En cuanto a su autorización y registro, en el proyectado artículo 169 se establece que estas asociaciones serán autorizadas y luego inscriptas en un registro, lo cual parece implicar una suerte de doble trámite que no tiene en verdad justificación, y que además supone una diferencia con lo que ocurre en el caso de las fundaciones que poseen una sola instancia de aprobación estatal.

Finalmente, el proyecto parece incurrir en algunos tópicos en un excesivo reglamentarismo, en detrimento del margen que debería dejarse a la reglamentación, o mejor si cabe, a la libre voluntad de los asociados. Ello se advierte, por ejemplo, al imponerse un número mínimo de asociados (serian doce) y hasta la propia integración y distribución de cargos de la comisión directiva.

3.2. Simples asociaciones

El Código Civil vigente las ha reconocido hasta la fecha en el artículo 46 como meros sujetos de derecho, y con limitada capacidad jurídica. La norma proyectada las regula de un modo mas expreso, asimilandolas en varias aspectos (acto constitutivo, gobierno, administración, socios, órgano de fiscalización y funcionamiento) a las asociaciones civiles.

Si bien es razonable dicha intención, no debemos dejar de mencionar que esta figura seguirá constituyendo, pese a su mayor flexibilidad respecto a las asociaciones civiles, un umbral todavía lejano para miles de organizaciones de base y comunitarias que carecen muchas veces de los recursos humanos, administrativos y económicos necesarios como para poder darse siquiera esta forma jurídica, y que debido a ello terminan actuando en la informalidad, con la consiguiente asunción de mayores riesgos y responsabilidades.

Quedará pendiente de esta forma brindar una solución a este grave problema, que acaso pueda alcanzarse a través de nuevas normas legales que, como se pregona en los fundamentos, “puedan crear figuras que amplien el catalogo de las existentes”. Pero lo cierto es que, en este punto, el nuevo Código no responde al propuesto paradigma de ser protectorio y no discriminatorio, ya que muchas de las iniciativas sociales de base generadas para procurar atender las necesidades básicas de comunidades mas vulnerables se verán obligadas en la práctica a seguir “viviendo en la informalidad”.

3.3. Fundaciones

Tal como lo señalamos, como el propio proyecto lo reconoce, el nuevo Código se ha limitado a transcribir las disposiciones de la actual Ley N° 19.836, con muy pocas modificaciones, entre ellas la exigencia de tener que presentar un nuevo plan trienal para las actividades previstas a partir del año cuarto, lo cual resulta de muy dudosa utilidad.

Referido al gobierno y administración de las mismas, se permite que puedan designarse terceros no integrantes del consejo de administración dentro del comité ejecutivo, lo cual se aparta del principio de que se trata de facultades personales e indelegables. También se establece que de acuerdo con la entidad de las labores encomendadas, el estatuto puede prever alguna forma de retribución pecuniaria a favor de los miembros del comité ejecutivo, lo cual plantea como mínimo la duda de si ello aplica también a los integrantes del consejo de administración, atento el claro precepto del artículo 206 sobre el carácter honorario de dicho cargo.

3.4. Otras cuestiones comunes

Pese a tratarse las asociaciones civiles y las fundaciones de figuras jurídicas distintas, con claras diferencias conceptuales, tanto desde el punto de vista legal como de la frondosa experiencia práctica acumulada, existen sólidos argumentos para postular que en varios aspectos de su funcionamiento, los preceptos legales deberían tender a asimilarse, y que ya no justifica por tanto que las soluciones normativas sean diferentes, al menos en ciertos aspectos.

Así, por ejemplo, ciertas exigencias sobre formas de constitución, autorización, registro y publicidad, fecha de comienzo de la existencia y destino de los bienes en caso de liquidación deberían, en rigor, tender a uniformarse.

Otras cuestiones en tal sentido requerirían por el contrario un análisis más exhaustivo, como la conveniencia de mantener o no un criterio diferente en cuanto a la consideración del objeto de las entidades. Mientras para las asociaciones civiles bastaría con que persigan un objeto que no sea contrario al interés general, las fundaciones deben tener una finalidad de bien común, lo que según las interpretaciones sobre dichos conceptos, pueden llegar a significar hoy en la práctica lo mismo. Otro sería el de poner en pie de igualdad a las fundaciones con las asociaciones civiles en cuanto a la posibilidad de que las primeras puedan realizar actividades lucrativas (con iguales limitantes y salvedades, claro está, que las aplicables a las segundas), lo que requeriría también equiparar dicha posibilidad en la legislación impositiva.

4. Conclusiones

Sin desconocer los méritos que en ciertos aspectos puede reconocerse al presente proyecto de reforma, actualización y unificación de la legislación civil y comercial, lo cierto es que, en lo que respecta al nuevo régimen previsto para asociaciones civiles, simples asociaciones y fundaciones, el mismo debiera ser motivo de reconsideración y exámen en varios puntos. Sin embargo, tenemos el fundado temor de que la muy poco justificable celeridad del trámite previsto para discutir su aprobación obstaculice la chance de poder analizar estas cuestiones en el marco más adecuado.

El sector sin fines de lucro ha tenido un excepcional desarrollo en las últimas décadas. Fue además a partir de la grave crisis del año 2001 cuando demostró su compromiso y madurez al atender múltiples necesidades sociales básicas insatisfechas, en muchos casos hasta llegando a reemplazar al Estado en sus cometidos esenciales.

Hoy este sector se ha erigido como un actor protagónico de nuestra vida social, aportando una vital cuota de pluralismo, innovación y generación de capital social que enriquece la vida comunitaria. Desde el Estado debería reconocerse esta valiosa contribución, en todo su significado y dimensión. Ello supone, entre otras cosas, la necesidad de establecer una relación de auténtica cooperación entre los poderes públicos y las organizaciones de la sociedad civil donde los primeros, sin renunciar a su necesaria función de contralor, promuevan el fortalecimiento de estas últimas mediante varias maneras. Una de ellas, sin dudas, es la necesidad que seguirá todavía pendiente, más allá de la aprobación del nuevo Código de fondo, de mejorar el marco regulatorio aplicable a las ONGs de un modo más profundo e integral.